

MANUAL DEL DEFENSOR



REPÚBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DEL INTERIOR
Y DE JUSTICIA



DEFENSORÍA DEL PUEBLO
Derechos humanos, para vivir en paz.



UNIÓN EUROPEA

Defensor del Pueblo
VÓLMAR PÉREZ ORTÍZ

Director del Sistema Nacional de Defensoría Pública
ALFONSO CHAMIE MAZZILLI

Autores

JAIRO ACOSTA PARDO
FULTON EDISON FRANCO VÉLEZ
JOSE LEIBNIZ LEDESMA ROMERO
JOSÉ IGNACIO UMBARILLA RODRÍGUEZ
JAIRO ANTONIO ARDILA ESPINOSA
ARÉVALO SILVA CORREDOR
VICTOR HUGO OSPINA VARGAS
JOSÉ DAVID ALBARRACÍN DURÁN
JAVIER EDUARDO SANDOVAL ESCOBAR
MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS

Coordinación general y edición

ROCÍO DEL PILAR MONTEJO CASTRO
MONICA MARÍA SUÁREZ MOSCOSO

Proyecto “FORTALECIMIENTO DEL SECTOR JUSTICIA PARA LA
REDUCCIÓN DE LA IMPUNIDAD EN COLOMBIA” – UNIÓN EUROPEA

Diagramación e impresión

HAPPYMUNDO LTDA.

Se imprimieron 5.000 ejemplares financiados con recursos del Proyecto
“Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en
Colombia” del Ministerio del Interior y de Justicia y la Unión Europea.

Convenio No. ALA/2004/016-831

Bogotá D.C., Colombia, 2008.

ISBN: 978-958-9353-95-0

CONTENIDO

	No. Pág.
Presentación	9
1. Vocación provatoria del Investigador de la defensa	11
2. La Técnica de la Entrevista	23
3. Audiencias preliminares	33
3.1. Control de legalidad de la captura.....	34
3.2. Captura en flagrancia realizada por particular	38
3.3. Captura en flagrancia realizada por autoridad de Policía	40
3.4. Captura con orden judicial	40
3.5. Captura sin orden judicial o excepcional	41
3.6. Allanamiento para capturar	43
3.7. Control de legalidad de diligencias de allanamiento y registro	44
3.8. Audiencia de formulación de la imputación	51
3.9. Requisitos de legalidad sustancial y procesal de la formulación de la imputación	56
4. Preacuerdos y negociaciones Fiscalía-imputado	63
5. Los recursos en las Audiencias preliminares y previas al Juicio Oral ..	75
5.1. Breve glosario	75
5.2. Consagración Legal	76
5.3. Precisiones y recomendaciones	77
5.4. Noción y características de los recursos ordinarios	77
5.5. Presupuestos para impugnar	78
5.6. Competencia del Superior	81
5.7. Impugnación en las audiencias previas al juicio	81

6.	La preclusión y la defensa. ¿Problema general?	83
7.	Aplicación del principio de oportunidad	93
7.1.	La política criminal del Estado y el principio de oportunidad	93
7.2.	Noción de política criminal	94
7.3.	Principio de oportunidad y principios constitucionales	95
7.4.	La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal	95
7.5.	Principio de oportunidad y principio acusatorio	96
7.6.	Regulación legal del principio de oportunidad en Colombia	97
7.7.	Causas legales para aplicar el principio de oportunidad	98
7.8.	Evolución jurisprudencial del principio de oportunidad	116
7.9.	El principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia (Ley 1098 de 2006)	120
7.10.	El principio de oportunidad en las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de 30 de diciembre de 2004	122
7.11.	Anotaciones sobre la reglamentación del principio de oportunidad	127
7.12.	Interrogantes usuales sobre la aplicación del principio de oportunidad	128
8.	Suspensión del procedimiento a prueba	133
8.1.	En qué consiste la suspensión del procedimiento a prueba	133
8.2.	Oportunidad para solicitarla	133
8.3.	Quién puede hacer la petición	134
8.4.	Ante quién se hace la solicitud	136
8.5.	Conductas punibles susceptibles de aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba	136
8.6.	Cuáles son las consecuencias derivadas del empleo de la suspensión del procedimiento a prueba	139

8.7. Procedimiento	139
8.8. Recomendaciones finales a los defensores públicos	141
9. Audiencia de juicio oral	145
9.1. Preparación de la audiencia	145
9.2. Dinámica de la audiencia	148
9.3. incorporación de evidencia	150
10. Audiencia de individualización de pena	169
11. Dinámica del principio de congruencia en la Ley 906 de 2004	191
12. Bibliografía	207

PRESENTACIÓN

Dentro de las distintas funciones de la Defensoría del Pueblo, la de formar y capacitar a los operadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública, se ha convertido en una de las actividades que más ocupan la atención de la entidad, es por eso que través de la Unidad de Capacitación e Investigación de la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública, se organizó la escuela “ROBERTO CAMACHO WEVERBEG”, que adelanta en la actualidad directamente la mayor parte del proceso de formación y capacitación de los defensores públicos a través de la Red de Formadores y participa con ellos en las capacitaciones que avanzan con la cooperación internacional de la Agencia para el Desarrollo de los Estados Unidos – USAID – y su operador la Universidad Internacional de la Florida – FIU -, así como con la de la Unión Europea.

En desarrollo de esta función de formación y capacitación surgió, con la implementación del Sistema Penal Acusatorio, la idea de generar un manual guía de las intervenciones de los defensores que desarrollara los temas que en ese momento se consideraban los esenciales para encarar los retos de la aplicación del nuevo sistema. Fue así como se elaboró y publicó la primera edición del “Manual del Defensor Público”,

Con el desarrollo del Sistema Penal Acusatorio y concluidas las fases de su implementación surge la necesidad de proveerlos de una herramienta teórico-práctica que les de fundamentos jurídicos fundamentados en doctrina, jurisprudencia y legislación, cuya interpretación y hermenéutica se ha forjado a partir de la experiencia sentida de los propios defensores públicos. Para ello y con el concurso de los defensores de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá se ha publicado esta segunda edición del “Manual del Defensor Público” en la que se desarrollan los temas que según criterio de los propios defensores, han resultado ser los más polémicos o los que han presentado mayores controversias.

No se trata de señalar criterios acabados, sin antes explayar en perspectiva deliberativa y a partir del método socrático, los temas que aún en sede de casación siguen siendo problemáticos, justamente a causa de las dificultades que su novedad o tratamiento sobreviviente han generado. Los preacuerdos y las negociaciones, la audiencia de individualización de la pena, las audiencias preliminares, el principio de congruencia, la preclusión y la defensa, la aplicación del principio de oportunidad, la audiencia de juicio oral, la vocación probatoria del investigador al servicio de la defensa, los recursos, la suspensión del procedimiento a prueba o la técnica de la entrevista, son temas controversiales que han ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia, sin que pueda concluirse que no hay nada más que decir al respecto. Por ello, el enorme esfuerzo de la Defensoría Pública se dirige en esta ocasión a proveer al país de una herramienta profesional que permite en el juicioso estudio de sus contenidos, mejorar la calidad de las intervenciones, contribuir a la reflexión y, ante todo, a mejorar la administración de justicia en términos de justicia material.

VÓLMAR PÉREZ ORTÍZ
Defensor del Pueblo

1. VOCACIÓN PROBATORIA DEL INVESTIGADOR DE LA DEFENSA

El proceso acusatorio penal ha dispuesto que la carga de la prueba en sede de tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad recaiga en la Fiscalía General de la Nación, apoyada en la actividad de los organismos que cumplen funciones de policía judicial. Esta disposición se dirige entonces a conferir la atribución de legalidad de la prueba de Cargo.

Frente a ello y por contraposición, es indispensable abordar el tema de la vocación probatoria de las diligencias investigativas de la defensa, como quiera que, tratándose de un procedimiento controversial, se presume que los contendientes están en igualdad de condiciones jurídicas y técnicas. Al efecto, el transcurso de las etapas de implementación del Sistema Penal Oral Acusatorio ha demostrado la necesidad de realizar varios ajustes a la metodología contenciosa y como resultado de ello se realizaron cambios de legislación e incluso de doctrina que pretenden afianzar el uso de las herramientas litigiosas, especialmente en materia del averiguatorio de la defensa.

Resulta interesante que se analice brevemente la capacidad probatoria que concede la normativa vigente desde la perspectiva de los actos más usuales de investigación criminal: la recolección de elementos materiales probatorios, la verificación de informaciones, la entrevista de testigos, el aporte de informes técnicos forenses, la pesquisa de vecindario, las vigilancias, los seguimientos, y otras diligencias relacionadas, al la luz de las facultades conferidas por la ley y en concordancia con los pronunciamientos jurisprudenciales mas novedosos.

La Defensoría del Pueblo, mediante Resolución No. 919 de septiembre 17 de 2007 adoptó la "Guía Práctica para las Actividades de Investigación y Pericia de la Defensoría del Pueblo", mediante la cual se fijan criterios y procedimientos para el desarrollo de estas funciones, en el marco de la línea de Visión No. 3, denominada "Atención defensorial y acceso a la justicia"

¿Cuáles facultades investigativas reconoce la ley procesal a la defensa?

Para los fines del ejercicio del derecho de contradicción, el artículo 267 del C. P. P. faculta a quien no es imputado, esto es, aquella persona sobre quien se adelanta una investigación preliminar, para asesorarse de abogado y, a su vez, para que éste o aquél puedan "buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga". Dichos elementos, el informe que sobre ellos se haga (o sobre su recolección) y las entrevistas realizadas con el fin de obtener información útil, podrán ser utilizados por la defensa ante las autoridades judiciales.

En igual sentido se pronuncia el artículo 268 de la misma obra sobre quien ha adquirido la calidad de imputado, indicando que los elementos serán trasladados al laboratorio forense del Instituto de Medicina Legal mediando para ello tanto la solicitud de estudio como una constancia de la Fiscalía de que se es imputado o defensor del mismo. En este punto es necesario reconocer el avance jurisprudencial al que se llega mediante la sentencia C-536/08 de mayo 28 de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Jaime Araújo Rentería, en la que se declara inexecutable al expresión “de la Fiscalía”, cuando se refiere a dicha constancia, hecho que había sido denunciado innumerables veces por la Defensa como violatorio del Principio de Igualdad de Armas.

Esencialmente, el principio de igualdad de armas determina la posibilidad de que la defensa, como parte contendiente en el proceso, pueda aportar todos los elementos de convicción de descargo que considere apropiados para el ejercicio de su estrategia y, como resultado de ello, puede asesorarse debidamente tanto por investigadores como por peritos para el logro de sus fines procesales.

Igualmente, la Ley 1142 de 2007 reformó el contenido del artículo 125, adicionándole un numeral 9º, mediante el cual se reconoce que la Defensa, entre otros deberes y atribuciones tiene el de: “Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.”

Esta última exigencia, esto es, la de la certificación por parte del ente acusador, también fue declarada inexecutable en la misma sentencia y por los mismos motivos jurídicos. Las razones de la decisión pueden condensarse así: “En cuanto se refiere al traslado del material probatorio recaudado por el imputado y su defensor durante la etapa de la investigación, la Sala observó que para conservar el principio de igualdad de armas, fundamental en el proceso penal acusatorio y una efectiva garantía del derecho de defensa, no se puede someter a la expedición de una previa constancia de la Fiscalía General de la Nación de que se es imputado o defensor de éste, como quiera que se trata de su contraparte en la investigación y de que ésta cuenta con todos los instrumentos a su alcance para llevar adelante sus labores de investigación y acusación. Por lo tanto, este requisito resulta violatorio del principio de igualdad de armas. De otra parte, la Corte señaló que obligar al imputado o su defensor a trasladar el material probatorio por ellos recaudado únicamente al laboratorio de Medicina Legal y Ciencias Forenses, implica un recorte de las facultades que le confiere la ley al imputado y su defensa para garantizar, contar con elementos materiales probatorios y evidencia física para una real y efectiva defensa. Aunque podría entenderse que ese traslado a ese laboratorio no es obligatorio, lo cierto es que el artículo emplea un término imperativo al

ordenar que “los trasladarán”. En consecuencia, se estimó por la Corporación que la exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 268 de la Ley 906 de 2004 deben condicionarse a que se entienda que el imputado o su defensor pueden trasladar esos elementos materiales probatorios y evidencia física a otro laboratorio público o privado, nacional o extranjero para su respectivo examen e inexequible la expresión “de la Fiscalía” contenida en el citado artículo 268. Por la misma razón, esto es, el desconocimiento del principio de igualdad de armas dentro del proceso penal, la Corte declaró inexequible la expresión “certificado por la Fiscalía” contenida en el numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1142 de 2007.” (Comunicado de prensa de la Honorable Corte Constitucional No. 26, mayo 28 de 2008).

Por su parte, El artículo 271 del C. P. P. faculta igualmente al imputado y al defensor para entrevistar a personas que puedan ofrecer información de utilidad para los fines de la defensa, recomendando para ello que se empleen las técnicas aconsejadas por la criminalística. De tal actividad se puede dejar constancia escrita o grabada en cualquier medio técnico idóneo.

Tal facultad tiene su origen en la desaparición del principio de Investigación Integral, que permitía a la Fiscalía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, incluso a petición de la defensa, limitando ahora su intervención a la búsqueda de los elementos de convicción de cargo.

¿Puede el defensor adelantar labores de investigación aun desconociendo las técnicas de pesquisa?

En una interpretación inicial se podría pensar que la atribución enunciada permite realizar algunas actividades técnicas y de investigación bajo la condición de que se adelanten con el uso de un criterio personal adecuado de empirismo por parte del defensor, del indiciado o del imputado, como ejercicio de las actividades propias del derecho de defensa.

Esta intención garantista tropieza con unos criterios de valoración impuestos en el artículo 273, en donde se establece que, para juzgar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas aducidas por la defensa, se tendrá en cuenta «su legalidad, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta el informe.»

Entonces, la evaluación judicial de estas diligencias pesquisitorias de la defensa no se deja al conocimiento arbitrario de la simpleza empírica, como podría entenderse el contenido de los artículos 267 y 268. Por el contrario, esta labor debe guiarse por el criterio científico de manejo de la cadena de custodia y las reglas de la *lex artis* en lo relacionado con pruebas de carácter técnico, so pena de ser consideradas ilegales.

En igual sentido, la entrevista de testigos debe seguir el ritual recomendado por la criminalística en los manuales y protocolos de manejo y obtención

de la información. Resulta claro que el público en general desconoce los lineamientos de la investigación clásica, de la criminalística o de las actividades forenses. Incluso muchos juristas solamente tienen una idea brumosa de la actividad pericial de recolección de evidencias, y la cadena de custodia es desconocida fuera de los círculos judiciales.

Una facultad de recolección empírica de los elementos físicos entraría en franca contradicción con los criterios de valoración de esos mismos elementos llevados al juicio oral, dada la obligación del defensor o del indiciado o imputado de demostrar las reglas de la *lex artis*, y en la medida en que el oponente fiscal, en conjunto con su auxiliar de policía judicial se presumen habilitados para controvertir el ejercicio de tal recolección probatoria sin que a su vez tengan que demostrar su propia habilidad por mandato de la ley, resulta entonces que lo que se vislumbraba como una facultad que buscaba la equidad contenciosa, se convierte en un arma de doble filo para la defensa, ya que la carencia de conocimientos sobre técnicas forenses de recolección, embalaje y preservación de elementos materiales probatorios puede ser utilizada como factor de desequilibrio demostrativo en cuanto a la legalidad y autenticidad de tales elementos se refiere.

Por la misma vía, una entrevista o la incorporación misma del testigo pueden sufrir detrimento, y generar consecuencias contraproducentes para la teoría del caso de la defensa.

¿Entonces, carecen de validez en juicio las pesquisas de la defensa?

Parecería que estas actividades de investigación de la defensa no tuvieran una vocación probatoria real. Pese a ello, la interpretación correcta está dirigida a reconocer que esa capacidad existe bajo la tutela de algunos razonamientos de interpretación:

Debido a la obligatoriedad de demostración de la aplicación técnica de criterios de recolección, análisis, interpretación e incorporación de los elementos de convicción, amén de la existencia de una cadena de custodia y el seguimiento riguroso de los protocolos forenses, las actividades de criminalística y de investigación deben ser desarrolladas por un experto, quien facilita, a través de su pericia, la labor técnica de incorporación en el juicio oral.

Aún cuando el defensor o su experto no recolecten los elementos materiales probatorios en una diligencia judicial, cuando tengan la oportunidad de hacerlo, deben observar los criterios contenidos en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia, y en las leyes en materia de debido proceso y cadena de custodia. Esta apreciación es válida igualmente para la demostración de autenticidad.

Con independencia de lo previsto para los investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública, el procedimiento autoriza la intervención de expertos forenses privados para el estudio de elementos materiales probatorios,

y solamente para el caso de las facultades de quien no es imputado en el artículo 267.

Pese a lo anterior, las actividades investigativas de la defensa pueden continuar durante el procedimiento y, por tanto, ella deberá seguir demostrando la existencia de los criterios de valoración, por lo cual la presencia del experto sigue siendo indispensable en el manejo de la pesquisa y en el desarrollo de la teoría del caso de la defensa. El manejo cuidadoso de estos aspectos permite al defensor aportar al proceso los elementos materiales y las actividades investigativas realizadas por la defensa, y le otorga la vocación probatoria y de sustento fáctico de la teoría del caso que debe tener en el juicio oral.

¿Tienen creación legal estos expertos e investigadores?

La defensoría pública, como servicio esencial del sistema judicial, cuenta con una norma que reconoce la necesidad de enfrentar el proceso penal en condiciones de igualdad, aunque la misma sea precaria por definición, y en esa condición asigna a su estructura un esquema de investigadores y técnicos criminalistas para el sostenimiento de sus hipótesis. La Ley 941 de 2005 determinó un esquema de investigación criminal en beneficio de la hipótesis que plantea el defensor público, reconociendo así la necesidad de fortalecer los procedimientos litigiosos bajo criterios de trabajo en equipo y coordinación gerencial de la investigación.

Como ya se ha dicho, el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007 modificó el artículo 125 de la Ley 906 de 2004, adicionando un numeral 9, en el que se reconoce a la defensa la atribución de “Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales”

¿Por qué investigadores para la Defensoría Pública?

El artículo 1º de la ley 941 de 2005 establece que la finalidad del Sistema Nacional de Defensoría Pública es proveer el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, en condiciones de igualdad, y en los términos del debido proceso con respeto a los derechos y garantías sustanciales y procesales. Ahora bien, el sistema acusatorio colombiano entró a sustituir el sistema mixto sumarial, y el ejercicio de la probanza de descargo pasó a convertirse en una nueva forma de discutir ante el togado el aporte de la policía judicial. En efecto, en aquel mecanismo procesal la Fiscalía debía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable en virtud del principio de investigación integral.

En este procedimiento, el Ministerio Fiscal solamente aportará aquellos elementos de convicción sobre la responsabilidad del acusado, sin que pueda, por otra parte, ocultar a la defensa los que le favorecen y, en este evento, es claro que ya no está en la obligación de investigar lo que le favorezca al indiciado, pero debe aportar los elementos o informaciones que eventualmente encuentre, producto del azar.

Por otra parte, las técnicas de juicio oral establecen que los elementos probatorios recolectados solamente pueden ser valorados por el juez si están debidamente incorporados al proceso y, entonces, el abogado (defensor o fiscal) no puede ser testigo de acreditación de los elementos de convicción que pretenda hacer valer; es indispensable la actividad de los investigadores como testigos de acreditación e introducción.

¿Desde cuándo se puede utilizar el servicio de los investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública?

Debemos diferenciar varias etapas de intervención, que se funden con las etapas del sistema mismo:

Cuando una persona tiene conocimiento de que la policía judicial realiza actos averiguatorios en su contra, puede realizar las diligencias de investigación ya mencionadas, y asesorarse de abogado, quien estaría facultado para realizar actividades del mismo tipo.

También es posible realizar actividades pesquisatorias tendientes a la demostración de circunstancias atenuantes, errores de procedimiento, o causales de exclusión de responsabilidad previas a las audiencias de formalización de captura, imputación e imposición de medidas de aseguramiento en los Centros de Atención Judicial.

El investigador puede colaborar con la formulación de la teoría del caso de la defensa, y está en la obligación de formalizar, con la coordinación del defensor público, el programa metodológico de demostración defensorial para que, en la audiencia preparatoria, la estrategia de defensa que se va a implementar esté debidamente fundamentada. Por ello es necesario que la solicitud de los servicios del investigador o del perito se haga con la debida anticipación. Lo ideal es hacerlo desde el mismo momento en que se recibe el caso y de su estudio se estima que podría llegar al juicio oral.

¿Cuáles actividades puede desarrollar el investigador de la defensa?

La actividad de peritos e investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública está limitada únicamente por las prohibiciones legales y constitucionales.

Es necesario aclarar que la actividad de investigación o pesquisa clásica es diferente de la actividad pericial o técnica forense, y que los investigadores de la defensa no tienen funciones de policía judicial.

Así, pues, no todos los investigadores son peritos, pero todos los peritos deben ser investigadores.

El investigador puede:

- Realizar labor de vecindario con desplazamiento al lugar del hecho e inspección para establecer una hipótesis preliminar.
- Llevar a cabo actividades tendientes a demostrar el arraigo de las personas, determinar testigos, ubicar e identificar personas.
- Recolectar técnicamente las evidencias omitidas por la Policía Judicial en el lugar del hecho, las recolectadas por terceros, y las que aparezcan posteriormente.
- Asesorar al defensor en materia de cadena de custodia.
- Comparecer como testigo de acreditación en introducción de los elementos de convicción recolectados.

Este tipo de labores buscan:

- Confirmar o desvirtuar la versión inicial de la policía judicial, y la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación.
- Confirmar o desvirtuar la versión de los testigos de cargo, o lograr su descrédito ante el tribunal.
- Confirmar o desvirtuar versiones confusas del usuario.
- Encontrar nuevas versiones de los hechos.
- Asesorar al defensor en la formulación de una hipótesis susceptible de evaluación mediante el diseño de un programa metodológico.
- Consultar información en entidades públicas y privadas del orden nacional y local que manejen bases de datos y archivos, útiles para acreditar o desvirtuar hipótesis investigativas del ente acusador.

El servicio técnico forense puede asesorar mediante:

- Concepto técnico sobre la pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba técnica y método de investigación utilizado por la Fiscalía General de la Nación.
- Asesoría en la confección de contrainterrogatorios del defensor para los peritos que llame a declarar la Fiscalía, y en la preparación de testigos técnicos solicitados para el interrogatorio.

- Diseño del Programa metodológico, de conformidad con las necesidades de cada caso concreto.
- Soporte científico de contradicción, según requerimientos del caso concreto.
- Utilización de recursos de fotografía y video, según criterios de pertinencia y conducencia aplicables al caso.
- Intervención en el juicio oral como investigador testigo para acreditación o incorporación de elementos materiales de prueba.

¿Está obligado el investigador de la defensoría a revelar la información o elementos materiales de prueba que desfavorezcan al usuario, y que haya obtenido en el curso de sus actividades, a la Fiscalía General de la Nación en caso de ser contrainterrogado?

El investigador, en su actividad, está amparado por la reserva profesional misma, y por la excepción constitucional al deber de declarar que ampara al abogado con su cliente, en la medida en que hace parte del equipo integral de defensa, y por tanto, en virtud de los principios de no autoincriminación y de lealtad procesal, no puede ser interrogado en ese sentido por la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 385 del C. de P. P.

¿Cómo acceder al servicio de investigadores y peritos de la Defensoría Pública?

El defensor solicitará el servicio que requiera a través de su Coordinador Administrativo y de Gestión, quien pedirá a la Unidad Operativa la designación de un investigador o perito para cada caso concreto. Al interior de la Unidad se efectúa un reparto inmediato de la misión teniendo en cuenta el perfil del investigador o perito y la necesidad específica.

Una vez obtenida la misión a desarrollar, el investigador debe entrevistarse con el defensor y escuchar sus requerimientos para asesorarlo en la ejecución de un programa metodológico que le permita sustentar su teoría del caso en el componente probatorio. El investigador desarrolla sus actividades de conformidad con la metodología planteada, y finalmente informa el resultado de sus averiguaciones al defensor, quien decidirá si las utiliza o no en juicio.

¿Se utilizan el investigador o el perito solamente en los casos que llegarán a juicio oral?

No. Cuando se vislumbre la posibilidad de llegar a preacuerdos con la Fiscalía, es necesario que el defensor tenga certeza sobre los elementos jurídicos y fácticos que sustentan esa negociación, y en ese sentido el investigador puede asesorarlo previamente en materia de soporte probatorio.

Quando se trate de aceptación de cargos, el investigador puede realizar las verificaciones necesarias y suficientes, para que el defensor, en el marco de la ética profesional, despliegue toda su capacidad profesional a fin de obtener los componentes probatorios de su teoría del caso o hipótesis de trabajo, aun cuando ésta se limite a la aceptación y se interprete, a la luz de la regla jurídica.

En general es siempre aconsejable requerir los servicios de investigación criminal con independencia de la estrategia que el defensor público pretenda utilizar en el diligenciamiento, especialmente con el fin de aportar los elementos de convicción más idóneos y eficientes en cada caso concreto.

¿Puede el investigador ser ofrecido como testigo en la audiencia preparatoria?

El investigador es órgano de prueba de las diligencias ya enumeradas anteriormente que adelante, y está debidamente instruido en las técnicas del juicio oral, conoce los principios generales de la prueba y estará preparado para absolver el interrogatorio cruzado en cada caso específico. Además, la importancia de solicitar su concurso radica en que es el instrumento a través del cual se acreditan e introducen los elementos materiales probatorios que se pretende incorporar en la audiencia de juicio oral.

¿Cómo solicita un defensor público el servicio técnico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre elementos materiales probatorios y demás elementos físicos?

Algunos servicios forenses criminalísticos especializados no están al alcance de la Defensoría del Pueblo directamente, y es necesario solicitarlos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Cuando se trate de estos eventos, se sugiere que el defensor tenga asesoría previa de los investigadores de la Unidad Operativa de Investigación Criminal, con el fin de confeccionar los cuestionarios en forma técnica, pertinente y conducente.

Quando el imputado o su defensor, dentro de la etapa de la investigación requiera que los elementos materiales probatorios y demás elementos físicos recolectados sean examinados por el Instituto de Medicina Legal, deben anexar las preguntas previamente confeccionadas con la asesoría del investigador. (La constancia exigida de su representatividad fue declarada inexecutable, tal como ya se indicó con anterioridad).

¿Qué puede hacer la defensa cuando se entera de la existencia de pruebas practicadas por Medicina Legal que no van a ser llevadas al juicio para efectos de la vigencia de la objetividad a que es obligada la Fiscalía?

Es posible que la Fiscalía no ofrezca algunas diligencias probatorias practicadas en la etapa de investigación por cuanto su naturaleza no beneficia la teoría del caso que intentará sostener en juicio. Pese a ello, en virtud del principio de objetividad, la Fiscalía, con apoyo de los organismos que ejerzan funciones

de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente y por la misma razón deberá indicar al juez las diligencias practicadas que no llevará a juicio, incluso aportando aquellos elementos materiales que le sean favorables al procesado, según se indicó anteriormente.

Con todo, el artículo 140 del Código adjetivo establece que uno de los deberes de las partes, en relación con la actuación procesal es: «(...) Entregar a los servidores judiciales los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que les fueren requeridos, salvo las excepciones legales.»

Es claro entonces que si de las labores de investigación de la defensa, de lo manifestado por el usuario o por cualquier medio se desprende que la Fiscalía ha solicitado la práctica de pruebas al Instituto de Medicina Legal, y tales resultados no serán llevados a juicio, el defensor puede solicitar al juez el descubrimiento de tales actividades periciales (e incluso de las actividades investigativas que no se ofrezcan), siempre que tenga una percepción razonable de la utilidad de dicha información en el sostenimiento de su teoría del caso.

¿Está obligado el Instituto de Medicina Legal a informar a la Fiscalía de la prueba que practicó por solicitud de la defensa, o a darle copia de sus resultados?

No. En el evento de que la defensa solicite la elaboración de una prueba técnica, el resultado de la misma está amparado por dos principios elementales, que rigen el debido proceso y el derecho de defensa: El sigilo profesional y el principio de no autoincriminación. El perito que actúa en ese caso para la defensa hace parte de su equipo integral (las relaciones del abogado con su cliente son reservadas) y, por tanto, sus manifestaciones técnicas y periciales están amparadas por la excepción constitucional al deber de declarar del artículo 385 del C. de P. P.

En el mismo sentido, no está permitido a los miembros del Instituto de Medicina Legal expedir copias de los informes periciales de pruebas forenses pedidas por la defensa, so pena de violar el Derecho Fundamental al Debido Proceso. En igual forma, es necesario recordar que la defensa no está obligada a descubrir los elementos de convicción que le sean desfavorables, extendiendo tal amparo a toda clase de diligencias científicas forenses.

¿Puede tener la defensa acceso a la prueba que realiza medicina legal, en la fase de la investigación, con destino a la Fiscalía?

Sí. La defensa puede tener acceso a los resultados de la prueba científica solicitada por la Fiscalía General de la Nación en cualquier momento de la investigación, pues la garantía procesal del artículo 8°, literal j) del C. de P. P. establece que una persona desde el momento mismo en que se entera de la existencia de diligencias investigativas en su contra y adquiere la calidad de imputado, puede solicitar, conocer y controvertir las pruebas. Lo anterior,

en concordancia con lo establecido en el literal h) de la misma norma, donde se establece que el imputado tiene derecho a conocer los cargos que le sean atribuidos con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los fundamentan, de donde se colige que si las pruebas forenses son el sustento de dichos cargos, el conocimiento de ellas por parte del sindicado hace parte de su Derecho de Defensa.

2. LA TÉCNICA DE LA ENTREVISTA.

Una de las técnicas de investigación que frecuentemente emplean tanto los fiscales como los funcionarios de policía judicial, abogados e investigadores al servicio de la defensa es la entrevista. En el sistema penal acusatorio colombiano, esta técnica reviste especial importancia a la hora de emprender la búsqueda y obtención de información para diferentes fines, en un determinado caso. La información recaudada sometida al proceso de registro, análisis, verificación, evaluación e interpretación posibilita diversos usos: búsqueda, recolección, embalaje y rotulado de elementos materiales de prueba o evidencia física; elaboración de la teoría del caso, tanto de la Fiscalía como de la defensa; selección de personas que servirán como testigos, corroborar entrevistas, información para nuevas entrevistas, impugnación de la credibilidad de los testigos y de los testimonios que presente la parte contraria en un juicio oral.

A continuación se formularán algunos interrogantes acerca de esta técnica de investigación aplicada a la labor de quienes tienen el honor de asumir la defensa de las personas.

¿EN QUÉ CONSISTE LA TÉCNICA DE LA ENTREVISTA?

Esta técnica de investigación consiste en la comunicación informal que se establece entre dos personas (un emisor y un receptor), a través de la cual se obtiene información.

La entrevista es un procedimiento que involucra aspectos cognoscitivos (memoria, atención, lenguaje, etc.) y habilidades comunicativas entre dos o más personas, cuyo propósito es el de obtener información acerca del interlocutor y su medio, a su vez es un proceso activo en donde un investigador o entrevistador trata de obtener de una persona o un grupo de personas información sobre situaciones o hechos vividos o conocidos por estos.

En la entrevista los actores proporcionan información sobre conductas, opiniones, deseos, actitudes y expectativas.

El entrevistador debe ser una persona con conocimientos básicos en psicología (procesos cognitivos y de interacción social), y con conocimientos específicos en el área que se desempeña, de igual manera con entrenamiento en técnicas de comunicación apropiadas a los requerimientos del entrevistado.

¿QUIÉNES ESTÁN FACULTADOS PARA REALIZAR ENTREVISTAS?

- Los servidores públicos que cumplen funciones de policía judicial (artículos 202, 202 y 203 del C. de P. Penal).
 - Capitulo II Defensa Deberes y atribuciones especiales (Art. 125, numeral 9)

- El imputado o su defensor (artículo 271 del C. de P. Penal).
- Los investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública (artículo 36 de la ley 941 de 2005).

¿QUIÉNES INTERVIENEN EN UNA ENTREVISTA?

EL ENTREVISTADOR: Es la persona que está facultada, capacitada y preparada para llevar a cabo esta labor.

LA FUENTE HUMANA: Se trata de la persona que suministra información.

¿QUIÉNES PUEDEN SER ENTREVISTADOS POR LA DEFENSA?

- El indiciado, imputado o acusado.
- Los testigos del hecho.
- La víctima.
- Los testigos de cargo.
- Cualquier persona que suministre información de interés para la labor de defensa (informantes o colaboradores).

¿CUÁNDO SE DEBE REALIZAR ENTREVISTA POR PARTE DEL DEFENSOR O SUS DEPENDIENTES?

Fundamentalmente cuando se requiera información sobre determinado asunto que interese a cualquiera de las partes, y les sirva para fundamentar su teoría del caso.

Algunos ejemplos son:

A. Cuando se tenga noticia de la posible comisión de un delito y/o individualización o identificación del presunto responsable:

- En desarrollo de actos urgentes que realizan los servidores públicos que cumplen funciones de policía judicial, durante la indagación.
- En cumplimiento del programa metodológico correspondiente a la investigación que realiza la Fiscalía General de la Nación a través de sus servidores que cumplen funciones de policía judicial.

Estos momentos corresponden a las fases de indagación e investigación. Con posterioridad a la audiencia preparatoria, quien acusa tendrá la oportunidad, en desarrollo de su labor previa al juicio oral, de entrevistar a los testigos propuestos por la defensa. Hay que advertir que quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de un abogado y, a través de los investigadores que trabajen con éste, realizar entrevistas a efecto de

obtener información que sirva para proporcionarse su defensa.

B. Antes de asumir la defensa técnica de alguien, es deber del abogado entrevistar al indiciado, imputado o acusado.

Corresponde al abogado defensor, antes de asumir la defensa técnica de una persona, disponer de las condiciones y tiempo razonable para realizar la entrevista al indiciado, imputado o acusado.

C. Cuando se asume la defensa técnica de alguien, se recomienda:

- Entrevistar al indiciado, imputado o acusado.
- Entrevistar a potenciales testigos de la defensa.
- Entrevistar a la víctima.
- Entrevistar a testigos de cargo o propuestos por la Fiscalía.

Se sugiere realizar algunas de las anteriores entrevistas antes de participar en las audiencias preliminares, pues una buena entrevista posibilita al defensor obtener información valiosa sobre el caso y preparar su intervención, lo cual contribuye a adoptar una adecuada estrategia de defensa (Ej.: Atacar la ilegalidad de la captura y la incautación de elementos; solicitar aclaración de la imputación; recomendar la aceptación de imputación; oponerse a la medida de aseguramiento; solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento; interponer recursos, etc.)

Con posterioridad a las audiencias preliminares y hasta antes de verificarse la audiencia preparatoria, la defensa podrá realizar entrevistas con el propósito de estructurar y fortalecer su estrategia, así como preparar la refutación de la teoría del caso de la Fiscalía. Después de la audiencia preparatoria y hasta antes de la iniciación del juicio oral, la defensa podrá entrevistar a los testigos de cargo.

¿A QUIÉN SE DEBE ENTREVISTAR?

A toda persona que posea información y que resulte de interés para nuestra labor defensorial.

¿PARA QUÉ SIRVE LA ENTREVISTA?

Fundamentalmente para obtener información de interés y utilidad a nuestra estrategia de defensa, sin descartar que nos posibilita refutar la teoría del caso de la Fiscalía. Ejemplo de esto último constituye la impugnación de testigos de cargo y de sus testimonios.

¿QUÉ SE DEBE TENER EN CUENTA PARA REALIZAR UNA ENTREVISTA?

- El lugar donde se hace la entrevista.- En lo posible, hay que garantizar unas condiciones de privacidad, donde se brinde confianza a la fuente. Recuérdese que muchas personas se cohiben de hablar en presencia de otros.
- El número de personas a entrevistar.- Por regla general, se debe entrevistar a una sola persona a la vez. Se garantiza que el relato sea espontáneo y que las respuestas no se contaminen con el dicho de otro. Esta clase de manejo permite a quien la hace mantener el control de la entrevista.
- El tiempo empleado para la entrevista.- No debiera haber limitaciones de tiempo; a veces se requiere un tiempo razonable, según la complejidad del asunto a tratar y los temas que se aborden con la fuente.
- Las condiciones personales del entrevistado (rasgos de personalidad y características comportamentales) Sobre este particular, resulta indispensable observar el estado de ánimo de quien va a ser entrevistado, emplear un lenguaje apropiado, no subestimar al entrevistado, pero tampoco impresionarse fácilmente.

Las condiciones personales del entrevistador.- tipos de preguntas que se han de utilizar.

a) FLEXIBILIDAD: El entrevistador debe amoldarse a todo tipo de persona entrevistada, debe manejar sus prejuicios, raciales, políticos, económicos, sociales, en aras de lo que pretende con la entrevista.

b) PERSEVERANCIA Debe ser tenaz y constante, como para no dejar la entrevista a medio realizar.

c) INTEGRIDAD: Debe ser incorruptible, a sabiendas de que está expuesto a toda clase de tentaciones y halagos, siempre en busca de la verdad en su entrevista y sin prestarse a manipulaciones de ningún género.

d) TACTO Y DISCRECIÓN: Debe tener cuidado al formular las preguntas; evitar herir la susceptibilidad y las creencias del entrevistado, respetar la dignidad humana.

e) DOMINIO: El entrevistador debe manejar la entrevista; conoce el caso, tiene los antecedentes, explota adecuadamente las pruebas, lleva la iniciativa, controla la marcha.

f) HABILIDAD: Tiene la destreza y la inteligencia necesarias para determinar previamente lo que pretende conseguir con el entrevistado, y sabe hasta dónde llegar. Tiene la capacidad e iniciativa suficientes para llegar a la meta propuesta con el entrevistado.

g) **AUTOCONTROL:** El entrevistador debe mantener la calma en las situaciones más difíciles, ser amable y cuidadoso en su lenguaje, sereno en su actuación.

h) **PLANIFICACIÓN:** Debe Tener en cuenta los primeros datos conocidos (escena del crimen, evidencia física, informes de policía, etc.), y una idea clara de los datos por conocer acerca del caso y del entrevistado (información previa del entrevistado, antecedentes, estudios, gustos, aficiones, situación laboral, datos familiares).

i) **AGILIDAD.** Debe mantener viva la entrevista, llevando al entrevistado de lo particular a lo general, de lo general a lo específico, de lo útil a lo superfluo, de lo triste a lo alegre, de lo serio a lo divertido.

j) **SAGACIDAD.** El entrevistador debe saber interpretar las respuestas verbales y no verbales, sin dejar pasar los detalles, por insignificantes que sean.

k) **PERTINACIA:** Con reformulación de preguntas y con cuanto recurso ético le sea posible, el entrevistador debe procurar llegar al meollo de la verdad.

l) **VERIFICACIÓN.** El entrevistador debe ingeniarse para detectar la verdad en medio de muchas falsedades posibles, relacionando unos datos con otros, y evaluando los resultados.

m) **ATENCIÓN:** El entrevistador debe escuchar cuidadosamente lo que dice el entrevistado, observarlo cuando habla, leer en sus gestos, mímicas, actitudes y ademanes.

n) **COMPRENSIÓN:** El entrevistador ha de ser consciente de que el entrevistado responde con su temperamento, su personalidad, su dolor, su angustia, sus temores y simpatías, y de que responde a la entrevista según el nivel de vinculación con el caso, sus valores, posición social, cultura, e influencias familiares.

Etapas básicas en el desarrollo de la entrevista?

FASE PRIMARIA:

La fase primaria en el desarrollo de una entrevista hace referencia a la preparación, la cual debe contener los aspectos antes mencionados. Como la entrevista no se trata de un intercambio de ideas, sino de una conversación estructurada, controlada por el entrevistador y orientada a unos fines, esta se debe direccionar y guiar adecuadamente.

En muchos casos no existe un método único que permita estar preparado para todos los casos, pero con una buena planificación y entrenamiento se lograra obtener excelentes resultados.

Existen unos preparativos sencillos para planificar la entrevista:

- a. Disponga de material que le permita registrar la información (libreta de apuntes, grabadoras, video grabadora, etc,)
 - b. Utilice un enfoque estándar, sistemático, para tener la seguridad de formular todas las preguntas necesarias y obtener las respuestas.
 - c. En caso de que se este recolectando información de un caso que ya se este investigando la preparación debe ser mayor:
 - d. Se deben entender y analizar todos los detalles del caso, lo que incluye:
 - La naturaleza del caso, y lo que ahora se sabe (o se cree) que ocurrió
 - Fecha y hora del hecho
 - El lugar de los hechos
 - El modus operandi
 - Elementos materiales y documentos encontrados
 - Testigos y sospechosos
 - Si es posible realice un estudio completo de los antecedentes de la persona que va a entrevistar.
 - Historia personal
 - Antecedentes familiares
 - Estado físico y mental
 - Antecedentes penales
1. En la entrevista es importante tener en cuenta los móviles que rodearon el hecho como por ejemplo: dinero, venganza, emotividad, etc. También es importante determinar si ha tenido contacto anteriormente con las autoridades, como indiciado, imputado, acusado, denunciante, víctima o testigo.
 2. Al planificar o preparar la entrevista determine exactamente que quiere saber al hablar con una persona.
 3. Redacte las preguntas básicas que se propone formular.
 4. Determine el enfoque sobre la base de su conocimiento de la persona.
 5. Escoja un enfoque alternativo en caso de que el primero no de resultado.

6. Piense en qué campos la persona puede mostrarse reacia a contestar a sus preguntas y genere una estrategia para contrarrestar ésto.
7. Planifique el momento de la entrevista.
8. Cuanto menos tiempo pase con respecto al hecho mucho mejor.
9. El momento adecuado es aquel en que la persona pueda hablar sin que la perturben.
10. Es recomendable que la persona este sola, salvo si se trata de un menor.
11. Si es necesario concierte una cita.
12. Debe tener en cuenta el lugar de la entrevista.
13. Se recomienda un ambiente privado.
14. El entrevistador tendrá una ventaja psicológica si la realiza en su terreno.
15. Al utilizar más de dos entrevistadores usted debe determinar el papel que cumplirá cada uno. Quién realizara la entrevista, quien tomará los apuntes y en que lugar se sentara cada uno.

APERTURA

Al inicio de la entrevista presente su identificación, déle la mano e infórmele su nombre. Siempre sea cortés y atento.

Explique la finalidad de la entrevista. Sea directo.

Comience con preguntas que la persona no tema responder, como: nombre, dirección, empleo, amigos, intereses, etc.

Use una voz calmada, propia a la conversación. No realice juicios, usted no es juez. No exprese emociones: se presume que todas las personas dicen la verdad.

No utilice términos técnicos o palabras que la persona no comprenda.

Tómese su tiempo. No se precipite.

Puede mostrar flexibilidad para cambiar rápidamente de método a medida que progresa en la entrevista, o si ve que hasta ese momento no obtiene frutos.

ESCUCHAR.

Al finalizar la fase de apertura usted debe hablar estrictamente lo necesario. Si esta con otro compañero este no debe decir nada, salvo para formular preguntas directas.

Solicite a la persona que haga un relato de los hechos o que diga todo lo que sabe sobre el incidente, con sus propias palabras y ritmo.

No interrumpa para aclarar un punto o para que la persona se salte lo que usted ya sabe. No formule preguntas hasta que la persona haya completado su relato, ya que esto proporcionara al entrevistado la posibilidad de decir la verdad.

Evite dar claves ya que esto permite al entrevistado cambiar la versión.

Escuche atentamente. Evite pensar en otras preguntas mientras el entrevistado habla.

Preste atención a los pronombres usados. Tome nota de todo cambio en los mismos.

Preste atención a los hiatos de la declaración.

Trate de identificar el tipo de reacciones, sentimientos del entrevistado.

Guarde silencio un minuto o dos después de que el entrevistado haya terminado su declaración. Esta demora en ocasiones da lugar a información adicional.

ENTREVISTAR

Ya que el objetivo básico de la entrevista es la obtención de información usted debe contar con suficiente información para dar respuesta a las siguientes preguntas:

- ¿Qué? en que consiste el delito o hecho.
- ¿Cuándo? ocurrió el hecho.
- ¿Dónde? ocurrió el hecho.
- ¿Por qué? sucedió el hecho.
- ¿Quién? realizo el comportamiento.
- ¿Cómo? se produjo el hecho.

Es importante que formule todas las preguntas de una manera abierta y trate a cada uno de los entrevistados de una manera considerada, demuestre que le interesa su bienestar.

Tenga siempre presente el lenguaje no verbal como por ejemplo el contacto visual, las manos, las piernas, la nerviosidad, los cambios de comportamiento.

Es importante no comenzar con preguntas intimidatorias ya que esto podría generar un bloqueo o rechazo por parte del entrevistado.

No ponga palabras en la boca del entrevistado ni haga preguntas sugestivas y tampoco se valga de trucos o engaños para obtener información.

Algo importante es recordar que como entrevistador, usted no debe ofrecer al entrevistado demasiada información del caso o de las personas.

ANALISIS:

Antes de finalizar la entrevista tómese un tiempo para analizar la información dada por los entrevistados, repase sus propios apuntes, esto le permite dar sentido a la información recolectada y seguramente le dará lugar a nuevas preguntas.

Sea especialmente cuidadoso para detectar contradicciones en la entrevista y siempre suponga que solo tendrá una oportunidad de realizarla.

CIERRE

Al igual que la apertura debe cerrarse con un clima cordial que no rompa el proceso de comunicación por si hiciese falta volver a entrevistarle.

Léale al entrevistado la información que haya registrado, para que pueda hacer cambios.

Pídale que firme la copia de la entrevista que acaba de leer.

Infórmele en donde lo puede localizar por si en algún momento dado desea suministrar nueva información.

1. Ley 906 de 2004 – código de procedimiento penal colombiano.

GRIMES KYLE HORACE, Preparación para entrevistas, curso avanzado de entrevistas e interrogatorios, ICITAP – COLOMBIA (2006), 18, 28

THOMAS CHARLES C. Schafer John R Navarro Joe. Técnicas avanzadas de entrevistas, (2003).

Entrevista Forense en Investigación Criminal, Fulton Edisson Franco Vélez, en proceso de publicación Defensoría del Pueblo.

2 Escuela de las Américas – Manual de Inteligencia de Combate, editado electrónicamente por el equipo Nizkor.

3. AUDIENCIAS PRELIMINARES

¿Qué son las Audiencias Preliminares?

Son aquellas actuaciones, peticiones y decisiones que no se ordenan ni resuelven en la audiencia de formulación de la acusación, la preparatoria o el juicio oral.

El Bloque de Constitucionalidad y las Audiencias Preliminares en el Sistema Acusatorio Colombiano

El nuevo Código de Procedimiento Penal ha dado un paso importante con la instauración de un sistema acusatorio, cuya premisa fundamental es la separación estricta entre los órganos que detentan las funciones de persecución (Fiscalía) y las funciones judiciales (jueces).

Y es así como el Acto Legislativo 03 de 2.002 creó la institución jurídica denominada Juez de Control de Garantías, con el objeto de controlar las garantías y proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas en la investigación.

Por lo anterior, se requiere conocer el papel que tiene el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia que lo interpreta, en las audiencias preliminares, pues ello va a incidir en la manera como se deben reconocer esas garantías y se ejerza el derecho a la defensa. Se trata, entonces, de interpretar el código procesal penal desde el derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no a la inversa.

¿Qué se entiende por Bloque de Constitucionalidad?

Es la sentencia C- 225 de 1995 la que por primera vez se refiere explícitamente a este concepto, iniciando una línea jurisprudencial que se ha prolongado hasta hoy. En esta decisión, al estudiarse la prevalencia del artículo cuarto de la Carta Política frente al 93, se establece que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman con el resto del texto constitucional un «bloque de constitucionalidad», cuyo respeto se impone a la Ley. Es decir, que el concepto se asume con el carácter de obligatoriedad, de estricto cumplimiento por parte de todas las autoridades; con su inobservancia, se desconocería la propia Constitución Política.

Puede decirse que por esta noción se entiende el conjunto de normas constitucionales que no aparecen en el texto constitucional, pero que se entienden incorporadas a él, lo cual significa que nuestra Carta Política es más que el propio texto constitucional. Ese «más» se refiere al grupo de tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido suscritos por Colombia, básicamente.

Los tratados internacionales más importantes que debemos tener en cuenta son: La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y La Convención Americana de Derechos Humanos(en adelante, CADH).

La interpretación de los tratados la hacen La Corte, la Comisión Interamericana de Derechos humanos (para la CADH) y el Comité de Derechos Humanos (para el PIDCP), básicamente. Según estos organismos, la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos es útil para interpretar el alcance y sentido de la normativa de los pactos universales y regionales. De la misma manera, las Observaciones Generales realizadas por el Comité de Derechos Humanos interpretan las normas de los pactos.

Por ahora vamos a referirnos a las siguientes audiencias preliminares: de legalidad de la captura, de formulación de la imputación y de solicitud de medida de aseguramiento y de revocatoria de la medida de aseguramiento.

3.1. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA

Consideraciones Generales

Los términos captura, arresto, aprehensión, retención o simplemente detención, se refieren a la privación de la libertad personal antes o durante el juicio. Por ello, todo lo que se diga aquí tiene aplicación en el capítulo de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

Por libertad personal se entiende la libertad física. La esencia de la libertad personal consiste en el derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal.

Arbitrariedad (o» desviación de poder») no es sinónimo de ilegalidad, sino que debe incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales. La arbitrariedad, entonces, se refiere a que la privación de la libertad sea necesaria, previsible, proporcionada y razonable para alcanzar un fin legítimo, habida cuenta de las circunstancias del caso. Estos criterios se aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad sino también a las normas de derecho interno que la autorizan. Por ello, una captura no depende de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta (art. 7.2 CADH). (Cfr. Caso Levoyer Jiménez contra Ecuador, No 11.992, Informe 66/01, Comisión Interamericana)

Las garantías de la privación de la libertad, según la Corte Interamericana (caso Gangaram Panday, sentencia de 4 de diciembre de 1.991), son: 1) La existencia de causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en ley (aspecto material), 2) Estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma ley (aspecto formal). Para el caso 11.565, Informe 53/01 (2.000), Hermanas González contra México, la Comisión

Interamericana establece que una privación de libertad que cumpla con 1) y 2) debe someterse al estudio de su eventual arbitrariedad.

La Declaración Universal y la Americana contemplan, en términos generales, la protección al derecho a la libertad personal; pero sólo el PIDCP y la CADH establecen garantías para su protección.

La libertad personal no figura dentro de la nómina de los derechos intangibles, o no derogables, alcance y contenido que no pueden ser modificados por medidas de excepción (artículos 4.2 del PIDCP y 27.2 de la CADH). No obstante, el derecho a impugnar la legalidad de una privación de libertad es inseparable del Estado de Derecho y del sistema democrático y, por tanto, debe mantenerse vigente durante los estados de excepción.

Si bien el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH se refieren a garantías que deben respetarse «durante el proceso», la jurisprudencia aclara que ciertas garantías son aplicables no sólo durante el plenario sino también en el sumario, e incluso durante la investigación previa.

El derecho a ser oído en juicio es válido para todo procedimiento preliminar que pueda tener consecuencias importantes en el desenlace del proceso. «Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados». (Cfr. Comisión Interamericana, caso Figueredo Planchart contra Venezuela, No 11.298, Informe 50/00.)

Por ello, oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra; oír es permitir contra-interrogar a los testigos de cargo con el fin de desvirtuar sus declaraciones por contradictorias o falsas; oír a un procesado es darle oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretende utilizar en su contra. (Cfr. Ibidem.)

3.1.1 Garantías procesales implicadas

3.1.1.1. El derecho a ser informado de las razones de la privación de libertad.

Esta información no debe hacerse en términos abstractos o simplemente citando algunas normas legales. Esta información, por el contrario, debe ser suficiente como para que el privado de libertad pueda tomar medidas inmediatas a fin de obtener su puesta en libertad, si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento. (Comité de Derechos Humanos, caso Drescher Caldas contra Uruguay, No 43/1.979.)

La información debe ser detallada e incluir los hechos bajo investigación, y la identidad de la víctima. (Comité de Derechos Humanos, caso Paúl Kelly contra Jamaica, No 537 de 1.993.)

No obstante, esta norma se aplica con flexibilidad en los casos en que el privado de libertad ha comprendido las razones de su detención, por ejemplo, cuando al detenido no se le informaron sus derechos por faltar un intérprete, pero el detenido presencié la incautación de drogas en su auto. A la mañana siguiente se le informaron sus derechos. (Caso Griffin contra España No 274/1988, Informe A/48/40, de 1.993.)

3.1.1.2. El derecho a ser llevado sin demora ante un juez.

El artículo 9.3 del PIDCP habla de «sin demora». Las 36 horas que prevé la norma colombiana se ajustan a la Acción de Habeas Corpus.

El artículo 2 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1 de la ley 1142 de 2007, quedó de la siguiente manera:

“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. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

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.”

La Corte Constitucional en sentencia C-163 de 2008, declaró la exequibilidad condicionada del inciso tercero del artículo 2° de la Ley 906 de 2004 tal como fue modificado por el artículo 1° de la Ley 1142 de 2007, en el entendido que dentro del término de treinta y seis (36) horas previsto en la norma se debe efectuar el control efectivo a la restricción de la libertad por parte del juez de garantías o el juez de conocimiento, si la captura se efectúa en la fase del juicio.

Sobre la naturaleza de la autoridad ante la cual el detenido debe ser presentado, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que se trata de una autoridad independiente, objetiva e imparcial respecto de las cuestiones que tiene que abordar. El Comité, entonces, considera que el fiscal de la investigación no está dotado de la objetividad e imparcialidad necesarias. (Cfr. Caso Kulomin contra Hungría, No 521, de 1.992.)

La «protección de la libertad», que ejerce al Fiscalía, al tenor del inciso cuarto del artículo 302 del código de procedimiento penal, debe entenderse dentro del marco general que prevén los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 26 del PIDCP), o la Constitución Política (artículos 1, 2, 5), y como un derecho objetivo.

Pretender otorgarle a la Fiscalía funciones jurisdiccionales en el tema de privación de la libertad de los individuos no sólo riñe abiertamente con el derecho internacional de los derechos humanos, sino, incluso, manifiesta cierta nostalgia por el sistema inquisitivo, en donde operaba la ficción de la objetividad e imparcialidad de la Fiscalía; se olvida que en el nuevo sistema acusatorio el ente investigador es parte interesada, parcializada con los resultados de sus pesquisas y retenciones, sean reales o personales. De mantener esta ficción, entonces también el juez podría investigar, pues él sería «imparcial y objetivo» (Cfr. Bovino Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Editores del Puerto, 1.998, páginas 37 ss.)

El derecho que invocamos implica también exigir mayor responsabilidad a la policía, pues a esta institución igualmente le compete el respeto a los derechos del capturado.

Igualmente, debe presentarse ante el Juez de Control de Garantías a la persona privada de libertad. La Comisión Interamericana de Derechos humanos ha dicho que al juez se lo considera como órgano adecuado para la tutela de las garantías. El principio de la intermediación procesal trata de evitar un distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y en especial de la persona del privado de libertad, ante la posibilidad de que ésta sea afectada por el poder penal del Estado. Por ello, deben desecharse las indebidas y erradas interpretaciones que incluyen dentro del principio de intermediación procesal las declaraciones en sede policial o de la Fiscalía. (Cfr. Caso Manríquez contra México, No 11.509, Informe 2/99; Caso Lamey y otros contra Jamaica, No 11.846, Informe 49/01.)

El examen judicial inmediato a la captura permite conocer su procedencia; sirve para poner freno a ciertos abusos de la policía, por cuanto una autoridad independiente puede observar la condición física del sospechoso y oír sus quejas.

El artículo 7.5 de la CADH debe interpretarse en armonía con el 9 del PIDCP y el 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El derecho a la impugnación del auto que decide sobre la legalización de la captura es una garantía que lo trae de manera expresa el artículo 13 de la ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 177 de la ley 906 de 2004. Lo mismo que el derecho a la reparación que contempla el artículo 9.5 del PIDCP. Éste difiere de la indemnización por condenas por error judicial que reconocen los artículos 14.6 del PIDCP y 10 de la CADH.

Para iniciar el recorrido en detalle por el tema de la captura, se hace imperioso analizar y revisar las distintas formas de su realización, según el momento y la calidad de la persona que la realiza, para ir, en la revisión de cada una, advirtiendo cuáles han de ser las actividades del defensor público en desarrollo de su rol.

3.2 CAPTURA EN FLAGRANCIA REALIZADA POR PARTICULAR

Si la captura fue realizada por una persona particular se debe verificar el siguiente procedimiento por parte del defensor, a fin de cuestionarlo en la audiencia de legalización de captura:

3.2.1. Que el particular, al realizar la captura, haya actuado en alguna de las tres (3) precisas circunstancias que señala el artículo 301 de la Ley 906 del 2004. Son éstas:

3.2. 1.1. Que la persona sea sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito.

3.2.1.2. Que la persona sea sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito, y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencié el hecho.

3.2.1.3. Que la persona sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

De los eventos anteriores se desprende que tienen en común tres (3) requisitos, sin los cuales no se estaría en estado de flagrancia. Estos son:

- Actualidad en el sorprendimiento.
- Identificación o individualización del partícipe.
- Aprehensión física del sorprendido.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia 25136 del 30 de Noviembre de 2006, con ponencia del Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA, retoma lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-024 de 1994 en relación a la flagrancia expresando:

*“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la **actualidad**, esto es la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después, percatándose de él y en segundo término la **identificación o por lo menos individualización** del autor del hecho.*

“Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad, requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, -la identificación-, lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas -debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido-, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial”.

3.2.2. Que quien hace la captura conduzca al aprehendido en el término de la distancia ante una autoridad de policía cualquiera.

3.2.3. Que se identifique al aprehendido por parte de esta autoridad de policía.

3.2.4. Que esta autoridad oportunamente informe al capturado de los derechos que su condición comporta, los cuales son los señalados en el artículo 303 de la ley 906/2004.

3.2.5. Que la autoridad de policía reciba un «informe detallado» de las circunstancias en que se le produjo la captura.

3.2.6. Que la autoridad de policía ponga a disposición de la Fiscalía General de la Nación al capturado «en el término de la distancia» junto con el «informe detallado».

3.2.7. Que la Fiscalía General de la Nación libere al capturado al considerar con fundamento en la información suministrada o recogida que el supuesto delito no comprende detención preventiva

3.2.8. Que la Fiscalía General de la Nación libere al capturado al considerar con fundamento en la información suministrada o recogida que la captura fue ilegal.

3.2.9. Que la Fiscalía General de la Nación solicite 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 a la privación de la libertad, y dicho control se haga al amparo de lo jurisprudencia interpretativa C-163 del 20 de febrero de 2008.

3.2.10. Que la Fiscalía en «Audiencia de legalización de la captura» presente a la persona que realizó la aprehensión.

3.2.11. Que se solicite al Juez de Control de Garantías y en la «Audiencia de legalización de la captura» el contrainterrogatorio respectivo sobre los puntos a verificar (enunciados anteriormente)

3.2.12. Que si la Fiscalía en «Audiencia de legalización de la captura» presenta a la autoridad de policía que recibió el «informe detallado», se solicite al Juez de Control de Garantías y en la «Audiencia de legalización de la captura» el contrainterrogatorio respectivo que incluya la pregunta de «muestre el documento donde consta el informe recibido».

3.2.13. Que se interpongan los recursos de reposición y/o apelación, según el caso, contra la decisión que tomó el juez respecto de la solicitud de legalización de la captura elevada por la Fiscalía, en caso de ser necesario.

3.3 CAPTURA EN FLAGRANCIA REALIZADA POR AUTORIDAD DE POLICÍA

Si la captura fue realizada por una autoridad de policía, el defensor debe verificar el siguiente procedimiento:

3.3.1. Que la autoridad, al realizar la captura, haya actuado en alguna de las tres (3) precisas circunstancias que señala el artículo 301 de la Ley 906 del 2004.

3.3.2. Que la autoridad haya conducido al capturado inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a la Fiscalía General de la Nación.

3.3.3. Que al capturado se le haya informado oportunamente de los derechos que su condición comporta, según el artículo 303 de la Ley 906 del 2004.

3.3.4. Que la Fiscalía haya recibido un informe de la autoridad de policía que realizó la captura.

3.3.5. Que la Fiscalía libere al capturado con fundamento en que, según la información suministrada o recogida, el supuesto delito no tiene detención preventiva.

3.3.6. Que la fiscalía libere al capturado con fundamento en que, según la información suministrada o recogida, la captura fue ilegal.

3.3.7. Que la Fiscalía General de la Nación solicite 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 a la privación de la libertad, y dicho control se haga al amparo de lo jurisprudencia interpretativa C-163 del 20 de febrero de 2008.

3.3.8. Que la fiscalía en audiencia de legalización de la captura presente a la persona que realizó la aprehensión.

3.3.9. Que se solicite al Juez de Control de Garantías y en la audiencia mencionada la posibilidad de conainterrogar a la persona que realizó la captura.

3.3.10. Que se solicite al Juez de Control de Garantías en la misma audiencia que ordene a la Fiscalía la entrega del informe detallado que oportunamente debió presentar la autoridad de policía que realizó la aprehensión.

3.3.11. Que se verifique el buen trato físico y emocional del capturado.

3.3.12. Que se interponga el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión de legalidad de la captura que haya tomado el Juez de Control de Garantías, si tal decisión no se comparte.

3.4 CAPTURA CON ORDEN JUDICIAL

Si la captura es consecuencia de una orden judicial, el defensor debe constatar:

3.4.1. Que sea exclusivamente el fiscal que dirige la investigación quien solicite la orden de captura al Juez de Control de Garantías correspondiente, pudiendo realizar esta solicitud antes o después de la formulación de la imputación.

3.4.2. Que, el juez haya tomado la decisión de ordenar de plano la captura y, en consecuencia, expida el mandamiento escrito para tal efecto, indicando en forma clara y sucinta los motivos de la captura, y deje una copia de la misma en su despacho a fin de constatar la vigencia.

3.4.3. Que el Juez de Control de Garantías haya enviado la orden de captura proferida a la Fiscalía General de la Nación, para que se registre en el sistema de información que se tiene para tal efecto, y se designe al organismo de policía judicial que se ha de encargar de realizar la aprehensión

3.4.4. Que sea el organismo de policía judicial designado por la Fiscalía General de la Nación quien haya realizado la aprehensión.

3.4.5. Que se consulte la vigencia de la orden de captura, la cual no podrá exceder los tres (3) meses, salvo las prórrogas necesarias pedidas por el fiscal director de la investigación.

3.4.6. Que al capturado se le haya informado de manera inmediata sobre los derechos que por tal circunstancia le asisten, esto es, los señalados en el artículo 303 de la Ley 906/2004.

3.4.7. Que, como en las otras especies de captura, se verifique la efectividad de la notificación de derechos al capturado y del buen trato físico y psicológico.

3.4.8. Que la Fiscalía General de la Nación solicite 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 a la privación de la libertad, y dicho control se haga al amparo de lo jurisprudencia interpretativa C-163 del 20 de febrero de 2008.

3.4.9. Que se solicite al Juez de Control de Garantías que requiera a la Fiscal para que exhiba la orden de captura para constatar el nombre del capturado, los datos que se tuvieron para individualizar al imputado, los motivos de la captura, la vigencia de la orden, y el organismo que realizó la aprehensión.

3.4.10. Que si no se está de acuerdo con la decisión del Juez de Control de Garantías, se interponga recurso de reposición y/o apelación.

3.5 CAPTURA SIN ORDEN JUDICIAL O EXCEPCIONAL

El inciso 3 del artículo 2 original de la ley 906 de 2004 que permitía la captura excepcional fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-730 de 2005. Consideró la Corte en esta sentencia que la

adopción de un sistema penal acusatorio implica un cambio fundamental en el papel que le corresponde cumplir al fiscal en el proceso penal y en tal sentido, resaltó la clara voluntad del constituyente de sustraerlo de la competencia para ordenar la privación de la libertad del investigado, la cual se reserva como regla general, al juez de garantías (art. 250-1 Const. Pol.). En fallo posterior, la H. Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 300 de la ley 906 de 2004, reiterando que la facultad excepcional de la Fiscalía de ordenar captura no era lo suficientemente clara y que podría conducir a que se convirtiera en regla general.

El párrafo del artículo 297 de la ley 906 de 2004, refiere así mismo la posibilidad de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, siendo tal norma declarada executable, en el entendido de que la facultad excepcional dispuesta por la Fiscalía no será aplicable hasta tanto el legislador no regule, de conformidad con el inciso 3 del numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, los límites y eventos en que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación.

El legislador a través de la ley 1142 de 2007, artículo 21, crea el artículo 300 de la ley 906 de 2004, quedando la norma de la siguiente manera:

*“Artículo 300. Captura excepcional por orden de la Fiscalía. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, **cuando por motivos serios y de fuerza mayor** no se encuentre **disponible un juez que pueda ordenarla**, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:*

3.5.1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

3.5.2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

3.5.3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión”

Lo que aparece en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de sentencia C-185 de 2008, y lo que aparece subrayado fue declarado executable condicionalmente, en el entendido que el fiscal debe agotar diligentemente la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulantes y que la expresión “o información” debe entenderse obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la ley 906 de 2004.

De presentarse una captura excepcional ordenada por la Fiscalía General de la Nación, el defensor público solicitará sea decretada la ilegalidad de la captura con base en sentencia C-185 de 2008, poniendo de presente que el fiscal tenía la oportunidad de acudir ante un juez de control de garantías para solicitar la orden.

3.6 ALLANAMIENTO PARA CAPTURAR

Se debe verificar por parte del defensor:

3.6.1. Que el fiscal encargado de la dirección de la investigación ordene el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave a fin de realizar la captura del individuo, imputado o condenado.

3.6.2. Que se trate de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

3.6.3. Que en la orden de registro y allanamiento se diga claramente si tiene por objeto también la captura.

3.6.4. Que exista fundamento para la expedición de la orden de registro y allanamiento con el fin de realizar una captura, es decir, que existan motivos razonablemente fundados que le permitan concluir que la ocurrencia del delito investigado tuvo como probable autor o participe al propietario o al tenedor del bien registrado, o que la persona por capturar transitoriamente se encontraba allí.

3.6.5. Que los motivos fundados tengan respaldo probatorio por lo menos en un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo, de informante, elementos materiales probatorios y evidencia física que permitan establecer, con veracidad, el vínculo del bien por registrar con el delito investigado.

3.6.6. Que, si los motivos fundados tuvieron como respaldo probatorio declaración jurada de testigo, el fiscal haya estado presente con el fin de interrogar al declarante, para apreciar mejor su credibilidad.

3.6.7. Que, si el respaldo estuvo basado en la declaración de un informante, la policía judicial haya precisado al fiscal su identificación y la confiabilidad que merece.

3.6.8. Que, si el respaldo probatorio provino de la presencia de elementos probatorios, evidencia física, seguimientos pasivos y fotografías, se le exige al fiscal la verificación de la cadena de custodia requerida para la autenticidad de la información. Que, además de lo anterior, se exija a la policía judicial certificación en donde conste la corroboración de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

3.6.9. Que la orden expedida por el fiscal para el registro y el allanamiento haya determinado con precisión el lugar o lugares de la diligencia.

3.6.10. Que la orden del fiscal sea ejecutada por los miembros de la policía judicial señalados en la misma.

3.6.11. Que el plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento tenga un término máximo de treinta (30) días, si se efectúa en indagación, o de quince (15) días, si es dispuesta después de formulada la imputación. En caso de haber existido una prórroga, debe verificarse que lo haya sido por una sola vez, y por el mismo tiempo.

3.6.12. Que la diligencia se haya desarrollado entre las 6:00 am y las 6:00 pm, salvo que, por circunstancias muy especiales del caso, se haya optado por otra hora para evitar la fuga del sindicado o imputado, o la destrucción de los elementos materiales probatorios o evidencia física.

3.6.13. Que la policía Judicial haya levantado un acta que resuma la diligencia, en que por lo menos se hayan indicado el lugar o lugares registrados con exactitud, los objetos incautados y las personas capturadas. Que conste que el acta fue leída a las personas afectadas con el procedimiento, y que, además, se les permita dejar constancias de discrepancia con lo anotado.

3.6.14. Que al capturado se le haya informado de sus derechos en forma inmediata.

3.6.15. Dentro del término de la distancia y sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía Judicial debe haber: informado al fiscal de los pormenores del operativo, realizado la entrega el acta de la diligencia y puesto a disposición al capturado.

3.7. CONTROL DE LEGALIDAD DE DILIGENCIAS DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO

Casos en que procede el registro y allanamiento de inmuebles, naves y aeronaves

3.7.1. En los eventos de flagrancia. ¹

3.7.2. Para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física. ²

¹ **Artículo 301. Flagrancia.** Se entiende que hay flagrancia cuando:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.
3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

² **Artículo 219. Procedencia de los registros y allanamientos.** El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales

3.7.3. Para realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. ³

Si el registro y allanamiento tienen como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, ¿qué deben verificar el defensor público y el Juez de Control de Garantías?

Que la captura se haya librado respecto de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva. ⁴

¿Qué debe verificar el defensor público en relación con la orden escrita de allanamiento?

1. Funcionario que expide la orden, fecha y hora. Hay que recordar que la Fiscalía está obligada a observar el principio de objetividad. ⁵ La Fiscalía ha elaborado un formato de ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO que ha sido distribuido entre sus funcionarios⁶.

2. Conducta delictiva que se investiga.

3. Organismo de Policía Judicial que solicitó la orden, en caso de mediar informe de policía judicial⁷.

4. Organismo de Policía Judicial a quien se le impartió la orden. ⁸ Información que deberá ser cotejada con el acta de diligencia.

probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva

3 Artículo 219.

4 artículo 313. **Procedencia de la detención preventiva.** Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. 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.
- 4.- (Adicionado. L. 1142/2007, art. 26). Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

5 artículo 115. **Principio de objetividad.** La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley

6 Formato de orden de allanamiento y registro publicado en la página WEB de la FGN.

7 El Manual de Policía Judicial publicado en la página WEB de la Fiscalía General de la Nación de Colombia contempla en la página 32 los requisitos para solicitar al fiscal orden de registro y allanamiento.

8 **ARTÍCULO 117. LA POLICÍA JUDICIAL.** Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento.

La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el Fiscal General de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas.

5. Objeto de la orden: Se debe verificar si se trata de un inmueble, nave o aeronave; la ubicación de éstos y la descripción exacta de los lugares a registrar. Deben estar determinados los lugares que se van a registrar. En el caso de edificios, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicarán expresamente cuáles se encuentran comprendidos dentro de la diligencia. Cuando no sea posible describir el lugar o lugares por registrar debieron precisarse las razones para que, a pesar de ello, se llevara a cabo el operativo.

6. Finalidad del registro: De vital importancia resulta esta verificación, pues de alguna manera delimita el alcance de la diligencia. Hay que tener en cuenta que muchas veces los funcionarios de policía judicial utilizan frases de cajón para mimetizar un propósito o fin.

7. Fundamento de la orden: Motivos razonablemente fundados que le permitan concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallen los instrumentos con que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. Aquí resulta importante examinar circunstancias de tiempo, modo y lugar (motivos).

Sobre los motivos fundados ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema, en providencia del 9 de Noviembre de 2006, dentro del radicado 23327 ha señalado lo siguiente:

"Pues bien, a juicio de la Sala, no sólo el fiscal, cuando decreta una orden de allanamiento y registro debe basarse en "serios motivos para presumir que en un bien inmueble o aeronave se encuentra alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución", según lo señala el inciso primero del artículo 294 de la Ley 600 o, como con mayor rigor lo regula ahora la Ley 906 2004, principalmente en los artículos 220, al establecer que "sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código..." (subrayas fuera de texto), previendo incluso como novedad en la siguiente preceptiva un respaldo probatorio específico para decretar dicha orden, sino que, bajo idéntica filosofía, los funcionarios de Policía Judicial también deben contar con el mismo grado de conocimiento cuando llevan a cabo las diligencias a las que se ha hecho mención.

En relación con el conocimiento fundado a que se hace alusión, oportuno se ofrece precisar que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dicho que si bien se aleja de la categoría epistemológica de certeza, también excluye la mera sospecha, ubicándose fundamentalmente en el grado de probabilidad⁹. De tal suerte que preferiblemente los funcionarios de Policía Judicial previo a la práctica de las diligencias aludidas, deben desarrollar labores previas de investigación que les permitan inferir que se encuentran dentro de una de las situaciones que facultan la incursión domiciliaria sin orden judicial previa.

La nueva legislación procesal, ciñéndose a esa teleología, prevé mayor control a este tipo de actividades de Policía Judicial, al introducir como figura novedosa la "violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos", muy común

⁹ CHIESA APONTE, Ernesto L., Tratado de Derecho Probatorio, Publicaciones JTS, Primera edición, Reimpresión 2005. La Corte Constitucional también abordó el punto en la sentencia C-024 de 1994.

en el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, a que refiere el numeral 2° y el párrafo del artículo 230, que incluso puede alegarse fundamentalmente por el indiciado o imputado como violación al debido proceso en procura de "la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento".

Así las cosas, una interpretación sistemática de los preceptos aludidos permite razonablemente colegir que la exigencia de contar con motivos serios y fundados para practicar dichas diligencias también se hace extensiva a los servidores públicos que ejercen funciones de Policía Judicial; ello, como única forma de posibilitar la incursión al domicilio sin orden judicial pues, de no ser así, se propiciaría la práctica de actos arbitrarios en los que sin justificación alguna se invadiría el entorno íntimo de las personas con la consecuente vulneración de las garantías fundamentales aludidas en precedencia, lo cual ciertamente no se corresponde con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho al que se adscribe la Constitución Política.

No obstante lo anterior, es necesario aclarar, así mismo, que la situación de apremio o urgencia que suele acompañar la actividad propia que desarrollan este tipo de funcionarios y que determina la adopción de medidas inmediatas para prevenir o evitar la comisión de un delito o sus consecuencias, no puede excusarlos de contar con fundamentos serios para la práctica de tales diligencias, aunque en el sopesamiento de sus motivos han de tenerse en cuenta factores tales como la naturaleza del delito o la producción de un daño para la víctima, entre otros, que pueden constituir motivo fundado para justificar su intervención, permitiendo prescindir en esos casos especiales de labores exhaustivas de verificación."

8. Que los motivos tengan respaldo probatorio en: Informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.

9. Verificar el contenido del informe de policía judicial. Fecha del informe, número, dependencia, quién lo suscribe; fuente de información (humana o elementos materiales probatorios); labores adelantadas para la localización e identificación del inmueble, nave o aeronave (cómo y de qué manera se localizó e identificó el objetivo de la diligencia); descripción del bien a registrar; nombre del propietario, tenedor, poseedor; nombre de los investigadores que adelantaron la labores de averiguación; también se debe verificar si quien suscribe el informe es la misma persona que adelantó la labor de averiguación.

10. Verificar quién es el testigo cuya declaración jurada sirvió de fundamento para ordenar la diligencia (cuando el fundamento de la orden descansa en el dicho de un testigo). Debe incluirse nombre completo del testigo, identificación, lugar de residencia. Conocido lo anterior, debe establecerse posible interés para posteriormente atacar su credibilidad. Existe un problema cuando la fuente es un INFORMANTE, pues el código protege la identidad de éste; sin embargo, se recomienda examinar las razones de confiabilidad que deben aparecer consignadas en la ORDEN y, de ser posible, establecer qué agencia de inteligencia u organismo de policía judicial lo reclutó o lo presenta.

11. Verificar la observancia de la cadena de custodia, cuando los motivos fundados para ordenar la diligencia surgieron de la existencia y/o presencia de elementos materiales probatorios. El funcionario de policía judicial debe certificar

bajo juramento (formato pro forma¹⁰) que ha corroborado el procedimiento de recolección, embalaje y conservación de los elementos recolectados.

12. Verificar que el plazo que se otorgó para llevar a cabo la diligencia y su eventual prórroga, se cumplieron. En caso de indagación, el término máximo es de 30 días. Formulada la imputación, es de 15 días. Sólo se puede prorrogar por una sola vez, mediando razones que justifiquen la demora, y previa orden del fiscal.¹¹

¿Qué debe verificar el defensor público en relación con el acta de registro y allanamiento?¹²

Se recomienda cotejar los siguientes aspectos con la orden de registro y allanamiento, pues puede ocurrir que se presenten inconsistencias entre lo dispuesto por el fiscal y lo realizado por los funcionarios de policía judicial. Ej.: se allanó el lugar que no era; las personas que se investigan nunca han residido allí, tampoco frecuentan el lugar allanado y mucho menos se la conoce; el mismo lugar ha sido allanado varias veces sin ningún resultado

1. Número del acta de diligencia.
2. Lugar, fecha y hora de iniciación de la diligencia.
3. Nombre del funcionario coordinador, y cargo.
4. Localización del inmueble, nave o aeronave (lugar).
5. Identificación y descripción del inmueble, nave o aeronave.
6. Determinación específica de los lugares registrados.
7. Relación de elementos materiales probatorios, y evidencia física encontrada (características).
8. Relación de elementos incautados u ocupados
9. Relación de personas capturadas (nombres e identificación).
10. Información de la persona que atiende la diligencia, identificación, condición (propietario, tenedor o morador transitorio).
11. Constancias.

10 Manual de Policía Judicial, Anexo No. 4 – formato registro de cadena de custodia

11 ARTÍCULO 224. PLAZO DE DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO.

La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo

12 Manual de Policía Judicial, Anexo No. 12 – formato acta registro y allanamiento.

12. ¿Los miembros de policía judicial se identificaron previamente?
 13. ¿Fue exhibida y leída la orden de registro y allanamiento?
 14. ¿Quiénes se encontraban en el inmueble, nave o aeronave, opusieron alguna resistencia?
 15. ¿La policía judicial debió utilizar la fuerza?
 16. ¿Qué daños se produjeron al inmueble, nave o aeronave ante la utilización de la fuerza?
 17. ¿Qué destinación o uso tienen el inmueble, nave o aeronave?
 18. ¿Durante el registro al inmueble, nave o aeronave, qué persona estuvo presente? ¿Quién presenció el registro?
 19. Relación de la totalidad de personas que estaban en el interior del inmueble, nave o aeronave al momento del operativo. Por ejemplo, en algunas ocasiones sólo se relaciona a la persona que se captura, y se omite el nombre del propietario o tenedor del inmueble.
 20. ¿En qué lugar se suscribió el acta por parte de quien atendió la diligencia? Aparentemente esto, que es obvio, algunas veces no lo es.
 21. ¿A qué hora se terminó la diligencia? Hay casos muy conocidos en que las autoridades a pesar de no hallar nada, han permanecido varias horas e incluso días en un inmueble, nave o aeronave. Ej. Caso del barrio contador en Bogotá.
 22. ¿Se diligenció inventario de bienes incautados? Hay casos en que se omite hacer el inventario dentro de la diligencia y, después de terminada, se regresa al inmueble, nave o aeronave a diligenciar dicho inventario.
 23. ¿Se diligenció formato de cadena de custodia de elementos materiales probatorios y evidencia física?
 24. ¿Se dejó registro de la diligencia por medios de fotografías y videos?
 25. ¿Se diligenció acta de derechos del capturado?
 26. ¿Se hizo entrega de copia del acta a quien atendió la diligencia?
 27. ¿Quién certifica el buen trato?
 28. ¿Se dejaron todas las constancias del caso? Muchas veces las constancias solicitadas por quien atendió la diligencia son las que menos se dejan en el acta.
- ¿Qué término tienen los funcionarios de policía judicial para informar al fiscal los pormenores del operativo?*

Terminada la diligencia la policía judicial devolverá al fiscal la orden y pondrá a disposición a las personas capturadas dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas. Se arrimará el inventario de bienes incautados y la custodia de éstos queda por cuenta del organismo de policía judicial.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 9 de abril de 2008, dentro del proceso 28535, con ponencia del Dr. JOSE LEONIDAS BUSTOS, en relación al tema ha indicado:

“El desajuste entre el nuevo límite temporal previsto en el artículo 237 (24 horas) y el establecido en los artículos 14 y 154.1 (36 horas), ha de entenderse, por tanto, como resultado de una imprevisión del legislador, derivada de la inadvertencia de que existían otras disposiciones que concordantemente preveían las mismas 36 horas para la realización de la audiencia de control, que era necesario modificar para que la enmienda introducida emergiera armónica.

Recapitulando, se tiene entonces lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior de los procedimientos de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.

En relación con el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de las veinticuatro (24) horas, se ha sostenido generosamente por algunos intérpretes que debe serlo a partir del momento de la presentación del informe al fiscal por parte de las unidades policiales que intervinieron en el procedimiento, en el entendido de que el querer del legislador cuando dispuso la reducción del término, fue que a las 24 horas se sumaran las doce (12) de que dispone la policía para la presentación del informe, para un total de treinta y seis (36).

La Corte no participa de esta interpretación. El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.

Si el legislador hubiera querido que las veinticuatro horas se contaran desde la presentación del informe, lo habría consignado expresamente, pero no lo hizo, y no se advierte de qué manera puedan ser racionalmente equiparados estos dos momentos, que el propio artículo 228 se encarga de diferenciar, al

sostener que “terminada la diligencia de registro y allanamiento, dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las 12 horas siguientes, la policía judicial informará al fiscal que expidió la orden los pormenores del operativo”, de donde surge claro que uno es el momento de la terminación de la diligencia, y otro muy distinto el de rendición del informe.

Además, el querer del legislador cuando decidió modificar el contenido del artículo original del proyecto para fijar en veinticuatro (24) horas el término dentro del cual debía realizarse la audiencia de control, fue claramente el de reducir el término inicialmente previsto en la norma (36 horas), según se desprende de las constancias dejadas en la presentación del informe para primer debate ante el Senado, a la cuales ya se hizo mención, y no el de mantenerlo, como equivocadamente se ha querido hacer aparecer por quienes sostienen que a dicho término deben sumarse las doce (12) horas que el artículo 228 prevé para la presentación del informe”.

¿Qué debe verificarse cuando se ha llevado a cabo la diligencia de registro y allanamiento omitiendo la orden escrita?

1. Que su origen obedezca a una de las situaciones previstas en el artículo 230 del C. de P. Penal, debidamente justificadas.
2. Que esté acreditado el consentimiento del afectado y su autorización para permitir el registro.
3. Que se haya levantado la respectiva acta de registro, y ésta contenga la información básica de que da cuenta el punto No. 4.

3.8. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

3.8.1 El derecho a ser informado de los cargos en contra.

Esta garantía está consagrada en el artículo 14.3 a del PIDCP y 82.b de la CADH, en cuanto derecho del detenido. Dice el Comité de Derechos Humanos que el principio de igualdad de posibilidades no se respeta cuando al procesado no se le notifica una acusación debidamente motivada (Cfr. Caso Wolf contra Panamá, No 289/1998.)

Según la Observación General No 13, párrafo 8 del Comité de Derechos Humanos, la información debe indicar tanto la ley como los supuestos de hecho en que se basa.

El artículo 5.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos exige que toda persona detenida sea «suficientemente informada sobre los hechos y las pruebas en que se basa la decisión de detenerla. En concreto, debe permitírsele que manifieste si admite o niega la presunta infracción».

La Comisión Europea explicó que la «naturaleza» de la acusación hace referencia al carácter o clasificación jurídica de los hechos, mientras que la «causa de la acusación» alude a los hechos en que se basa la acusación.

La garantía de la que nos ocupamos tiene dos objetivos fundamentales. Por un lado, facilitar a toda persona arrestada o detenida información que le permita impugnar la legalidad de la detención (objetivo principal del artículo 9.2 del PIDCP). Por otro, permite a toda persona acusada de una infracción penal y en espera de juicio, esté o no bajo custodia, comenzar a preparar su defensa (artículos 14.3a PIDCP; 82.b de la CADH; 6.3a del Convenio Europeo).

Esta información opera a partir del momento en que se ha determinado la acusación. Este término, para el derecho internacional de derechos humanos, se refiere a la imputación que se hace, en nuestro derecho interno, ante el Juez de Control de Garantías.

3.8.2 Derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa

Es una manifestación del principio de igualdad de armas, consistente en que la defensa y la acusación deben ser tratadas en forma que se garantice que ambas partes tienen las mismas oportunidades para preparar y presentar sus argumentos en todas las etapas del procedimiento, antes del juicio y durante los recursos, según las circunstancias específicas del caso.

Se contempla en el artículo 14.3 b, d del PIDCP. Si el defensor considera que requiere un poco de tiempo más para ejercer el derecho a la defensa, un aplazamiento breve es viable. Igualmente, el derecho a acceder a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa (Cfr. observación General No 13 del Comité de Derechos Humanos).

El literal "i" del artículo 8 del NCPP, señala que dentro de los derechos que tiene la persona que adquiere la calidad de imputado está el de: " Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De maneta excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer"

La sentencia de la Corte Constitucional C-799 de 2005, aclara que el derecho de defensa se puede ejercer desde antes de la imputación.

A manera de definición

Dispone el artículo 286 del C.P.P., que el concepto de la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a

cabo ante el Juez de Control de Garantías. Es un acto de carácter público, que como en el proceso penal chileno, determina la causa probable en contra de un ciudadano por determinados hechos investigados, que deben ser claros, precisos y comprensibles con trascendencia jurídica.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos ha precisado, que la imputación no sólo tiene que ser fáctica sino también jurídica y de manera puntual ha señalado:

“En relación con los eventos en los cuales el sujeto pasivo de la acción judicial penal se allana a los cargos, la Sala ha destacado que la formulación de imputación que sirve de base para tal allanamiento debe contener la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes como marco de la actuación a fin de que no exista duda de la conducta que se imputa, pues se la ha de tener como acusación: “...tal concepción se articula con la idea de que la imputación, como ya se dijo, y como lo impone el sistema penal colombiano, y lo ha expresado la Corte, no puede ser solo fáctica -no por razón de una construcción histórica ligada a un específico sistema procesal, sino porque como entre otras cosas lo exige el nuevo código procesal-, desde la misma formulación de la imputación, el fiscal debe hacer una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, lo que implica valorar desde la perspectiva jurídica los hechos que se imputan”¹³.

Así el artículo 287 de la Ley 906 de 2004 ciertamente no contribuya a esta claridad, sin embargo, teniendo como fundamento la imputación las nociones de autoría y participación, ésta es necesariamente jurídica también, en tanto lo fáctico no es comprensivo de tales nociones.

Por ello, se ha insistido en que la imputación fáctica y jurídica se impone para su adecuada formulación, la cual ha de ser conocida por el imputado y su defensor a efectos del allanamiento, como marco que sujeta al juzgador so pena de infringir el principio de congruencia, ora por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación.¹⁴”

La formulación de imputación es **en esencia** “un acto de comunicación” de la Fiscalía a una(s) persona(s) en relación con la sospecha que existe de que un(os) hecho(s) jurídicamente relevante(s) –delitos- son susceptibles de atribuírsele como obra suya. (Artículos 286 y 287 del C. de P.P.)

En virtud de ese acto formal de comunicación que se desarrolla en audiencia pública ante un juez de control de garantías (art. 286), el sujeto adquiere la condición de parte en el proceso penal – Imputado. (Art. 126 ibidem)

La formulación de la imputación es el primer “escalón” en el proceso de perfeccionamiento de la imputación (fáctico – jurídica) que se funda a partir de evidencias físicas o de información legalmente obtenida, que le permite a la Fiscalía “inferir razonablemente” que el imputado es autor o partícipe del delito. (Art. 287 ibidem.)

13 Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005. Radicación 24026. M.P. Mauro Solarte Portilla.

14 Sentencia de casación de 6 de abril de 2006. Radicación 24668. MP: Jorge Luis Quintero Milanes.

Con esos elementos, y nada más, es procesalmente posible a la Fiscalía **imputar** la(s) conducta(s) ante el juez de control de garantías (Conc. Artículos 153, 154 – 6, 287, 288). Imputar significa *hacer responsable, atribuir, inculpar, incriminar, señalar, tildar, estampillar, cargar, culpar... etc.*; cuando el acto de atribución se cumple con las ritualidades y garantías previstas en la Ley (Título III del C. de P.P.) y en un marco fáctico jurídico realmente aproximado a la(s) conducta(s) que se investigan, ello debe marcar definitivamente la actividad defensiva, pues el imputado (principalmente) y su defensor sabrán dimensionar qué tan lejos está la Fiscalía de perfeccionar o no la investigación penal¹⁵.

3.8.3 Efectos de la formulación de la imputación

Es un acto de notificación que tiene múltiples efectos procesales: frente a la interrupción de la prescripción de la acción penal, crea la etapa procesal adecuada que dispone la ley para dar aplicación al principio de oportunidad, la prueba anticipada, la preclusión, y para tomar acciones tendientes a realizar los preacuerdos y los acuerdos y generar las situaciones y condiciones necesarias para dar por terminadas ciertas actuaciones por indemnización integral de los daños y perjuicios utilizando los mecanismos de la justicia restaurativa, como la mediación y la conciliación, y, en general, activa el derecho a la defensa.

Es requisito básico obligado para solicitar cualquier medida de aseguramiento en contra del imputado, o algún tipo de medidas cautelares sobre bienes, y, es un límite para la propia Fiscalía en cuanto al inicio de los términos del artículo 175, de treinta (30) días para que se presente la acusación por el mismo fiscal o por otro, dentro de otros adicionales treinta (30) días; de lo contrario, se deberá presentar ante el juez de conocimiento petición a favor del imputado de libertad inmediata y de preclusión de la investigación.

Para esta diligencia, se requiere la presencia física del indiciado para que se proceda a su formulación; tiene que existir la citación efectiva, por parte del centro de servicios administrativos, a la persona indiciada, con la información necesaria y suficiente de la programación de la Audiencia Preliminar; se debe verificar que dicha citación se haya realizado cuando la persona se encontraba en libertad; ella es la única que se puede allanar dentro de la misma; en caso de que no esté presente, es necesario que se dé trámite ante el mismo Juez para la declaratoria de persona ausente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 127 del C.P.P.

La captura del ciudadano y la formulación de la imputación activan el derecho a la defensa técnica, determinan la actividad procesal que podrá darse en la misma diligencia con la aceptación de los cargos por parte del imputado, quien se hará merecedor a una rebaja igual a la mitad de la pena a imponer por la conducta punible (art. 351 del C.P.P.). La audiencia se surte con la presencia del indiciado y su defensor, ante cuya ausencia se procederá a designar a un defensor público.

¹⁵ Sentencia de casación de 1 de Noviembre de 2007. Radicación 26878. MP. Alfredo Gómez Quintero.

Para que el fiscal proceda a la formulación de la imputación, debe tener unos presupuestos probatorios suficientes y observar lo dispuesto en el artículo 287, esto es, que 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. Imputación fáctica que deberá contener todos los hechos jurídicamente relevantes de la conducta, que se pueden discutir hasta comprenderlos; pero la inferencia lógica y razonable realizada por el fiscal no es susceptible de controversia.

Empero, cada uno de esos hechos es susceptible de ser controvertido por la defensa, incluso para tratar de verificar la existencia de elementos materiales probatorios suficientes asumados por el fiscal, o por lo menos, conocer su existencia. Lo mismo, frente a cada uno de los agravantes y la determinación de si se trata de conductas agotadas, consumadas, o de las que se quedan en la ejecución, es decir si son tentadas, para el momento de decidir sobre la posibilidad de imponer una medida de aseguramiento. Incluso, es posible tratar de evidenciar la posible cuantía de los daños ocasionados con la conducta para dar aplicación a la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 del C.P.

3.8.4 Trámite y contenido de la audiencia de imputación

El fiscal delegado para el caso llena los formatos requeridos para el efecto, y los entrega en la Secretaría de las salas de audiencias, y se produce su programación convocando a quienes deben participar en ella en el menor tiempo posible. Dentro de la diligencia se pueden evacuar varias de las audiencias de control de garantías respecto de las diligencias realizadas por la Fiscalía.

El fundamento jurídico de la audiencia de control de garantías para la formulación de la imputación se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 85, 92, 97, 101 (todos referentes a la afectación de los bienes del imputado), 127 (ausencia del imputado y declaratoria como persona ausente), del 268 al 274 (de las facultades de la defensa y del imputado) y del 286 al 294 (audiencia de formulación de la imputación), todos del nuevo C.P.P., Ley 906 de 2004.

Dispone el artículo 288 que, para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

3.8.4.1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo, y el domicilio de citaciones.

3.8.4.2. 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.

3.8.4.3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y obtener rebaja de pena, de conformidad con el artículo 351.

3.9 REQUISITOS DE LEGALIDAD SUSTANCIAL Y PROCESAL DE LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN.

Por definición normativa del artículo 286, la formulación de la imputación es «la comunicación» que hace la Fiscalía a un ciudadano, de su calidad de «imputado», comunicación que debe cumplir con los siguientes requisitos:

3.9.1 Es una imputación fáctica y jurídica como se señaló en líneas anteriores.

3.9.2 Inferencia razonable del FISCAL. Sólo se hará la imputación cuando se presenten las siguientes circunstancias:

3.9.2.1. Cuando existan elementos materiales probatorios, evidencia física o de información LEGALMENTE OBTENIDA.

3.9.2.2. De los cuales el FISCAL pueda inferir razonablemente autoría o participación del ciudadano en el delito investigado.

3.9.3 Posibilidad de solicitar medida de aseguramiento. De acuerdo con la situación específica, valorada por el FISCAL, determinará que se solicite medida de aseguramiento según el FISCAL considere que es o no procedente.

3.9.4. Contenido de la expresión oral de la formulación de la imputación por PARTE DEL FISCAL:

3.9.4.1. Individualización del imputado.

3.9.4.2. Relación clara y sucinta de hechos, que cumpla los siguientes requisitos:

3.9.4.2.1. Que tengan relevancia jurídica PENAL.

3.9.4.2.2. El lenguaje sea comprensible, esto es no JURÍDICO, sino que en consideración del ciudadano a imputar, sea posible que él lo entienda. En principio NO implica descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física ni de información. Pero si se va a solicitar MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, se deben DESCUBRIR los elementos materiales probatorios, evidencia física o información necesaria para sustentar la medida de aseguramiento.

3.9.4.3. La posibilidad del investigado de allanarse a la imputación obteniendo una rebaja de hasta la mitad, de conformidad con el art. 351; de allanarse, ello implicará un ACUERDO entre imputado y Fiscalía, que debe consignarse en el escrito de acusación.

3.9.5 Presencia del imputado o de su defensor, sea éste de confianza o del sistema nacional de defensoría pública.

3.9.6 Inicio «formal» de la actividad procesal de la defensa. Aunque no es en sí un requisito, es importante destacar que, con la formulación de la imputación, se da inicio a la actuación eficaz de la actividad procesal de la defensa, no obstante que ésta empieza su actividad desde el momento mismo en que el ciudadano se entere de que es investigado, lo cual puede ser anterior a la formulación de la imputación.

3.9.7 Contumacia. La imputación podrá celebrarse con el defensor de confianza o con el designado por el sistema nacional de defensoría pública, siempre y cuando se cumplan los siguientes pasos previos:

3.9.7.1. Citación del imputado, conforme al artículo 171 del C.P.P.

3.9.7.2. Que éste no acredite, así sea sumariamente, una causa justificada para su no comparecencia.

Como es probable que dentro de la misma audiencia se realice la legalización de las actividades preliminares de la Fiscalía, llámense capturas, allanamientos e incautaciones u otras desplegadas para la recolección de la evidencia suficiente con el objeto de que se promueva la formulación de la imputación, sería muy positivo para la defensa participar en la práctica de las declaraciones y demás elementos de convicción que la Fiscalía exponga al juez.

En un porte ilegal de armas de fuego o de estupefacientes, por ejemplo, se requiere que exista un experticio que acredite la existencia de los materiales prohibidos que han sido objeto de incautación en situación de flagrancia, para delimitar de alguna manera la imputación o los efectos jurídicos de la misma, por ejemplo, determinar si se trata de arma de defensa personal o de uso privativo, de la cantidad y calidad de la sustancia estupefaciente, lo cual es el elemento básico para adecuar típicamente la conducta imputada, su penalidad y consecuentemente su tratamiento procesal.

La defensa debe proponer al juez requerir al fiscal para que realice las aclaraciones y precisiones fácticas y jurídicas necesarias para decidir o aconsejar al usuario una eventual aceptación de los cargos, o para reclamar derechos y garantías respecto del conocimiento de los elementos de convicción que se pretende hacer valer. Incluso es posible solicitar un receso en el trámite de la audiencia, por un tiempo suficiente para ilustrar al usuario sobre la posible aceptación de los cargos, a fin de hacerse al beneficio de la rebaja de la mitad de la pena.

Llamamos la atención de los defensores ante la actitud recurrente de algunos fiscales, avalada por algunos pocos Jueces de Control; que pretenden ampliar el alcance de la imputación, incorporando cargos a partir de solas afirmaciones que rayan en la especulación; la defensa tiene que oponerse, toda vez que tal actitud atenta abiertamente contra el principio de lealtad y de seguridad jurídica. La Fiscalía ya tuvo la oportunidad de formular la imputación y permitir la ampliación de la misma equivaldría a sorprender a los imputados que, confiando en la seriedad de la Fiscalía, han trazado su estrategia, incluyendo la aceptación de los cargos ya planteados por la Fiscalía y, por ende, la eventual retractación de dicha aceptación.

Establecidos los requisitos sustanciales y procesales que determinan la legalidad de la formulación de la imputación y su nexo con la solicitud de medida de aseguramiento, se pueden deducir con claridad las opciones estratégicas y de actividad de la defensa.

Así las cosas, frente a la formulación de la imputación, la defensa puede realizar las siguientes actividades:

3.9.8. De la imputación fáctica y jurídica.

3.9.8.1. Solicitar al fiscal todas las aclaraciones fácticas que sean necesarias y convenientes de acuerdo con la necesidad y estrategia de la defensa, tales como cuantías, incapacidades, horas, fechas, lugares, personas, identificación de elementos y, en general, todas aquellas circunstancias modales, espaciales y temporales que puedan incidir en la tipicidad, responsabilidad y antijuridicidad, siempre y cuando estas aclaraciones resulten en beneficio del usuario.

3.9.8.1.2. Ahora, si por la información obtenida del usuario o cualquier otro medio, se observa que el fiscal ha omitido detalles que benefician la situación del usuario, sería más que conveniente dejar perseverar en la actuación, verbigracia, si el fiscal relata unos hechos que califica como lesiones personales, y es claro, según nuestra información, que podría tratarse de una tentativa de homicidio.

3.9.8.2 De la Inferencia razonable del FISCAL. En principio, como ésta es una inferencia del FISCAL, así no sea muy razonable, sería conveniente no desplegar actividad de defensa frente a la misma, pues, si carece de suficiente entidad, puede ser utilizada en etapa subsiguiente. Lo anterior no obsta para que la defensa esté atenta a verificar:

3.9.8.2.1. Que los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información que sustentan la inferencia razonable del fiscal, estén determinados por su legalidad en cuanto a su obtención o validez misma. Así, por ejemplo, han de impugnarse las evidencias argüidas en la imputación cuando éstas hayan sido obtenidas en allanamiento o captura declarados ilegales; o cuando consisten en información protegida por expectativa razonable de intimidad, si no se han cumplido los requisitos constitucionales y legales para su obtención.

3.9.8.2.2. Verificar la consistencia de la «inferencia razonable» del fiscal para determinar si ésta atenta en forma evidente contra la lógica o la realidad fáctica, por ejemplo, cuando infiere un delito consumado, y es evidente que se trata de una tentativa.

3.9.8.2.3. Nótese que se ha dicho «VERIFICAR», no controvertir, pues se considera que es más útil y estratégico utilizar los yerros determinados a través de las anteriores verificaciones al momento de discutir la medida de aseguramiento, por las siguientes razones:

3.9.8.2.4. La formulación de la imputación es una mera manifestación de parte, que en sí misma no determina sino el primer criterio de la Fiscalía respecto del delito, y la posible responsabilidad en cabeza del ciudadano.

3.9.8.2.5. Tal como está determinado en el Código, el acto de la formulación de la imputación no es un escenario adecuado para la controversia, porque está concebido para que la Fiscalía comunique su primera y muy preliminar hipótesis, en camino hacia una posible acusación.

3.9.8.2.6. Toda controversia argumentativa por parte de la defensa estaría develando su propia y muy preliminar hipótesis, en camino hacia una defensa en juicio o por vía de un acuerdo ulterior con la Fiscalía.

3.9.8.2.7 La formulación de la imputación NO es objeto de decisión alguna por parte del Juez de Control de Garantías, ni por sí misma afecta en forma inmediata ningún derecho fundamental del ciudadano

3.9.8.2.8. Preservar tal controversia para el momento de discutir la medida de aseguramiento tiene su importancia capital, como quiera que dicha solicitud sí es objeto de decisión por parte del Juez de Control de Garantías, y esta decisión sí tiene la potencialidad de afectar en forma inmediata la libertad del ciudadano.

3.9.8.2.9. Deducir cuáles serían los elementos materiales probatorios, evidencia física o información que legalmente OBTENIDOS tendrían que ser objeto de descubrimiento por parte de la Fiscalía para sustentar la inferencia razonable de autoría o participación en sede de discusión de la medida de aseguramiento.

3.9.8.3 De la posibilidad de solicitar medida de aseguramiento. De conformidad con los argumentos precedentes, la defensa tendría los supuestos fácticos y los potenciales elementos materiales probatorios, evidencia física e información, que serían objeto de solicitud de descubrimiento y debate en la medida de aseguramiento. Controversia y situación propias de actividades de la defensa, que se describen en el aparte pertinente del manual de defensores públicos.

3.9.8.4 Actividades del defensor frente al contenido de la expresión oral de la formulación de la imputación por PARTE DEL FISCAL:

3.9.8.4.1. Verificar la adecuada individualización del usuario desde el punto de vista fáctico y jurídico. Es decir, que sea quien la Fiscalía dice que es, y que esta individualización sea legal.

3.9.8.4.2. Propugnar porque la fiscalía haga un relato de los hechos con claridad sobre su relevancia jurídico - penal, utilizando un lenguaje adecuado para el ciudadano que se defiende. En dicho acto de comunicación la fiscalía tendrá que hacer la adecuación a algún tipo penal, que también deberá ser explicado al imputado y verificado su entendimiento por parte del Juez de Control de Garantías.

3.9.8.4.3. Propiciar, NO el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física e información, pero sí que la Fiscalía por lo menos haga referencia a cuáles y en qué forma inciden en la relevancia jurídico-penal de los hechos que relata.

3.9.8.4.4. Si la estrategia es la de aceptar cargos, en la medida en que se observe que la Fiscalía, en su relación fáctica o denominación jurídica presentadas, se encamina hacia una tipificación favorable o, por lo menos, justa de los hechos, procurar que así quede plasmado en la imputación jurídica.

3.9.8.4.5. Si la Fiscalía desborda la imputación fáctica o la jurídica de tal manera que no se ajusta a la realidad y lesiona los intereses del usuario, no se deben aceptar cargos, pues tal opción queda incólume hasta la acusación, y no hay necesidad de precipitarse bajo la amenaza de una desacertada e infortunada imputación fáctica y jurídica hecha por el fiscal.

3.9.8.4.7. Más aún si se piensa que la inferencia razonable del fiscal, así como su sustento «probatorio», serán objeto de controversia, contradicción en sede de la solicitud de la medida de aseguramiento, si es que la misma se va a adelantar.

3.9.8.5. De la presencia del imputado o de su defensor, lo ideal para la Fiscalía sería la presencia del imputado o de su defensor en la diligencia de la formulación de la imputación, presupuesto que no tendría reparo alguno, salvo que el ciudadano investigado se encuentre en libertad, evento en el cual el defensor debe siempre procurar que se cumplan los procedimientos de citación, conforme al artículo 171 del C. de P. P.

3.9.8.6 De la Contumacia. La defensa impugnará la realización misma de la audiencia de formulación de la imputación ante el juez de control de garantías cuando no se haya hecho la citación del ciudadano investigado conforme al artículo 171 del C.P.P., o cuando éste haya acreditado sumariamente una causa justificada para no comparecer.

3.9.8.7 De la aplicación del principio de oportunidad. A partir de la Audiencia de Formulación de la Imputación, es posible requerir a la Fiscalía para que se

proceda al mecanismo de la mediación o conciliación de las diferencias que existan referentes al resarcimiento de los daños y perjuicios con el objeto de que se dé aplicación al principio de oportunidad por vía de la suspensión de la actuación o, en todo caso, para buscar su terminación anticipada con los mayores beneficios procesales posibles, según el caso en cuestión y la causal invocada.

3.9.8.8 De la solicitud de preclusión. A partir de la audiencia de formulación de imputación, es posible requerir y persuadir a la Fiscalía para que solicite la Preclusión, poniendo de presente la causal que aplicaría al caso y sus fundamentos legales y probatorios.

4. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES FISCALÍA-IMPUTADO

Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

En los anteriores términos quedo redactado el art. 248 de la ley 906 de 2.004 a propósito de la figura denominada indistintamente, acuerdos, preacuerdos o negociaciones.

Esta figura consagra una de las formas de terminación anormal del proceso, y conlleva necesariamente una declaratoria de responsabilidad penal del mismo imputado o acusado. Dicho de otra manera; el debido proceso que informan los artículos 29 y 250 de nuestra Constitución imponen el deber al Estado, en cabeza de la Fiscalía, de demostrar en Juicio (oral, público, concentrado, contradictorio, con intermediación de la prueba, etc.), la responsabilidad penal del acusado o acusados, y la materialidad del delito(s); sin embargo, a través de los preacuerdos y/o de cualquier reconocimiento unilateral del imputado o acusado sobre su responsabilidad, a cambio de beneficios punitivos o de otra naturaleza, el procesado renuncia a algunos de sus derechos y garantías Constitucionales y legales en especial las indicadas en el art. Octavo de la ley 906, a saber las de:

“ b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; l) Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales c) y j) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor”.

De manera que se flexibilizan ciertas garantías, para permitir que el proceso culmine de manera anticipada.

La reglamentación de tales institutos se encuentra prevista en los artículos 348 a 354 de la ley 906 de 2004, con algunas referencias puntuales en otras normas de la misma codificación, que también hacemos resaltar en este escrito (art. 327, 343, 369 etc.).

A grandes rasgos, podríamos identificar dos modalidades de terminación anticipada o “preacuerdos”, a saber:

1.- El allanamiento a la imputación, o aceptación de los cargos formulados en la imputación, acusación, o juicio, figura denominada en Estados Unidos como guilty plea (confesión de culpabilidad) y

2.- Los preacuerdos propiamente dichos o plea bargaining (alegaciones preacordadas de culpabilidad)

La primera modalidad tiene su esencia en la manifestación unilateral, voluntaria y sin ningún condicionamiento del imputado o acusado de aceptar los cargos que le hace la Fiscalía, en la audiencia de formulación de imputación, antes de presentarse el escrito de acusación, o con posterioridad a ésta.

En torno a lo anterior la Corte Constitucional ha manifestado en sentencia de Tutela con radicación. T-091 de 2.006 que:

“La terminación anticipada del proceso en el nuevo sistema penal.

16. Acorde con su pretensión de afianzar el carácter acusatorio del sistema penal, el nuevo estatuto procesal introduce y desarrolla nuevas formas de terminación anticipada del proceso, que permiten la imposición de sentencia condenatoria sin el agotamiento previo del debate público. La validez de estas opciones está condicionada, de manera general, a la existencia de prueba sobre la responsabilidad aceptada por el imputado o acusado y a que se preserven las garantías fundamentales.

Una lectura sistemática del nuevo estatuto procesal penal permite deslindar dos modalidades de terminación anticipada del proceso perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político criminales: (i) Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado.

En el primer caso se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. En el segundo caso, el presupuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir que no existe transacción y en consecuencia no requiere consenso.

En cuanto a la primera modalidad el Título II del Libro III de la Ley 906 de 2004 introduce una regulación sistemática e integral del nuevo instituto, de los “Preacuerdos y Negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, con las reglas específicas relativas a finalidades (348), improcedencia (349), oportunidad (350 y 352), modalidades (351), aceptación total o parcial de cargos (353).

Los preacuerdos y negociaciones comportan en su esencia aceptación de responsabilidad por parte del imputado o acusado, es decir aceptación total o parcial de cargos como producto del acuerdo. Así lo plasman de manera explícita los artículos 350, 351, 352 y 353 de la ley 906/04.

Es claro sin embargo, que esta modalidad de terminación anticipada del proceso (aceptación preacordada de responsabilidad), no es la única que contempla el nuevo estatuto procedimental. Al margen del título II del Libro III, relativo a los preacuerdos y negociaciones, existe una sistemática que estructura la segunda modalidad: la aceptación unilateral de los cargos por el procesado. Así el artículo 293 estipula:

“Procedimiento en caso de aceptación de la imputación (en la audiencia de formulación de imputación): Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación” (original sin subrayas).

De esta norma es posible deducir la existencia de dos modalidades de aceptación de cargos en el momento de la formulación de imputación: una unilateral y otra preacordada. La primera implica para el investigado “allanarse a la imputación y obtener una rebaja de pena” tal como lo señala el artículo 288 numeral 3° del estatuto en cuestión, que remite para efectos de su cuantificación al artículo 351 que contempla una rebaja de hasta de la mitad de la pena imponible.

17. Por su parte, el artículo 356 disciplina el desarrollo de la audiencia preparatoria, y establece (num. 5º) que el juez dispondrá “que el acusado manifieste si acepta o no los cargos”. Si los acepta procederá a dictar sentencia rebajando la pena a imponer “hasta en la tercera parte”.

Siguiendo con esta sistemática, el artículo 367, que regula la alegación inicial en el juicio oral, contempla el imperativo para el juez de advertir al acusado “que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable”. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible.

18. De las anteriores referencias normativas se infiere claramente que la nueva ley procesal contempla los diferentes estadios procesales (audiencia de formulación de imputación, audiencia preparatoria y juicio oral) en que es posible al procesado realizar una aceptación unilateral de cargos – allanamiento -, previendo a su vez la consecuencia punitiva gradual que se deriva de tal actitud procesal, acorde con cada uno de esos momentos. Una rebaja de hasta la mitad de la pena, cuando la aceptación se produce en la diligencia de imputación, de hasta una tercera parte cuando ocurre en la audiencia preparatoria y de una sexta cuando se presenta en la alegación inicial del juicio oral.

De los desarrollos hermenéuticos realizados se concluye que en efecto, la ley 906/04 contempló dos formas diferenciadas de terminación anticipada del proceso: el allanamiento o aceptación unilateral de los cargos, y la aceptación de responsabilidad a través de los preacuerdos y negociaciones entre fiscal y procesado.

Es claro que la aceptación unilateral de los cargos por parte del procesado, no reclama espacios de negociación, ni autoriza al fiscal para hacer solicitudes sobre punibilidad, correspondiendo al juez regirse por los parámetros de dosificación ordinarios (Art. 61 C.P.). En consecuencia, los nexos de política criminal integrada entre el A.L. 03 de 2002 y las Leyes 906/04 y 890/04, se presentan entre el incremento punitivo general y el mecanismo de preacuerdos y negociaciones, y no entre aquél y el allanamiento a los cargos”.

Sin embargo y a pesar de lo mencionado por la Corte Constitucional en sede de revisión de acción de tutela (T-091-06), y que revoca sentencia de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que esta última procedió por vías de hecho al negar la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, es importante indicar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema- Sala Penal, ha venido sosteniendo que el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo y que le son aplicables sus reglas⁶⁶, porque así lo indica el art. 351, inc. 1º, lo que implicaría la imposibilidad de allanarse a cargos en el evento de que trata el art. 349 del C.P.P.O. (IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.), posición que no resulta nada lógica pues imposibilitaría de esta manera la terminación del proceso por mecanismos propios del esquema procesal de la Ley 906 de 2.004, incluso porque la víctima puede acudir a la vía civil para el cobro de la reparación que considere, señalando además que se tornaba obligatorio el acuerdo entre las partes (Imputado- Fiscalía) sobre el monto de la pena, una vez admitida la responsabilidad en la audiencia de formulación de imputación, postura sobre la cual se avanzó en el desarrollo jurisprudencial para indicar:

16 Sentencias No. 23312 de abril 7 de 2.005 Mag. Pon. YESID RAMÍREZ BASTIDAS y 21954 de agosto 23 de 2.005, Mag. Pon. JORGE LUIS QUINTERO M.

“Ahora bien, si la aceptación de cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el Juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación”. Sentencia 24026 de marzo 14 de 2.006

Lo anterior para recalcar que el preacuerdo sobre la pena no se torna obligatorio una vez hecha la manifestación de aceptación de responsabilidad de los cargos como lo sostuvo en sus providencias con radicación 23312 de Abril 7 de 2.005, MAG. PON., YESID RAMIREZ BASTIDAS, y 21954 del 23 de Agosto de 2.005, MAG. PON., JORGE LUIS QUINTERO MILANES, y de la misma manera para decir; como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela ya referida, que el allanamiento a cargos se trata de una manifestación unilateral, utilizando los mismos términos que recoge la Corte Suprema cuando dice: “Un allanamiento unilateral a cargos”, Sentencia 24531 del 4 de mayo de 2006, con lo que se debe concluir entonces que el procedimiento a seguir es el que establece el Art. 293 del C.P.P.¹⁷.

Procedimiento.

-El allanamiento a la imputación se verifica ante el juez de garantías en la audiencia de formulación de imputación. Nada impide que el imputado, con posterioridad a esa fase y hasta antes de presentada la acusación, cuando no haya sido posible materializar un preacuerdo, pueda manifestar su intención de allanarse a la imputación en los términos que se hicieran en la audiencia respectiva; en este evento la rebaja de pena será hasta del 50%, sin que pueda ser inferior a la tercera parte y un día, o ante el Juez de Conocimiento en las etapas posteriores, como la audiencia de Formulación de la acusación, la audiencia preparatoria y la misma audiencia de juicio, sujeta a la rebaja de una tercera parte,(art.352 c.p.p.) o una sexta parte (art.367 inc-2º.) según sea la etapa en que se aceptan los cargos.

En los eventos anteriores, consideramos que el imputado a través de la defensa puede promover ante un Juez de Control de Garantías, con citación de la Fiscalía, la respectiva audiencia para que se formalice esa intención de allanarse o aceptar la imputación y se verifique que se trata de una manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por el defensor, tal como lo previene el artículo 131 de la ley 906 de 2004,

Artículo 131. Renuncia. Si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el juez de control de garantías o el juez de conocimiento verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado.), pues en tratándose de un proceso de partes, que tiene como principio el de la igualdad de armas, el hecho de que el procesado conoce de antemano los cargos formulados, cual

17 ARTÍCULO 293. PROCEDIMIENTO EN CASO DE ACEPTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

sería la razón legal y jurídica para no realizar una audiencia de aceptación de la imputación, cual la razón para dejar vencer el término de instrucción, cuando de lo que se trata es de hacer efectivos los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia, al paso de promover y garantizar el derecho a la libertad y la posible reparación de la víctima; en esencia si se ha dispuesto dentro del tema de la imputación, por el alto tribunal en lo penal¹⁸, la posibilidad de que la fiscalía adecue la misma dentro del término de la instrucción, sin que ello se considere violatorio del derecho de defensa, no habría razón para negarle al propio procesado el derecho de acudir ante los Jueces para manifestar su deseo de aceptar su responsabilidad, en otras palabras las de lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso, y prestigiar la administración de justicia.

Si aceptamos que el imputado tiene el derecho de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, no vemos cómo tendría que esperar hasta la primera Audiencia de Juicio (formulación de la acusación ante el juez de conocimiento) para ejercer el derecho, so pretexto de que no lo invocó en la audiencia de formulación de la imputación, siendo que este derecho se extiende hasta el momento mismo de inicio de la audiencia de juicio oral, máxime cuando responde a la filosofía consistente en recompensar la disposición del imputado a admitir su responsabilidad frente a los delitos que se le imputan, evitando con ello un mayor desgaste de parte de la Fiscalía en la tramitación de la actuación procesal. Lo que resulta acorde con lo que establece el Art. 354 Inc. 2º, que al tenor dice: “ Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la Fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean convenientes, de acuerdo con lo regulado en este código.”

GARANTÍAS

· El imputado siempre estará asistido por su defensor. En caso de diferencias sobre la aceptación misma, prevalece la voluntad del imputado quien goza del derecho de renunciar a la no autoincriminación y a un juicio con todas las garantías.

· Se concreta en la manifestación unilateral y voluntaria de aceptar responsabilidad a cambio de la rebaja.

· En principio, no se admite la retractación del allanamiento o la aceptación de los cargos; sin embargo, cuando se presenta alguna violación a garantías procesales tales como falta de defensa técnica¹⁹, deficiencias en la formulación

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

18 Sentencia 27518 de noviembre 28 de 2007

19 Sentencias Sala Penal –Corte Suprema de Justicia, radicados 26827 de julio 11 de 2.007 MAG. PON. Julio Enrique Socha, 27283 del 1 de agosto de 2.007 MAG. PON., Yesid Ramírez B., 23110 del 6 de marzo de 2.008.

de imputación, por ser incompleta, poco comprensiva, exagerada²⁰, o carece de la existencia de un mínimo de prueba sobre la responsabilidad que afecte de manera seria la presunción de inocencia²¹, el juez de conocimiento debe improbar esa aceptación o, por lo menos, darle la oportunidad al imputado, previa aclaración de la imputación por parte de la Fiscalía, para que determine si finalmente se allana o no a los cargos. En suma, por esta vía, el juez profiere sentencia condenatoria o decreta la nulidad si se afectaron las garantías constitucionales.

En este aspecto resulta importante tener en cuenta, que sobre el PRINCIPIO DE IRRETRACTABILIDAD, el primer pronunciamiento jurisprudencial lo hace Corte Constitucional en la sentencia C-1195 de 2.005, cuando hace el estudio de constitucionalidad del art. 293 de la ley 906 de 2.004 en la que al respecto dijo:

“Así mismo, no puede perderse de vista que, en el caso de los acuerdos, la manifestación de voluntad del imputado concurre con la del Fiscal y por ello la introducción de la posibilidad de retractación del primero implicaría la disolución de aquellos, desconociendo la voluntad del Estado expresada a través de la Fiscalía. En este sentido, es significativo que la expresión impugnada prohíbe la retractación “de alguno de los intervinientes”, o sea, también la de esta última entidad, precisamente por tratarse de un acuerdo de voluntades con efectos vinculantes u obligatorios para las partes.

En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho.”

De la misma manera se ha referido la Corte Suprema en varios de sus pronunciamientos para indicar que una vez verificado por parte del Juez de garantías o Juez de Conocimiento que la aceptación a cargos es libre, voluntaria y debidamente informada, ninguna de las partes puede retractarse de ella, pues de ser esto posible se violarían de manera clara los principios de lealtad, buena fe y seguridad jurídica²², no sobra indicar que tanto las manifestaciones de fiscalía como las del procesado en la audiencia de imputación²³ o las realizadas en los preacuerdos tienen efectos vinculantes.

· El allanamiento o aceptación de cargos puede ser parcial²⁴.

20 Sentencia 27518 del 28 de Noviembre de 2.007, MAG. PON., Julio Enrique Socha.

21 Sentencia C-1195 de 2.005, Corte Constitucional, art. 327 Ley 906 de 2.004, inc final.

22 Sentencias, 24026 de Oct. 24 de 2.005, MAG. PON. Mauro Solarte Portilla, 25248 de Oct. 5 de 2.006. MAG. PON. Mauro Solarte Portilla, 25724 del 19 de Octubre de 2.006 MAG. PON. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 28161 del 10 de oct. De 2007 MAG. PON., Augusto J. Ibáñez Guzmán

23 Art. 293 C.P.P., ley 906 de 2004

24 Artículo 353. Aceptación total o parcial de los cargos. El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Artículo 367. Alegación inicial. Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de

En este trámite, al momento de la individualización de pena, también se autoriza a las partes para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable (art. 447)²⁵

Oportunidades procesales.

El allanamiento a la imputación (art. 283. Aceptación por el imputado. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga) o los preacuerdos se pueden presentar en tres momentos, a saber:

- En la audiencia de imputación o con posterioridad a ella, pero siempre hasta antes de la presentación del escrito de acusación. En este momento procesal, la ley prevé una rebaja entre una tercera parte, un día, hasta la mitad de la pena imponible, dándole margen de ponderación al juez, de acuerdo con las reglas para la determinación de la pena, y según la oportunidad en que ella se verifica.

- Un segundo momento, que se extiende desde la presentación de la acusación hasta antes de instalar el juicio oral, tal como lo previene el artículo 352 de la ley 906 de 2004, evento en el cual la rebaja será de una tercera parte de la pena a imponer.

- Por último, cuando la aceptación de los cargos se verifica en la alegación inicial del juicio oral, la rebaja se fija en una proporción equivalente a la sexta parte de la pena imponible.

- El juez de conocimiento, como garante de la legalidad, debe verificar que haya un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta, la materialidad del delito y su tipicidad.

La segunda modalidad, de terminación anticipada, los preacuerdos o negociaciones, esta forma de terminación implica la intervención de las partes que, luego de conversaciones y acercamientos, llegan a un compromiso o convención, que supone el reconocimiento de responsabilidad del imputado o acusado que acepta la comisión del delito imputado, o uno relacionado de pena menor a cambio de que:

culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros.

-En sentencia 27759 del 12 de Sep., De 2007, MAG. PON., Alfredo Gómez Quintero, La Corte Suprema desarrolla una teoría sobre la Posibilidad de la aprobación parcial de los preacuerdos, y de declarar nulos parcialmente los acuerdos cuando violan el principio de legalidad vs. La reforma peyorativa. Crea de la misma manera la teoría de la providencia. mixtas, aquellas que en parte aprueban los preacuerdos corresponden a sentencias y en la parte que los rechazan serán autos, la primera objeto de recurso de casación y la segunda no.

25 Sentencia 24531 del 4 de mayo de 2.006, MAG. PON. Sigifredo Espinosa Pérez

1. QUE EL FISCAL SUPRIMA UNA CAUSAL DE AGRAVACION PUNITIVA.
2. QUE EL IMPUTADO O EL ACUSADO ACEPTA LA COMISION DE UN DELITO Y EL FISCAL SUPRIMA UN CARGO ESPECIFICO.
3. QUE EL FISCAL MODIFIQUE LA ADECUACIÓN TIPICA QUE PUEDE ALTERAR EL TIPO OBJETIVO COMO EL SUBJETIVO. Es decir: Se varié la forma de participación criminal, la adecuación típica por un delito más benévolo, o degradar el dolo incluso modificándolo por una imputación culposa.

Características.

- Impone cambio de cultura entender que el principio de legalidad se torna flexible para procurar lo objetivos inherentes a dicha figura. Si interponemos el principio de legalidad a cualquier negociación, significaría en la práctica la negación de la figura, puesto que ello supone suprimir agravantes o reconocer atenuantes o modificar la adecuación del comportamiento, todo ello a favor del imputado y acusado, quien a su vez se despoja del derecho de no autoincriminación y de las garantías de ser vencido en juicio.

- Siempre tiene que estar presente el defensor.

- Aquí se autoriza de manera expresa la retractación de los términos del preacuerdo hasta antes que lo verifique el juez de conocimiento, debido a que en el trámite anterior no ha intervenido ningún juez que le haya hecho control. Sin embargo el principio de Irretractabilidad, se presenta una vez que se han aprobado los mismos, sin que sea posible a la Fiscalía y procesado dar marcha atrás o pretender hacer aclaraciones adiciones o modificaciones a lo que fue objeto de acuerdo como se indico con anterioridad.

- El juez de conocimiento, como garante de la legalidad, debe verificar que haya un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta, y su tipicidad, se ratifica que debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional y la Corte Suprema.

- En la audiencia respectiva, el juez de conocimiento procederá a ejercer control para verificar que se hayan respetado las garantías del imputado o acusado, especialmente aquellos puntos que se destacan en el artículo 131 de la ley 906, ello implica para el Juez la de verificar aspectos importantes como los de un mínimo de prueba de la existencia del delito y responsabilidad, en relación con ello dijo la Corte Constitucional:

C-1195 de 2.005.....6. Por otra parte, en relación con el cargo contra el aparte "procederá a aceptarlo", por la presunta violación de los principios de legalidad de la función pública e imparcialidad del juez, en cuanto a juicio del demandante permitiría la condena del imputado en virtud de la sola verificación de la voluntariedad, libertad y espontaneidad de la aceptación de responsabilidad, sin que el juez de conocimiento determine la existencia de los elementos estructurales del delito, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta, que den lugar a la responsabilidad penal de aquel, se puede expresar lo siguiente:

6.1. Uno de los principios fundamentales de un Estado democrático es la supremacía del ordenamiento jurídico, en primer lugar de la Constitución Política. Es por ello que el Art. 6º superior establece que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En el mismo sentido, el Art. 121 *ibidem* prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, el Art. 122 prevé que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y el Art. 123 consagra que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esta exigencia de sometimiento a las disposiciones jurídicas, y, más concretamente, a la ley, por parte de los servidores públicos configura el denominado principio de legalidad de la función pública.

La inobservancia de este mandato por parte de las autoridades estatales les acarrea responsabilidad de tipo disciplinario o penal, así como también de orden patrimonial cuando han obrado con dolo o culpa grave, conforme a la regulación legal (Arts. 90 y 124 C. Pol).

6.2. Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

· Los registros relacionados con las conversaciones sobre acuerdo y negociaciones, en el evento en que no lleguen a feliz término, no serán tenidos en cuenta para ningún efecto.

· Si el juez acepta las manifestaciones de las partes, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía (art. 370). Es importante insistir en este punto que del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema, y como se indico anteriormente, en un primer momento se tornaba obligatorio el acuerdo sobre la pena, luego se dejo a discreción de las partes, sin embargo en tratándose de negociaciones, acuerdos o preacuerdos, lo que debe insistirse es que; de no determinarse la pena en el acta de preacuerdo, tal fijación o determinación quedara en cabeza del Juez de conocimiento, incluso posibilitando que en su cuantificación se haga uso del sistema de cuartos, no basta entonces fijar el porcentaje de la rebaja, pues en los siguientes términos se ha referido la Sala Penal de la Corte Suprema:

Ahora, si el acuerdo posterior al allanamiento unilateral a cargos no se produce porque las partes así no lo quisieron o porque lo omitieron deliberada o inadvertidamente, ha de entenderse, conforme se desprende de la citada sentencia del 14 de marzo de 2006, que defirieron al juez de conocimiento fijar las consecuencias de la aceptación de la imputación producida de esa manera.

Frente a esa eventualidad, como no hay un acuerdo expreso entre las partes, apenas el presuntivo implícito en el allanamiento, al determinar la pena el juez de conocimiento sí debe acudir al sistema de cuartos, mas al momento de establecer el monto de rebaja por esa razón, no ha de seguir los criterios de dosificación punitiva señalados en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, pues ellos están referidos a la conducta punible y, como se sabe y con tino lo manifestó el Procurador Delegado, la aceptación de cargos es un comportamiento post delictual, enmarcado dentro del concepto de justicia premial y, por tanto, los beneficios diminuyentes que

puede obtener el imputado por su allanamiento unilateral a cargos están relacionados con la incidencia de éste en la economía procesal, en la celeridad, en la oportunidad.

Esos parámetros, aunque quien mejor los conoce, como se dijo, es el fiscal, serán mensurados por el juez de conocimiento con base en lo que arroje la actuación de manera objetiva y en lo que, precisamente, amerite el imputado por su actitud procesal. Sentencia 24531 del 4 de mayo de 2.006.

. Que el sistema de cuartos no se aplicará en los eventos de preacuerdos y negociaciones de Fiscalía y la defensa, a pesar de tal prohibición la Corte Suprema ha dicho:

Auto del 1 de noviembre de 2007, radicación 28384. 2.2 Más adelante, la misma temática fue estudiada por la colegiatura otra vez en sede de casación, para ratificar la misma tesis; consistente en que si el preacuerdo no contiene un pacto sobre la pena de prisión específica, calculada en su duración concreta (años, meses y días de prisión, si fuere el caso), entonces el Juez debe dividir el ámbito de punibilidad en cuartos, como lo indica el artículo 61 del Código Penal, Ley 599 de 2000, y seguir los parámetros indicados en aquella y en otras disposiciones del mismo régimen (como los artículos 59 y 60), para individualizar la sanción a imponer a cada imputado.

A la sazón, en Auto del 7 de febrero de 2007 (radicación 26448), la Sala inadmitió una demanda de casación por un cargo idéntico al propuesto en el libelo que ahora se analiza, por ser evidente que, pese al allanamiento a cargos, no se pactó el quantum definitivo de la pena a imponer, por lo cual el Juez actuó correctamente al aplicar el sistema de cuartos, en lugar de individualizar la sanción con arreglo al artículo 3° de la Ley 890 de 2004:

En dicha providencia se indicó:

“Es que a pesar de que la norma antes citada señale que “el sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa”, la interpretación sistemática y teleológica que a ella le ha dado la Sala indica que dicha prohibición no opera cuando el preacuerdo o negociación no incluya el monto de la pena”.

.Que resulta posible preacordar subrogados penales, posición que de la misma manera comparte la Corte Suprema de justicia cuando dice:

Estas negociaciones entre fiscalía e imputado o acusado no se refieren únicamente a la cantidad de pena imponible sino, como lo prevé el inciso 2° del artículo 351, a los hechos imputados y sus consecuencias, preacuerdos que “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”.

Que la negociación pueda extenderse a las consecuencias de la conducta punible imputada, claramente diferenciadas de las relativas propiamente a la pena porque a ellas se refiere el inciso 1° del mismo artículo, significa que también se podrá preacordar sobre la ejecución de la pena (prisión domiciliaria o suspensión condicional) y sobre las reparaciones a la víctima, sólo que en este caso ésta podrá rehusar los preacuerdos y “acudir a las vías judiciales pertinentes” según lo prevé el inciso final del artículo en mención.

La radical transformación del sistema procesal introdujo obviamente sustanciales cambios en todo el ordenamiento penal, porque también la interpretación de las normas que no han tenido variación en sí mismas tendrá que hacerse considerando el conjunto dentro del que se hallan insertas, como lo enseña el artículo 30 del Código Civil, al disponer que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”. Sentencia 24052 del 14 de marzo de 2006.,

Sin embargo ellos se condicionan al cumplimiento de los requisitos legales para su otorgamiento, como a la falta de prohibición legal expresa para su concesión (principio de legalidad de los delitos y de las penas), como se indicó en la Sentencia 27764 del 1 de junio de 2006, MAG. PON., SIGIFREDO ESPINOSA PEREZ.

No existe limitante o prohibición para que delitos cometidos en «flagrancia»²⁶ no puedan terminar a través de estos mecanismos de reconocimiento anticipado de responsabilidad.

Oportunidad.

En la fase preprocesal o de la investigación, los preacuerdos se pueden implementar desde la audiencia misma de formulación de imputación hasta antes de que se formule la acusación.

Pensamos que nada se opone a que el preacuerdo se haga antes de la imputación y cuando se formule ésta ya llevaría incluido el preacuerdo. Esta salida sería aún más beneficiosa para el futuro imputado en la medida en que los términos de esa imputación (acordada en los términos de los artículos 350 y 351, inciso segundo, del C.PP.), ya vendría con los beneficios incluidos, y ello permitiría, por ejemplo, que no hubiera lugar a la medida de detención preventiva.

En la Fase de juicio se puede intentar desde «presentado el escrito de acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral», para concluir que la pena imponible se reducirá en una tercera parte (art. 352).

Además, según los términos de los artículos 369 y 370 del C.P.P., el preacuerdo puede versar también sobre la eliminación de agravantes, o tipificación de una específica forma, con miras a reducir la pena.

Para tener en cuenta

Tal como se recomienda en el texto Módulo instruccional para defensores, aplicable a allanamiento de imputación y preacuerdos, el defensor siempre deberá verificar y valorar la existencia de elementos probatorios, que se derivan del contexto de la pretensión de la Fiscalía (imputación o acusación), que acrediten:

1. La existencia del hecho.
2. Que el hecho constituye delito.

²⁶ Sentencias C-187 de 2006, Corte Constitucional, 25136 del 30 de Nov.de 2.006, 27707 del 1 de Agosto de 2.007, 28633 del 14 nov. De 2.007. Corte Suprema- Sala Penal. Mag. Pon. Julio Enrique Socha S.

3. Que hay suficientes elementos que incriminan al imputado o acusado en los mismos.
4. Que no existe ninguna causa de justificación o exculpación que afecte una eventual responsabilidad criminal, o cualquier otra circunstancia de derecho penal general o especial que invalide la acusación.
5. Que no existe la posibilidad de la aplicación de alguna causal del principio de oportunidad, salvo en aquéllas donde se solicita una colaboración al imputado donde a riesgo de perder la vida o amenazar la integridad del imputado o su familia, puede resultar más conveniente un preacuerdo.

También son atendibles por su importancia, sugerencias referidas a que el defensor explique al acusado con detalle en qué consiste el preacuerdo, su procedimiento y consecuencias; debe procurar negociar la mejor opción, entre las alternativas que ofrece el preacuerdo, sin esperar a que el Fiscal llegue con su ofrecimiento, sino atento a los intereses de su representado; deberá verificar que los términos acordados se consignen fielmente, y, al menos, no en perjuicio del imputado, y permanecer alerta al control de legalidad que realice el Juez de Control de Garantías. 46 Texto «Proceso Oral», publicado por USAID-Defensoría del Pueblo.

5. LOS RECURSOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES Y PREVIAS AL JUICIO ORAL

GENERALIDADES

Importancia y finalidad.-

Los recursos o medios de impugnación, denominación más apropiada, son la vía idónea por medio de la cual puede exteriorizar su disenso la parte afectada con una decisión que lesiona sus intereses y por ende los de su representado, requiriendo un nuevo examen del mismo funcionario o de otro de superior jerarquía.

“Los recursos procesales son los remedios jurídico procesales que sirven de arbitrio y fundamento a los legitimados por la ley para impugnar las resoluciones judiciales injustas y agraviantes, a fin de obtener su reforma o sustitución con arreglo a la justicia.”²⁷

5.1. BREVE GLOSARIO

5.1.1. RECURSO

“Denominase así todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones procesales, a efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas. El acto de recurrir corresponde a la parte que en el juicio se sienta lesionada por la medida judicial”²⁸.

De la acepción anterior se infiere que recurrir es el empleo de un acto de impugnación²⁹.

5.1.2. IMPUGNAR

El estudio etimológico de este término nos permite entender cual es el objetivo que se busca al impugnar la decisión adoptada por un juez, el termino proviene del latín impugnare que traduce combatir, contradecir, refutar³⁰, sentido y alcance del término que nos orienta a disentir con lógica jurídica de una determinación equivocada.

27 NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, Tratado del proceso penal y del juicio oral, Editorial jurídica de Chile, 2003, pág.297.

28 OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 366

29 Refutar. Sin. Impugnar, rebatir, objetar, contradecir, opugnar, redargüir, confutar, argumentar, recusar, rechazar, negar, combatir, replicar, atacar, desmentir, disentir, criticar, argüir, contestar, llevar la contraria, oponerse, ... DICCIONARIO OCEANO DE SINONIMOS Y ANTONIMOS, OCEANO, Barcelona, 1996, pág. 484.

30 GRAN ENCICLOPEDIA DEL MUNDO, Durvan editores, España, 1994, tomo 20.

De ésta comprensión se deriva la importancia de recurrir por medio de cualquiera de las formas que estableció el legislador de 2004 establecidas en el artículo 176 del nuevo estatuto procedimental penal, conforme señala CHIOVENDA "si un apelante recurre es porque se ve agravado en su derecho y, por esa misma razón, si otro apelante no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez, eso quiere decir, que la sentencia para éste último es correcta y debe quedar tal cual como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado de su inactividad procesal"³¹

UBICACIÓN CONSTITUCIONAL

El constituyente de 1991 jalonando de instrumentos jurídicos internacionales regionales, (Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-)³², estableció en el artículo 31 de la Carta el principio de la doble instancia para las sentencias judiciales únicamente. Empero, el legislador de 2004 extendió el recurso a otra clase de providencias judiciales (autos) tal como se ha venido presentando ininterrumpidamente en los estatutos derogados ³³ y en otras ramas del derecho. ³⁴

5.2. CONSAGRACIÓN LEGAL

El desarrollo legal de la norma superior mencionada lo encontramos inicialmente en el principio rector, artículo 20 de la Ley 906 de 2004, donde ya de manera amplia el legislador estableció la posibilidad de recurrir en apelación no solo las sentencias sino también los autos, "artículo 20. DOBLE INSTANCIA. Las sentencias y los autos que se refieran a la libertad del imputado o acusado, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este código, serán susceptibles del recurso de apelación."

En norma posterior, artículo 176 de la Ley 906 de 2004 se encuentran consagrados expresamente como recursos ordinarios: El de reposición y el de apelación.

Es indispensable mencionar que a pesar de la especificidad de la norma en cita, por vía de integración (artículo 25 *ibidem*) se puede invocar el recurso de queja cuando se deniega el de apelación.

31 Citado por BOTERO, Martín Eduardo, El Sistema Procesal Penal Acusatorio, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008 pág. 190.

32 Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, artículo 14 Derecho a un proceso legal.- numeral 5º: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
Convención Americana Sobre Derechos Humanos, artículo 8º literal h) Garantías judiciales.- Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

33 Ley 600 de 2000, Decreto 2770 de 1991, Decreto 050 de 1987...

34 Código de Procedimiento Civil artículo 351 sobre procedencia del recurso de apelación donde son apelables las sentencias de primera instancia, ...También son apelables los siguientes autos proferidos en la primera instancia:...

5.3 PRECISIONES Y RECOMENDACIONES:

Para el defensor en el marco de un estado social y democrático de derecho, donde al menos formalmente se encuentra prevalido de una gama de garantías constitucionales y procesales, es un deber el recurrir las providencias erráticas de un juez, es la oportunidad para tratar de buscar un reexamen que permita solucionar el error que perjudica a su defendido.

Por esto los recursos estructuran un sistema de control sobre las decisiones judiciales que privilegia el correcto ejercicio de la actividad de administrar justicia y permite salvaguardar el orden jurídico.

En este ámbito es aceptable pecar por exceso que no por defecto, siempre ante la sorpresa que nos causa un fallo que afecta de manera injustificada nuestros intereses en el proceso, debemos atacar esa decisión, si se hace en apelación y en el transcurso del término para sustentarlo observamos que existen otros mecanismos que brinden un mayor beneficio, o que no tenemos suficientes argumentos para enervar la decisión atacada, nos queda la posibilidad de desistir.

En este acápite se debe tener en cuenta igualmente cual es el objeto susceptible de recurrirse en apelación, siendo preciso examinar el artículo 161 ejusdem, norma que consagra las providencias judiciales, tema que sufrió con la nueva ley una notoria modificación, pues como se observará solamente considera como autos aquellos que resuelven algún incidente o aspecto sustancial (interlocutorios) relegando a los de impulso procesal (sustanciación) a la categoría de órdenes.³⁵

Distinción importante por cuanto muchos litigantes interponen recurso de apelación contra decisiones que no tienen según la nueva lectura la condición de autos recibiendo por supuesto el llamado de atención por parte del juez correspondiente y la consecuente respuesta denegatoria de su petición.

5.4. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS RECURSOS ORDINARIOS

a. Reposición.- El objeto de este recurso lo constituyen todas las decisiones

³⁵ Ley 906 de 2004, artículo 161 Las providencias judiciales son:

1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.
2. Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.
3. Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

PARÁGRAFO. Las decisiones que en su competencia tome la Fiscalía General de la Nación también se llamarán órdenes y, salvo lo relacionado con audiencia, oralidad y recursos, deberán reunir los requisitos previstos en el artículo siguiente en cuanto le sean predicables.

incluso las adoptadas por fuera de audiencia (ver próximo acápite), salvo la sentencia, con el propósito que se revoquen o reformen por el mismo funcionario, circunstancia por la cual es conocido doctrinalmente como recurso horizontal.

Del mismo modo tiene como característica la forma como se propone, como exclusivo o acompañado subsidiariamente del de apelación, desde luego.

En aplicación del principio rector de integración (art. 25 L. 906 de 2004) el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contengan puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.³⁶

b. Apelación.- Este medio de impugnación ha sido considerado por la doctrina como el verdadero recurso, por verificarse ante el superior jerárquico del juez que adoptó la decisión, para que aquél confirme o revoque total o parcialmente la providencia (auto o sentencia) que origino la inconformidad del impugnante.

En cuanto los efectos en que se concede la apelación, el artículo 377 ibídem a diferencia de las codificaciones anteriores que incluían el efecto diferido, sólo establece para su concesión **los efectos suspensivo y devolutivo.**

5.5. PRESUPUESTOS PARA IMPUGNAR

Como cualquier otra técnica de litigación, en materia de recursos el impugnante debe tener siempre en cuenta los presupuestos para interponerlos, en especial tratándose de un modelo acusatorio donde las peticiones y argumentaciones encaminadas a sustentarlos deben realizarse de manera oral, de lo cual vislumbramos exigencias del siguiente orden:

- a. **Procedencia**
- b. **Oportunidad**
- c. **Legitimación**
- d. **Argumentación necesaria para sustentar o fundamentar el recurso**

.- Respecto al **recurso de reposición** no existe ninguna dificultad por cuanto como lo estipula el inciso segundo del artículo 376: "Salvo la sentencia, la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia", precepto del cual se puede apreciar sin dificultad que la parte o interviniente legitimada para su interposición es aquella que resulte afectada con la decisión o simplemente no este de acuerdo con ella.

³⁶ Artículo 348 del C.P.C.

Oportunidad, se propone en el mismo curso de la audiencia al igual que su sustentación.

Como omisión por parte del legislador se puede reseñar que dicha norma no contempló situaciones específicas en las que las decisiones no se adoptan en audiencia como la providencia que inadmite la casación, pero que tiene la connotación de auto *“debe proponerse y tramitarse en la forma prevista en los artículos 348 y 349 del Código de procedimiento Civil..., normatividad a la que se impone acudir en aplicación del principio de integración (L. 906/2004, art. 25), y en virtud de la ausencia de regulación de estos aspectos en dicho estatuto.”*³⁷ (Énfasis no es del texto)

.- En cuanto a los presupuestos **para recurrir en apelación** el texto original de la ley 906 de 2004 limitaba la procedencia del recurso en el efecto devolutivo únicamente a determinados autos, consagrando como providencias apelables:

“Artículo 177. Efectos. La apelación se concederá:

a) En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o absolutoria.
2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.
3. El auto que decide una nulidad.
4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y
5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.

b) En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

1. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y
2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.”

La Ley 1142 de 2007 artículo 13 amplía las decisiones susceptibles de apelación en el efecto devolutivo, el nuevo texto es el siguiente:

En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

1. El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto, radicación 27477, Mag.Pon. Mauro Solarte Portilla, 1º de agosto 2007

2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.

3. El auto que resuelve sobre la legalización de captura.

4. El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.

5. El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; y

6. El auto que admite la práctica de la prueba anticipada.

A través de esa ley modificatoria se pretende subsanar la omisión legislativa que restringió garantías procesales en eventos como el de la decisión que se adoptaba en la audiencia concentrada de control de legalidad de la captura, cuando el juez de garantías no concedía el recurso de alzada, basándose en la taxatividad que rige la concesión del recurso, o también, en la inimpugnabilidad que caracterizaba a la audiencia de control posterior que se realiza dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares.

En el mismo sentido, especial mención merece la modificación que ha sufrido la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento, en primer lugar, la sentencia C-456 del 7 de junio de 2006 con ponencia del doctor Alfredo BETRÁN SIERRA permite proponerla cada vez que surjan pruebas nuevas que desvertebren el cumplimiento de los requisitos que dieron lugar a su concesión (fines constitucionales), en segundo lugar, la ley 1142 que permite la interposición de recursos.

.- Encontrándose superado el presupuesto de la procedencia, pasemos a analizar el de oportunidad, al igual que el de reposición se propone de manera oral y el juez de garantías lo concederá de inmediato si es procedente en el efecto suspensivo o devolutivo según corresponda conforme al artículo anterior.

El interés jurídico para recurrir le corresponde a la parte o interviniente que resulte afectada en sus derechos con la decisión.

Es oportuno anotar que la apelación contra autos puede interponerse de manera directa o subsidiariamente al de reposición.

Su sustentación se realizará ante el juez o magistrado que deba resolverlo, citará a las partes e intervinientes a audiencia de argumentación oral que se celebrará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Sustentado el recurso por el apelante, y oídas las partes e intervinientes no recurrentes que se hallaren presentes, el juez o magistrado podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para emitir la decisión correspondiente.

Si el recurrente no concurriere se declarará desierto el recurso.³⁸

5.6 COMPETENCIA DEL SUPERIOR

Demarca la competencia del superior jerárquico el límite establecido en el artículo 357 del C.P.C. inciso primero según el cual: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones...”

Restricción aceptada en el derecho procesal penal que obedece a la prohibición de rango constitucional de no reformar en perjuicio, no reformatio in peius.

5.7. IMPUGNACIÓN EN LAS AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

El acto previo, presentación del escrito de acusación no es recurrible.

En el desarrollo de la audiencia no se presentan decisiones susceptibles de impugnación a excepción de la decisión que adopte el funcionario judicial en relación con la manifestación de nulidades.

AUDIENCIA PREPARATORIA

Siendo este el ámbito por antonomasia del tema probatorio (se enuncian, se estipulan hechos que no requieren ser controvertidos, se solicitan pruebas, etc.), en el desarrollo de esta audiencia y específicamente en el momento de solicitud de pruebas (artículo 357) las partes dentro de la dialéctica propia de un sistema regido por la igualdad de armas, caracterizado por un principio adversarial, pueden impugnar las determinaciones del juez de conocimiento que acepta o niega su práctica..

Decisión que puede ser recurrida por la parte inconforme a través de los recursos ordinarios, su fundamento jurídico se establece en el artículo 20 y 177 reseñados, por tratarse específicamente del tema probatorio y tiene lugar cuando el juez con base en las reglas que rigen la práctica de la prueba decide: Excluir, rechazar o inadmitir algún medio de prueba aducido.

³⁸ Artículo 179 de la Ley 906 de 2004

“Es este el momento procesal en el cual se refiere por el solicitante lo relativo a la admisibilidad, conducencia y pertinencia de cada uno de los medios pretendidos introducir en el debate oral, en razón a que a través de su argumentación-que se entiende carga procesal de quien invoca la prueba- se faculta la controversia y contradicción de las otras partes e intervinientes.”³⁹

Sentencia del Tribunal Constitucional que clarifica la interposición de los recursos ordinarios en sede de esta audiencia, siempre atendiendo presupuestos propios de la lógica probatoria que impone el sistema procesal penal con principio acusatorio que nos rige, el defensor debe tener en cuenta en primer lugar que para proponerlos debe estar legitimado para hacerlo, porque “necesariamente la parte recurrente debe haber manifestado en el momento procesal adecuado su inconformidad o conformidad con el elemento aceptado o excluido por el juez de conocimiento.”

*“En otras palabras, si durante el momento de la solicitud y controversia probatorias, la parte que solicito la prueba argumento acerca de su conducencia, pertinencia y admisibilidad, y ello no fue objeto de contradicción por la contraparte... **mal puede después, cuando el funcionario decretó su práctica, impugnarse la decisión.**”⁴⁰ (Énfasis no es del texto).*

Como puede observarse es requisito sine qua non el estar legitimado para su interposición, precisión que nos permite cuando la contraparte no ha ejercido el contradictorio acerca de la pertinencia, conducencia y utilidad, oponernos a la impugnación que ésta impetire de la decisión adoptada.

A manera de conclusión, en esta audiencia es posible recurrir por expreso mandato legal las siguientes providencias: El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral. Situación que reviste gran importancia en las resultas del proceso.

39 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Sentencia No. 27608, del 26 de octubre de 2007 MAG. PON. Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ.

40 Ibidem.

6. LA PRECLUSIÓN Y LA DEFENSA. ¿PROBLEMA GENERAL?

Los defensores saben que la preclusión es una figura jurídica a través de la cual se da por terminado el proceso penal sea en la etapa de la indagación o investigación o en el juicio siempre y cuando aparezca demostrada y probada una de las causales taxativas en la ley, entre otras razones es la de evitar el desgaste de la administración de justicia de forma innecesaria, lo anterior no ofrece ninguna novedad al respecto, lo que si presenta inconvenientes es que nuestro legislador le ha confiado la potestad de elevar tal solicitud de precluir única y exclusivamente en la etapa de la indagación e investigación al Fiscal, impidiéndoselo de forma tajante a la Defensa en dichas oportunidades, y solo ésta podrá hacerlo en la etapa del juzgamiento y por dos únicas razones o causales las cuales se encuentran consagradas en el artículo 332 del C.P.P., numerales 1 y 3 de las cuales nos ocuparemos más adelante en el presente escrito.

Dicha decisión a mas de discriminatoria es desigual y perjudicial para la Defensa Técnica, inclusive para el propio Ministerio Publico, y el presente artículo tiene como finalidad el poder llevar una serie de inquietudes las cuales servirán para que la jurisprudencia y la ley realicen un giro de pensamiento y otorguen esa facultad a las demás partes (Defensa y Ministerio Publico) para que estas puedan presentar e invocar la audiencia de preclusión en la etapa de indagación y de investigación, desde luego que se debe exigir que esté presente de forma clara la causal que se invoca, y ese es el verdadero cambio que debe efectuarse, pues de mantener esa limitante para la defensa es invitar prácticamente a que todos los procesos deban culminar en Juicio Oral, pues serie allí donde la defensa y el ministerio publico tendrían la oportunidad de solicitar esta petición, de lo contrario si se realiza esta petición en otra oportunidad será desestimada por falta de legitimación, y esta talanquera impuesta a las sujetos procesales, no es más que una fuerte censura al derecho de defensa y de igualdad de partes.

Para explicar el porqué la solicitud que se le permita a la Defensa y al Ministerio Publico elevar la petición de precluir la indagación y la investigación y no solo se subrogue este derecho a la Fiscalía, lo primero que se debe tener presente son las relaciones interpersonales e interprofesionales entre Fiscales y Defensores, pues de allí depende el buen funcionamiento de esta figura, ya que en muchos casos el defensor se acerca al Fiscal en aras de informarle que concurre alguna de las causales del artículo 77 o 332 de la ley 906 de 2004, y le presenta los elementos materiales probatorios o evidencia física que le permiten realizar tal aseveración, sin embargo los fiscales desestiman tal conversación, y se dice conversación porque es la forma como generalmente se realiza este trámite entre fiscal y defensor, y desatienden la petición porque simple y llanamente a los representantes de la fiscalía al parecer no les interesa el hacer uso de esta figura de terminación del proceso, a pesar de que esta demostrada y comprobada la causal, ahora no se debe entender que los fiscales deban acceder a todas y cada una de las peticiones que la defensa le presente sea por escrito o de forma oral.

Esta es la razón que mueve en el presente escrito es decir que se este en continuo y permanente movimiento en las altas cortes a través del recurso de casación, para que por medio de vía jurisprudencial se de paso a que la Defensa pueda elevar la preclusión de la investigación ante el Juez, y sea este quien decida si le asiste o no razón a la Defensa o al Ministerio Público en su petición de preclusión. Ahora y para que el uso de esta petición no se vaya a convertir en una forma de dilación que perjudique notoriamente el buen transcurrir del proceso, la solución es la reglamentación en tal sentido.

Lo anterior conlleva a evitar lo que en la práctica está sucediendo, y es que la defensa o el Ministerio público se acercan al fiscal quien tiene la potestad de solicitar la audiencia de preclusión a fin de que se invoque tal figura jurídico procesal, y generalmente se presentan dos posiciones por parte del fiscal, la primera que desatiende de plano la solicitud sugerida por el defensor o por el Ministerio público, porque para él no se evidencia de forma clara la causal, y la segunda que parte de la anterior respuesta, es decir que para el fiscal no existe causal alguna y que más bien invita a que el indiciado, imputado o acusado acepte o se allane a los cargos y que le ofrece los descuentos de ley de acuerdo al estadio procesal donde se efectuó ese allanamiento.

Así las cosas, el planteamiento realizado por los sujetos procesales que consideran viable la preclusión no encuentra asidero, aunado a la anterior respuesta el comentario consistente en que si no está de acuerdo con lo afirmado por el fiscal, que se espere hasta la etapa del juzgamiento y allí eleve la petición, tanto la defensa como el Ministerio público, desde luego encuadrando la petición de preclusión en una de las dos únicas causales que la ley les otorgó, indicadas en el parágrafo del artículo 332 de la ley 906 de 2004.

Y para continuar con la misma situación que afecta notablemente los derechos de la defensa y del Ministerio Público frente al tema de la preclusión, se debe volver al hecho de las relaciones interpersonales e interprofesionales entre fiscal y defensa especialmente, en el sentido de que este parece ser un tema de poca relevancia, pero la práctica y la realidad dicen lo contrario, y deja de ser un tema de poca monta pues gracias a algunos fiscales y defensores quienes se oponen claramente a aceptar el cambio del sistema y se continua con la equivocada idea de parte del fiscal que es dueño de la verdad absoluta, y lo que ellos dicen y concluyen es la decisión final y que no existe poder, ni concepto humano y jurídico que los haga recapacitar, y todo gracias a no querer aceptar el cambio de mentalidad que trajo consigo la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, lo antes referido se denota claramente en el caso de la figura de la preclusión, que gracias a esa negativa de aceptar la renovación y no querer cambiar el disco duro, se empecina en continuar con casos en donde ni siquiera existe claridad de los hechos, del autor, forma de participación etc, y a pesar de la existencia de las mencionadas falencias no afectan en nada la forma de actuar de algunos fiscales por suerte no son la generalidad, por el contrario deciden continuar soportando imputaciones y acusaciones en muchos casos infundadas sin contar con el mas mínimo de los elementos probatorios o evidencia física requeridos para soportar un caso

en juicio, algunos dirán que eso es problema del fiscal y es cierto, pero el problema es que si el hecho no existió o la conducta es atípica o se presenta cualquier causal de los artículos 77 o 332 del C.P.P., como se ejerce el derecho de defensa si se esta impedido, porque lo ideal fuera que se lograra solicitar la preclusión de la investigación, y sea esa la única decisión a seguir nada mas, pero si se debe continuar y esperar hasta el juicio para solicitar la preclusión, ahora puede darse que gracias a la desafortunada decisión tomada por el fiscal de continuar un proceso por el simple hecho de no acceder a presentar la preclusión, ya sea por propio orgullo, o porque no le parece que proceda causal alguna, o por ignorancia o cualquier otra razón, puede que la Defensa salga victoriosa en el juicio oral, pero y si no se logra la victoria ?, es demasiado riesgo que ningún defensor puede asumir como propio, a no ser que las circunstancias lo lleven a tal situación.

De otra parte no se puede olvidar que existen también algunos defensores por suerte no son la generalidad, que gozan de ese carácter de apropiarse de los casos como si fueran propios y manifiestan que ellos no van a conversar con el fiscal porque para él el caso esta ganado y es peleable y desestiman cualquier acercamiento que el fiscal les proponga, y sucede lo mismo que manifesté anteriormente se niegan a aceptar que el sistema acusatorio requiere un cambio de mentalidad y de un mínimo grado de relaciones interpersonales e interprofesionales, porque de por medio esta un ser humano (indiciado, imputado o acusado) y todo lo que se haga en aras de obtener el mayor beneficio para el usuario se debe efectuar y por ende se deben dejar de lado prejuicios y otras taras que lastimosamente están presentes aún.

Pero el asunto es que si no existe una normal relación interpersonal o interprofesional y si no se adopta un cambio de mentalidad entre fiscal y defensor, se puede concluir que el buen funcionamiento del sistema acusatorio se va demorar o retardar muchos años más y observaremos el continuo atiborramiento de procesos día a día, porque todos los asuntos indiscutiblemente estarán obligados a llegar a juicio, además no se requiere que fiscal-defensor sean como hermanos, lo que se necesita es el mínimo de tolerancia para llegar a un fin común y es que se Imparta verdadera justicia y eso se logra si las partes actúan con verdadero profesionalismo.

Así mismo se debe tener la capacidad y madurez por parte del fiscal - defensor en el sentido que puedan sostener una conversación o un dialogo en aras de lograr un acuerdo, una negociación, entrar a aplicar el principio de oportunidad, o presentar conjuntamente la solicitud de preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento, y olvidarnos de los rezagos de las legislaciones anteriores en donde el fiscal miraba al defensor como si fuera el propio procesado y ni siquiera se saludaban, y lo mismo la defensa mira al fiscal como el responsable de que el procesado va a salir condenado, ya es hora de que se comience con el cambio no se puede olvidar que el sistema lleva más de tres años desde su implementación, luego es el momento de que se puedan sentar fiscal y defensa y lograr conversar y por ejemplo acordar presentar un escrito para invocar una audiencia de preclusión debidamente

fundada y demostrada la causal, y ahora si no existe ese acuerdo pues que continúe el proceso y no se ha perdido nada simplemente un poco de tiempo por parte de ambos profesionales del derecho, no podemos olvidar que nuestro sistema penal acusatorio ha sido tomado del sistema Norteamericano, y hemos visto como allá existe permanente conversación entre fiscal y defensa, se evidencia como recíprocamente el fiscal busca a la defensa y ésta al otro, se encuentran en las oficinas, toman un café etc, con el único fin de obtener una pronta y cumplida justicia, luego apliquemos también estas situaciones a los casos asignados.

No se debe dejar de lado que es cierto que la ley le confirió a la fiscalía la potestad de elevar la preclusión de la investigación, como también la de imputar y acusar, pero tampoco se debe olvidar que la Fiscalía General de la Nación, de conformidad al artículo 114 del C.P.P., tiene Atribuciones Legales y Constitucionales, como la consagrada en el Numeral 10 que reza: "solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar" y además tiene unos Deberes Específicos consagrados en el artículo 142, y el que nos limita el tema de la preclusión es el deber expresado en el Numeral 2 que reza: "suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios y evidencia física e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado", lo antes indicado permite sustentar el derecho a solicitarle al fiscal que si tiene elementos probatorios o evidencia física que comprometa al procesado pues entonces que impute o acuse, pero si por el contrario no posee dichos elementos, entonces presente la solicitud de preclusión de la investigación, ya que por un lado el fiscal es la única parte que tiene la potestad de presentar la preclusión, y por otro tiene unas atribuciones como es la de presentar la mencionada preclusión cuando no tenga mérito para acusar además que tiene el deber de suministrar los elementos probatorios y evidencia física e informaciones que le sean favorables al acusado, por ende toda la responsabilidad esta en cabeza del fiscal, pero no queda de más que la defensa le colabore recordándole sus deberes y atribuciones.

Entonces a exigir a las Honorables Cortes por medio de recursos a fin de que se pronuncien para que se de un cambio de mentalidad donde la defensa y el Ministerio publico tengan la potestad de solicitar e invocar la preclusión de la investigación, porque imaginemos el caso de que la defensa se entere que el dinero que aparentemente se extravió aparece luego en otra cuenta y está completo, y por esta razón se acerca al fiscal a fin de comentarle lo sucedido, pero si este no deja ni siquiera hablar pues debemos esperar hasta el juzgamiento para invocar la causal tercera del artículo 332, y reclamar la preclusión del proceso.

Los anteriores comportamientos son los que han dificultado la aplicabilidad de la preclusión, aunado el carácter excluyente antes referido que impera para la Defensa para pretender tal solicitud, ahora somos creyentes, optimistas y positivos de considerar que si la Defensa gozara de esta posibilidad el desarrollo y solución de los conflictos en el sistema acusatorio sería muy

diferente, ya que en muchos de los casos se presenta alguna causal que se podría invocar para que el proceso se terminara por preclusión, pero lamentablemente debemos esperar que el proceso llegue a Juzgamiento y allí elevar la solicitud de audiencia de preclusión, siempre que se logre encuadrar la conducta dentro de una de las causales contempladas para que la Defensa puede invocar a saber, imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal o por la inexistencia del hecho investigado.

Pero el principal problema que tenemos nosotros los defensores consiste en que no podemos solicitar la Audiencia de Preclusión en la Etapa de la Investigación así este presente una causal de preclusión cualesquiera que sea, porque solo puede ser el Fiscal quien invoque la causal y convoque a la audiencia. Por lo tanto si como Defensores solicitamos la audiencia de preclusión ante el Juez esta será inmediatamente rechazada por falta de competencia.

Ahora para ahondar en este tema es preciso hacer referencia a un par de decisiones jurisprudenciales las cuales tenían por objeto reevaluar el concepto que impide que la Defensa solicite la audiencia de preclusión en la etapa de la investigación, las decisiones son:

1-Sentencia C-118, Mag. Pon. Marco Gerardo Monroy Cabra del 13 de Febrero de 2008, por medio de la cual se solicita declarar inexecutable en los artículos 294, 331, 332 la frase **“el fiscal”** y en el 333 la frases **“previa solicitud del fiscal”** y **“al fiscal”**, dentro de los argumentos dados por el demandante están, que se da un trato desigual contrario a la constitución política a la defensa por no permitir que esta presente la preclusión de la investigación, pues a modo de ver del recurrente la Fiscalía y el Imputado se encuentran en la misma situación fáctica por lo tanto el trato debe ser idéntico y que no existen razones objetivas y suficientes que justifiquen la exclusión a la defensa para elevar tal solicitud.

Dentro de la presente demanda se invocan como fundamentos legales para que prosperen la peticiones los siguientes: i)El estudio de las frases demandadas demuestra que la facultad de solicitar la preclusión solo le corresponde al ente fiscal, así las cosas la defensa está en situación de inferioridad, indefensión y desigualdad frente a la Fiscalía, lo cual resulta contrario al principio de igualdad de armas, ii)de la misma manera el hecho de que sea la fiscalía la titular la acción penal esto no la autoriza para restringir el derecho sustancial, iii)lo mismo sucede cuando se impide que la defensa pueda solicitar la preclusión en la etapa pre-procesal, es desproporcionada pues imaginemos el caso que el imputado fallezca, este hecho impide desde luego el inicio de la acción penal y como la defensa esta imposibilitada para elevar la preclusión debe esperar el inicio de la etapa del Juicio para poder invocar la causal, lo que convierte esta figura en inoperante, iv) y como último argumento se alude que la titularidad de elevar la preclusión de la investigación esta a cargo de la fiscalía gracias al eficientísimo judicial el cual implica que el fiscal descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física para sustentar su petición,

lo cual no tiene sentido a mi modo de ver, pues si tomamos como ejemplo la muerte del procesado, si éste falleció cual es el problema para que la fiscalía deba descubrir esta evidencia probatoria, si con este hecho quien gana es la verdad, la justicia, la víctima y el Estado Colombiano y si el ente investigador lo realiza antes de que pueda invocar la defensa en el etapa del juicio, pues debiera tener la defensa la potestad de realizar y solicitar la audiencia de preclusión, y no esperarse al juicio para poder hacerlo. Ahora esto como manera de ejemplo porque existen algunos fiscales que por suerte son la mayoría, quienes permiten realizar acercamientos lo que posibilita el lograr el esclarecimiento de los hechos investigados, y una vez aclarada la situación, se puede invocar alguna de las causales de preclusión conjuntamente entre fiscal y defensor, el primero como titular de la acción y el segundo como coadyuvador y así dar por terminado el proceso penal.

Y como argumentos esbozados por la Corte para no aceptar los planteamientos del recurrente y que deben ser conocidos están los siguientes; Respecto a la expresión “el fiscal” el alto tribunal considera que las limitaciones a la defensa para pedir la preclusión de la investigación si se compara con las alternativas que tiene el fiscal no vulneran la constitución, en tanto que la medida desarrolla el nuevo esquema del proceso penal sin afectar los derechos a la defensa y del acceso a la justicia del imputado de conformidad con lo indicado por la sentencia definitiva de la corte constitucional C- 920 de 2007, Mag. Pon. Jaime Córdoba Triviño, que por esta razón no prospera la petición.

De otra parte en cuanto a los demás planteamientos enunciados y enumerados anteriormente dijo la Corte que se ajustaban a la Constitución en cuanto al punto que manifestó que al legislador le esta vedado romper las reglas propias de los elementos esenciales del nuevo sistema acusatorio incluso con la solicitud de preclusión de la fase de investigación es decir el acto 03 de 2002 fue el que autorizo textualmente al Fiscal para que sea este y nadie mas quien eleve la petición de precluir el proceso en la etapa de la indagación o investigación en los casos en que no exista merito para formular una acusación, desde luego fundada esta petición en una de las causales y soportada en elementos probatorios, luego es oficiosamente la fiscalía quien debe elevar esta petición porque es ella quien debe imputar y acusar.

Por cuanto gracias a la separación de la investigación y el juzgamiento exige que la averiguación de los hechos, la identificación del investigado, la búsqueda de los elementos probatorios y evidencias físicas que conduzcan a la verdad son de responsabilidad de la fiscalía, por esta razón el legislador le ha encargado exclusivamente al fiscal la función de presentar al juez los elementos de juicio necesarios para que éste resuelva su petición de preclusión de la investigación o de acusación, luego el titular exclusivo de solicitar la preclusión de la investigación es el fiscal, exclusividad que deriva del mismo sistema penal acusatorio basado en la separación de las etapas de investigación y juzgamiento.

Igualmente se dice por parte del alto tribunal que en la mayoría de los casos cuando se eleva la petición de preclusión de la investigación se requiere que existan evidencias físicas y elementos probatorios que hayan sido valorados y que si la defensa realiza la petición de preclusión esta llevaría indiscutiblemente a que se presentara un descubrimiento de medios de prueba de forma anticipada siendo esto ajeno a la etapa pues el ofrecimiento de los medios se realiza es en el juzgamiento, por ende se alteraría la estructura del sistema penal acusatorio, y como lo estableció claramente la Corte Constitucional en Sentencia C-920 de 2007 Mag. Pon. Jaime Córdoba Triviño, cuando indico "... por el A. L. No. 03 de 2002, sin que de otra parte se desconozcan garantías fundamentales del acusado tales como derecho de defensa y acceso a la justicia. El sistema, dentro de su estructura, le garantiza espacios adecuados para que controvierta la acusación y acredite, en el escenario probatorio establecido por el nuevo modelo, las circunstancias previas o sobrevinientes a la acusación con potencialidad para desvirtuar los cargos y fundamentar una pretensión de absolución." Y concluye que la exclusión de la defensa de la posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación deriva de la estructura del sistema penal acusatorio.

Con respecto a si se presenta una vulneración a la Igualdad de Armas, la Corte manifestó; "que la igualdad de armas no significa absoluta igualdad de trato, en todas la etapas procesales ni el deber legal de establecer idénticos contenidos del proceso...", y continua indicando "...el principio de igualdad de armas es incompatible y no se hace efectivo en la investigación, en tanto que el equilibrio procesal a que hace referencia esta garantía solamente puede concretarse cuando las partes se encuentren determinadas es decir en el juicio", de lo indicado se concluye que en la etapa de la investigación el papel preponderante corresponde al fiscal, porque el tiene como función primordial la de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al imputado. En conclusión si para garantizar la igualdad de armas se le permite a la defensa solicitar la preclusión de la investigación como lo hace la fiscalía seria darle todas las facultades que tiene el fiscal, luego tendrían que dársele al fiscal las mismas facultades que tiene la defensa, lo que conllevaría a romper el esquema del proceso penal acusatorio, luego la igualdad de armas en el sistema acusatorio se concreta en la etapa del juzgamiento.

Así mismo, la corte indica que a pesar de que sí existe un evidente desequilibrio porque la defensa tiene menos posibilidades de solicitar la preclusión de la investigación, no lo es tanto, si puede acudir al Juez para pedirla invocando la causal Séptima (7) es decir por el vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del C.P.P., ello quiere decir que la defensa si puede invocar gracias a la causal indicada la preclusión de la investigación y la libertad inmediata por el vencimiento del término y no es que nunca pueda solicitar la terminación anticipada del proceso, y tampoco que este impedido para ejercer el derecho de defensa ya que cuenta con los recursos y oportunidades de cada fase procesal.

De otra parte y si el fiscal decide acusar a pesar de que existe la causal para precluir, la defensa esta en total derecho a realizar las observaciones del caso al escrito de acusación; interponer los recursos; solicitar la preclusión; a que se demuestre durante el juicio una causal excluyente de responsabilidad; o de atipicidad del hecho; o de no intervención del acusado en el hecho.

Por ende y con base en estos argumentos es que la Corte decide no casar la sentencia y mantener incólume la potestad dada al fiscal para que sea él y únicamente él quien puede elevar la petición de preclusión de investigación.

2- Sentencia 28948, Mag. Pon. Julio Enrique Socha Salamanca del 19 de Mayo de 2008, por medio de la cual se solicita decretar la preclusión de la investigación que fue solicitada por la fiscalía, en primer término la corte hace mención que el Defensor no está legitimado para solicitar la preclusión de la investigación en la etapa de la indagación o sea sin imputación y tampoco en la investigación con imputación, además que el defensor no puede venir a solicitar una preclusión por atipicidad de la conducta cuando carece de esta potestad y eso gracias a la estructura propia del sistema acusatorio, y que solo lo podrá pedir en la etapa del juzgamiento y por las dos únicas causales allí indicadas y reitera que tanto el imputado como su defensor pueden solicitar la preclusión de la investigación por la causal séptima (7) que hace referencia al vencimiento del término previsto en los artículos 175 y 294 del C.P.P., lo anterior lo soporta en la jurisprudencia referida en el numeral anterior es decir a la C-118 de 2008.

Igualmente la corte manifiesta que la solicitud elevada por la fiscalía en aras de obtener la preclusión de la investigación a favor del imputado, se sustenta en que este actuó bajo una causal que lo excluye de responsabilidad ya que realizo sus actos con el convencimiento errado de que su conducta no constituía un delito (art 32 numeral 10 de la ley 599 de 2000), retoma el concepto de que si la fiscalía encuentra que existe una causal del artículo 332, o de extinción de la acción contempladas en el artículo 77 de la ley 906 de 2004 debe solicitar la preclusión de la investigación, ya sea en la indagación o sea sin que exista imputación, o en la investigación surtida la imputación, o en el juzgamiento, además que el delito de prevaricato por omisión es un delito eminentemente doloso, no está tipificado como culposo y en el caso en estudio el procesado no tenia el total conocimiento de sus actos por que lo que presentaba era una total inexperiencia y falta de pericia en su cargo como fiscal.

Luego se puede concluir que esta segunda decisión jurisprudencial, no hace otra cosa que reafirmar que la defensa no esta legitimada para solicitar la preclusión de la investigación a no ser de que se den los presupuestos de la vulneración de los términos indicados en los artículos 175 y 294 del C.P.P., y que quien si está legitimado es el fiscal para invocar la preclusión de la investigación por medio de las causales del artículo 332 y 77 de la ley 906 de 2004.

OTRAS CAUSALES PARA INVOCAR LA PRECLUSIÓN

El artículo 332 de la ley 906 de 2004 establece las Causales para que el fiscal solicite la preclusión de la investigación en los siguientes casos:

Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el código penal

1. Inexistencia del hecho investigado.
2. Atipicidad del hecho investigado.
3. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.
4. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
5. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 del C.P.P.

Parágrafo: Durante el juzgamiento de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3, el fiscal, el Ministerio Publico o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión.

En esta oportunidad se analizarán las causales 1 y 3 por las cuales de acuerdo a los transcrito se observa que la defensa puede recurrir a la preclusión por estas dos únicas causales que debemos mencionar; son causales Objetivas por cuanto no merecen ninguna valoración. Cuando se refiere a la causal primera es decir a la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, procede por causales objetivas porque materialmente no podía seguirse con la actuación debido a que el Estado pierde la competencia, como es el caso de la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el indulto, la oblación, el desistimiento de la querella, ausencia de quererla, o ausencia de querellante legítimo

- Respecto a la Causal Primera del artículo 332, que se refiere a la Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. Se puede indicar que está consagra dos situaciones:

1- Que la acción penal se adelanta a pesar de que no podía iniciarse (acciones querellables), sea porque no se formulo la querella, falta de querellante legítimo, o porque opero la caducidad de la querella, o porque se adelanto el proceso sin el requisito de procedibilidad (conciliación), falta de petición especial como requisito necesario, o por falta de competencia. Situaciones estas contempladas en los artículos 73, 75 y 76 del código de procedimiento penal.

2- Que la acción podía iniciarse pero la misma no era viable continuarla por haber sobrevenido determinada circunstancia o hechos que pongan fin a la misma por ejemplo los estipulados en el artículo 77 para la extinción de la acción penal, como la muerte del imputado acusado, cuando opera el fenómeno de la prescripción de la acción penal, el indulto, la amnistía, la oblación o el pago o que surjan elementos probatorios que varíen los hechos que dieron origen a la imputación del delito

- Respecto a la Causal Tercera del artículo 332, que se refiere a Inexistencia del hecho investigado. Se puede indicar que esta se refiere a que el hecho que se había determinado como conducta punible nunca nació a la vida jurídica

Así mismo y a partir de las causales consagradas en el artículo 332 del código de procedimiento penal, en donde se estipulan siete (7) se pueden inferir que existen otras causales las cuales están referidas en los artículos antes indicados es decir 73, 75, 76 y 77 de la Ley 906 de 2004, y en relación con las indicadas en este último articulado o sea el de la Extinción se debe indicar que tiene como fundamento jurisprudencial la Casación No. 26740 Mag. Pon. Julio Enrique Socha Salamanca de Abril 27 de 2007, la C118, Mag. Pon. Marco Gerardo Monroy Cabra del 13 de Febrero de 2008 y reiterada por la Casación No. 28948 Mag. Pon. Julio Enrique Socha Salamanca de Mayo 19 de 2008. La cual estipula las siguientes causales de extinción de la acción penal como son, La Muerte del Imputado o Acusado; Prescripción; Aplicación del Principio de Oportunidad; Amnistía; Oblación; Caducidad de la Querrela y Desistimiento.

Así las cosas, existen otras causales por las cuales se puede invocar la preclusión de la investigación desde luego nos debemos acercar al fiscal ya que es quien tiene esa legitimación en los casos establecidos taxativamente por la Ley, y no olvidar que tenemos la obligación de pensar en el imputado o acusado y que se debe ser profesional al respecto.

7. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD⁴¹

El principio de oportunidad ha sido clasificado como una de las manifestaciones más importantes de las llamadas “salidas alternas al conflicto en el proceso penal”, las cuales encuentran apoyo en diversos valores del mundo civilizado y democrático, como la dignidad, la justicia, la libertad y la paz.

En el campo de los instrumentos internacionales, sobresale, por mencionar solo uno, el precepto 18 de las “Directrices sobre la función de los Fiscales”, aprobadas por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana del 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990.⁴²

*“Alternativas de enjuiciamiento. 18. De conformidad con la legislación nacional los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión”.*⁴³

Concebido, entonces, como criterio alternativo a la realización lineal y total del proceso penal, con todo lo que éste acarrea, el principio de oportunidad es atravesado por diversos conceptos e institutos que lo definen y caracterizan frente a las otras soluciones alternativas a los conflictos derivados de la conducta punible.

En los siguientes apartados, nos proponemos estudiar cada uno de estos específicos caracteres del principio de oportunidad, para, seguidamente, descender al estudio dogmático y práctico de cada una de las causales que involucran su ejercicio.

7.1. La política criminal del Estado y el principio de oportunidad

El tema del principio de oportunidad no puede ser entendido sino dentro de una temática más amplia como es el de la política criminal del Estado, el cual a su vez se encuentra estrechamente conectado con la criminología y, en general, con las políticas públicas, existiendo incluso, doctrinantes en todas las áreas de la ciencia penal que vinculan, con un acento especial, el derecho sustancial a la política criminal, en temas como el injusto típico y la culpabilidad.⁴⁴

41 La actualización y complemento del capítulo sobre Principio de Oportunidad para la segunda edición (2008) de este manual fue llevada a cabo por el doctor ALBERTO JOSÉ PRIETO VERA, Defensor Público y capacitador de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá, adscrita a la Dirección Nacional de Defensoría Pública.

42 Citado y comentado por MOYA VARGAS, Manuel Fernando. En Salidas Alternas y Derecho de Defensa. Plan Nacional de Capacitación

43 *Ibidem*.

44 Cfr. ROXIN, Claus. Política criminal y sistema de derecho penal. Barcelona. Ed. Bosch, 1972. P. 1-19. Introducción. Para Roxin, tipicidad es la manifestación más importante del apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*; la antijuridicidad es el escenario en el que se tensionan los intereses individuales y se resuelven los conflictos

En Colombia la política criminal, como la política social, la económica, etc., son asuntos de competencia del congreso de la república y merecen los estudios, análisis y el rigor de cualquier política pública.

7.2. Noción de política criminal

La Corte Constitucional ha definido la política criminal como *“el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”*⁴⁵.

La política criminal, corresponde fijarla y articularla al legislador a través de la expedición de normas; la legislación penal es la manifestación concreta de la política criminal del Estado y la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la política criminal no puede entenderse solamente como el conjunto de mecanismos con los que el Estado reacciona contra la criminalidad, casi siempre asociados a la represión, sino como una política pública que emana de los valores, principios y derechos constitucionales, especialmente la dignidad humana y la prohibición de exceso y que tiene su límite en ellas.

*“Tradicionalmente en nuestro país, la política criminal entendida como el conjunto de herramientas utilizadas por el Estado para prevenir y reprimir la criminalidad, no ha hecho parte de la política social en cuyo seno se encuentra la consecución de ciertos fines, como el bienestar común, la calidad de vida y el respeto de los derechos fundamentales; la mayoría de estrategias ideadas por los diferentes gobiernos, van encaminadas a menguar los efectos del fenómeno de la violencia, pero sin que se ataquen las causas de la misma, es decir, se pretende erradicar la delincuencia, con normatividad de excepción y con el incremento del aparato represivo, pero en últimas la insatisfacción de necesidades prioritarias de la mayoría de la población, sigue aumentando sin aparente solución”*⁴⁶.

El concepto que ha de compartirse entonces, sobre política criminal es aquel prohiado por Baratta ⁴⁷, quien la tiene como una verdadera política de transformación social que entiende el derecho penal como el sistema radical menos adecuado para luchar contra el fenómeno criminal; de manera que, según esta concepción, por principio de oportunidad se comprende “todo tratamiento diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo, tendiente a evitar la respuesta punitiva sobre el imputado

sociales, y la culpabilidad es la sede propia de la teoría del delito de donde emana el derecho penal de acto, la proscrición de responsabilidad objetiva, la no exigibilidad de otra conducta, entre otras, todo lo cual no puede desvincularse de la política criminal, o dicho de mejor forma, se establece justo como consecuencia de ella.

45 Cfr. Entre otras las sentencias C-873 de 2003, C-646 de 2001 y C-504 de 1993.

46 SALAMANCA ROA, Gabriel Humberto. “El principio de oportunidad como: ¿herramienta de justicia material o simple instrumento de eficiencia judicial?”. En www.jurimprudencias.com

47 Citado por IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. En Reflexiones sobre la Política Criminal Alternativa. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, vol. XVIII Nos. 27 y 28 1985/1986 p. 265

y otorgando un trato diferente a la víctima quien a través de la reparación obtiene una satisfacción de sus intereses concreta y real"⁴⁸.

7.3. Principio de oportunidad y principios constitucionales

El principio de oportunidad, institución novedosa incorporada a nuestra legislación a partir del acto legislativo 03 del 2002 y la ley 906 del 2004, al igual que otros principios e instituciones del nuevo proceso penal, tiene implícita una interrogación fundamental, sobre si se trata de un instituto que sirve al eficientismo y pragmatismo judicial o si posee rasgos de corte garantista.

Es innegable que razones económicas y pragmáticas hacen que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal (incluidos preacuerdos y negociaciones), se establezcan como un mecanismo de reducción de los costos de la administración de justicia penal, sin que ello signifique que no hay otros valores, principios y derechos a partir de los cuales se puede entender la integración de dichas figuras a nuestro sistema jurídico.

Si se examinan las diferentes causales que consagra la ley 906 del 2004 se puede deducir que indiscutiblemente muchas de ellas apuntan a la humanización del proceso penal y el respeto por la dignidad humana, algunas otras a racionalizar el ejercicio del jus puniendi, en acatamiento de la prohibición de exceso, de la prohibición de doble incriminación y del principio de proporcionalidad, la prevalencia del derecho sustancial, el principio de antijuridicidad material, entre otros aspectos.

Todas estas consideraciones son de utilidad para fiscales y defensores a la hora de emprender la resolución de casos a partir del principio de oportunidad.

Bajo esta nueva percepción, el fiscal se convierte en un verdadero gerente de la investigación⁴⁹, que estando dotado de una condición constitucional ex ante⁵⁰, ha de partir de la dignidad humana como valor fundante y aplicar el margen de discrecionalidad reglada que la ley le otorga para materializar los derechos fundamentales.

7.4. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal

En el derecho angloamericano, de donde indiscutiblemente provienen muchas figuras incorporadas a la ley 906 del 2004, rige, como regla general, la discrecionalidad del fiscal en el ejercicio de la acción penal, que significa que por razones pragmáticas, la fiscalía tiene una amplia libertad para escoger

48 Es la definición de Alberto Bovino. Citado en GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto. Principio de Oportunidad. Ediciones Nueva Jurídica. 2006. p. 41

49 Tal como lo entiende ARIAS DUQUE, Juan Carlos. El Sistema Acusatorio Colombiano. Análisis desde su implementación. Colección Lecciones del Sistema Acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2006. p. 30-38

50 Como concibe al fiscal el profesor GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. En Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ed. Nueva Colombia. 2005. p. 39-47.

los comportamientos delictivos que investiga con la pretensión de acusar y llevar a juicio.

El término principio de oportunidad es acuñado en mayor medida por el derecho continental europeo y no comporta el amplio margen discrecional de los sistemas procesales de raigambre anglosajón, sino que funciona dentro y como consecuencia del principio de legalidad, es decir, al amparo de los límites impuestos por la propia ley ⁵¹ (“discrecionalidad” reglada).

Entre nosotros, no se puede decir que el acto legislativo 03 de 2002 que reformó el artículo 250 de la Carta Política haya modificado el principio de legalidad ni establecido excepciones al mismo, sino que por el contrario el mal denominado principio de oportunidad reafirmó el principio de legalidad, en la medida en que el principio de oportunidad funciona gracias al de legalidad, esto es, merced a estar autorizado y regulado por la propia ley, y nunca por fuera de ella.

Además de lo anterior, tanto el principio de oportunidad como el régimen de negociación o preacuerdos, a su vez se encuentran seriamente restringidos por las directrices impartidas desde la propia Fiscalía General de la Nación⁵², de manera que pensar en un ejercicio discrecional de la acción penal a la manera del derecho norteamericano es por lo menos ingenuo y más bien debe situarse nuestro principio de oportunidad en un punto intermedio, no tan ilusorio como en el derecho alemán y español, ordenamientos en los que funciona básicamente para delincuencia de bagatela, lo cual lo desnaturaliza, pero tampoco formulado en términos tan generales y casi absolutos como se concibe en el sistema procesal penal de los Estados Unidos de Norteamérica.

7.5. Principio de oportunidad y principio acusatorio

Se discute si el principio de oportunidad es de la esencia del sistema acusatorio, o si por el contrario, no participa de los principios que caracterizan tal modelo de enjuiciamiento criminal.

Para resolver brevemente el punto es necesario destacar la posición crítica que adopta FERRAJOLI sobre la discrecionalidad, modelo bajo la cual coexisten, el mal denominado principio de oportunidad y los preacuerdos.

“La discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas que se han conservado en algunos de los actuales sistemas acusatorios, son por tanto un reducto, del todo injustificado del carácter originalmente privado y después solo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esa discrecionalidad y disponibilidad que en los Estados Unidos se manifiesta sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (plea bargaining) de la declaración de culpabilidad (guilty plea) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales, representan una fuente inagotable de arbitrariedades:

51 Cfr. MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Legis. 2005. p. 9-23.

52 Resoluciones 6657 y 6658 del 2004 emanadas del Fiscal General de la Nación. En www.cnrr.org.co

arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el plea bargaining se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes de someterse a los costes y riesgos del juicio”⁵³.

Según esta concepción la discrecionalidad, es un rezago de la acción privada y puede representar riesgos para un proceso penal democrático.

Así mismo el ilustre autor en cita plantea que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no es inherente al sistema acusatorio, en la medida en que no participa de las características y principios que nutren el modelo acusatorio.

“Si forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre la acusación y la defensa, la publicidad y la oralidad en el juicio, no puede decirse lo mismo de otros elementos que, aún perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, no son lógicamente esenciales a su modelo teórico, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de acusación al poder ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios del jurado, etc.”⁵⁴

Principios de la esencia del sistema acusatorio, sin los cuales es impensable considerar un sistema procesal penal con dicho nombre, son: la separación de funciones, la igualdad de armas, la imparcialidad, la concentración o repetición de la prueba en juicio oral y público, con inmediación y contradicción de la misma.

7.6. Regulación legal del principio de oportunidad en Colombia

En nuestro país, ante la comisión de un delito, el Estado debe desplegar todas las actividades tendientes a la persecución del delito y de los delincuentes, por intermedio del órgano fiscal. No obstante, la reforma del citado artículo 250 consagra también que la Fiscalía puede aplicar el **principio de oportunidad**, de manera reglada, que consiste en la facultad que este órgano tiene para renunciar a la persecución penal.

Obviamente que si constitucionalmente se admite la posibilidad de renunciar al ejercicio de la acción penal, tal potestad encierra también la de suspender e interrumpir la misma, como se consagró en el acto legislativo 03/02 y en algunas disposiciones de la ley 906 del 2004.

La Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 327 de la ley 906 del 2004, determinó que el control judicial que efectúa el juez de control de garantías, no solo involucra la renuncia a la acción penal, sino también la interrupción y la suspensión de la misma.

53 FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Madrid. 1995. p. 568

54 Ibídem. 1997. p. 583

“39. Para concretar el análisis de este cargo, encuentra la Corte que en efecto, la expresión demandada, “siempre que con esta se extinga la acción penal” que forma parte del artículo 327 del C.P.P., al condicionar el control judicial obligatorio y automático del principio de oportunidad a tal exigencia, restringe el ámbito de aplicación de este control que explícitamente prevé el artículo 250 de la Constitución.

“Tal expresión, en cuanto reduce el principio de oportunidad a uno solo (la renuncia), de los tres supuestos procesales (renuncia, interrupción y suspensión) a través de los cuales actúa, desconoce las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corte en el sentido que la oportunidad reglada opera a través de la renuncia, la suspensión y la interrupción de la acción penal (Cfr. Sentencia C-673 del 2005).

“Adicionalmente las consecuencias que se derivan de la expresión demandada, en cuanto restringen el ámbito de control judicial sobre el principio de oportunidad, son extrañas a los antecedentes legislativos de la reforma constitucional que demarcan una clara preocupación del constituyente secundario de rodear la aplicación del principio de oportunidad de controles judiciales que lo preservarán de eventuales desequilibrios en que se pudiera incurrir en su aplicación”⁵⁵.

El artículo 321 y siguientes de la ley 906 del 2004, en concordancia con las Resoluciones números 0-6657, 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 y el memorando 0009 del 3 de febrero de 2005, emanados de la Fiscalía General de la Nación, regulan la aplicación del principio de oportunidad.

7.7. Causales legales para aplicar el principio de oportunidad

El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en su artículo 324, ha consagrado, de manera taxativa, las causales por las cuales se puede dar aplicación al principio de oportunidad:

7.7.1. CAUSAL PRIMERA

1. «Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad, que no exceda en su máxima de seis años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinar de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal».

Este primer presupuesto de aplicación de la figura resulta una herramienta valiosa especialmente respecto de aquellas conductas que no sobrepasan el interés particular de los titulares del bien jurídico afectado con la conducta punible, tales como los delitos contra el patrimonio económico.

Una vez producida la indemnización integral, la cual implica la reparación de los daños de orden tanto material como moral, pudiendo la víctima declararse indemnizada así no le reconozca la totalidad de su inicial pretensión⁵⁶, puede

55 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-979 de 26 de Septiembre de 2005. Mag. Pon. Dr. Jaime Córdoba Treviño. Exp. D-5590, p. 11

56 Nos parece que esta interpretación es perfectamente consonante con aquella dispensada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 28.161 de Abril 9 del 2008, Magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, cuando enfatizó que es procedente la indemnización integral que la víctima acuerde con su victimario, aunque sea inferior

el defensor solicitarle a la Fiscalía que confiera aplicación a esta primera causal.

Al momento de presentar la solicitud de aplicación del principio de oportunidad para aprobación ante el Juez de Control de Garantías, tanto el fiscal como el defensor deberán no sólo acreditar el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta, sino también manejar elementos de política criminal relacionados con la ausencia o decadencia del interés para perseguir el delito.

La ley 906 del 2004 suprimió sin explicación una de las salidas alternativas al conflicto que mayor efectividad, justicia material y beneficios judiciales brindó bajo la ley 600 de 2000.

Nos referimos a la figura de la preclusión por indemnización integral, que fue incluso posteriormente reproducida por un ordenamiento con tan pocos visos acusatorios y garantistas como la ley 1153 de 2007, que podría en cualquier caso, a nuestro juicio, aplicarse por favorabilidad a los casos ventilados en la ley 906 del 2004.

No consagrándose tal forma de terminación alternativa del proceso, se ha de acudir al principio de oportunidad consagrado en el numeral primero del artículo 324, amén de poder también utilizar, en la medida en que sean legalmente aplicables al caso, los mecanismos de justicia restaurativa, tales como la mediación y la conciliación.

Es preciso afirmar que para la aplicación de esta causal se hace necesario que se haya formulado la imputación, no siendo posible su aplicación si ello no ha sucedido.

La causal también admite que previamente a la aplicación del principio de oportunidad bajo la modalidad de renuncia a la acción penal, se lleve a cabo la suspensión del procedimiento a prueba, especialmente en aquellos eventos en que la indemnización integral implique un plan de reparación a plazos y mediante condiciones.

Las conductas delictivas que en mayor medida son susceptibles de ser culminados o suspendidos por la aplicación del principio de oportunidad bajo los presupuestos de la primera causal, además de aquellos contra el patrimonio económico, son los de inasistencia alimentaria, lesiones personales dolosas o culposas y, en general, delincuencia menor que no sobrepase el interés eminentemente particular de los ofendidos.

Justamente en esta clase de comportamientos delictivos a los que se refiere el numeral primero del artículo 324, v.gr. en un delito de lesiones personales dolosas o culposas con incapacidad médico legal inferior a sesenta (60) días o en uno de inasistencia alimentaria, puede suceder que una vez culminado

al agravio.

el juicio oral, anunciado el sentido del fallo condenatorio, abierto el incidente de reparación integral, se produzca una conciliación y la víctima manifieste que se encuentra indemnizada de manera integral por todo perjuicio, incluso el acuerdo puede involucrar el desistimiento de la querrela; en la audiencia incidental de reparación integral se produce, entonces, la conciliación procesal.

En el ejemplo propuesto, se indaga qué deben hacer defensor y juez de conocimiento frente a esta eventualidad, ya que, pese a haberse surtido la audiencia de juicio oral y anunciado el sentido del fallo, se ha producido una indemnización integral de la víctima que operaría como una causal de preclusión por no poderse continuar con el ejercicio de la acción penal (Art. 332 de la ley 906 del 2004), o de extinción de la acción penal por indemnización integral de los perjuicios en los casos señalados en la ley (Art. 82 numeral 7° del Código Penal).

Una primera respuesta que nos vendría a la cabeza es que el juez debe proceder a extinguir la acción penal con fundamento en lo dispuesto por el artículo 82 numeral 7° de la ley 599 del 2000 (Código Penal), entre otras razones por las siguientes:

(i) La conciliación y el desistimiento son fenómenos que presentados y verificados en el proceso penal, tienen la vocación de atacar y derribar, no solo la acción civil sino la penal, desde luego para algunos casos señalados en la ley, valga decir, los delitos querellables, como en el ejemplo propuesto.

(ii) La conciliación es una figura que opera, con excepciones, en todos los niveles del ordenamiento jurídico, como una etapa procesal obligatoria, al iniciar o finalizar el procedimiento, pero en todo caso, antes de dictarse sentencia de primera instancia, y tiene como consecuencia que el proceso de que se trate termina, así se hayan practicado pruebas.

(iii) Bajo el esquema de la ley 600 del 2000, el cual era de inclinación inquisitiva y no poseía las múltiples salidas al conflicto que hoy se establecen en la ley 906 del 2004, es perfectamente admisible que la conciliación, en delitos en los que las partes puedan disponer de la acción penal como los querellables, produzca la preclusión, cesación de procedimiento o terminación de la acción penal, existiendo incluso la posibilidad que dicho fenómeno extintivo se lleve a cabo por indemnización integral.

(iv) Desde la perspectiva de la justicia restaurativa, especialmente lo dispuesto en los artículos 518 y siguientes de la ley 90 del 2004, no se entendería que producida dicha restauración de los intereses de la víctima y manifestada su conformidad con la indemnización, el resultado sea el de la justicia retributiva de imposición de la sanción, sin consultar los intereses de ofensor y víctima, los cuales se encuentran restablecidos.

(v) Fundamentados en valores y principios constitucionales como la dignidad

humana, la prohibición de exceso y su correlativo principio de proporcionalidad, el cual recorre todas las instituciones de la ley 906 del 2004, especialmente lo dispuesto en la norma rectora 27, el ejercicio del poder punitivo del Estado en el caso propuesto, atentaría seriamente contra tales valores y principios, no resolvería de manera adecuada y razonable los conflictos creados con la conducta, los cuales de suyo ya fueron resueltos mediante la justicia restaurativa, y supondría únicamente una retaliación desproporcionada sin base constitucional alguna.

En cualquier caso, consideramos que de no compartirse la tesis expuesta de la extinción de la acción penal para la resolución de esta clase de conflictos, como mínimo el juez de conocimiento debe exhortar a la fiscalía para que acuda a las previsiones del principio de oportunidad, y el ente acusador, como funcionario judicial ex-ante constitucional, estaría obligado a solicitar la suspensión o la renuncia a la acción penal, fundamentado en el numeral 1° del artículo 324 de la ley 906 del 2004, por la demostración de los supuestos de hecho que consagra la norma, especialmente porque no cabe duda que en casos como el planteado se puede determinar de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.

7.7.2. CAUSAL SEGUNDA

2. «Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible».

A una persona no se la puede juzgar dos veces por los mismos hechos, así sea en países diferentes.

Esta segunda causal entre sus propósitos, hace efectivo el principio de non bis in ídem, de tal manera que es el mismo Estado colombiano, el que, al entregar a la persona en extradición, renuncia a iniciar o proseguir cualquier acción penal por esos mismos hechos. (Arts. 508 a 534 del C. de P. P.)

Sería excesivo y por ende contrario a la dignidad del ser humano que siendo sometido al rigor de la justicia trasnacional, especialmente bajo los severos estándares del derecho norteamericano, por citar un caso, se continuara investigando por los mismos hechos en nuestro país, además de ser innecesario, en términos meramente utilitaristas.

En el caso de la aplicación de esta segunda causal, no es necesario que exista formulación de imputación y puede ser previamente utilizada la modalidad de interrupción de la acción penal, aunque lo lógico es que, una vez corroborado que se juzgan los mismos hechos, proceder a la renuncia de la acción penal.

El principal inconveniente que presenta esta causal y que la haría nugatoria es la prohibición contenida en el parágrafo 3° del artículo 324 de la ley 906 del 2004 que prohíbe la aplicación del principio de oportunidad para los delitos

de narcotráfico que son los comportamientos delictivos respecto de los cuales en mayor medida se solicitan personas en extradición.

Es una causal que también persigue evitar que la investigación en nuestro país genere traumatismos al proceso de extradición de la persona al país que la esté requiriendo.

7.7.3. CAUSAL TERCERA

3. «Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal».

La causal presenta tropiezos que la harían inaplicable en el medida en que el párrafo 3° del artículo 324, modificado por el artículo 25 de la ley 1121 del 2006, consagró como prohibición expresa de la utilización del principio de oportunidad para hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio, y delitos de narcotráfico, terrorismo, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

En igual sentido del numeral anterior, se agrega que, cuando sean varias las conductas por investigar, y no todas vayan a ser sometidas a juzgamiento en la Corte Penal Internacional, sólo se aplicará el acto de suspender o interrumpir la persecución penal para el delito o los delitos que sigan en conocimiento de la justicia colombiana. (La Ley 742 de 2002 adoptó el Estatuto de Roma).

Para la aplicación de esta causal no es necesario que exista formulación de imputación. Lo procedente será interrumpir la acción penal cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional por la misma conducta, e incluso, así se trate de conducta diferente, la consecuencia será la misma.

Esta causal igualmente persigue evitar que la investigación que se sigue contra la persona en nuestro país, interfiera el proceso de entrega y judicialización de la persona ante la Corte Penal Internacional.

7.7.4. CAUSAL CUARTA

4. «Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta penal, y la sanción a que pudiese llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiere sido impuesta con efecto de cosa juzgada contra él en el extranjero».

Es situación que parece obedecer a la humanización del proceso penal, pero también a criterios pragmáticos sobre la necesidad de no desgastar la administración de justicia en delitos que resulten irrelevantes comparados con la severidad de la sanción que pueden representar otras conductas, además de servir para que no se traumatice la entrega de la persona solicitada en extradición.

Tal sería el caso de una persona que es extraditada por un delito de homicidio agravado, y en Colombia se le sigue investigación por porte ilegal de armas de defensa personal.

Requisitos para la aplicación de esta causal:

“a. Verificar que contra la persona investigada existe una sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada, por un delito distinto del que se investiga en Colombia.

“b. Verificar que dicha persona fue entregada en extradición.

“c. Comparar si la pena impuesta en la sentencia extranjera es más importante en términos cualitativos y cuantitativos que la que sería imponible en Colombia, de manera que esta última vendría a ser irrelevante”⁵⁷.

Igual comentario merece esta causal, de lo consignado respecto a las causales 2 y 3, sobre su inaplicabilidad atendiendo lo dispuesto por el parágrafo 3° del artículo 324 que prohíbe la aplicación del principio de oportunidad para delitos de narcotráfico, que son los que con mayor frecuencia implican la extradición de sus autores o partícipes.

Para que pueda surtir el principio de oportunidad respecto a esta eventualidad no es necesario que se haya formulado imputación o su equivalente por la conducta que le cursa en Colombia y, verificados sus presupuestos, opera la renuncia a la acción penal.

7.7.5. CAUSAL QUINTA

5. «Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.»

Se estimula la colaboración de las personas que saben o conocen del funcionamiento de los grupos de delincuencia organizada.

La regla no resulta tan novedosa, ya que en la Ley 600 de 2000 se estipula este tipo de beneficio por colaboración eficaz, con la diferencia de que allí se presentaba una rebaja de penas, y en la actual aplicación del principio de oportunidad se puede llegar hasta la renuncia total de perseguir a la persona que haya colaborado de manera eficaz.

Constituye ejemplo de procedimiento, la persona que es capturada con una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente y una vez formulada la imputación por la Fiscalía, ofrece colaborar de manera eficaz, ya que dice tener información de un sitio en donde se almacena una considerable cantidad del estupefaciente, e igualmente, sobre la identidad de los cabecillas de la organización.

⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 14 de Febrero del 2007. Mag. Pon. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Verificada la información por la Fiscalía, resulta positiva por cuanto se logra la incautación de considerable cantidad de la sustancia, y se realiza la captura de varias personas.

En este caso, procedería la aplicación del principio de oportunidad para el imputado que colaboró con la investigación.

En el derecho comparado, particularmente en el sistema acusatorio de los Estados Unidos, tanto la causal 5ª como la 6ª, comprensivas del denominado testigo de la corona, se establecen para que las personas que integran la organización criminal y que al interior de la misma tienen una posición media o un perfil definitivamente bajo, colaboren en la delación de los jefes, organizadores, promotores, gestores de la organización

En Colombia estas causales, particularmente la señalada en el numeral 5º, vienen siendo utilizadas de manera errónea por la Fiscalía General de la Nación, pues una vez los fiscales tienen evidencia de quiénes son los jefes, organizadores, directores, etc. del consorcio criminal, les ofrecen preacordar o incluso aplicación del principio de oportunidad para algunos o todos los delitos, a cambio de que entreguen información relacionada con los mandos medios e incluso con los integrantes “rasos” de la organización, por ejemplo, en relación con los mal denominados grupos paramilitares cuyo accionar incursiona en la preceptiva del concierto para delinquir.

La prohibición para que los determinadotes, directores, cabecillas, financistas o promotores del concierto se hicieran merecedores de beneficio alguno por concepto de colaboración con la justicia, imperaba bajo las voces de la ley 600 del 2000.

En la ley 906 del 2004 no se reprodujo disposición similar para el principio de oportunidad, sino únicamente existe prohibición respecto de los jefes, organizadores y promotores, en relación con las causales 15 y 16.⁵⁸

Lo anterior no es óbice para que la condición ex –ante constitucional que ostenta el fiscal, lo lleve a ejercer el ámbito de discrecionalidad reglada ponderando los intereses en juego y evitando que la administración de justicia y particularmente el ejercicio del principio de oportunidad sean utilizados para propósito y finalidades que no se correspondan con el orden constitucional.

Para entender mejor el supuesto de hecho que consagra esta causal, habría en primer lugar que revisar lo que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia entienden como organización criminal para diferenciarla del mero concurso de personas en el delito.⁵⁹

58 Cfr. Parágrafo 1º del artículo 324 de la ley 906 del 2004.

59 Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de fecha 20 de Mayo de 1997. Ponencia del doctor Fabio Morón Díaz. Sobre el mismo punto sentencia de la Corte Suprema de Justicia 17.089 de 23 de Septiembre del 2003. MAG. PON. Edgar Lombana Trujillo.

La organización supone una verdadera empresa criminal que se forma del acuerdo-asociación (societas sceleris), con vocación de permanencia para la comisión de delitos de manera indeterminada.

Para ilustrar lo anterior, la doctrina más erudita en el tema del principio de oportunidad⁶⁰, desde su advenimiento a nuestra legislación, considera necesario para la determinación de la existencia de una organización criminal, que se constate por parte del fiscal si para el caso existen las siguientes manifestaciones:

- Existencia de una organización jerárquica
- Normas y sanciones internas
- Disposiciones de mayores medios personales y materiales
- Cultura de la supresión de la prueba
- Empleo de la violencia
- Utilización de métodos de lavado de activos
- Internacionalización y trasnacionalización.

Ejemplos que podrían ilustrar la aplicación de esta causal, desde la perspectiva de la investigación criminal, podrían ser la colaboración del agente encubierto o la de quien sin tener esta condición se vuelve informante, no significando lo anterior que la desarticulación de la organización delincencial únicamente pueda darse a través de estas figuras.

Es imprescindible señalar los diáfanos requisitos que demanda esta causal para que se considere conforme a la ley:

- El colaborador debe tener la condición sine qua non de **imputado**.
- Su **colaboración debe ser efectiva**⁶¹ para la evitación de la continuación del delito o la realización de otros, o,
- **Aporte información esencial** para la desarticulación **de bandas de delincuencia organizada**.

El juez de control de garantías debe entonces verificar que la persona que está ofreciendo la información sea imputado, lo que pudiera generar problemas cuando se trata de persona a quien la fiscalía decide no formular imputación justamente producto del acuerdo; en segundo lugar, la efectividad de la colaboración, en principio es asunto ajeno al juez de garantías, funcionario que

60 FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Ed. Universidad del Rosario y Editorial Gustavo Ibáñez. 2006. p. 169 y 170.

61 Estamos de acuerdo con GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto, cuando afirman "La colaboración que no produzca resultado o que sea exigua hace que la fiscalía reanude la investigación o acción en contra del colaborador ineficaz". *Ibíd*em p. 214

en principio no puede medir la efectividad de la investigación, pues eso es de resorte del ente investigador; en tercer término también podrían presentarse problemas referidos a que tan esencial fue la información suministrada por el eventual beneficiario y si ella sirvió para desarticular la organización.

En la práctica el juez de garantías deja de lado el análisis de estos aspectos y funda su decisión de interrupción o renuncia en la argumentación de la fiscalía sin verificar tales circunstancias y su incidencia en la declaración judicial que de él se depreca.

Consideramos que tales asuntos, en cualquier caso, han de ser examinados por el juez de control de garantías, confrontando la evidencia que sobre ellos presente la fiscalía, pues de lo contrario el control judicial se queda en el campo eminentemente formal.

7.7.6. CAUSAL SEXTA

6. «Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó».

Resulta novedosa la aplicación de esta regla, ya que consiste en colocar en el estrado judicial, en audiencia de juicio oral, a un testigo que hizo parte de una hipotética organización criminal, y cuyo testimonio sirve para demostrar responsabilidad de otro integrante. Dentro de nuestra historia procesal penal, se institucionaliza la figura del testigo con inmunidad total o parcial.

La inmunidad consiste en que el testigo puede relatar hechos punibles que conozca y en los cuales incluso haya tenido participación, respecto de los cuales desde luego deberá autoincriminarse, sin que dicha autoincriminación le pueda derivar consecuencias adversas, razón por la cual ella podrá ser total, o parcial, debiendo, en este último caso responder penalmente por aquellos comportamientos que no hayan sido objeto del acuerdo sobre inmunidad con la fiscalía.

Una vez llevada a cabo la autoincriminación del testigo en audiencia de juicio oral, podrá ser conainterrogado por la defensa técnica, sin que pueda formularse objeción fundamentada en el privilegio de la no autoincriminación, pues ya la prohibición constitucional pierde sentido atendida la renuncia expresa al privilegio constitucional que presenta el propio testigo.

Ha de tenerse especial cuidado en el asesoramiento a este tipo de usuarios, ya que su papel de copartícipe en una organización criminal pasa a ser el de un testigo de la Fiscalía, con los consecuentes riesgos y contingencias que puede implicar la delación.

Constituye ejemplo de procedimiento el que ha hecho parte de una organización delictiva y, capturado por la comisión de un hecho punible, en su calidad de imputado, ofrece declarar como testigo principal de cargo contra el autor intelectual del hecho, cerebro y financista de la organización.

Si se lleva a cabo el enjuiciamiento del autor intelectual, al potencial testigo la Fiscalía le debe otorgar la inmunidad total o parcial. Lo que declare en la audiencia del juicio oral no puede ser usado en su contra, y sobre la comisión del hecho delictivo imputado le será aplicado el principio de oportunidad.

7.7.7. CAUSAL SÉPTIMA

7. «Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva».

Es la aplicación de lo estipulado en el artículo 34 del Código Penal (Ley 599 de 2000), con la diferencia, de que, aplicando la ley procesal 906 de 2004, principio de oportunidad, el sujeto activo de la acción ya no se ve sometido a un proceso largo y deshumanizante, que forzosamente concluiría con una preclusión o una absolución, vr. gr., el padre que en un accidente de tránsito mata a su hijo, así mismo no se restringe la aplicación del instituto a relaciones filiales del imputado con el sujeto pasivo de su actuar negligente, sino que se contemplan otros supuestos en los que el imputado pueda sufrir daño desproporcionado en relación con la sanción que le correspondería.

Se trata indiscutiblemente de una causal orientada a racionalizar las consecuencias del derecho penal, especialmente la pena, humanizando la actuación procesal, en la que nuevamente aparece como referencia el principio de proporcionalidad, en su acápite de necesidad de la pena.

Uno de los primeros casos en que se aplicó el principio de oportunidad invocándose esta causal, sucedió en la ciudad de Bogotá a mediados del año 2005, cuando se investigó una conducta relacionada con la muerte de un menor de dos años de edad, por negligencia de su señora madre, quien lo dejó en una terraza para irse a alimentar a su otro hijo de quince meses de nacido, y el menor trepó en una caneca y cayó a una alberca, en la que murió ahogado.⁶²

El juez de control de garantías que resolvió el caso relatado verificó el cumplimiento de los requisitos del principio de oportunidad para la aplicación de la causal 7ª, desde el punto de vista material:

“Para dar aplicación del principio de oportunidad, desde el punto de vista material, se deben cumplir las siguientes condiciones: a) Debe estar demostrada la tipicidad, así como

⁶² Este caso aparece relatado en la obra de FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Universidad del Rosario y Ed. Ibáñez. 2006. p.178

la participación del imputado en la realización de la conducta, con el fin de preservar la presunción de inocencia; b) No se aplica a la persona que no haya cometido un delito, porque en esta situación lo procedente es la aplicación de la preclusión; c) Se aplica a quien cometió un delito, pero el Estado renunció a continuar la investigación; d) La Fiscalía tiene la obligación de escuchar a las víctimas, en este caso el fiscal señaló que la imputada además poseía simultáneamente la calidad de víctima, por ser madre del menor fallecido, y e) En los delitos sancionados con pena mayor a 6 años, la aplicación debe ser aprobada por el Fiscal General o su delegado especial, en cumplimiento del parágrafo 2 del artículo 2 del artículo 324 del C.P.P.”⁶³

7.7.8. CAUSAL OCTAVA

8. «Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y, como consecuencia de éste, se cumpla con las condiciones impuestas».

La suspensión del proceso a prueba se puede aplicar hasta por un término de tres (3) años. Además, si se han indemnizado los daños y perjuicios, y el imputado ha cumplido con las obligaciones impuestas por la Fiscalía, procederá la extinción de la acción penal.

Es necesario destacar la importancia de la justicia restaurativa en la debida aplicación de esta causal, lo cual todavía no parece tener una adecuada comprensión y desarrollo al interior de la Fiscalía.

La justicia restaurativa, por oposición a la justicia retributiva o punitiva, como su nombre lo indica concibe la sanción, la retribución, el castigo como los mecanismos más inadecuados para la resolución de los conflictos suscitados con la conducta delictiva, y bien por el contrario, busca la aproximación de la víctima y el ofensor a fin de restaurar el daño y reconstruir sus relaciones.

Desde este punto de vista se puede sostener que si lo que se persigue es la aplicación del principio de oportunidad en ejercicio de la justicia restaurativa la reparación puede ofrecer los diferentes matices aceptados por el derecho internacional de los derechos humanos, algunos de carácter simbólico, entre los que se cuentan: (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, la reparación involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.

Dada la importancia de esta causal, una de las más utilizadas por los fiscales para ejercer la discrecionalidad reglada, se estudiará con detalle en otro acápite de este manual.

63 Ibidem. P. 180

7.7.9. CAUSAL NOVENA

9. «Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza grave a la seguridad exterior del Estado».

No resulta claro cómo se podría aplicar esta causal, habida cuenta de que en parte el Estado estaría renunciando a su soberanía en cuanto al principio de que toda persona que cometa un delito en territorio nacional, e inclusive bajo la extraterritorialidad, debe ser procesada por la jurisdicción del país.

¿Qué factores de política exterior pueden incidir y a quiénes no se les podría aplicar la ley penal, so pretexto de poner en riesgo la seguridad exterior del Estado?

La causal en cualquier caso está formulada en términos en extremo subjetivos, que la hacen inaplicable y que confieren la posibilidad al juez de hacer calificaciones y valoraciones sobre riesgo o amenaza, además de que ellas deben resultar graves, todo lo cual corresponde a un espacio político-criminal vedado al juez de control de garantías.

Para la aplicación de esta causal no se requiere que se haya formulado imputación al indiciado, como tampoco excluye la posibilidad de interrumpir la acción penal, previamente a renunciar a la misma.

7.7.10. CAUSAL DÉCIMA

10. «Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios».

La naturaleza de algunos de los delitos a los que alude la norma, especialmente aquellos contra la administración pública, puede originar por lo menos tres (3) acciones diferentes: el proceso de responsabilidad fiscal, el proceso disciplinario y el proceso penal.

Cada uno de estos procesos es autónomo e independiente, lo que significa que no se puede invocar la cosa juzgada en uno de ellos para imposibilitar el ejercicio o la sanción en el otro.

Lo anterior, pese a alguna reciente jurisprudencia insular que sostiene lo contrario, esto es, que la decisión disciplinaria debe ser congruente con la adoptada en el proceso penal.⁶⁴

⁶⁴ Cfr. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia T-254 de 31 de Marzo del 2008. MAG. PON. María Mercedes López. En esta sentencia de tutela la Corporación disciplinaria sostuvo que la decisión disciplinaria debe guardar congruencia con la penal.

La causal estudiada persigue que no en todos los casos en que se ve involucrado un funcionario público necesariamente se llegue a una sanción de tipo penal, pues si la sanción disciplinaria ha tenido un juicio de reproche adecuado, se debe aplicar el principio de oportunidad, por cuanto resultaría baladí una persecución de carácter penal.

Tiene como sustento esta causal la teoría del bien jurídico y su comprensión desde la teoría de los derechos fundamentales⁶⁵, además de tener relación con la teoría de la unidad de ordenamiento jurídico, implicando las mismas, que el bien jurídico funcional, que es la administración pública, puede verse protegido de manera razonable y adecuada desde la perspectiva del derecho disciplinario, que igualmente es un derecho sancionatorio, de manera que se haga innecesario el ejercicio de la potestad punitiva.

Para la aplicación de esta causal, si bien la norma no lo menciona, nos parece necesaria la imputación, justamente para que el funcionario judicial pueda determinar en primer lugar quien es el sujeto disciplinado y si la formulación de imputación penal corresponde a las mismas conductas por las que fue sancionado disciplinariamente.

El término “adecuada” que utiliza la disposición para referirse a la sanción que se haya impuesto en sede disciplinaria, indiscutiblemente tiene su asiento en el principio de proporcionalidad, e implica que las finalidades constitucionales de las sanciones puedan solventarse utilizando los medios estrictamente necesarios, sin que ello implique el ejercicio de mecanismos excesivos, desproporcionados o irrazonables que desborden dichas finalidades constitucionales.

La Corte Constitucional⁶⁶, en sentencia que se analizará en detalle en un apartado independiente de este escrito, declaró la exequibilidad de lo preceptuado en esta causal, con el texto constitucional.

Dijo la Corporación que la hipótesis prevista en el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, resulta acorde con estos principios de relevancia constitucional y la moralidad, en la medida en que supedita no proseguir excepcionalmente con la acción penal a los siguientes presupuestos: (i) que la afectación del bien jurídico funcional resulte poco significativa, es decir, leve, lo cual se valora en concreto por la Fiscalía y el juez de garantías y (ii) que la infracción del deber funcional configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de una sanción disciplinaria.

En ese orden, la Corte declaró que el numeral 10° acusado es exequible.

65 Sobre el punto cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Bien Jurídico y derechos fundamentales. Ed. Universidad Externado de Colombia. 1997.

66 Sentencia C-988 de 29 de Noviembre de 2006. MAG. PON. Dr. Alvaro Tafur.

7.7.11. CAUSAL DECIMO PRIMERA

11.» Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio».

Primer punto que suscita la lectura de la causal es diferenciar la ausencia de antijuridicidad material que los supuestos de la causal, ya que la primera da lugar, no a la aplicación del principio de oportunidad, sino a la preclusión.

En segundo término, la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la causal expresó lo siguiente:

"el ámbito de las facultades discrecionales del fiscal para evaluar el deterioro del objeto material sí se encuentra delimitado, en cuanto el concepto jurídico indeterminado "alto grado de deterioro" de un lado responde a criterios objetivos de experiencia (lo que socialmente se entiende por objeto casi inservible), y también a criterios de valor subjetivo (la mayor o menor importancia relativa que el titular concreto del objeto material del delito le asigne al mismo dadas sus circunstancias personales..."

"...la valoración de esos dos asuntos no es posible de ser establecida a priori y de manera general, impersonal y abstracta por el legislador, luego es la naturaleza de las cosas la que obliga a conferir en cierto grado competencias valorativas al fiscal"⁶⁷.

El tercer punto consiste en determinar si para la aplicación de la causal resulta necesario que se haya indemnizado integralmente a la víctima.

Consideramos que sobre el tópico no se pueden sentar reglas generales, sino que será cada caso el que imponga al fiscal la determinación de otros daños que se hayan producido con el despliegue de la conducta delictiva y su eventual reparación, la cual, como se advirtió no es necesariamente económica sino que puede ser simbólica, conforme se advirtió en párrafos precedentes.

Lo que si no puede perderse de vista, tal como lo sostuvo la jurisprudencia constitucional reseñada, es que los intereses de las víctimas siempre han de ser considerados, en primer lugar, informándole los trámites que se pretenda adelantar referidos a la aplicación de cualquiera de las causales del principio de oportunidad y escuchando su criterio sobre la eventual interrupción, suspensión o renuncia a la acción penal.

En el caso de esta causal, la modalidad de principio de oportunidad que procedería sería la renuncia a la acción penal y sería necesaria la formulación de la imputación, justamente para determinar los supuestos de hecho de la causal, tales como el bien jurídico protegido, el cual debe ser el patrimonio económico; el objeto material de la infracción, su titular y el alto grado de deterioro del objeto material respecto al titular.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-095 de 14 de Febrero de 2007. MAG. PON. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La práctica judicial igualmente hace recomendable que exista un medio de prueba, un medio de conocimiento, v.gr. una peritación, mediante la cual se acredite el alto grado de deterioro del objeto material de la conducta delictiva.

Se trata, entonces de bienes prácticamente inservibles, o que se encuentren dañados y que tengan escaso valor como mercancías dentro del tráfico comercial.

7.7.12. CAUSAL DECIMOSEGUNDA

12. «Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social».

Esta causal indiscutiblemente tiene su arraigo en la teoría welseliana del bien jurídico dinámico, que entiende el bien jurídico como *“...algo dinámico, algo que surge desde la vida en relación, desde las relaciones sociales y, por tanto, si nosotros consideramos que el Derecho, y en último término el Código Penal, como última ratio, lo que me interesa es justamente organizar las relaciones sociales, y los bienes jurídicos surgen justamente de esas relaciones sociales, la vida está en 'las relaciones sociales, el patrimonio está en las relaciones sociales, el honor está en las relaciones sociales de los sujetos”*⁶⁸

Como quiera que los bienes jurídicos no son estáticos ni objeto de protección a ultranza, sino que por el contrario “la vida moderna es riesgo”, se ha previsto esta causal para que la protección de los bienes jurídicos afectados por conductas culposas de mermada significación social, no sean castigados sino que el Estado pueda renunciar a la persecución penal.

Para la aplicación de esta causal se requiere verificar los siguientes aspectos:

- Que la actuación procesal penal tenga origen en un comportamiento típico que admita la modalidad culposa, esto es «cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo», incluyendo en dicha modalidad la omisión culposa; y,
- Que las causas que determinaron la infracción al deber de cuidado de la persona que incurre en la conducta sean de poca importancia jurídica e intrascendencia social.

La aplicación de esta causal desde luego involucra la participación de la víctima, aunque no necesariamente la reparación económica.

La causal atiende a principios como el derecho penal mínimo y al sistema penal como última ratio, ambos de calado constitucional.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Imputación objetiva y bien jurídico. Artículo publicado en “La Ciencia Penal en el Umbral del Siglo XXI”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Coordinador: Dr. Moisés Moreno Hernández. Editorial Ius Poenale, 2001. En www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/pdf/Bustos2.pdf

7.7.13. CAUSAL DECIMOTERCERA

13. «Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social».

Esta causal contiene los siguientes aspectos:

- Que la actuación procesal emane de conducta típica dolosa, culposa o preterintencional.
- Que la conducta típica en cualquiera de sus modalidades, conlleve la antijuridicidad y la culpabilidad.
- Que al analizar la categoría de culpabilidad, observemos un juicio de reproche de secundaria consideración o insignificante, en donde una sanción penal orientada a sus consecuencias, bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, al tenor del artículo 3° del Código Penal, sea una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

Por ejemplo, un agente de policía que conduce un vehículo de uso oficial, al enterarse de la hospitalización de su cónyuge, se desvía de su ruta y, al llegar al hospital, parquea el rodante oficial en una esquina no autorizada para tal efecto, e ingresa al hospital; cuando sale, el automotor ha sido hurtado. Al agente de policía se le imputa el delito de peculado culposo. En el presente caso, si bien existe una conducta típica, antijurídica y culpable, el grado de reproche es de poca significación atendiendo a las circunstancias personales y modales en que se dio la acción censurada; procedería, entonces, la aplicación del principio de oportunidad establecida en esta causal.

7.7.14. CAUSAL DECIMOCUARTA

14. «Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse».

Esta causal presupone:

- Que la conducta típica lesione o ponga en peligro «bienes colectivos» jurídicamente tutelados; la antijuridicidad o el daño debe ser formal. El artículo 78 de la Constitución Nacional considera el medio ambiente, el espacio público y los derechos de los consumidores como «bienes colectivos»; el Código Penal los relaciona en el Título X (Delitos contra el Orden Económico y Social), Capítulo Primero (Del acaparamiento, la Especulación y Otras Infracciones); Título XI (De los Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente), Capítulo Único (Delitos Contra los Recursos Naturales y Medio Ambiente); Título XII (Delitos Contra la Seguridad Pública), Capítulo Segundo (De los Delitos de Peligro común

o que pueden Ocasionar Grave Perjuicio para la Comunidad, y otras Infracciones.).

- Que la lesión o puesta en peligro de estos bienes colectivos lo sea en una expresión mínima, esto es, de poca antijuridicidad.
- Que se restaure íntegramente la lesión o puesta en peligro del bien colectivo tutelado.

La causal parece consagrar tácitamente como presupuesto, la formulación de imputación jurídica, justamente para constatar si el bien jurídico afectado es de naturaleza colectiva.

La reparación integral es un requisito indispensable de difícil obtención atendida la naturaleza colectiva de la infracción.

Igualmente el último de los requisitos consistente en que pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse, se queda en el campo de la apreciación subjetiva del fiscal, pues objetivamente es difícil hacer esta clase de pronóstico.

7.7.15. CAUSAL DECIMOQUINTA

15. «Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas».

Los ejemplos que se suelen citar por la doctrina⁶⁹ tienen que ver con la delincuencia propiciada por grupos de personas en desarrollo de protestas, como asonadas, paros, huelgas, marchas, enfrentamientos con la autoridad civil, etc., casos en los cuales los fines que persiguen las personas involucradas en tales manifestaciones sociales, no son propiamente delictivos, así los medios escogidos incursionen en las previsiones penales.

La persecución de tales conductas, examinado el costo-beneficio que se obtendría con su judicialización, hace imperiosa la búsqueda de soluciones alternativas, siempre y cuando se atienda de manera adecuada el interés de la víctima.

Para la aplicación de esta causal, se debe considerar:

- Que la indagación o investigación para verificar la materialidad del delito y sus autores o partícipes genere «problemas sociales más significativos» que los resultados que de aquéllas se pueden obtener.

69 Cfr. FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. Aproximación al estudio del principio de oportunidad. Universidad del Rosario y Ed. Ibáñez. 2006. p. 194. Cfr. GARZÓN MARÍN, Alejandro y LONDOÑO AYALA, César Augusto. Principio de oportunidad. Ed. Nueva Jurídica. Colección de Estudios No. 8. p. 226.

Este novedoso concepto de «problemas sociales más significativos» implica valoraciones de tipo sociológico que se superponen al concepto de «persecución penal» por parte del Estado, y que, proyectados, no necesariamente deben tener una solución de tipo penal, ya que de él se deriva un problema social mayor; entonces, el ponderado debe primar, ya que se explica dentro de un contexto sociológico más bien que el jurídico.

- Que los intereses particulares de la víctima tengan una solución alternativa y adecuada, esto es, que se restaure plenamente el derecho particular lesionado o puesto en peligro por la conducta perseguida penalmente.

7.7.16. CAUSAL DECIMOSEXTA

16. «Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas».

Causal declarada **INEXEQUIBLE** mediante sentencia de la Corte Constitucional C-673/05 MAG. PON. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

La Corte consideró que la causal está formulada en términos equívocos, ambiguos, imprecisos, vagos e indeterminados, lo que acarrea que no sea posible su control judicial por parte del juez de garantías.

7.7.17. CAUSAL DECIMOSÉPTIMA

17. «Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa».

La aplicación de esta causal requiere precisiones:

- El Fiscal deberá determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la acción típica perseguida penalmente para cerciorarse de si hay algo que determine el amparo de una causal de justificación de las señaladas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del Art. 32 del Código Penal.
- El autor o partícipe debe haber excedido los límites propios de la causal de justificación, y a esto tienen que haber contribuido las precisas circunstancias en que se configura la justificante.
- La situación psíquica del autor o partícipe en el momento en que se desarrolló la conducta perseguida penalmente debe ser tenida en cuenta como factor o elemento a considerar para que este exceso se haya dado.

- El exceso de la justificante se debe considerar como un producto de las circunstancias fácticas y psicológicas en que se actuó, y esto debe representar un menor valor jurídico y social, ya que en tales situaciones se obra bajo apremio, y no se puede exigir racionalidad absoluta; se comprende, entonces, que un exceso se explica en una falta de deber de cuidado. La culpa se desdibuja frente a la complejidad de la situación fáctica y psicológica vivida por el autor.

Ejemplo: La Fiscalía adelanta investigación por el delito de homicidio. Se considera que el imputado obró bajo una causal de justificación como la señalada en el numeral 6° del artículo 32 del C. P., pero excedió los límites de la justificante porque disparó contra tres personas que se encontraban en el escenario de los hechos, a saber: quien esgrimía el arma de fuego, persona que a la postre resultó muerta, su esposa e hijo, quienes resultaron heridos. El investigado, supuestamente faltó al deber de cuidado, ya que hirió a las dos personas que acompañaban a su agresor al momento del ataque. No obstante, el exceso se explicaría por las circunstancias fácticas y psicológicas que condicionaron la forma en que se desarrolló la acción investigada; en consecuencia, frente a los contenidos jurídicos y sociales, las heridas sufridas por la esposa y el hijo del ofensor representan un menor valor en consideración a los contenidos jurídicos y sociales, como es la legítima defensa de la propia vida.

7.8. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además de las citas puntuales de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se han hecho en este acápite en relación con el principio de oportunidad y sus causales específicas, resulta necesario hacer una mención a las más importantes sentencias de la Alta Corporación sobre las normas de la ley 906 del 2004 que consagran el referido instituto.

Sentencia C-673 de 2005.

El problema jurídico examinado por la Corte en esta sentencia, se dirigió a determinar, en relación con el principio de oportunidad, si la causal establecida en el numeral 16) del artículo 324 para aplicar el principio de oportunidad desconoce el principio de legalidad.

La Corporación encontró que el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 es vago y demasiado indeterminado al no fijar parámetros claros para la aplicación del principio de oportunidad por parte del fiscal, conforme lo exige el inciso primero del artículo 250 de la Constitución, por tratarse de una excepción al mandato de que el fiscal no puede suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, lo que impide así mismo, que el juez de control de garantías pueda ejercer un verdadero control del ejercicio de esa facultad, razón por la cual declaró la inexequibilidad de dicha norma y su retiro del ordenamiento jurídico.

Sentencia C-979 de 2005

La Corte resolvió en esta sentencia si la norma de la ley 906 de 2004 que restringe el control judicial del principio de oportunidad a la renuncia a la acción penal, es compatible con la normatividad constitucional, encontrando que la expresión demandada reduce la operancia del principio de oportunidad a la única hipótesis de la renuncia a la acción penal, lo cual desconoce el precepto constitucional (art. 250) que contempla además, la interrupción y la suspensión de la investigación.

A juicio de la Alta Corporación, despojar del control del juez de garantías la decisión de interrumpir o suspender el procedimiento, comporta la afectación de derechos fundamentales que conforman el debido proceso, así como el derecho a acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad (arts. 13 y 228 C.P.). Por consiguiente, concluyó en la inexecutable de la frase acusada del artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

En este mismo pronunciamiento se estudio la facultad entregada por la ley 906 al Fiscal General de la Nación para dictar reglamentos relacionados con el principio de oportunidad, precisando que en virtud de la autonomía presupuestal y administrativa que el artículo 249 de la Constitución le confiere a la Fiscalía General de la Nación, la atribución que el artículo 330 de la Ley 906 de 2004 le asigna al Fiscal General para dictar un reglamento de aplicación del principio de oportunidad, se ubica en el ámbito fundamentalmente administrativo y operativo interno.

En este caso, dicho reglamento no puede variar los presupuestos materiales del principio de oportunidad establecidos por la ley, además de que el Fiscal queda sujeto a su vez, por el propio reglamento.

Por lo tanto, la Corte encontró acorde con la Constitución (arts. 249, 250 y 251, num. 3), que el Fiscal General, en desarrollo de esa autonomía y para el cumplimiento de las responsabilidades que surgen de la aplicación del principio de oportunidad, dentro de la órbita de la dirección y orientación, establezca procedimientos internos dirigidos a que esta nueva institución procesal se aplique de manera acorde con la política criminal del Estado.

Adicionalmente, aclaró que de conformidad con el artículo 123 superior, los fiscales están sometidos en el cumplimiento de sus funciones, como todo servidor público, a la Constitución, la ley y los reglamentos, razón por la cual no puede aducirse que la norma demandada viole el artículo 230 de la Carta, al sujetar a los fiscales a normas de rango inferior a la ley.

En consecuencia, concluyó que el artículo 330 (C.P.P.) no desconoce el artículo 189, num. 11 superior, puesto que no se trata de una reglamentación directa de ese principio que se sustraiga de la ley, sino que por el contrario el mismo artículo 330 prevé su sujeción a la Constitución y a la ley.

De otra parte, la Corte señaló que el manual de funcionamiento de la mediación y en general, los programas de justicia restaurativa, corresponden a la potestad de dirección que le compete al Fiscal General, en virtud del principio de unidad de gestión y sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados, conforme lo prescribe el artículo 251, numeral 3 de la Constitución.

Es decir, que el objeto de ese manual no es de regular la mediación o los otros mecanismos de justicia restaurativa, materias de reserva legal, sino su operatividad en el interior de la Fiscalía para garantizar su plena observancia.

Sentencia C-988 de 29 de Noviembre de 2006. MAG. PON. Dr. Alvaro Tafur.

En este pronunciamiento la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 324 numeral 10° de la ley 906 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 324.

“Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

[...]

“10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”.

La Corte recordó que por regla general, la Fiscalía General de la Nación está obligada, en virtud del mandato del artículo 250 de la Constitución, a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que puedan constituir delito y que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo como novedad y con carácter excepcional, el principio de oportunidad, cuya aplicación implica no proseguir en ciertos casos, la acción penal.

A su vez, se reiteraron los rasgos que caracterizan a este principio: (i) tiene carácter excepcional, pues en principio, la Fiscalía no puede suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal; (ii) constituye una oportunidad reglada, en la medida en que requiere del establecimiento previo en la ley de las hipótesis en que excepcionalmente puede aplicarse, las cuales deben enmarcarse en la política criminal del Estado; (iii) en todo caso, la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en las situaciones previstas en la ley debe ser valorada en cada caso concreto por el juez de garantías y con participación de las víctimas; (iv) su ejercicio se sujeta al control de la legalidad ante un juez

de control de garantías, de manera que se descarte una aplicación que quede al sólo arbitrio de la Fiscalía General.

Para la Corte, contrario a lo que adujeron los demandantes, con la expedición del numeral acusado, el legislador no desbordó la potestad de configuración que le es atribuida en materia penal y específicamente, no vulneró el principio de moralidad establecido en el artículo 209 de la Constitución ni consecuentemente, los artículos 1° y 2° superiores.

Para la protección del principio de moralidad, el legislador no está obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia.

En el Estado de derecho y en virtud del principio de necesidad, solo ha de llegarse a la sanción penal cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico y desde esta perspectiva, bien puede el legislador optar por prescindir de la protección penal, cuando considere que basta con otros mecanismos –como el disciplinario- o puede atenuarla, restringiendo el tipo penal, reduciendo el quantum de la pena o excluyendo la responsabilidad o la punibilidad.

Por ello, no es cierto, como lo afirmaron los demandantes, que en materia de delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos o particulares que cumplen funciones públicas o no pueda escoger entre el mecanismo penal o el disciplinario, pues desconocería los principios de necesidad y de antijuricidad material, elementos esenciales del delito.

En ese sentido, la hipótesis prevista en el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, resulta acorde con estos principios de relevancia constitucional y la moralidad, en la medida en que supedita no proseguir excepcionalmente con la acción penal a (i) que la afectación del bien jurídico funcional resulte poco significativa, es decir, leve, lo cual se valora en concreto por la Fiscalía y el juez de garantías y (ii) que la infracción del deber funcional configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de una sanción disciplinaria.

En ese orden, la Corte concluyó que el cargo de inconstitucionalidad invocado no prospera y en consecuencia, el numeral acusado fue declarado exequible.

Sentencia C-095 de 2007.⁷⁰

Mediante esta sentencia la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de diversas disposiciones del artículo 324 de la ley 906 de 2004, de cara a resolver la tensión entre la autorización constitucional a la Fiscalía para aplicar el principio de oportunidad en determinados casos regulados en la ley, y la protección de los derechos de las víctimas.

70 Sentencia C-095 del 14 de febrero de 2007 - Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes D-6341 y D-6350.

Para la Corte Constitucional, el hecho de que el legislador en los artículos 324 y siguientes de la ley 906 del 2004 no condicione en todos los casos la aplicación del principio de oportunidad a que se hayan indemnizado los perjuicios, no implica que se restrinja la protección de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, pues dicha protección se encuentra en numerosos cuerpos normativos de la citada ley (arts. 11, 137 y 326, entre otros), debiendo el juez de garantías, al momento de examinar la aplicación del principio de oportunidad, armonizar todo el cuerpo de disposiciones que protegen los derechos de las víctimas, no únicamente los referidos a su participación en el principio de oportunidad.

La configuración del principio de oportunidad por parte del legislador en las causales establecidas en el artículo 324 numerales 9, 10, 11, 12 y 15 de la ley 906 del 2004, no contienen expresiones que adolezcan de imprecisión, vaguedad o amplitud que las haga inconstitucionales.

Es inconstitucional la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este parágrafo 3° del artículo 324, pues restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales

7.9. El principio de oportunidad en la ley de infancia y adolescencia (ley 1098 de 2006).

La ley de infancia y adolescencia consagró dentro de sus disposiciones algunas que favorecen, de una manera mucho más amplia la aplicación del principio de oportunidad.

Entre las citadas normas se pueden compilar las siguientes:

“ARTÍCULO 173. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal se extingue por muerte, desistimiento, prescripción, conciliación y reparación integral de los daños cuando haya lugar, aplicación del principio de oportunidad, y en los demás casos contemplados en esta ley y en el Código de Procedimiento Penal.

“ARTÍCULO 174. DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LA CONCILIACIÓN Y LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS. Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.

“Cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia. El Gobierno gestionará la apropiación de las partidas necesarias para cubrir este rubro.

"ARTÍCULO 175. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LOS PROCESOS SEGUIDOS A LOS ADOLESCENTES COMO PARTÍCIPES DE LOS DELITOS COMETIDOS POR GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY. La Fiscalía General de la Nación podrá renunciar a la persecución penal, en los casos en que los adolescentes, en cualquier condición hayan hecho parte de grupos armados al margen de la ley, o hayan participado directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas o en los delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley cuando:

"1. Se establezca que el adolescente tuvo como fundamento de su decisión las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio para haber estimado como de mayor valor la pertenencia a un grupo armado al margen de la ley.

"2. Se establezca que la situación de marginamiento social, económico y cultural no le permitían al adolescente contar con otras alternativas de desarrollo de su personalidad.

"3. Se establezca que el adolescente no estaba en capacidad de orientar sus esfuerzos a conocer otra forma de participación social.

"4. Por fuerza, amenaza, coacción y constreñimiento.

"Los adolescentes que se desvinculen de grupos armados al margen de la ley, tendrán que ser remitidos al programa de atención especializada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados irregulares.

"PARÁGRAFO. No se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma

"ARTÍCULO 193. CRITERIOS PARA EL DESARROLLO DEL PROCESO JUDICIAL DE DELITOS EN LOS CUALES SON VÍCTIMAS LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE LOS DELITOS. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos:

"6. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados.

"..."

"ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

"..."

"3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios".

Sobre esta regulación ha de mencionarse, respecto de los casos penales en que los niños y adolescentes resulten procesados por conductas punibles delictivas, las partes e intervinientes, fiscalía, defensa, ministerio público y defensor de familia, deben velar por la resolución de los conflictos a través

de la conciliación y la mediación, en aras de dar aplicación a la justicia restaurativa, a partir del principio de oportunidad, el cual es principio rector de esta normatividad, en el entendido que el escenario pedagógico como el proceso penal de niños y adolescentes, más que ningún otro, es el mecanismo menos adecuado para el ejercicio de la medida penal, así ella se considere diferenciada, singular y pedagógica.

En relación con los casos penales en que los niños y adolescentes resulten víctimas, el Código de Infancia y Adolescencia estableció una rígida regulación que prohíbe la concesión de beneficios procesales y sustanciales a los procesados y condenados por ciertas conductas punibles ejecutadas contra menores de edad.

7.10. El Principio de oportunidad en las Resoluciones 0-6657 y 0-6658 de 30 de Diciembre del 2004.

Por considerarlas de vital interés para los defensores públicos, especialmente tratándose de un manual que muy seguramente será de obligatoria y diaria consulta, resulta necesario publicar el texto completo de la primera de tales resoluciones.

RESOLUCIÓN 6657 DE 2004

Por medio de la cual se reglamenta la aplicación

del principio de oportunidad

El fiscal general de la nación,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 330 de la ley 906 de 2004, y

CONSIDERANDO:

Que la Fiscalía General de la Nación tiene como obligación constitucional adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio o por cualquier otro medio;

Que el acto legislativo 03 de 2002 reformó la Constitución Política y estableció la aplicación del principio de oportunidad, como excepción al mandato citado, evento en el cual podrá la Fiscalía interrumpir, suspender o renunciar a la persecución penal;

Que el artículo 321 de la ley 906 de 2004 prevé la aplicación del principio de oportunidad con sujeción a la política criminal del Estado;

Que la ley penal sustantiva o procesal constituyen una de las manifestaciones de la política criminal del Estado;

Que el artículo 330 de la ley 906 de 2004 asigna al fiscal general de la nación la función de expedir el reglamento que de manera general establezca el procedimiento interno de la entidad, para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución, a la ley y al desarrollo del plan de política criminal del Estado;

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Art. 1°. El fiscal general de la nación conocerá directamente de la aplicación del principio de oportunidad en los eventos relacionados con las causales previstas en los numerales 2, 3, 4, 5 y 9 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, bien porque la pena máxima de la conducta punible excede de seis (6) años de prisión, o si es inferior a ese límite, porque hará uso de las facultades de sustitución previstas en el artículo 116 numeral 2 de la misma ley.

El delegado especial del fiscal general de la nación dará aplicación al principio de oportunidad en los demás casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años.

Parágrafo. Si un fiscal delegado adelantare una investigación y surgieren los requisitos y condiciones para aplicar el principio de oportunidad, cuya aplicación corresponda al fiscal general de la nación o a su delegado especial, de inmediato presentará informe motivado al primero con el fin de que asuma el conocimiento o designe el delegado especial.

Una vez definida la aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General o su delegado especial, según el caso, de ser procedente la renuncia a la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien intervenga en el control judicial ante el juez de garantías.

Art. 2°. El fiscal general de la nación, su delegado especial y los fiscales delegados podrán aplicar el principio de oportunidad en los casos determinados en la ley, cuando exista un mínimo de elementos materiales probatorios que permita inferir que el beneficiado es autor o partícipe de una conducta delictiva, lo cual se aducirá ante el juez competente para el control judicial correspondiente.

Parágrafo. En casos de aplicación del principio de oportunidad que por ley estén asignados al fiscal general de la nación o a su delegado especial, la carpeta y el control de la investigación permanecerán en poder del fiscal de conocimiento, mientras dure la interrupción o la suspensión, y, en el evento

de presentarse alguna novedad o de cumplirse las condiciones exigidas, las comunicará de inmediato al Fiscal General o a su delegado especial, con el fin de que estos decidan sobre la renuncia, la continuidad de la acción penal o la extensión de los estados de suspensión o interrupción.

Art. 3°. La aplicación del principio de oportunidad, por ser manifestación del ejercicio de la acción penal, es una facultad exclusiva del fiscal, ejercida conforme con la Constitución Política y la ley, una vez satisfechos los presupuestos generales y específicos para cada causal. Por consiguiente, el imputado podrá solicitar su aplicación sin que ello imponga al fiscal la obligación de tramitar la petición. Sin embargo, para preservar el derecho constitucional de petición, el fiscal sucintamente responderá al solicitante cuando no esté en condiciones de aplicar el principio de oportunidad.

Art. 4°. La suspensión y la interrupción de la acción penal son actos preparatorios de la decisión final de renuncia, única vía que conduce a la extinción de la acción penal.

De acuerdo con la naturaleza de cada una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se ordenará la interrupción cuando decaigan los presupuestos sustanciales para continuar el ejercicio de la acción penal. Se decretará la suspensión cuando la decisión de un caso incide notoriamente en la de otro.

Art. 5°. La suspensión del procedimiento a prueba procede respecto de las causales que por su naturaleza la permiten y exigen el cumplimiento de las condiciones ofrecidas y aceptadas, entre ellas la reparación del daño, y acarrea la suspensión de los términos hasta por tres (3) años, los cuales se reanudarán si las condiciones se incumplen. Cumplidas estas, procederá la renuncia a la persecución penal y la extinción de la acción penal que decretará el juez de control de garantías.

Parágrafo. El fiscal tendrá especial cuidado al estimar el tiempo que dure la suspensión del procedimiento para no exponer injustificadamente la actuación a la prescripción de la acción penal.

Art. 6°. La interrupción es un fenómeno transitorio, diferente a la suspensión precisamente por su brevedad y porque afecta solamente el trámite de la actuación, sin perjuicio que pueda originar la suspensión del procedimiento a prueba o la renuncia a la persecución penal.

Art. 7°. Cuando la aplicación del principio de oportunidad en un caso específico pueda involucrar delitos de conocimiento de otros fiscales, el funcionario que lo advierta lo comunicará a los demás pero será competente para aplicarlo el que resulte de la activación de las reglas de conexidad, o el que designe especialmente el fiscal general de la nación.

Parágrafo. Cuando la aplicación del principio de oportunidad no proceda para todos los autores o partícipes, se romperá la unidad procesal.

Art. 8°. El control judicial en la aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 327 de la ley 906 de 2004 tendrá lugar cuando, como consecuencia de la renuncia, proceda la extinción de la acción penal.

Art. 9°. Asígnense a la Secretaría Judicial creada en la Dirección Nacional de Fiscalías mediante Resolución 0-0313 del 11 de febrero de 1998 para los trámites de beneficios por colaboración eficaz con la justicia, que en adelante se denominará Secretaría Técnica, además de las allí previstas, las siguientes funciones: a) Recibir, registrar y consolidar los informes sobre la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, y b) Recibir, registrar, y consolidar los informes sobre aplicación efectiva del principio de oportunidad por el fiscal general de la nación, su delegado especial, o por los fiscales de conocimiento.

Cuando se trate de la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, el fiscal correspondiente enviará a la Secretaría Técnica, en el formato diseñado para el efecto, la siguiente información: a) Número de radicación de la actuación con indicación de sus partes e intervinientes, si los hubiere y los datos que los identifiquen y permitan su ubicación; b) Resumen de la situación fáctica objeto de investigación, con señalamiento del estado de la misma y los elementos materiales probatorios o evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúe la presunción de inocencia y permitan inferir que la conducta es delictiva y que el imputado es su autor o partícipe; c) Elementos de convicción relacionados con los presupuestos de la causal invocada, y d) Razones de orden jurídico y procesal que motivan la aplicación de ese principio.

La Secretaría Técnica, si fuere el caso, enviará inmediatamente la información recibida al fiscal general de la nación, o a su delegado especial, con el fin de que asuma el conocimiento del asunto. Uno u otro, deberá decidir e informar lo resuelto a esa dependencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para que esta comunique lo pertinente al fiscal de conocimiento.

En el evento de aplicación efectiva del principio de oportunidad, el fiscal competente enviará a esa Secretaría Técnica, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al control judicial, copia del registro de la audiencia respectiva. En igual sentido procederá cuando el juez no la apruebe.

Para todos los casos la Secretaría Técnica llevará el control adecuado de la aplicación del principio de oportunidad para medir los estándares de eficiencia frente al nuevo sistema y, al efecto, enviará informes quincenales al despacho del fiscal general de la nación. Igualmente, deberá mantener actualizada la doctrina y la jurisprudencia que al respecto se emita, para difundirlas en el ámbito nacional.

Parágrafo 1°. Se entenderá aplicado efectivamente el principio de oportunidad cuando, producido el control judicial positivo, el juez extinga la acción penal.

Parágrafo 2°. El fiscal general de la nación, el delegado especial, y el fiscal de conocimiento, deberán llevar sus propios registros de los casos de aplicación del principio de oportunidad.

Parágrafo 3°. La consolidación de los informes señalados en este artículo será analizada conjuntamente por el fiscal general de la nación, el vicesfiscal general de la nación, los fiscales de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y el Director Nacional de Fiscalías, con el propósito de unificar interpretaciones al interior de la entidad.

Art. 11. Trámite. Cuando el fiscal decida aplicar el principio de oportunidad atenderá las siguientes pautas: a) Diligenciará el formato correspondiente con el cual iniciará formalmente el procedimiento establecido en la guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano, el cual deberá contener la información enunciada en el inciso segundo del artículo noveno de esta resolución; b) Comunicará por el medio más expedito su propósito a la víctima, si se conoce, para que en el término de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación exprese, verbalmente o por escrito, sus inquietudes o su pretensión; c) Dispondrá la renuncia a la persecución penal, o la suspensión o la interrupción de la actuación, si fuere el caso. Tratándose de suspensión o interrupción, determinará las condiciones que debe cumplir el indiciado o imputado durante el período de la misma y velará por su cumplimiento; cumplidas estas, renunciará a la persecución penal.

En uno u otro evento, el fiscal comunicará de inmediato su determinación al juez de control de garantías para que este, en el término de los cinco (5) días siguientes, realice la audiencia de control judicial correspondiente. Si el juez no avala la aplicación del principio de oportunidad, decisión contra la cual no procede recurso alguno, el fiscal reanudará la actuación en el estado en que se encontraba al momento de la iniciación del trámite, sin que por tal motivo se genere su impedimento.

De todo lo anterior el fiscal dejará constancia en el referido formato e informará a la Secretaría Técnica de la Dirección Nacional de Fiscalías.

Parágrafo. El contenido de la guía de introducción al sistema penal acusatorio colombiano, en lo relacionado con definiciones, causales, procedimientos, responsabilidades del fiscal, recomendaciones y observaciones atinentes al principio de oportunidad, se entenderá integrado a este reglamento.

Art. 12. La presente resolución rige a partir del primero (1°) de enero de 2005.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 30 de diciembre de 2004.

7.11. Anotaciones sobre la reglamentación del principio de oportunidad.

¿Qué anotaciones podemos hacer a las Resoluciones Nos. 06657 y 06658 y al manual de procedimientos emitidos por la Fiscalía general de la Nación, en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad?

- I. Será de competencia exclusiva del Despacho del Fiscal General de la Nación, o de su delegado, la aplicación del principio de oportunidad:

Cuando el asunto trate de las causales establecidas en los numerales 2, (sobre asuntos de extradición), 3 (sobre asuntos de competencia de la Corte Penal Internacional), 4 (sobre asuntos de extradición), 5 (por colaboración eficaz con la Fiscalía) y 9 (por seguridad exterior del Estado), (artículo 324 de la Ley 906 de 2004), solamente el Fiscal General de la Nación, de manera directa , aplicará o no el principio de oportunidad, sin importar que la pena exceda o no de seis (6) años de prisión. Una vez definida la aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General en cuanto a la renuncia de la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien sustente ante el Juez de Garantías la aplicación de este principio.

Cuando la decisión esté relacionada con la interrupción o suspensión de la acción penal, el control de la investigación y las respectivas diligencias permanecerán en poder del fiscal de conocimiento, quien informará sobre el cumplimiento o no de las obligaciones impuestas. El Fiscal General de la Nación se pronunciará sobre la extinción o no de la acción penal, o de la ampliación de la suspensión o interrupción, previo informe del fiscal de conocimiento.

La aplicación del criterio de oportunidad estará a cargo del Fiscal Delegado especial, en aquellos delitos que tengan una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años de prisión. Los delegados especiales son los fiscales que desempeñan funciones de coordinador ante los tribunales superiores en su Distrito, y el coordinador de la fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Excepcionalmente, el Fiscal General podrá delegar especialmente la aplicación del principio de oportunidad en el mismo fiscal de conocimiento.

El fiscal de conocimiento podrá de manera directa aplicar la interrupción o suspensión del procedimiento, e igualmente la renuncia a la persecución de la acción penal, en los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años.

- II. La aplicación efectiva del principio de oportunidad se concreta cuando el Juez de Control de Garantías lo aprueba y extingue la acción penal.

- III. Si bien es cierto que la aplicación del principio es discrecional de la Fiscalía, el imputado podrá solicitar su aplicación amparado en el derecho de petición, y el fiscal está en la obligación de responder por qué no accede a ella.
- IV. La suspensión del procedimiento a prueba no podrá exceder de tres años, y se condiciona a la reparación del daño y al cumplimiento de las obligaciones impuestas. La interrupción de la persecución penal no tiene señalado un término, y se condiciona al cumplimiento de las causales descritas en el artículo 324 del C. P. P., tales como la colaboración eficaz o la extradición a la Corte Penal Internacional.

7.12. Interrogantes usuales sobre la aplicación del principio de oportunidad:

¿Cómo debe el defensor sustentar la solicitud de aplicación del principio de oportunidad ante el Fiscal?

Aunque la solicitud y sustentación del principio de oportunidad corre a cargo del fiscal, funcionario que debe arrimar a la petición los elementos de convicción para su autorización posterior por parte del juez de garantías, el defensor puede utilizar sus propios elementos de conocimiento y hacerlos valer ante el juez de garantías, además de estar facultado para ejercer el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, mediante escrito, lo que no obsta para que se pueda concurrir al despacho fiscal a persuadir sobre la necesidad de aplicar el principio de oportunidad en cualquiera de sus modalidades.

¿Desde qué momento se puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad?

Antes de la formulación de la imputación puede decirse que nos encontramos en una etapa de indagación, y después de la imputación se considera que la persona se encuentra legalmente vinculada al proceso.

El artículo 77 del C. de P. P. regula lo pertinente a la extinción de la acción penal, y una de ellas es la aplicación del principio de oportunidad.

Antes y después de presentarse la formulación de imputación el defensor público puede solicitar a la Fiscalía la aplicación del principio de oportunidad.

Esta tesis es concordante con lo dispuesto en la sentencia C-799/05 de la Corte Constitucional, que condicionó la exequibilidad del art. 8° del C.P.P., por cuanto a las personas les asiste el derecho de defensa antes y después de la formulación de la imputación.

Igualmente, el artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental

a la defensa, tanto en la investigación, como en el juzgamiento.

En resumen, es procedente la aplicación del principio de oportunidad antes y después de la formulación de la imputación, y así se ha verificado en la práctica judicial, en la que la mayoría de jueces penales de garantías son del criterio de dicha aplicación sin necesidad de que medie formulación de imputación, a pesar que la ley reclama para que opere el principio de oportunidad un estándar probatorio mayor (art. 327 inc. 3° Ley 906 de 2004) que el de la formulación de imputación, y consagra que el término para la aplicación del principio de oportunidad se cuenta desde la formulación de imputación (art. 175 de la ley 906 del 2004).

¿Hasta qué momento procesal podemos solicitar la aplicación del principio de oportunidad?

Según la normatividad citada anteriormente, especialmente el artículo 175 del C.P.P., el principio de oportunidad solo procedería en la etapa de investigación, pues allí se señala un término perentorio para su aplicación a partir de la formulación de imputación.

No obstante lo anterior, la tesis predominante en la práctica ante los jueces penales de garantías e incluso de conocimiento, es que el principio de oportunidad se puede aplicar en cualquier momento de la instancia.

Para algunos la oportunidad culmina antes de iniciado el juicio oral; otros van más allá y dicen que incluso si culminó el debate probatorio en juicio y no se ha emitido el sentido del fallo; una posición minoritaria afirma que se puede incluso después de anunciar el sentido del fallo aplicar el principio de oportunidad, por ejemplo en los casos de conciliación o mediación durante el incidente de reparación integral, hipótesis analizada en un acápite de este escrito.⁷¹

¿A qué delitos se les puede aplicar el principio de oportunidad?

1. Todas las conductas punibles son susceptibles de la aplicación del principio de oportunidad, excepto:
2. Violaciones graves al DIH.
3. Crímenes de lesa humanidad.
4. Genocidio.
5. Delitos tipificados en el Estatuto de Roma.
6. Delitos de narcotráfico.
7. Terrorismo.

⁷¹ Cfr. 7.1. Análisis de la primera causal del artículo 324 de la ley 906 de 2004.

En lo relacionado con el delito de narcotráfico, consideramos que la excepción no es absoluta, pues dentro de los criterios de racionalidad y ponderación de la aplicación del criterio, y buscando la humanización del procedimiento, la excepción hace referencia a los delitos graves de narcotráfico que realmente causen un impacto social y que, de acuerdo con la convención de Viena, sean los llamados a reprimirse por la fuerza legítima del Estado.

En consecuencia, los delitos de menor entidad de narcotráfico, como aquéllos de posesión de cantidades que sobrepasan razonablemente la dosis personal o inclusive, atendiendo a la personalidad del indiciado, imputado o acusado, así como la situación fáctica, sí se les puede aplicar el principio, dentro de un marco de política criminal.

¿A qué personas se les puede aplicar el principio de oportunidad?

A todas las personas que se encuentren bajo proceso penal, sin importar edad, sexo, religión, raza, nacionalidad, etc., así como tampoco importa que tengan antecedentes penales o anotaciones de Policía.

¿Qué efectos procesales surte la aplicación del principio de oportunidad?

El efecto procesal de la aplicación del principio de oportunidad es la extinción de la acción penal.

La aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y la suspensión o interrupción del proceso son actos preparatorios para la renuncia a la persecución penal por parte de la Fiscalía.

No obstante, la Fiscalía puede renunciar a la persecución del delito directamente, sin seguir los actos mencionados.

¿Qué controles judiciales tiene la aplicación del principio de oportunidad?

La Fiscalía deberá solicitar la celebración de una audiencia ante un Juez de Control de Garantías y, conjuntamente con la defensa, deberá sustentar los motivos para la aplicación del principio de oportunidad.

El Juez de Control de Garantías es el llamado a aprobarlo o improbarlo; este control es obligatorio.

¿Es susceptible de recursos la decisión adoptada por el Juez de Control de Garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad?

La ley 1142 de 2007 vino a clarificar que la decisión que resuelve la solicitud de control posterior de la aplicación del principio de oportunidad, es susceptible de recursos, y concretamente respecto a la apelación, el numeral 5º, parte 2ª, del artículo 13 de dicha ley, que modificó el artículo 177 de la ley 906 de 2004, le señaló el efecto devolutivo al auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación.

Así mismo, la Corte Constitucional ya había declarado inexecutable la expresión "... y contra esta determinación no procede recurso alguno" mediante sentencia C-209 de 21 de Marzo de 2007, expresión contenida en el inciso 2º del artículo 327 de la ley 906 del 2004.

Al respecto, anotamos que según información suministrada por la oficina de coordinación de los Jueces Penales de Garantías se han aprobado a septiembre 15 de 2005 doscientos noventa y siete (297) principios de oportunidad, mayoritariamente sobre aquellos delitos de conocimiento de los jueces Penales Municipales.

Con lo anterior se demuestra que la institución sí ha tenido reconocimiento por parte de la Fiscalía, con la aprobación de los jueces de garantías, sobre aquellos delitos que de alguna manera tienen relación con la descomposición social y económica a que se ve abocado el país.

¿Qué sucede si el Juez de Control de Garantías no aprueba la aplicación del principio de oportunidad por la causal invocada por la Fiscalía?

Consideramos que como no existe prohibición expresa, se puede solicitar su aprobación nuevamente ante otro Juez de Control de Garantías, pero invocando una causal diferente de la que ya fue objeto de examen por parte del Juez de Garantías.

¿Son lo mismo los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad?⁷²

No, no son lo mismo. La naturaleza jurídica de las dos figuras procesales es diferente.

En los preacuerdos se persigue:

- Que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva.
- Que se elimine algún cargo concreto.
- Que se tipifique la conducta en una forma determinada.
- Que, en el caso en que el procesado no haya aceptado la formulación de imputación en la respectiva audiencia, la pueda aceptar mediante un preacuerdo.

Estas situaciones están encaminadas a disminuir la pena.

En la aplicación del principio de oportunidad la finalidad perseguida es que la Fiscalía renuncie a la persecución penal, aunque pueda previamente suspenderla o interrumpirla.

72 Sobre este tópico es ilustrativa la obra de FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, ya citada. P. 86

La semejanza de las dos figuras en comento está en que ambas se enmarcan en el concepto de discrecionalidad de la acción penal, posibilitando conversaciones entre el defensor y el fiscal, aún cuando el principio de oportunidad es una facultad discrecional de la Fiscalía, y en nada incide, para los efectos procesales, que esta decisión la tome de manera unilateral la fiscalía, sin consultar a la defensa, siendo obligatorio que se cite y se escuche a las víctimas previamente a solicitar la aprobación posterior de la interrupción, suspensión o renuncia a la acción penal.⁷³

¿Se debe tener en cuenta a las víctimas de la conducta punible para la aplicación del principio de oportunidad?

Sí. En todos los casos es indispensable convocar a las víctimas, antes de la decisión de la fiscalía de aplicar el principio de oportunidad, y después, para que comparezca a la audiencia de control posterior efectuada por el Juez de Control de Garantías, sin que ello signifique que deba comparecer obligatoriamente, ni que su oposición al principio de oportunidad resulte vinculante para fiscal y juez de garantías.

¿El principio de oportunidad comporta indemnización integral de perjuicios a las víctimas?

No necesariamente. La Corte Constitucional consideró que el juez de garantías está obligado a verificar el respeto de las víctimas, no solamente a partir del cumplimiento de los requisitos que establecen las causales del artículo 324 y siguientes, sino todo el cartabón normativo expedido a favor de ellas, de comienzo a fin, por la ley 906 de 2004, de manera que en algunas causales y para determinados casos se requerirá verificar dicha indemnización integral, mientras que en la aplicación de otras causales, para resolver otros casos concretos, no será necesaria la indemnización integral de las víctimas.

73 Cfr. Sentencia C-209 de 21 de Marzo de 2007. MAG. PON. Manuel José Cepeda.

8. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA⁷⁴

Este escrito acerca de la denominada “SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA” sólo pretende inquietar a los defensores públicos para que busquen la aplicación de tal instituto procesal penal cuando sea procedente y conveniente a los intereses del usuario, pues dada su escasa regulación normativa y desconocimiento del mismo, aún no ha sido debidamente explotado por los operadores jurídicos.

En estricto sentido el presente capítulo no es un aporte teórico ya que ello desborda las finalidades de un manual, por tanto, la invitación a quienes pretenden profundizar en el tema es la de consultar, entre otros, cada uno de los documentos aquí citados.

8.1 En qué consiste la suspensión del procedimiento a prueba

Se trata de una de las modalidades de aplicación del principio de oportunidad⁷⁵, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación previa aprobación de un Juez de Control de Garantías, suspende la persecución penal hasta tanto el sujeto pasivo de ésta satisfaga durante un período determinado, una o unas condiciones impuestas.

Vale revelar, que si bien es cierto el artículo 330 de la Ley 906 de 2004 dispuso que la Fiscalía reglamentaría⁷⁶ el “principio de oportunidad”, para el caso de la suspensión e interrupción esa reglamentación⁷⁷ –resoluciones⁷⁸ 0-6657 y 0-6658 de diciembre 30 de 2004– no hizo mayor aporte, y por el contrario, desorienta⁷⁹ a quienes tratan de comprender dichas figuras⁸⁰.

8.2 Oportunidad para solicitarla

El interregno procesal en el cual se puede elevar esta petición, es entre la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de dar inicio al juicio oral.

No obstante lo anterior, con base en la eficiencia perseguida por el sistema procesal actual, y aun cuando previamente a la formulación de imputación no existe técnicamente un proceso que se pueda suspender, en pro del ahorro de recursos humanos y económicos, se considera que excepcionalmente

74 Elaborado por VÍCTOR HUGO OSPINA VARGAS, defensor público miembro de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá.

75 Inciso 1º del artículo 250 de la C. P. (artículo 2º del Acto Legislativo número 03/02) en concordancia con el art. 323 de la Ley 906 de 2004.

76 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-979 de 2005.

77 www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/principioOportunidad.pdf

78 Dictadas por el ex fiscal general de la nación, Luis Camilo Osorio.

79 En similar sentido se han pronunciado los académicos Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Juan Carlos Forero Ramírez.

80 La actual administración de la Fiscalía General de la Nación está en mora de expedir una nueva reglamentación clara y suficiente.

podría aplicarse sin necesidad⁸¹ de realizarse la formulación de imputación, por ejemplo, a quien únicamente se le controló la legalidad a su captura pero desea una solución pronta, equitativa y beneficiosa a su caso, siempre y cuando exista un mínimo de prueba que permita establecer la tipicidad de la conducta e inferir su autoría o participación en ella ⁸². Otro ejemplo lo trae el doctrinante JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ⁸³ : cuando se celebra una conciliación preprocesal, toda vez que la Ley 906 de 2004 no dispuso un término para verificar su cumplimiento, podría llevarse a cabo la “suspensión” mientras transcurre el término convenido, finalizado éste se corrobora la materialización o no del acuerdo.

Ahora bien, si en verdad doctrinantes connotados⁸⁴ señalan que el último momento procesal para dar curso a la “suspensión” lo es la presentación del escrito de acusación, basando su posición en el inciso 1° del artículo 175 de la Ley 906 de 2004, nos apartamos completamente de esa limitación, en atención a los principios que rigen las llamadas salidas alternas al proceso “ordinario” penal, que, por fortuna, en la praxis judicial se han privilegiado, avalándose su aplicación en la etapa de juzgamiento.

El propio legislador nos ha dado la razón: si se acude al artículo 13 de la Ley 1142 de 2007, la cual modificó el artículo 177 de la Ley 906 de 2004, al indicar que es susceptible del recurso de apelación, en el efecto devolutivo⁸⁵ , el auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación; ello significa, que en la etapa de juzgamiento de igual modo procede su aplicación, la diferencia la constituye que de no ser avalado por el Juez de Control de Garantías, no será objeto del recurso de alzada⁸⁶ esa decisión.

8.3 Quién puede hacer la petición

A voces del artículo 325 de la Ley 906 de 2004 el solicitante es el imputado; sin embargo, discurrimos que también estarían facultados otros actores o intervinientes.

1. El indiciado, eventualmente, atendiendo los comentarios efectuados en el numeral precedente.
2. El acusado, sin lugar a dudas, tal como se expuso renglones atrás.

81 En el mismo sentido, “PROCESO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO - MÓDULO DE INSTRUCCIÓN PARA DEFENSORES”, Segunda edición: 2006, Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Ps. 127 y 128. Igualmente, “MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO”, numeral 13.4.

82 Último inciso del art. 327 ibídem.

83 P. 231. “APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

84 El profesor JUAN CARLOS FORERO RAMÍREZ y el viceprocurador CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU.

85 Numeral 5°.

86 Es más, en el Proyecto de Ley No. 261 de 2008 (SENADO), seguramente para evitar interpretaciones cerradas, incluyen en los artículos 323, 324, 325, 326 y 327 la palabra “acusado”.

3. Nada impide que la propia víctima y el ministerio público puedan solicitar la citación del imputado o acusado para que, si lo estima conveniente, manifieste su voluntad de someterse a esta figura. Es obvio, en el caso de mediar dicho pedimento, si aquel no está interesado, no podría existir ningún mecanismo, ni el más sutil, para que sea coaccionado.
4. El defensor directamente podría elevar la postulación, por supuesto, previo diálogo con el poderdante en donde le explique las bondades y consecuencias de suspender el procedimiento a prueba, es decir, consentimiento debidamente informado y asesorado.

Es más, si por un inconveniente razonable el usuario no acude ante el fiscal ni suscribe un documento, podría firmar únicamente el apoderado, quien lo representa y conoce su decisión, pues si se va a hacer uso de alguno de los mecanismos de justicia restaurativa⁸⁷, una vez el imputado o acusado asista, por ejemplo, a la mediación, allí corroborará su intención. En todo caso, a más tardar en la audiencia de control de legalidad, debe revalidar la petición.

Las situaciones señaladas en los numerales 1), 3) y 4) constituirán la excepción, por cuanto al referir la norma⁸⁸ que la deprecación la hace el imputado o acusado⁸⁹, interpretaciones exegéticas denegarán otras iniciativas. Es aquí donde la defensa pública, de ser estratégica, ha de ser activa para lograr la manifestación expresa de su representado o, en el caso del indiciado, buscar una interpretación amplia de los funcionarios judiciales; asimismo, si en verdad el artículo 350 del Título VI del proyecto de ley limitaba a “una sola vez” la solicitud de suspensión por parte del “imputado”, la promulgada Ley 906 de 2004 omitió la restricción, entendiéndose desechada por nuestro legislador.

Para terminar cabe señalar que, en algunas ocasiones será el Fiscal⁹⁰ mismo, sin intervención primigenia del imputado o acusado, de quien parta la idea de suspender el proceso, con el ánimo de aplicar con posterioridad el principio de oportunidad en su modalidad de renuncia. Claro está, en el entendido que se regularán unas condiciones que pueden ir en desmedro de derechos tales como la libertad personal⁹¹, locomoción⁹², intimidad⁹³ o autonomía individual⁹⁴, es indispensable que aquél acepte sin ningún vicio del consentimiento, la aplicación de este supuesto procesal del principio de oportunidad.

87 “Las prácticas de justicia restaurativa se consideran sistemas de justicia alternativa o complementaria de los sistemas de justicia ordinarios y buscan regenerar los vínculos sociales, psicológicos y relacionales de la víctima y el agresor con su comunidad mediante un proceso en el que participan todos los involucrados con miras a obtener un resultado restaurativo... Un resultado restaurativo es la culminación de un proceso en donde se haya dado la oportunidad de que las partes se expresen acerca de lo sucedido, se repare el daño causado, se restauren los vínculos de las personas con la comunidad. Por lo tanto, un resultado restaurativo comprende respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción comunitaria, entre otros...”. Corte Constitucional, T-917 de noviembre 09 de 2006, Mag. Pon. Manuel José Cepeda Espinosa.

88 Art. 325 de la Ley 906 de 2004.

89 Según una interpretación teleológica

90 Parágrafo del artículo 325 ibídem.

91 V. gr., la del numeral 1° del art. 326 del C. de P.P.

92 V. gr. numeral 6.

93 V. gr. numeral 4.

94 V. gr. numeral 10.

8.4 Ante quién se hace la solicitud

El inciso 3º del artículo 325 del más reciente Código de Procedimiento Penal indica que debe elevarse ante el fiscal delegado; sin embargo, gracias al numeral 3º del artículo 343, es viable pensar en la mediación del juez de conocimiento, cuando aquél se ha negado a contemplarlo. Así, el juzgador podría persuadir o recomendar a la Fiscalía el examen de la opción bajo análisis.

8.5. Conductas punibles susceptibles de aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba

Buena parte de los operadores jurídicos afirma con base en la causal 8ª del artículo 324 del C. de P. P. que sólo procedería en aquellas conductas cuyo mínimo de pena es inferior o igual a cinco años, no obstante, más adelante explicaremos los motivos que nos llevan a matricularnos en una tesis más amplia.

Acerca de la aludida causal referida específicamente a la suspensión a través de la denominada justicia restaurativa⁹⁵, sea lo primero indicar sobre ésta que en los artículos 518 y 519 aparecen su finalidad y reglas, que, en últimas, lo que persiguen es la **solución consensuada del conflicto**.

Colombia adoptó como mecanismos de justicia restaurativa, la conciliación y la mediación. Frente a aquélla téngase en cuenta lo manifestado respecto de la conciliación preprocesal en páginas anteriores⁹⁶; en lo que atañe a la conciliación en el incidente de reparación integral, la misma no concierne al tema que nos ocupa. Finalmente, en lo que toca con la conciliación extraprocésal, es evidente que de lograr un acuerdo de esa forma y tener interés en la suspensión del procedimiento, se le comunicará al fiscal delegado, pues ahí estaría contenido el plan de reparación y sólo restaría informar las condiciones a observar.

Al detenemos en el mecanismo de la mediación, es preciso señalar que no se reduce a la indemnización⁹⁷ como en la praxis erradamente se viene manejando, sino que también los efectos “de la mediación **serán valorados para el ejercicio de la acción penal**” (último inc. del art. 526), y la figura propicia lo es la suspensión del procedimiento a prueba, gracias, como anotamos, a provenir la petición del propio victimario. Instituto que de resultar positivo, implicará la extinción de la persecución penal por medio de otra modalidad –renuncia– del principio de oportunidad.

95 El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas formuló unos “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”. Consúltense en: www.justiciarestaurativa.com/Documentos/ONU_PRINCIPIOS%20DE%20APLICACI.pdf

96 Cuando abordamos la “oportunidad para solicitarla” (la S. del P. a P.).

97 “La indemnización, se identifica con las medidas orientadas a lograr el resarcimiento de los daños generados por el ilícito y que sean cuantificables económicamente (daños físico y mental); la pérdida de oportunidades de desarrollo; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; el daño a la reputación o a la dignidad, las disminuciones patrimoniales”. Sentencia C-979 de septiembre 26 de 2005, Mag. Pon. Jaime Córdoba Triviño.

Los presupuestos indispensables para promover la mediación son: i) que la víctima y el victimario estén dispuestos a explorar dicha solución, ii) se haya efectuado la formulación de imputación y no se haya dado comienzo al juicio oral, iii) se trate de un delito perseguible⁹⁸ “de oficio cuyo mínimo de pena” no exceda los cinco años de prisión⁹⁹ y iv) que el “bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado”; por ejemplo: “patrimonio económico” exclusivo del sujeto pasivo de la presunta conducta punible, o “integridad personal”.

Los pormenores del procedimiento de mediación se hallan en la reglamentación¹⁰⁰ que sobre el particular emitió la Fiscalía General de la Nación, sin desconocer, tal como lo expuso la Corte Constitucional¹⁰¹, que la función de ese manual no es la de regularla o, en general, los mecanismos de justicia restaurativa, pues el mismo no puede ir en contravía de la Constitución y la ley procesal, empero, tales directrices permiten identificar criterios y condiciones relativas a la mediación en el interior del ente investigador.

Corresponde aclarar, que la suspensión del procedimiento a prueba no exige de manera preliminar una mediación, puesto que sin ella de igual forma sería factible presentarle al fiscal de conocimiento directamente una propuesta, ya porque no se ha logrado entablar un diálogo¹⁰² con la víctima, ora porque ella no atiende el diálogo o no acepta ninguna clase de ofrecimiento; pese a que el ideal, cuando de justicia restaurativa se trata, es que víctima y victimario participen conjuntamente de forma activa en la resolución del conflicto, con o sin la intervención de un facilitador, esto último según lo permite la parte final del inciso 1° del art. 518.

En suma, se puede arribar a una suspensión no sólo gracias a la mediación, también a un convenio extrajudicial o a la solicitud directa del peticionario avalada por el fiscal.

Para rematar vayamos a un ejemplo de la causal en examen con los casos manejados por la defensa pública. La conducta punible de inasistencia alimentaria, tal vez es uno de los delitos en donde más aplicación podría tener ya que a diferencia de lo sucedido en el único mecanismo de justicia restaurativa consagrado en la Ley 600 de 2000, la conciliación, el artículo 41 estipulaba que el período máximo de suspensión sería de sesenta días, motivo por el cual gran parte de los acuerdos conciliatorios fracasaban por cuanto los procesados no podían cumplir con lo pactado, sumas inalcanzables en atención a su situación económica.

98 Si se trata de un delito querrelable y en la Fiscalía General de la Nación aducen la literalidad de la norma para no adelantar la mediación, una de las salidas es la de acudir a la conciliación extraprocésal (arts. 3, 19 y 20 de la ley 640 de 2001).

99 Para determinar el quantum punitivo han de observarse, entre otros, los artículos 27, 30, 56, 57 y 268 del Código Penal.

100 Ps. 213 a 220 del “MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO” en www.fiscalia.gov.co/sistPenal/sistemapenal/manuales.htm

101 Sentencia C-979/05.

102 Para satisfacer el requisito i) que enunciamos.

Como la suspensión del procedimiento a prueba fija como límite temporal tres años, por lo cual, el plan de reparación para las personas de escasos recursos económicos como nuestros usuarios puede extenderse hasta aquel período. Un indiciado o procesado que no pueda reunir en sesenta días una cifra determinada, tres millones seiscientos mil pesos, y que sus ingresos apenas le posibilitarían una cuota máxima de ciento ochenta mil pesos, podría ofrecer dentro del “plan de reparación” cien mil pesos mensuales durante tres años para cubrir los daños y perjuicios derivados de la inasistencia alimentaria, y a fin de satisfacer los intereses de la víctima, ochenta mil pesos como mesada alimentaria hacia el futuro¹⁰³.

Al pasar a otro punto, como ya lo habíamos advertido, aseguramos que la suspensión del procedimiento a prueba es predicable de otras conductas punibles diferentes a las que se extraen del numeral 8° del artículo 324 del C. de P. P., y ello lo colegimos del siguiente análisis normativo.

El párrafo del artículo 325 *ibidem* reza: “*el fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal*”. Obsérvese que no se circunscribe a conductas punibles con penas mínimas que no rebasen los cinco años, más bien se infiere que se hará uso de la suspensión, la mayor de las veces, en eventos cuya gravedad y/o modalidad del delito así ameriten¹⁰⁴ –delitos con penas superiores a los cinco años–, para que el fiscal delegado verifique si es viable concederle una nueva oportunidad al procesado a través del efectivo cumplimiento de las condiciones impuestas.

Nótese además que no es una norma aislada¹⁰⁵, al guardar relación con el numeral 7° del artículo 326 *ibidem*, en el entendido que de haberse originado la solicitud de suspensión en el procesado preexistiría un plan de reparación, por eso tal condición la tomaría el fiscal radicado en aquellas situaciones en donde se vale del párrafo en comento, a fin de no dejar desprotegida a la víctima.

El numeral 3° del artículo 324 *ibidem* hace expresa mención a la modalidad de suspensión del principio de oportunidad, y no la restringe a delitos con penas menores –de los extraídos del numeral 8°–.

Los artículos 2 (párrafo), 4 y 5 de la cuestionada Resolución No. 0-6658 de diciembre 30 de 2004 expedida por el entonces Fiscal General de la Nación, tampoco delimitan la suspensión a las conductas punibles aludidas.

103 Claro está, se trata de un ejemplo elemental, puesto que tendría que considerarse la capacidad económica del usuario, así como los incrementos anuales a la cuota alimentaria provisionalmente fijada.

104 En palabras del doctor Juan Carlos Forero Ramírez: “cuando se estime político-criminalmente conveniente hacerlo”, p. 228 *ibidem*.

105 Como lo es el inciso final del artículo 326 del C. de P. P., además de inconstitucional, pues desconoce el control judicial por parte del Juez de Control de Garantías.

De lo expuesto se deduce, que compartimos la aserción del profesor Juan Carlos Forero Ramírez¹⁰⁶ en cuanto a que **la suspensión del procedimiento a prueba es aplicable a todas las conductas punibles, salvo** “las excepciones taxativas previstas en el artículo 324 párrafo tercero del C.P.P.”. Vale agregarse, que dicho párrafo fue modificado por el artículo 25 de la Ley 1121 de 2006, por consiguiente, además de la prohibición expresa para los delitos de genocidio, narcotráfico¹⁰⁷, terrorismo y aquellos que impliquen crímenes de lesa humanidad o violaciones graves al derecho internacional humanitario, se adicionan: financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Asimismo, el numeral 3° del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no permite la aplicación de la suspensión frente al homicidio o lesiones personales dolosos, secuestro, así como en los delitos contra la “libertad, integridad y formación sexuales” cometidos contra niños o adolescentes.

Como conclusión final, si se aplica a todas las conductas punibles exceptuando aquellas con taxativa prohibición legal, se entiende que la suspensión operaría no sólo en la causal 8 del artículo 324 del C. P. P.

8.6. Cuáles son las consecuencias derivadas del empleo de la suspensión del procedimiento a prueba

Si se cumplen el plan de reparación y las obligaciones decretadas de la amplia gama enumerada en el artículo 326, lo que se impone es la extinción de la acción penal, según lo dispone el artículo 77 en concordancia con el último inciso del artículo 326.

Por el contrario, de no acatarse las condiciones, cesará la suspensión y, por ende, proseguirá la acción penal. Eso sí, no podrá considerarse esta circunstancia para efectos de responsabilidad, por expresa prohibición legal¹⁰⁸ y por el respeto pleno que merece el derecho fundamental de “presunción de inocencia”.

8.7 Procedimiento

- A. Propuesta oral o escrita¹⁰⁹ del plan de reparación del daño y sugerencia de la condición o condiciones a obedecer.
- B. Consulta a la víctima sobre la propuesta.

Es pertinente hacer cuatro precisiones al respecto: primero, compartimos¹¹⁰ íntegramente lo sostenido por el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en

106 Ps. 229 y 237 ibídem.

107 En el Proyecto de Ley No. 261 de 2008 (SENADO), se suprime la prohibición para los delitos de narcotráfico y terrorismo, por razones político-criminales.

108 Inc. 4 del art. 325, parte inicial del inc. 3° del art. 327 y literal d) del art. 8 –norma rectora– ibídem.

109 Se recomienda elaborar un documento por razones “probatorias”.

110 P. 137. “LA OPORTUNIDAD COMO PRINCIPIO COMPLEMENTARIO DEL PROCESO PENAL”, Colección de derecho penal No. 3 del Instituto de Estudios del Ministerio Público.

cuanto que el hecho de no conocerse a la víctima no implica la inaplicabilidad de la causal 8ª del artículo 324 *ibidem*, comoquiera que condiciones del artículo 326 como la de “prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad” del numeral 3º “o la indemnización a favor del fondo común de que habla el artículo 99 numeral 3º” son alternativas de reparación equivalentes. Y adicionamos, el mismo argumento, lo utilizamos frente a las otras causales del artículo 324, de acuerdo a lo afirmado en una de las respuestas anteriores.

Segundo punto; de la misma forma como lo advierte el citado doctrinante, la justicia restaurativa al dar la posibilidad de alternativas como la *“realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón”*¹¹¹, permite *“restaurar víctimas plurales y hasta con sentido colectivo, esto es, titulares colectivos de bienes jurídicos, los cuales obviamente deben encontrarse organizados para su respectivo reconocimiento... Es lo anterior una verdad inconcusa, reconocida legalmente, puesto que, nótese como el artículo 324 numeral 14 del C. de P.P. permite la indemnización en tratándose de “bienes colectivos”. También, el numeral 15 del mismo artículo deja abierta la posibilidad”*¹¹².

Tercero; si la víctima se opone a la propuesta sin fundamentos serios, el fiscal delegado puede apartarse de esa postura, toda vez que el instituto del principio de oportunidad es del resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación, siempre y cuando se satisfagan las exigencias para su aplicación por ser éste reglado. Y es que el aludido servidor público debe velar porque la víctima, si hace una contrapropuesta, no pretenda un enriquecimiento sin justa causa u otra clase de reparaciones desproporcionadas o irrazonables.

Cuarta y última precisión, dado que nuestros usuarios en buena medida son personas de ínfimos o nulos ingresos económicos, la normatividad¹¹³ autoriza las reparaciones simbólicas, como por ejemplo, el ofrecimiento de excusas.

C. Decisión del Fiscal Delegado por medio de la cual aprueba o modifica la propuesta, señala las obligaciones a cumplir y el período, que no rebasará los tres años. “Si se trata de varios imputados ¹¹⁴ el término de suspensión puede ser distinto para cada uno de ellos, atendiendo el grado de participación en la conducta punible”¹¹⁵.

D. Control de legalidad de conformidad con la sentencia C-979/05, habida cuenta de la posibilidad de afectación de derechos fundamentales. En la respectiva audiencia, reflexionamos sin temor a equívocos como ya lo hemos aseverado, se podrán controvertir las obligaciones impertinentes

111 Inciso 2º de artículo 523 de la Ley 906 de 2004.

112 Ps. 138 y 139 *ibidem*.

113 Inciso 2º del artículo 325 de la Ley 906/04.

114 Igualmente los indiciados o acusados, véase numeral 12.3.

115 P. 217 de la obra de Juan Carlos Forero Ramírez, varias veces citada.

y/o excesivas fijadas por la Fiscalía¹¹⁶. En el evento de que se impruebe su aplicación en la etapa de investigación¹¹⁷, procede el recurso de apelación en su efecto devolutivo.

E. Verificación mes a mes por parte del defensor público, en cuanto al cumplimiento efectivo del usuario al plan de reparación propuesto y a las obligaciones impuestas. Para ello es necesario un diálogo constante con el prohijado, y, de ser necesario, acercarse ocasionalmente a indagar en la fiscalía delegada.

F. Nuevo control de legalidad ante el Juez de Garantías, esta vez en la modalidad de renuncia¹¹⁸, allí operará la extinción de la acción penal en caso de cumplimiento satisfactorio de las condiciones decretadas.

8.8 Recomendaciones finales a los defensores públicos

Ante la posibilidad de que más adelante proceda la extinción de la acción penal, claramente ventajosa para el usuario pues no sufrirá las diversas consecuencias negativas de una condena, y además favorable para la víctima en cuanto a lograr de su antagonico un compromiso de realizar acciones en su beneficio¹¹⁹, es importante utilizar esta novedosa figura procesal en Colombia; lo contrario, agotar el procedimiento hasta el juicio oral, es perjudicial para los protagonistas, comoquiera que, entre otros aspectos, ventilarán ante la opinión pública situaciones que en muchos casos sólo reviven momentos perturbadores, sin alcanzar, lo más relevante, la solución del conflicto.

Se trata de una solución efectiva y menos traumática, máxime cuando la víctima es reparada¹²⁰ y la “sanción” al sujeto activo de la conducta punible –para sosegar a los “retribucionistas”– consiste en las obligaciones descritas en el artículo 326 del C. de P. P. Varias de éstas podrían imponerse atendiendo la gravedad y modalidad de la conducta, con un período de prueba de hasta tres años. Lo anterior no significa, y por ello se alude a la gravedad y modalidad de la conducta, que se abuse del término para cumplir con las obligaciones, así como del número de ellas, en el entendido que aquí son aplicables los principios de proporcionalidad¹²¹ y razonabilidad desarrollados copiosamente por la Corte Constitucional. Es decir, el defensor público estará

116 Máxime cuando, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en su sentencia C-979/05, “las “Condiciones a cumplir durante el período de prueba” a que se somete el investigado cuando solicita la suspensión del procedimiento a prueba, se pueden inferir tres conclusiones relevantes para este análisis. En primer lugar, se contemplan medidas que involucran una clara restricción a derechos fundamentales. En segundo lugar, algunas de esas medidas tienen el mismo contenido y alcance de ciertas medidas de aseguramiento que como se sabe sólo pueden ser impuestas por el juez de control de garantías. Y en tercer lugar, otras de esas condiciones tienen el mismo contenido de ciertas penas privativas de otros derechos que como tales corresponden a la competencia privativa del juez de conocimiento”.

117 Entre la formulación de imputación y la acusación.

118 Del mismo modo, téngase en cuenta el numeral 5 (efecto devolutivo) del art. 13 de la Ley 1142 de 2007, que reformó el art. 177 de la Ley 906 de 2004.

119 Ver numerales 7, 8, 9 y 10 del art. 326 ibídem.

120 Inciso 2º del art. 325, en concordancia con los arts. 518 a 520 ibídem.

121 En el libro publicado por la Defensoría del Pueblo, autoría del Dr. Alberto José Prieto Vera, “El Régimen de Libertad en el sistema penal acusatorio”, se toca ampliamente el tema del principio de proporcionalidad.

atento a que no se vulneren estos principios imponiendo condiciones que no guarden relación con el delito y un período de prueba innecesario.

Inclusive, en el supuesto de discutirse la imposición de la condición del numeral 11 del artículo 326 *ibídem*, es preciso analizar la sentencia¹²² de la Corte Constitucional C-371/02 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

Pues bien; antes de enfrentar un juicio oral con una probabilidad altísima de derrota, allanarse a los cargos el usuario o suscribir un preacuerdo con la Fiscalía, es imperioso revisar la conveniencia de la suspensión del procedimiento, de no ser viable de modo directo la modalidad de renuncia del criterio de oportunidad. Y cuáles serían las razones válidas para pedir la “suspensión” y no la “renuncia”, veamos:

En primer término, porque la solicitud de suspensión, como recordamos, es una facultad propia del sujeto pasivo de la acción penal, mientras que la renuncia a ésta es una facultad exclusiva del fiscal; tanto es así que si se realiza una deprecación en tal sentido, la única obligación del fiscal es la de responder sucintamente al firmante, preservando así el derecho fundamental de petición, cuando no se aplicará la mencionada figura¹²³. En segundo lugar, por cuanto en aquellos casos en que el fiscal delegado ya ha expresado, así sea de manera informal, que no renunciará a la persecución penal, el camino que nos queda es el de persuadirlo con el parágrafo del artículo 325 de la Ley 906 de 2004, el cual relaciona ambos supuestos –suspensión y renuncia–, uno como consecuencia del otro, e instar la aplicación de lo allí dispuesto, vale decir, hacer uso de la suspensión con miras a verificar la finalidad del principio de oportunidad, antes de solicitar al Juez de Control de Garantías la extinción de la acción penal.

Para rematar es imperioso abordar dos temas discutibles atinentes al instituto examinado con amplitud, en los cuales el defensor público ha de estar presto a velar, de ser beneficioso, por su efectiva aplicación.

A. No existe impedimento legal o constitucional que descarte de plano la aplicación del principio de oportunidad –que contiene la “suspensión del procedimiento a prueba”– en más de una ocasión, más bien es necesario estudiar cada caso concreto. Repárese que ni siquiera en las cuestionadas Resoluciones 0-6657 y 0-6658/04 emitidas por el Fiscal General de la Nación, aparece la susodicha proscripción¹²⁴.

122 Por medio de la cual se declaró inexecutable el numeral 2 del artículo 368 de la Ley 600 de 2000.

123 Parte final del artículo 3º de la Resolución No. 0-6657 del 30 de Diciembre de 2004, emitida por el entonces Fiscal General de la Nación.

124 Respecto de la posibilidad de aplicarse el principio de oportunidad más de una vez, consúltese la dirección: www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=708. Allí encontrarán la revista “EL DEBATE ORAL” No. 9, publicación de la Comisión Interinstitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio.

B. Nos adherimos a la postura asumida por el hoy por hoy viceprocurador general de la nación en lo que toca con los **inimputables** y el principio de oportunidad¹²⁵, concretamente en lo que tiene que ver con la suspensión, puesto que, en efecto, las condiciones del artículo 326 del Código de Procedimiento Penal, **previa exploración de cada caso**, serían aplicables.

“En realidad las verdaderas dificultades surgen respecto de los inimputables por trastorno mental permanente, pero es obvio que, tratándose de inmadurez mental y trastorno mental transitorio con y sin secuelas, especialmente en ese último, las amplias facultades de fiscal y juez de control de garantías permiten un margen amplio de adaptación a las circunstancias particulares de cada situación especial”¹²⁶.

125 Ps. 183 a 185 del libro citado del Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

126 P. 185 op. cit.

9. AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

No es un secreto que tratándose de un sistema de enjuiciamiento de corte adversarial, como lo es el desarrollado en la Ley 906 de 2004, la audiencia de juicio oral se la puede calificar como la “madre” de las contiendas, no solo porque allí se decide la suerte final del ciudadano que ha optado por oponerse en forma frontal y definitiva a la persecución penal del Estado, sino porque se erige como el escenario donde se debatirán a fondo dos teorías del caso, usualmente con disímiles intereses, y se verificarán habilidades y destrezas de los litigantes en cuanto a probar y argumentar. Es por esta razón que el presente capítulo, pretende afrontar el tema desde una perspectiva práctica y eficaz más que como una nuda categoría normativa, planteando los supuestos de preparación de la audiencia, su dinámica general, trazando unos breves derroteros para la práctica de las pruebas y presentando en forma detallada en proceso de incorporación de evidencia.

Sea pertinente anotar se la conoce como audiencia de juzgamiento, del debate o de juicio plenario, y constituye la fase medular del nuevo proceso penal con tendencia acusatoria, en cuanto es allí en donde se materializan los principios de **publicidad, oralidad, intermediación de la prueba, contradicción, concentración, con todas las garantías**, presupuestos de validez para que exista un pronunciamiento de fondo de un juez independiente e imparcial, que defina la controversia sometida a consideración por las partes. Además se hace necesario recordar que se encuentra detalladamente reglamentada en los artículos 366 a 424 de la ley 906 de 2004, dentro de un contexto de interpretación a la luz del artículo 250 de la Constitución, de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 también de nuestra Carta, y de los principios consagrados en los artículos 1 a 27 de la codificación procesal.

9.1. PREPARACION DE LA AUDIENCIA.

La exigencia propia del debate oral, concentrado, contradictorio y con intermediación que tiene lugar en la audiencia de juicio oral exige al litigante que planifique y prepare todos los pormenores de su actuar en la misma, sin que por ello no se vayan a presentar variadas y complejas situaciones inesperadas. Razón de más para que el proceso de preparación de la audiencia sea estricto y eficaz. A continuación se indican los supuestos fundamentales de dicho proceso de de preparación.

9.1.1. Teoría del caso.

La teoría del caso debe estar perfectamente delineada en sus aspectos jurídicos, fácticos y probatorios. En estricto sentido, tener terminada la teoría del caso que corresponda al planteamiento hecho por la FGN en su acusación y solicitud probatoria.

En términos ideales, tener preparada e interiorizada una y una sola teoría del caso. Lo cual no indica que el litigante previsivo pueda ensamblar una teoría del caso alternativa, previendo deficiencias probatorias propias o del FGN.

9.1.2. Declaración inicial.

Como consecuencia de lo anterior, el litigante debe tener preparado el esquema escrito o mental de cómo planteará su caso en la declaración inicial, esto es tener claro por lo menos:

- Que enfoque fáctico lo guía, es decir, como planteará los hechos
- Cómo pretende probar ese enfoque fáctico
- Y, finalmente, cuales las consecuencias jurídicas de dicho enfoque

A lo anterior habría que agregarle, que este esquema debe ser lo suficientemente flexible para variar de acuerdo a como la FGN plantee su propio caso, que muy seguramente coincidirá con lo planteado en la acusación, sin embargo no hay que sustraerse de la posibilidad de una variación sorpresiva o estratégica por parte del acusador.

9.1.3. Temas de contra interrogatorios.

Como en forma usual, primero se adelanta la etapa probatoria de la fiscalía, se hace necesario tener preparados, en lo posible, los temas que por vía del contra – interrogatorio se han previsto obtener de los testigos de cargo, los cuales desde luego serán objeto de adición, supresión o variación de acuerdo a como se desarrolle el testimonio por vía del interrogatorio.

Lo importante, es que como labor previa al juicio y derivados en forma directa de la teoría del caso, del juicioso estudio de entrevistas y declaraciones previas y todos los demás medios cognoscitivos de que se disponga, se tenga preparado un listado de temas posibles para contrainterrogar.

9.1.4. Interrogatorios.

Al igual que en los contra interrogatorios y como labor previa al juicio, se hace imprescindible, tener previstos los temas que se obtendrán por vía del examen directo de los testigos de la defensa los cuales, desde luego, son mucho más susceptibles de preparación tratándose de los testigos propios de descargo.

9.1.5. Preparación de testigos y peritos.

Se hace indispensable, como labor previa al juicio, que cada uno de los testigos y peritos que concurrirán al juicio a solicitud de la defensa, hayan sido debidamente preparados por el litigante en cuanto al posible escenario que vivirán en el juicio, al menos en los siguientes aspectos básicos:

Forma de preguntar del litigante

- Temas que se pretenden demostrar con el testigo en cuanto a su contenido, alcance y orden.
- Forma de preguntas que responderán por vía del contra – interrogatorio
- Familiarizar al testigo con la evidencia física y documental que se incorporará y/o utilizara en su declaración en juicio
- Partes que intervendrán en el desarrollo de la prueba y cual la función que cada una cumplirá
- Descripción clara de en que lugar y bajo que condiciones de infraestructura y tecnológica se adelantará la audiencia.
- Previsión de las reacciones del testigo o perito a cada una de las variables derivadas de las anteriores circunstancias

Los anteriores aspectos deben ser especialmente tratados y desarrollados si es al acusado a quien se prepara para declarar.

Lo anterior, desde ningún punto de vista implica que esta preparación se relacione con sugerir el contenido de las respuestas a los testigos, práctica que aparte de contraria a la ley y a la ética, resultaría altamente contraproducente en cuanto a la credibilidad del testigo.

9.1.6. Preparación de la evidencia física y documental.

Resulta incuestionable la necesidad de tener la evidencia física y documental debidamente marcada y ordenada como acto previo de preparación al juicio, como se verá adelante en el numeral que hace referencia a esta actividad.

9.1.7. Alegato final.

Aunque el alegato final surge en lo fundamental del desarrollo del debate probatorio, resulta altamente conveniente, que como labor previa al juicio, se tenga construido un esquema del mismo. Esquema en el cual, desde luego, se parte del supuesto que las previsiones fácticas de la teoría del caso fueron plasmadas a través de la prueba propia y del ejercicio del derecho de contradicción sobre la de la fiscalía, y sobre el cual solo reste agregar o quitar aspectos que no superaron la expectativa planificada.

9.1.8. Preparación de documentación a utilizar.

Finalmente, toda la documentación a utilizar en el juicio debe estar debidamente ordenada e identificada con el propósito de poder ser utilizada con eficiencia en el desarrollo de la audiencia. El litigante deberá cumplir con esta preparación al menos respecto de:

- Esquemas de alegatos inicial y final
- Temas de interrogatorio y contra interrogatorio
- Entrevistas y declaraciones de testigos de cargo y descargo
- Informes periciales
- Normatividad aplicable
- Jurisprudencia y doctrina
- Información científica

9.2. DINÁMICA DE LA AUDIENCIA

9.2.1 Instalación y verificación de la partes. Obligatoriamente han de estar el Fiscal y el defensor. Lo más importante es que, en ausencia del acusado, el juez verifique y garantice que se han agotado todos los medios para la oportuna comparecencia. Sólo se justifica la ausencia en su propio juicio por voluntad propia y expresa, o cuando, requerido por parte del Estado, en los términos y alcances de la Sentencia C-591 de 2005¹²⁷, se muestre renuente; entonces sí procede de manera excepcional el juzgamiento en ausencia.

9.2.2 Acto seguido, si el acusado se encuentra presente, el juez debe explicarle los derechos que le asisten en el juicio (en términos generales, los contenidos en el artículo 8 de la ley 906 de 2004) y también las garantías constitucionales, a guardar silencio y a no auto-incriminarse. Los efectos y consecuencias penales en cuanto a declarar en el juicio deben entenderse en los precisos términos y alcances de la Sentencia C-782 de 2005¹²⁸, la cual

127 En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la Fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que, en materia de juicios en ausencia, el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.

128 No obstante lo dicho, la norma acusada admite también una interpretación distinta de la anterior y acorde con la Constitución Política. Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

reivindica los derechos constitucionales de defensa y no auto-incriminación que serán siempre oponibles, y se harán valer ante cualquier apremio o coacción derivada del juramento. En cuanto a la oportunidad de renuncia al derecho de guardar silencio y decidirse a declarar, la puede hacer valer hasta antes que finalice la fase probatoria del juicio, decisión trascendental que deben estudiar y analizar cuidadosamente el defensor y acusado.

9.2.3 Luego de esas advertencias, el juez le preguntará al acusado sin apremio o juramento alguno, cómo se declara si culpable o no culpable. Si lo primero, el juez debe verificar que esta aceptación de responsabilidad se haya hecho de manera libre, voluntaria, consciente y de manera informada e inteligente, para enseguida ordenar que el proceso se siga por el trámite abreviado, que no es otro que el de individualización de pena y de la correspondiente reducción con ocasión de la aceptación de responsabilidad en los términos de la acusación.

9.2.4 Si el acusado no se declara culpable, entonces el proceso sigue su curso normal.

9.2.5 Acto seguido, el juez ordena que por secretaría se lean las estipulaciones, y pregunta a las partes si están conformes y aceptan su contenido según lo acordado, y ordena en consecuencia que estas estipulaciones sean tenidas como si las pruebas realmente se hubieran producido en el juicio, para posterior valoración.

9.2.6 Posteriormente, el juez solicita a la Fiscalía y defensa, en su orden, que indiquen el orden de presentación de sus testigos.

9.2.7 Acto seguido, se concede la palabra a la Fiscalía para que presente sus alegatos iniciales o de apertura; luego concede el turno a la defensa para que, si lo desea, proceda a ello (facultativo).

9.2.8 Cumplido lo anterior, se inicia la fase probatoria o práctica de pruebas, observándose los requisitos y formalidades de cada medio probatorio (artículos 383 a 441 de la ley 906 de 2004). Vale la pena resaltar que de conformidad con las sentencias C- 209 y C- 516 de 2007, en el desarrollo

No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva inconstitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquélla, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio.

del debate probatorio la representación de la víctimas no está facultada para intervenir en forma directa en los interrogatorios y contra – interrogatorios. Para estos efectos las preguntas que quiera formular lo deberá hacer siempre por intermedio de la fiscalía.

9.2.9 Agotado el debate probatorio, el juez procede a conceder la palabra, en su orden: Fiscal, Representación de las víctimas, Ministerio Público, y defensa.

La norma (artículo 443, inciso final) autoriza a la Fiscalía para que controvierta los argumentos de la defensa, evento en el cual habilita a la defensa para que ejerza el derecho de réplica, como última intervención argumentativa.

9.2.10 Verificado lo anterior, el juez anunciará el sentido del fallo: culpable - inocente.

9.2.11 En el caso de decisión condenatoria, el juez concederá, dará el uso de la palabra a la representación de las víctimas para que, si es su deseo, promueva incidente de reparación integral. En caso de ser así, se adelantará el trámite pertinente del incidente en las dos audiencias previstas para tales efectos.

9.2.12 Si no se promoviere incidente de reparación integral, o una vez resuelto el mismo, el juez concederá la palabra a las partes para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable; también se podrán referir a la probable determinación de la pena aplicable, y cabe ahí cualquier solicitud relacionada con algún subrogado o con la sustitución de la pena.

9.2.13. Luego fija fecha para el proferimiento de la sentencia con su debida motivación, oportunidad en la cual se podrá interponer recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del respectivo Distrito judicial. Es ante esta autoridad donde se procede a sustentar el recurso, una vez se convoque a la audiencia para tales fines.

9. 3 INCORPORACIÓN DE EVIDENCIA

Se había advertido antes de entrar a regir la Ley 906 de 2004, que la marcada diferencia en la labor probatoria entre nuestro tradicional sistema de enjuiciamiento y el de corte acusatorio contenido en esta ley, tratándose en especial de la presentación de evidencia física y documental, sería: «... *un tema donde dicha diferencia romperá de plano esquemas mentales y pondrá a prueba la imaginación de jueces y litigantes...*¹²⁹. Al efecto, después de tres años y medio de implementación del sistema acusatorio y estando vigente en todo el territorio nacional, no han sido pocos los casos perdidos por defensores y fiscales por no adelantar en forma legal, adecuada y eficaz

129 Cfr. ALBARRACÍN David, CALDERÓN Henry, Et.Al, SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO, Tomo I. Pags. 335 y ss. Ed. Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. D. C. 2004

los procedimientos de incorporación de elementos materiales probatorios, evidencia física y documental, aun en presencia de sólidas teorías fácticas y jurídicas, más aún, contando con prueba testimonial abundante e idónea. Siendo ésta la experiencia vivida, se hace más que necesario e inaplazable, iniciar con este manual el camino hacia la construcción de un conjunto de reglas y procedimientos que permitan a los defensores públicos incorporar evidencia en juicio con posibilidades de éxito en tal menester, y orientarse en la controversia crítica de los procedimientos de incorporación que adelanten sus adversarios naturales, los fiscales.

En efecto, desde la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004 se ha develado, como se preveía, que una de las mayores encrucijadas que tienen que salvar los litigantes, defensores y fiscales, dentro de la práctica de las audiencias orales propias del sistema acusatorio, es la de la incorporación de evidencia física y documental en el juicio oral. En efecto, no han sido pocos los casos en que la adecuada o inadecuada observancia de efectivos procedimientos de incorporación ha determinado el sentido del fallo.

9.3.1 MARCO DE REFERENCIA.

Antes de abordar el recorrido práctico motivo de este artículo, se hace necesario citar, en forma sucinta, algunos de los principios y fundamentos teóricos que sirven de contexto¹³⁰

9.3.1.1 Deficiente tratamiento normativo.

En primer término, se advierte que la Ley 906 de 2004 no trae disposiciones que se refieran en forma directa y explícita a la incorporación de elementos materiales probatorios y evidencia física y documental para que sean tenidos en cuenta como pruebas dentro del juicio oral. En efecto, si se examina el contenido normativo de la Ley 906 de 2004, se encontrará que no existe un solo artículo que reglamente en forma directa la incorporación de evidencia física dentro del juicio.

Para el caso colombiano, sin bases normativas específicas ni antecedentes jurisprudenciales aplicables, ha sido necesario partir de los principios generales de derecho probatorio contenidos en la Ley 906 de 2004 y de los conceptos usuales de nuestra doctrina en materia de derecho probatorio, además del derecho comparado.

9.3.1.2 Principio de incorporación de la prueba

El concepto teórico de «incorporación» y su desenvolvimiento práctico resultan contrarios al principio de permanencia de la prueba, propio de los sistemas escriturales, según el cual, tanto las declaraciones de testigos como las evidencias físicas y documentales se reputan como pruebas durante todo

130 Cfr. *Ibidem* p. 336 y ss.

el proceso desde que son allegadas en la etapa de instrucción y/o en la de juzgamiento.

En el sistema procesal penal de corte acusatorio, las pruebas físicas y documentales sólo podrán reputarse como tales en la medida en que sean debidamente incorporadas ante el juez en la audiencia de juicio oral, con sustentación de su pertinencia, conducencia, autenticidad y admisibilidad, de una parte, y de otra, con la posibilidad del ejercicio del derecho de contradicción desde su aducción hasta su completa incorporación, para que así puedan ser medios legítimos de conocimiento a valorar por el juzgador en su juicio de responsabilidad, quien, en últimas, determinará si dichos objetos y documentos han sido o no tomados en cuenta como pruebas en la medida en que hayan generado o no convencimiento en el juez para tomar su decisión.

9.3.1.3. Conducencia y estrategia

Como la prueba testimonial, la incorporación de evidencia física y documental debe surgir de necesidades probatorias propias de la planeación y estrategia del caso, de tal manera que no todos los elementos materiales probatorios y documentos de que se disponga deben ser, en forma necesaria, incorporados al juicio. Dicha incorporación tiene como primer objetivo la presentación y utilización de los objetos físicos y documentos que sean conducentes para complementar, aclarar, o sentar las bases probatorias de los supuestos fácticos y jurídicos que integran la teoría del caso.

9.3.1.4. Inmediación

La incorporación de evidencia física y documental es requisito indispensable para la realización del principio de la inmediación¹³¹, según el cual, el juez sólo podrá valorar como prueba aquélla que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a la confrontación y contradicción en su presencia. Siendo esto así, para que un elemento material probatorio y la evidencia física y documental puedan en algún momento ser reputados como pruebas, han de ser incorporados ante el juez dentro de la misma audiencia pública.

9.3.1.5 Pertinencia

Si bien es cierto que el juez hace un primer pronunciamiento sobre la pertinencia de los elementos materiales probatorios, evidencia física y documental desde la audiencia preparatoria, cuando decreta la práctica de pruebas solicitadas por las partes¹³², es en la audiencia de juicio oral, en el momento mismo en que dichos objetos y documentos son incorporados, cuando la pertinencia se «realiza» ante el juez, y es objeto de controversia real entre las partes, porque

131 Consagrado en forma específica en los artículos 16 y 379 de la Ley 906 de 2004.

132 Cfr. artículo 357, inciso 2º y artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

es allí cuando al cimentar las bases probatorias de cada objeto o documento, tanto el juez como la parte contraria pueden percibir y valorar en forma efectiva su pertinencia.

9.3.1.6 Autenticidad

La incorporación en el juicio de la evidencia física elementos materiales probatorios, y documentos permite que tanto el juez como el litigante contendor puedan determinar si éstos satisfacen o no el requisito de autenticidad¹³³ quien los pretende aducir como prueba debe demostrar que fueron **detectados, fijados, recogidos y embalados** en forma técnica, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. Estos supuestos de autenticidad se demuestran ante el juez mediante el recorrido propio de su incorporación en juicio y, en tal sentido, se erigen en presupuestos probatorios necesarios para su admisión y valoración.

Vale la pena hacer resaltar en este aspecto que la autenticidad NO es sinónimo del concepto de cadena de custodia, tal como parece han entendido los litigantes en la práctica judicial durante estos meses, por cuanto la autenticidad exige un esfuerzo mayor que el de acreditar el simple cumplimiento de la cadena de custodia, sobre todo si ésta es entendida como el mero «formato». El formato de cadena de custodia es a la evidencia como la historia clínica al paciente: sirve para determinar su recorrido en cuanto a instancias y personas.

9.3.1.7 Admisibilidad

Los anteriores objetivos y fundamentos de la incorporación de objetos y documentos son la base, sobre la cual se pretende que sean admitidos como prueba, porque así hayan sido descubiertos, ofrecidos y decretados en las audiencias de acusación y preparatoria, sólo mediante el cumplimiento riguroso de los presupuestos para su incorporación en el juicio se podrá determinar si son o no admisibles, según cumplan o no con una estrategia acorde con la teoría del caso.

Así no todo elemento material probatorio o evidencia física ofrecidos y decretados como prueba en la audiencia preparatoria necesariamente serán admitidos como prueba en el juicio, y si, en forma errada, en criterio nuestro, fueran admitidos, no podrían ser objeto de valoración por parte del juez, al sustentar su decisión final.

9.3.1.8 Contradicción

Mediante la adecuada y eficiente incorporación de objetos y documentos en juicio se realiza el derecho de contradicción, porque es a lo largo de la actividad de la incorporación cuando el litigante contrario puede criticar y

133 Cfr. artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

objetar la conducencia, pertinencia, y autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física o documental, con miras a obtener la inadmisión o atacar la debilidad de la prueba.

9.3.1.9 Convencimiento

Si la incorporación de evidencia material y documental parte del fundamento de una estrategia para procurar su admisión y permite el ejercicio de contradicción, es lógico inferir que su objetivo final es el de generar convencimiento en el juzgador respecto de las pretensiones fácticas o jurídicas alegadas.

9.3.2 CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Para efectos de la incorporación, y sin perjuicio de clasificaciones más elaboradas desde diferentes perspectivas del derecho probatorio, los medios de prueba se clasifican por su naturaleza y tratamiento normativo en: 1) tangibles, dentro de los cuales se encuentran los objetos y documentos; 2) reales y demostrativos, según tengan o no relación directa con los hechos. Esta clasificación incide desde la misma admisibilidad de las pruebas, por cuanto la sustentación de pertinencia, de conformidad con el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, variará según sea documental, objeto o sea real o demostrativa. En igual forma, según sea la tipología del medio de prueba, se requerirán uno o más testigos «medio» para su incorporación, y se determinará el contenido específico de la generación de las bases probatorias, según sea el medio de prueba.

9.3.3 PASOS PARA LA INCORPORACIÓN DE EVIDENCIA EN JUICIO

Aunque la doctrina comparada difiere en cuanto al número y alcance de cada uno de los pasos requeridos para incorporar en forma adecuada y eficaz la evidencia en juicio, de tiempo atrás en la defensoría pública se han propuesto dos fases bien delimitadas: A) Labor previa al juicio, de planificación, estrategia, selección de testigos medio, y alistamiento; B) presentación de la evidencia en juicio, la cual consta de siete pasos básicos: 1) generación de bases probatorias, 2) marcación de la evidencia, 3) presentación del objeto a la otra parte, 4) presentación del objeto al testigo, 5) identificación o reconocimiento por parte del testigo, 6) solicitud de admisión de la evidencia como prueba y 7) utilización de la misma dentro de la audiencia.

A) LABOR PREVIA AL JUICIO

No obstante que la incorporación de objetos y documentos consiste en una serie de actos que, en forma preponderante, se desarrollan dentro de la audiencia de juzgamiento, es indispensable para garantizar su eficacia que se adelanten, en forma previa, las siguientes actividades.

1) Selección de la evidencia acorde con la teoría del caso. 2) Concreción de la pertinencia y conducencia.

- i. Determinación de las bases probatorias
- ii. Selección de los testigos «medio» de la incorporación
- iii. Planificación y alistamiento.

B) PRESENTACIÓN DE OBJETOS Y DOCUMENTOS EN EL JUICIO

1) Generar las bases probatorias previas necesarias

Se considera este paso como el de mayor dificultad, como quiera que para su realización se deben cumplir las exigencias sustantivas y procesales propias de la prueba física o documental a incorporar.

Para generar las bases probatorias previas se deben establecer los nexos necesarios entre el testigo y la evidencia, en procura de refrendar su pertinencia, conducencia y autenticidad, de tal manera que las bases probatorias serán diferentes para cada clase de prueba a incorporar, vale decir, según se trate de prueba real o demostrativa, real o documental, o cualquiera otra especie de prueba que signifique una sustancial cualificación del medio probatorio, sin entrar en las mencionadas categorías.

2) Marcar el objeto o documento

Esta actividad, más bien de carácter formal, consiste en que el litigante que pretende incorporar el objeto o documento lo identifique por su origen (defensa o Fiscalía), y por un consecutivo numérico o alfabético se refiera a él como «objeto o documento marcado con el Número tal», a lo largo de su presentación en la audiencia, para que sea identificado y reconocido por el testigo «medio».

3) Mostrar el objeto o documento a la otra parte

Una vez marcado el objeto o documento y sentadas las bases probatorias, lo procedente, para posibilitar un primer escenario de contradicción, es mostrar el objeto o documento marcado al litigante contrario, a efectos de que en forma breve lo analice y verifique que sea el mismo que se descubrió y ofreció en las audiencias de acusación y preparatoria.

4) Mostrar el objeto o documento al testigo o testigos «medio»

Después de que el litigante contrario haya observado el objeto o documento, se debe proceder a mostrar al testigo «medio», ora en forma directa el litigante que presenta la evidencia, ora a través del secretario del juez, según éste lo disponga. Es importante que en este paso el testigo examine con detenimiento el objeto que se le pone de presente, y sólo se refiera a él cuando se le pregunte al respecto.

5) Verificar la identificación y/o reconocimiento del objeto marcado por parte del testigo medio,

Enseguida, después de que el testigo «medio» ha observado el objeto o documento, se le debe preguntar si lo reconoce e identifica, así como las razones de tal conocimiento. Siendo afirmativas las respuestas del testigo, a partir de este momento el litigante que ofrece la evidencia puede referirse a ella con la denominación que corresponda, ya no como el «objeto o documento marcado con el número tal», sino con la denominación o calificación que le haya otorgado el testigo «medio».

6) Ofrecer al juez el objeto o documento como prueba

Una vez reconocido e identificado el objeto o documento, el litigante que lo está incorporando debe acercarse al juez y ofrecerlo como prueba, solicitando que sea admitido como prueba de la pretensión alegada y que, en tal sentido, sea marcado como «prueba número tal de la defensa o la Fiscalía». Solicitud ante la cual el juez, en garantía del derecho de contradicción, debe preguntar al litigante contra quién se aduce la prueba a incorporar, y si tiene o no objeciones a la admisión de la prueba.

Si no se formulan objeciones, o si las que se presentan las declara infundadas el juez, éste debe proceder a decretar la admisión del objeto o documento como prueba, y en tal sentido imparte las instrucciones necesarias a su secretario o dependientes, para que reciban la prueba incorporada y la marquen de acuerdo con la parte que la aduce y la numeración consecutiva correspondiente.

7) Utilizar la prueba

Una vez admitida la prueba, después de haberla incorporado a través de uno o más testigos «medio», el litigante que la incorporó puede utilizarla con estos testigos y los siguientes, incluso para contrainterrogar e impugnar la credibilidad, y así probar los supuestos fácticos y jurídicos que fundamentaron la incorporación de la prueba material o documental admitida, para poder válidamente argumentar al respecto.

9.3.4 EJEMPLOS PRÁCTICOS DE INCORPORACIÓN DE OBJETOS Y DOCUMENTOS EN JUICIO

9.3.4.1 EJEMPLO DE INCORPORACIÓN DE DOCUMENTO DEMOSTRATIVO – Video

Caso hipotético: se acusa a Lucia de haber dado muerte a su esposo Calixto, mediante golpes con objeto contundente, a las 9 de la noche de un día entre semana, en el baño del inquilinato donde residían en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá, con fundamento en el testimonio de Eneida, anterior compañera afectiva de Calixto quien manifestó haber escuchado la pelea y palabras de grueso calibre de Lucia a Calixto mientras lo ultimaba- Al efecto, la defensa como **LABOR PREVIA AL JUICIO, determinó que:**

De acuerdo con su teoría del caso y estrategia para juicio, que era difícil para que ese día y a esa hora ninguno de los demás inquilinos hubiese escuchado los golpes y demás por menores auditivos de la reyerta, más aún cuando el baño del inquilinato se encontraba ubicado en un sitio equidistante de varios cuartos, con una puerta de acceso insegura y de lamina sencilla de triplex. Para generar convencimiento sobre este aspecto, fundamental para la defensa, se decidió tomar un video al interior del inquilinato para poner de presente ante el Juez la ubicación del baño, su puerta de acceso y así restar credibilidad al testimonio de Eneida. Este video fue tomado por Luís Cámara, fotógrafo de oficio quien además gana dinero tomando videos en fiestas y reuniones sociales, y que fuera contactado por la defensa para estos menesteres. El video fue realizado por Luís, 40 días después de ocurridos los hechos, el día 30 de agosto de 2005.

La evidencia a incorporar es documental (video) y de carácter demostrativo, por cuanto no se relaciona directamente con los hechos ni surge de la materialidad en los mismos, es un vehículo para darle mayor claridad al juzgador de cómo probablemente NO ocurrieron los mismos.

El defensor en el interrogatorio de Luis Cámara **PRESENTARA EL VIDEO EN EL JUICIO**, siguiendo los pasos apropiados para incorporar un documento demostrativo.

Interrogatorio de Luis Cámara:

.... *... Acreditación testigo, introducción interrogatorio y otros aspectos propios del interrogatorio....*

Paso 1. -GENERAR BASES PROBATORIAS-

Defensor: Nos ha dicho usted que se dedica a tomar vídeos, díganos con que equipos cuenta para esta actividad?

Sr. Cámara Con una cámara Sony ref. SX2005 – de última generación, que graba en cassette y en CD pequeño, con trípode, batería recargable, sistema de iluminación y sonido autónomo.

Defensor: En que estado se encuentra ese equipo?

Sr. Cámara Excelente señor abogado, la compré en la Sony en el mes de mayo y me la dieron con una garantía de dos años.

Defensor: Cuéntenos cual es el procedimiento normal cuando usted toma una grabación para entregársela a sus clientes?

Sr.
Cámara *Dependiendo del cliente y los equipos que tenga para reproducir los videos, los tomo en cassette o en C.D. y luego hago las transferencias pertinentes a VHS, DVD o cualquier otro medio que se requiera, para eso poseo en mi estudio los equipos pertinentes.*

Defensor: *Para finales del mes de agosto de este año tomó usted algún video con estos equipos que acaba de describir*

Sr.
Cámara *Si señor, usted me solicito tomara un video completo de una casa de inquilinato en el centro de la ciudad. Video que debía ser tomado en CD el cual debía ser marcado y empacado en forma celosa para presentarlo en esta audiencia creo*

Defensor: *Tomó usted efectivamente dicho video*

Sr.
Cámara *Si señor*

Defensor: *Podría decirnos el lugar exacto donde lo tomó*

Sr.
Cámara *Si como no, en el interior de un inquilinato ubicado en la Calle 4 # 4 – 13 de acá de Bogotá, en el barrio las Cruces.*

Defensor: *Recuerda usted la fecha en que tomó el video*

Sr.
Cámara: *Si señor, el día 30 de agosto de este año.*

Defensor: *A qué horas tomó dicho video?.*

Juez: *A las 9 de la noche empecé y terminé exactamente a las 9:17.*

Defensor: *Recuerda que día era ese 30 de agosto*

Sr.
Cámara *Si era un día laboral, exactamente un martes*

Defensor: *Por qué recuerda con tanta exactitud la fecha, la hora y el día*

Sr.
Cámara *En primer lugar porque la solicitud del trabajo fue expresa en que tenía que ser un día entre semana y a las 9 de la noche. Además porque esos datos quedaron registrados en el video, tal y como se me solicito que lo hiciera*

Defensor: *En qué medio grabó este video que nos ha referido?*

Sr.
Cámara *Como ya lo dije en un CD de marca Sony con capacidad para dos horas de grabación.*

Defensor: *Este CD tenía alguna otra grabación*

Sr.
Cámara *En absoluto estaba totalmente en blanco.*

Defensor: *En estas condiciones lo introdujo a la cámara de video?*

Sr.
Cámara *Si señor*

Defensor: *Identificó usted este CD de alguna forma?.*

Sr.
Cámara *Si Señor, con marcador indeleble de color rojo lo marque como "video del inquilinato", le coloqué la fecha y lo firme. Los mismos datos coloqué en la caja donde venía el CD*

Defensor: *Una vez realizado el vídeo que paso con el CD*

Sr.
Cámara *Verifique el visor de la cámara que hubiese quedado completo y nítido y procedí a retirarlo de la cámara*

Defensor: *Que más hizo con dicho CD?*

Sr.
Cámara *Lo lleve a mi oficina le tome dos copias, una de seguridad y una para usted*

Defensor: *Luego que hizo?*

Sr.
Cámara *Lo metí en su caja, la cual sellé con cinta de seguridad transparente*

Defensor: *Que hizo con este CD una vez empacado y asegurado*

Sr.
Cámara *El mismo día martes 30 de agosto lo guarde en mi oficina bajo llave en la gaveta destinada a trabajos por entregar*

Defensor: *Alguien pudo tener acceso a dicho CD?*

Sr.
Cámara *No señor, solo yo porque soy el único que tiene llaves de mi gaveta y de mi oficina, trabajo solo*

Defensor: *Que hizo después con dicho CD*

Sr.
Cámara *En las condiciones que describí al día siguiente se lo entregué a usted personalmente junto con una de las copias que le había tomado.*

Defensor: *Podría usted identificar dicho CD de volverlo a ver*

Sr.
Cámara *Si como no*

Defensor: *Cómo lo podría identificar*

Sr. Cámara: En primer término por la caja sellada como dije, porque la carátula de la caja debe decir "video inquilinato", tener la fecha, todo con mi letra y mi firma. Luego al destapar la caja, el CD debe tener los mismos datos con mi letra también. Y como si fuera poco al ver el video sabría que fue el que tome ese 30 de agosto

Defensor: Como podría usted asegurar al ver el video que fue el mismo que tomó el día 30 de agosto

Sr. Cámara: Por las características de caja y CD como dije y al verlo porque debe aparecer allí la fecha, el contador de tiempo y un rótulo o signo propio de mis filmaciones que consiste en gato ubicado en la parte superior derecha del marco durante toda la filmación.

Defensor: Cuanto tiempo dura el video al que no hemos referido?

Sr. Cámara: Exactamente 17 minutos, ya dije que empecé a filmar a las 9 de la noche y termine a las 9:17, además en el contador de tiempo debe aparecer dicha duración

Paso 2.- MARCAR OBJETO –

Este paso puede ser previo al juicio

Defensor: Solicito al Señor Juez que este objeto que tengo en mis manos sea marcado como identificación # 1 de la defensa

Juez: Señor secretario, sírvase marcar dicho objeto con la identificación de # 1 de la defensa.

Paso 3. - MOSTRAR EL OBJETO MARCADO A LA OTRA PARTE-

Defensor: Solicito al señor Juez que quede constancia para el registro de que estoy mostrando éste CD con un video marcado como el # 1 de la defensa al señor fiscal.

Juez: Que así conste. Alguna objeción u observación señor fiscal

Defensor: Si señor Juez, que el defensor y el testigo se refieran al mismo como un "objeto" hasta tanto no se acredite por la calidad, funcionalidad, identificación y denominación del mismo por parte del mismo testigo

Juez: Si como no, señor defensor por favor refiérase a la evidencia como objeto o identificación hasta tanto no sea reconocida por el testigo..

Defensor: *Si Señor Juez lo tendré presente.*

Juez: *Prosiga señor defensor*

Paso 4. - MOSTRAR OBJETO MARCADO AL TESTIGO MEDIO -

Defensor: *Señor Juez, solicito permiso para mostrar la identificación # 1 de la defensa al Sr. Testigo*

Juez: *Proceda señor defensor*

Defensor: *...Se acerca al testigo y le deja ver con generosidad el objeto marcado como # 1 de la defensa*

Paso 5. – IDENTIFICACIÓN y/o RECONOCIMIENTO DEL OBJETO POR PARTE DEL TESTIGO MEDIO

Defensor: *Sr. Cámara, podría decirnos que es el objeto identificado como el # 1 de la fiscalía*

Sr.
Cámara *Es una caja de CD marca Sony, es la misma....*

Defensor: *...Disculpe, Sr Cámara podría decirnos si es la misma caja en la que usted empacó el CD donde registro el video que tomó el 30 de agosto de 2005 en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá entre las 9:00 y las 9:17 de la noche?*

Sr.
Cámara *Es la misma*

Defensor: *Por qué puede aseverar que es la misma en la que empacó dicho CD*

Sr.
Cámara *Porque en la etiqueta que tiene reconozco la marca que le coloqué de mi puño y letra y además aparece la fecha 30 de agosto y mi firma*

Defensor: *Se encuentra esta caja de CD en las mismas condiciones en las que fuera sellada por usted?, por favor examínela con detenimiento*

Sr.
Cámara *Si señor esta en las mismas condiciones*

Defensor: *Por qué está usted tan seguro?*

Sr. Cámara *La cinta de seguridad transparente esta igual a como yo la coloqué, el papel de la etiqueta no se encuentra deteriorado, si hubiese sido removida la cinta, la carátula de papel estaría al menos rasgada o arrugada y no lo está, está como yo la deje el 30 de agosto.*

Defensor: *Señor Juez, permiso para que el testigo remueva la cinta de seguridad y pueda ser destapada la caja*

Juez: *Señor secretario, acérquese al testigo y proceda usted a quitar la cinta de seguridad y sacar lo que contenga la misma. Una vez hecho lo anterior*

Defensor: *Señor Cámara, éste es el mismo CD que usted empacara en esta caja el día 30 de agosto de 2005*

Sr. Cámara *Si Señor*

Defensor: *El mismo en que registrara el video que tomo en dicha fecha en la casa de la Calle 4 # 4 – 13*

Sr. Cámara *Si señor*

Defensor: *Por qué está tan seguro?*

Sr. Cámara *Primero porque lo sacaron de la caja de CD y luego porque el CD está marcado como dije con mi letra, la fecha y mi firma con tinta roja.*

Defensor: *Está usted seguro?*

Sr. Cámara *Si señor. Además al ver el video....*

Defensor: *..... Disculpe Sr. Cámara. Señor Juez solcito permiso para que el contenido de éste CD, ya reconocido por el testigo, sea exhibido proyectado en la sala*

Juez: *Proceda Señor secretario*

Fiscal: *Objeción señor Juez, el testigo aún no ha reconocido el video*

Defensor: *Precisamente Señor Juez, la evidencia consiste en el video, documento contenido en el CD, por lo cual es necesario que el testigo observe el video para que identifique si fue o no el que él tomó.*

Juez: *No procede la objeción, que se proyecte el contenido del CD*

UNA VEZ PROYECTADO EL VÍDEO....

Defensor: *Sr. Cámara, es este el vídeo que usted tomó en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá el día 30 de agosto de 2005*

Sr.
Cámara *Si señor es ese*

Defensor: *Tiene la misma duración de cuando usted lo tomó*

Sr.
Cámara *Si señor*

Defensor: *Tiene recortes, ediciones o variaciones respecto a cuando usted lo tomó?*

Sr.
Cámara *No señor, es el mismo*

Defensor: *Por qué esta tan seguro?*

Sr.
Cámara *Porque tiene la misma duración, el contador aparece en forma continua, el logo del gato que es mi rotulo de seguridad de igual forma. Además venía en la caja y en el CD tal y como yo los dejé el 30 de agosto después de haber hecho la filmación. Definitivamente es el mismo, sin lugar a dudas.*

Paso 6. – OFRECIMIENTO AL JUEZ DEL OBJETO COMO PRUEBA

Defensor: *Gracias Sr. Cámara. Señor Juez solicito que el vídeo de 17 minutos contenido en el CD marca Sony identificado por el testigo sea admitido como prueba documental # 1 de la defensa, como el vídeo que corresponde al tomado el día 30 de agosto de 2005 entre las 9:00 y las 9:17 de la noche en el interior de la casa ubicada en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá.*

Juez: *Señor fiscal, tiene alguna objeción al respecto*

Fiscal: *Por lo pronto, no señor Juez*

Juez: *Se admite este documento video del interior de la casa de la Calle 4 # 4 -13 de Bogotá, tomado el día 30 de agosto de 2005 a las 9:00 de la noche y con duración de 17 minutos. Por lo tanto será admitido y marcado como prueba # 1 de la defensa*

Defensor: Señor Juez, permiso para acercarme. Señor Juez pongo a su disposición la caja y el CD contenido en ella que a su vez registra el video anteriormente detallado.

Paso 7.- UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

....

- Una vez hecho lo anterior, el video marcado como prueba # 1 de la defensa podrá ser utilizado para los fines pertinentes con el mismo testigo u otros testigos de la defensa y por la fiscalía en sus contra interrogatorios y en los interrogatorios de sus testigos, así como en los alegatos de clausura de las partes -

En el anterior ejemplo se aborda el complejo meandro de incorporar un documento de carácter demostrativo contenido en un video, siendo en forma absoluta celosos de los diferentes pasos que se deben seguir para tal fin. Se puede pensar que en la dinámica propia de los juicios orales REALES, estos pasos y sus secuencias puedan tener variaciones y resultar hasta tedioso, no obstante lo cual, sería conveniente guardar el celo debido para evitar tropiezos en esta actividad y lo más grave aún, que por desdeñar alguno de ellos o invertir sin sentido las secuencias propuestas el medio probatorio sea inadmitido o no tomado en cuenta al hacer la valoración probatoria, tal y como ocurre con frecuencia en la cotidiana práctica judicial de nuestro naciente sistema acusatorio.

El espacio asignado por la publicación para este artículo no permitió ahondar en los presupuestos teóricos que el tema exige, así como presentar otros ejemplos donde se podrían abordar las objeciones a procedimientos ineficientes de incorporación y la relación de estos con las estrategias de litigio. Entre tanto, se deja abierta la discusión para mejorar estas propuestas de incorporación de evidencia y se espera que en próximas publicaciones se puedan abordar los fundamentos teóricos y una mayor variedad de ejemplos.

9.3.4.2 INCORPORACIÓN DE OBJETO REAL

«(...)Caso hipotético: se sindicó a Pedro de haber hurtado un equipo de sonido y un DVD del apartamento 402 de un conjunto residencial donde se lo vio merodeando; la cerradura principal había sido franqueada mediante el empleo de una ganzúa. Al efecto, la Fiscalía, como **LABOR PREVIA AL JUICIO**, manifestó que:

De acuerdo con su teoría del caso y estrategia para juicio ha seleccionado como testigo «medio» al agente de policía que requisó al acusado al momento de su captura en la caseta de vigilancia del conjunto residencial, y quien manifiesta que le encontró un singular objeto de 8 centímetros de largo, 1 de ancho y suficientemente delgado y curvado, el cual fue catalogado en su informe como una «ganzúa».

El Fiscal, dentro del interrogatorio del agente Pérez, **PRESENTARÁ EL OBJETO EN EL JUICIO**, siguiendo los pasos para la incorporación de la supuesta «ganzúa» como objeto real.

Interrogatorio del agente Pérez:

.... Acreditación testigo, introducción interrogatorio y otros aspectos propios del interrogatorio...

Paso 1. -GENERAR BASES PROBATORIAS-

Fiscal: ¿A qué se refiere usted cuando dice que forzada?

Ag. Pérez: A que, al examinar el marco de la puerta y la hoja de la misma, que son de madera, justo en el punto donde se encuentra la cerradura, se podían observar marcas o muescas recientes.

Fiscal: ¿A qué clase de objeto podrían corresponder dichas marcas o muescas?

Ag. Pérez: Al que en forma usual es utilizado por los ladrones para abrir las puertas, es decir una ganzúa.

Fiscal: ¿Se encontró en el sitio algún elemento que hubiese podido ser usado para tales fines?

Ag. Pérez: En el sitio, no señor Fiscal, con posterioridad sí.

Fiscal: ¿A qué se refiere usted cuando dice que con posterioridad sí?

Ag. Pérez: Mientras mi compañero inspeccionaba el apartamento, yo procedí a dirigirme a la caseta de vigilancia, donde los celadores del edificio habían retenido a un extraño que había merodeado todo el día en el edificio y había entregado un paquete bastante grande a un taxista. Una vez allí, procedí previo consentimiento del sospechoso a requisarlo.

Fiscal: ¿Qué elementos le encontró en dicha requisita?

Ag. Pérez: Documentos personales y un objeto metálico delgado y curvo, es decir una ganzúa.

Defensor: Objeción, señor Juez, el testigo no se encuentra acreditado como experto para determinar si dicho objeto metálico es o no una ganzúa.

Juez: Señor Fiscal...

Fiscal: Hacia el requerimiento del defensor, si me lo permite, se dirige el interrogatorio.

- Juez:* Sin fundamento la objeción. Proceda, Señor Fiscal, y recuerde lo que acaba de anunciar.
- Fiscal:* ¿En qué lugar encontró usted dicho elemento a don Pedro?
- Ag. Pérez:* En el bolsillo derecho de su chaqueta.
- Fiscal:* ¿La tenía oculta o camuflada de alguna manera?
- Ag. Pérez:* La verdad es que no.
- Fiscal:* ¿Podría usted describirnos cómo era ese objeto?
- Ag. Pérez:* Sí, cómo no.
- Fiscal:* Por favor, describa al señor Juez cómo era dicho objeto.
- Ag. Pérez:* Como de 9 centímetros de largo, más o menos 1 centímetro de ancho, bastante delgado y curiosamente curvado
- Fiscal:* ¿Por qué usted denomina dicho objeto como una ganzúa?
- Ag. Pérez:* Con base en la experiencia como detective del grupo de patrimonio; está uno acostumbrado a ver dichos objetos, y distingue con facilidad que se trata de una ganzúa por lo delgado y curvado, pues con ellos se pueden correr los pestillos de las cerraduras, al manipularlos entre el marco y la puerta.
- Fiscal:* De volver a ser dicho objeto encontrado a Pedro, podría usted identificarlo?
- Ag. Pérez:* Sí, Señor.

Paso 2.- MARCAR OBJETO

<i>Fiscal:</i>	Solicito al Señor Juez que este objeto que tengo en mis manos sea marcado como identificación # 1 de la Fiscalía
<i>Juez:</i>	Señor secretario, sírvase marcar dicho objeto con la identificación de # 1 de la Fiscalía.

Paso 3. - MOSTRAR EL OBJETO MARCADO A LA OTRA PARTE

<i>Fiscal:</i>	Solicito al señor Juez que quede constancia para el registro de que estoy mostrando este objeto marcado como el # 1 de la Fiscalía al señor defensor.
----------------	---

Juez:	Que así conste.¿Alguna objeción u observación, señor defensor?
Defensor:	Sí, señor Juez, que el fiscal y el testigo se refieran al mismo como un «objeto» hasta tanto no se acredite por un experto la calidad, funcionalidad, identificación y denominación del mismo
Juez:	Señor Fiscal...
Fiscal:	El testigo ha sido acreditado como detective del grupo de patrimonio con más de 3 años de experiencia, y, con base en dicha experiencia, ha identificado el uso y denominación del objeto en cuestión.
Juez:	Sin fundamento la objeción, prosiga, señor fiscal.

Paso 4. - MOSTRAR OBJETO MARCADO AL TESTIGO MEDIO

Fiscal:	Señor Juez, solicito permiso para mostrar la identificación # 1 de la Fiscalía al agente Pérez.
Juez:	Proceda, señor fiscal.

Paso 5. – IDENTIFICACIÓN y/o RECONOCIMIENTO DEL OBJETO POR PARTE DEL TESTIGO MEDIO

Fiscal:	Agente Pérez, ¿podría decirnos qué es el objeto identificado como el # 1 de la Fiscalía?
Ag. Pérez:	Es una ganzúa.
Fiscal:	¿Es similar a la que le encontró al acusado el día de su captura?
Ag. Pérez:	Es la misma.
Fiscal:	¿Por qué puede aseverar que es la misma que se le encontró al acusado el día de su captura?
Ag. Pérez:	Porque en la etiqueta que tiene reconozco mi nombre, mi placa y mi firma, las cuales coloqué una vez embale en bolsa plástica la ganzúa que le encontré al acusado el día de su captura, antes de entregarla a la bodega de evidencias físicas de la Fiscalía.
Fiscal:	¿La ganzúa se encuentra en similar condición a la que tenía cuando se la encontró al acusado?
Ag. Pérez:	En efecto.
Fiscal:	Y se ratifica en que, según su experiencia y conocimiento, se trata de una ganzúa?

Ag. Pérez:	Sí, señor.
------------	------------

Paso 6. – OFRECIMIENTO AL JUEZ DEL OBJETO COMO PRUEBA

Fiscal:	Señor Juez, se ofrece este objeto que el testigo califica como ganzúa, marcado como identificación # 1 de la Fiscalía, como prueba; le solicito sea marcado como prueba # 1 de la Fiscalía.
Juez:	Señor defensor, ¿ tiene alguna objeción al respecto?
Fiscal:	Por lo pronto no, señor Juez.
Juez:	Se admite este objeto denominado ganzúa como prueba, y que por secretaría sea marcado como prueba # 1 de la Fiscalía. (Así se hace.)
Fiscal:	Señor Juez, permiso para acercarme. Señor Juez, pongo a su disposición y análisis la ganzúa marcada como prueba # 1 de la Fiscalía.

Paso 7.- UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

...	(Una vez hecho lo anterior, el objeto denominado como ganzúa y marcado como prueba # 1 de la Fiscalía podrá ser utilizado para los fines pertinentes con el mismo testigo u otros testigos de la Fiscalía, y por la defensa en sus contrainterrogatorios y en los interrogatorios de sus testigos, así como en los alegatos de clausura de las partes.)
-----	---

10. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE PENA

1. Objeto: Como es apenas obvio, la audiencia de individualización de pena tiene como finalidad que las partes suministren al juzgador sus visiones particulares acerca de la naturaleza del hecho, circunstancias que lo rodearon, antecedentes individuales, personales y sociales del procesado y como consecuencia de ello un diagnóstico sobre la clase/s de pena/s que se ha de imponer al procesado, particularmente, indicando la pena establecida por el legislador para el delito/s por el que fue declarado culpable, el cuarto/s de movilidad que tiene el juzgador, cuál es el delito más grave para efectos de acumulación jurídica de pena (si se trata de concurso real de hechos punibles), rebajas de pena por indemnización, negociación o allanamiento (en los casos permitidos), la forma de ejecución de la pena, la posible sustitución de la pena principal, etc.

La audiencia de individualización de pena tiene lugar en tres situaciones: a) cuando el imputado, en cualesquiera de las oportunidades establecidas por la ley (audiencia de imputación, audiencia preparatoria o audiencia de juicio oral) unilateralmente acepta los cargos, siempre que entre Fiscalía y el procesado (con posterioridad a la aceptación de los cargos) no hayan llegado a un acuerdo sobre la clase/s de pena/s, quantum de la misma y su forma de ejecución; b) cuando entre fiscalía e imputado hayan celebrado un acuerdo o negociación con relación al delito/s por los que el procesado se declara culpable, pero dicho acuerdo no comprenda la clase/s de pena/s a imponer, quantum de la misma y/o su forma de ejecución; c) después del sentido del fallo, siempre que este sea condenatorio.

No siendo este el escenario adecuado para recordar teorías sobre la naturaleza, principios y fines de la pena, no está por demás resaltar primero que son de gran ayuda los conocimientos que se tengan sobre los temas indicados, ya que de nuestra oportuna y razonada intervención conlleva a que se eviten errores judiciales en la fijación de la/s pena/s y su forma de ejecución.

Lo más recomendable es que cuando Fiscalía y procesado celebren una negociación la misma comprenda la/s pena/s y forma de ejecución; de ahí que los temas de la audiencia de individualización de pena tengan importancia hasta en las mismas negociaciones, pues si bien es cierto que para la tasación de la pena en acuerdos celebrados entre Fiscalía y procesado no se aplica el sistema de cuartos (por expresa exención contemplada en el Art. 3° de la Ley 890 de 2004) no se debe olvidar que en lo demás el acuerdo debe estar ajustado a los preceptos legales, esto es que la pena debe tasarse dentro del marco de punibilidad establecido para cada delito (comprendiendo todas las circunstancias de agravación, atenuación y amplificadores del tipo – a menos que las exenciones de un agravante formen parte de la negociación) so pena que el acuerdo sea rechazado por el juez de conocimiento.

Se enfatiza que la audiencia de individualización de pena forma parte del proceso penal, y por lo mismo debe realizarse bajo los principios que gobiernan el procedimiento penal; esto para significar que corresponde al titular de la acción penal probar todo lo referente a los antecedentes (individuales, familiares y sociales) que resulten desfavorables al declarado culpable, de lo contrario se presume no existen: Por el contrario, la defensa no está obligada a demostrar el comportamiento ejemplar (individual, familiar y social) durante toda la vida del procesado, pues este se presume en todos los casos en que no haya evidencias que lo infirmen. A La Fiscalía no le es suficiente con decir que se tuvo información que el procesado acostumbra a tener comportamientos inadecuados o incorrectos (individual, familiar o socialmente) sino que tiene que acreditarlos; en cambio la defensa no está obligada a demostrar que su defendido no registra antecedentes de ningún orden, basta con que La Fiscalía no los demuestre para entender que sus antecedentes (individuales, familiares y sociales) son los adecuados. Sin embargo, cuando la defensa quiere exaltar el comportamiento individual, familiar y social de su prohijado – por encima del normal –, también podrá hacerlo, y ofrecer en la audiencia de individualización de pena las evidencias que así lo indiquen.

2. Clases de pena:¹³⁴ Las penas son principales, sustitutivas y accesorias.

2.1. Las penas principales: las conforman aquellas que se imponen en forma autónoma, es decir que no dependen de nada diferente a que el procesado sea declarado culpable (verbigracia la prisión, la multa, y las privativas de otros derechos)¹³⁵ y se caracterizan por estar contenidas dentro de cada **tipo penal**.

2.2. Las penas sustitutivas: no se imponen de manera autónoma sino que vienen a reemplazar otra, la pena principal (verbigracia, la pena de prisión domiciliaria que puede sustituir a la pena de prisión y la pena de arresto que puede sustituir la pena de multa).

2.3. Las penas accesorias: son aquellas que se imponen no de manera autónoma sino como complemento de las penas principales, es decir que no hay lugar a ellas cuando el tipo penal las consagra como principales (ejemplo, el delito de concusión consagra como penas principales – entre otras penas – la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años, por lo tanto no podrá imponerse, al declarado culpable por ese delito, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal, pues de hacerlo se quebranta el principio de non bis in ídem. Además – las penas accesorias – sólo se pueden imponer cuando tengan una relación directa con la conducta punible por la que fue declarado culpable el procesado,¹³⁶ (verbigracia, la pena accesoria de privación del derecho a la tenencia o porte de armas de fuego con salvo conducto sólo procede cuando

134 CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Art. 34

135 135 OP Cit. Art. 35.

136 Op – Cit. Art. 52

el procesado haya sido declarado culpable por homicidio – o lesiones personales – y se haya establecido que fue producto de un inadecuado o incorrecto uso del arma de fuego que tenía legítimamente).

La importancia de saber las clases de penas radica en que a partir de la calificación jurídica que haga La Fiscalía en la imputación (cuando el procesado se allana en la audiencia que lleva su mismo nombre), en la acusación (cuando el procesado se allana en la audiencia preparatoria o en la audiencia de juicio oral), en los alegatos finales (cuando el proceso termina con audiencia de juicio oral) o en la que obre en el acuerdo celebrado por las partes (cuando el proceso termine por negociación entre Fiscalía e imputado), puede determinarse – con alguna precisión – a qué pena/s está abocado el declarado culpable y si la misma es susceptible de pena sustitutiva o es viable el otorgamiento de uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad (cuando la pena principal es de prisión) y/o la forma de amortización (cuando la pena principal es de multa).

Así mismo podrá hacerse un diagnóstico referente a si el procesado también puede verse abocado a la imposición de pena/s complementarias o accesorias, porque una o algunas de ellas guardan una estrecha relación con la conducta punible por la que fue declarado culpable, o si está exento de las mismas, bien porque el comportamiento por el cual fue condenado no guarda relación directa con el tipo de sanción, ora porque aún teniéndola, la pena complementaria, que guarda estrecha relación con el delito ya fue impuesta como pena principal.

De otra parte, entiendo que a partir del conocimiento íntegro de la imputación jurídica (en los momentos ya indicados) podemos establecer cuál puede ser nuestra intervención en la audiencia pública de individualización de pena; es decir en qué aspectos debemos hacer énfasis y en cuáles de los presentados por la parte contraria podemos asentir o controvertir, pues los intervinientes no están obligados a realizar una exposición exhaustiva sobre la pena/s y forma de ejecución – máxime si se trata de situaciones perjudiciales a sus propios intereses – ni tampoco está obligado a controvertir hechos o situaciones que a pesar de beneficiar sus intereses fueron expuestos o admitidos por la parte contraria; cuando ello ocurre no solo se desdibuja la intervención sino que además se considera que se carece de legitimidad para alegar o controvertir.

Sin embargo, se debe tener cuidado con el silencio, pues en algunos casos se considera que tampoco se tiene legitimidad para recurrir cuando en la audiencia de individualización de pena no se controvertieron los argumentos presentados por la parte contraria y que a la postre perjudicaron nuestros intereses, pues en este caso se entiende que se dio el asentimiento. De igual manera, tampoco podrá pretenderse hacer valer en alzada hechos que, a pesar de favorecer nuestros intereses, no fueron expuestos en la audiencia de individualización de pena, pues en este caso se entiende que al no ser puestos en consideración de la primera instancia el de segundo grado no puede pronunciarse, so pena de pretermitir las instancias.

3. Determinación de la pena: en un sistema democrático, regido por el principio de legalidad, el órgano legislativo (como representante del pueblo) es el encargado de establecer – en forma abstracta y previa – qué clase/s de pena/s debe recibir el autor o partícipe de un hecho disociador, elevado a la categoría de delito o contravención. Por el poco espacio con que contamos y el propósito perseguido con estas notas, es obvio que no nos ocupemos de los criterios que debe seguir el legislador para elevar un comportamiento humano a la categoría de delito, así como tampoco de los criterios que lo sujetan al momento de fijar la pena, por lo que se considera suficiente con recordar que por ser la pena una restricción a derechos fundamentales, el legislador debe fijarla con criterios de racionalidad, proporcionalidad y necesidad.¹³⁷

En principio lo ideal es que para la seguridad jurídica (y como función preventiva general) el legislador determinara con exactitud cual es la/s pena/s que en concreto debe recibir una persona por haber realizado un comportamiento delictivo; sin embargo, lo cierto es que al legislador le es imposible prever hechos concretos, por eso las descripciones típicas se hacen de manera abstracta e impersonal, “delegando” en el juez de conocimiento el proceso de individualización e imposición de la pena, pero en todo caso, fijándole parámetros precisos para ello.

Dichos parámetros, aunque puede resultar polémico, de manera muy sencilla considero que componen tres (3) aspectos: la determinación de los mínimos y máximos, los modificadores del marco punitivo y los fundamentos de la individualización de la pena. Cuando en una sentencia se respetan dichos parámetros, se predica que la pena es legal, y cuando, por cualquier circunstancia, el sentenciador se aparta de esos parámetros se dice que la pena es ilegal, bien por exceso o por defecto.

3.1. Parámetros para la determinación de mínimos y máximos: El proceso de fijación de límites mínimos y máximos de pena lo denominaremos marco punitivo en razón a que constituye el parámetro de pena establecido por el

137 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 070, de fecha febrero 22 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“... En pronunciamientos anteriores (C-556 y C-557 de 1992 y C-093 y C-565 de 1993), la Corte ha reconocido la competencia del Legislador “para establecer, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, regímenes estructurados a partir de criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos, basados por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas que presentan variaciones importantes en cuanto a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se buscan proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal” (C-565 de 1993).

Ahora bien, en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el legislador debe actuar dentro de los límites constitucionales. Tales límites pueden ser explícitos como implícitos. Así, al Legislador le está vedado, por voluntad expresa del constituyente, establecer las penas de muerte (C.P. art. 11), destierro, prisión perpetua o confiscación (C.P. art. 34), así como someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (C.P. art. 12). Por otra parte, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el legislador debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2). La dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a la Corte velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad...”

legislador en cada tipo penal. Dicho procedimiento en principio, pareciera no ofrecer mayores dificultades, pues el legislador determinó – en forma concreta – tanto la mayor como la menor expresión de desvalor de conducta (pena) a cada tipo básico y algunos especiales y subordinados; sólo dejó inconclusa la pena para algunos tipos subordinados. En otras palabras, la fijación del marco punitivo (mínimo y máximo de pena) reviste importancia o trascendencia sólo cuando el comportamiento punitivo comprende un tipo penal subordinado (esto es aquel tipo penal que no tiene autonomía sino que contiene enunciados calificadores de la acción del tipo base, ya sea privilegiándolos con una menor punibilidad o agravándolos (con una pena superior), pero que en concreto no le fija pena sino que ordena un incremento o decremento punitivo del tipo base o del especial.

Como Ejemplo de tipo básico, que contiene penas, con mínimo y máximo determinado, tenemos el Art. 404 C.P. establece que *“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o aun tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.”*

Antes de proseguir, es bueno insistir en varias cosas: primero, que todo tipo penal básico tiene el marco punitivo concreto (mínimo y máximo) de pena/s fijado por el legislador; segundo, que no todos los tipos penales especiales tienen marco punitivo preciso, aunque la mayoría sí; tercero, que no todos los tipos penales subordinados carecen de marco punitivo preciso, como ocurre con el homicidio agravado, que no obstante ser un tipo subordinado tiene establecido el marco punitivo en forma concreta; cuarto, que cada vez que nos referimos a los parámetros para fijar mínimos y máximos, es decir dando aplicación al Art. 60 del C.P., nos estamos refiriendo a la parte especial del código, pues las disposiciones que contribuyen a la dosificación punitiva pero que obran en la parte general del código penal, se les conoce como factores modificadores del marco punitivo, figuras, que en su mayoría se rigen de manera diferente a lo dispuesto por el artículo 60 C.P.

A continuación se abordarán las reglas establecidas para determinar los mínimos y máximos aplicables, a los tipos penales subordinados.

3.1.1. Cuando la pena “se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.” En este caso el precepto nos está indicando dos situaciones: de una parte, que cuando el tipo penal, en el que se subsume el comportamiento punible, ordena un aumento en una proporción determinada, dicho aumento cobija los dos extremos (mínimo y máximo) por igual. Ejemplo.

El artículo 330 del C.P. preceptúa que “el que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, manipule, experimente o propague especies, microorganismos, moléculas, sustancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos,

o alteren perjudicialmente sus poblaciones, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de trescientos (300) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes." A su vez el inciso tercero de la misma disposición ordena un incremento de la tercera parte (1/3) si a consecuencia del comportamiento, inicialmente descrito, "se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies."

En un hipotético caso en el que una persona haya manejado ilícitamente microorganismos nocivos, esto es que haya manipulado o experimentado con microorganismo, sin el acatamiento estricto de la normatividad existente, y a consecuencia de ello se haya ocasionado una enfermedad plaga o erosión genética de las especies, podría estar abocado a una pena cuyo marco punitivo quedaría así:

1). Se toma la/s pena/s del tipo básico: Prisión de 2 a 6 años.

Multa de 300 a 10.000 SMILMV.

2). Dicha pena será aumentada, tanto en el extremo mínimo como en el máximo, en una tercera parte.

Para la pena de prisión: $2 + \frac{1}{3}$ a $6 + \frac{1}{3}$.

2 años y ocho meses a 8 años de prisión.

La pena de multa quedaría así: de $300 + \frac{1}{3}$ a $10.000 + \frac{1}{3}$ SMLMV

De 400 a 1333.33 SMLMV

De otra parte, la misma regla nos está indicando que cuando el tipo penal, por el que se declaró culpable a una persona, ordena una disminución en una proporción rígida o determinada (como la disminución en la octava parte, en la tercera parte, en la quinta parte, etc.), dicha disminución cobija tanto al mínimo como al máximo de pena establecido para el tipo básico. Ejemplo.

El Art. 400 del C.P. señala que *"el servidor público que respecto a bienes del Estado o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término."* A su vez, el Art. 401, Inc. 1°, preceptúa que *"si antes de iniciarse la investigación, el sujeto agente, por sí o por tercera persona hiciera cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad."*

En un caso hipotético, en el que un servidor público ha cometido el delito de peculado culposo, pero antes de iniciarse la investigación penal decide pagar el valor de lo extraviado o dañado, la pena quedará así:

Pena de prisión oscilaría de: $1 - \frac{1}{2}$ a $3 - \frac{1}{2}$ años de prisión.

De 0.5 años de prisión a 1.5 años de prisión.

De 6 meses de prisión a 18 meses de prisión.

La pena de multa quedaría así: $10 - \frac{1}{2}$ SMLMV a $50 - \frac{1}{2}$ SMLMV.

En consecuencia la pena de multa oscilaría de 5 SMLMV a 25 SMLMV.

Como puede observarse, cuando la pena se aumenta o disminuye en una proporción fija rígida o determinada, comprende tanto al mínimo como al máximo de la pena establecida para el tipo básico.

3.1.2. Cuando la pena “se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción, básica.” En este evento la norma nos indica que el tipo subordinado está ordenando sólo un aumento de pena y en una proporción indeterminada, es decir no fija; en ese caso el incremento punitivo no afecta el mínimo de pena establecido en el tipo básico, pero sí al máximo en la proporción indicada en el tipo subordinado.

Ejemplo. El Art. 178 del C.P., consagra como tipo básico el delito de tortura y establece que quien realice ese comportamiento tendrá pena de prisión de ocho (8) a quince (15) años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes y una pena privativa de otros derechos – consistente en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas – por un término igual al de la pena privativa de la libertad. Por su parte el Art. 179 establece que cuando el delito de tortura se realice bajo cualquiera de las situaciones allí previstas la pena “se aumentará hasta en una tercera parte.”

De lo anterior podemos deducir que si una persona realiza el delito de tortura y a su vez el sujeto agente es “integrante del grupo familiar de la víctima” la pena a la que, eventualmente podría verse abocada quedaría de la siguiente forma:

Pena de prisión: oscilaría de 8 a $15 + \frac{1}{3}$ años de prisión =

” (8) a veinte (20) años de prisión

La pena de multa oscilaría de 800 a $2000 + \frac{1}{3}$ SMLMV=

”800 a 2666.66. SMLMV

Como vemos el mínimo de la pena no sufrió ninguna variación, el aumento lo tuvo el extremo máximo del tipo básico.

3.1.3. Cuando la pena disminuya “hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.” Aquí lo que nos indica el precepto es que cuando el tipo subordinado ordena una disminución punitiva, en proporción indeterminada (como hasta la tercera parte, hasta la mitad, hasta una sexta parte, etc.), la disminución solo se aplicará al mínimo establecido en el tipo básico.

Ejemplo: El artículo 263 del C.P. preceptúa que *“El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificaciones ajenas, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”* A su vez el parágrafo del mismo artículo ordena un decremento punitivo hasta de las dos terceras (2/3) partes “cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubiesen sido invadidos.”

En un hipotético caso en el que una persona es declarada culpable del delito de invasión de tierras, pero a su vez también se haya establecido que una vez que fue vinculada al proceso abandonó voluntariamente los terrenos ocupados por vía de hecho, la pena a la que se verá abocada se determina así:

La pena de prisión oscila de 2 a 5 – 2/3 años =

” 24 meses a 60 – 2/3 meses =

” 24 meses a 60 – 40 meses

Como al hacer la operación aritmética el extremo máximo resulta inferior al extremo mínimo, en este caso se tiene como límite y como pena de prisión única la indicada en el extremo mínimo, 24 meses de prisión; en este caso, por sustracción de materia, tampoco resulta viable aplicar el sistema de cuartos que adelante se verá. Lo mismo ocurre cuando con el incremento del mínimo se supera el umbral del máximo, caso en el cual el extremo máximo sirve como límite al mínimo, como sucede con el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal agravado – ins. 2° del Art. 365 –.

La pena de multa oscilaría de 50 a 200 – 2/3 SMLMV

” 50 a 200 – 133.3 SMLMV

” 50 a 66.67 SMLMV

3.1.4. Cuando el tipo subordinado determine que la pena del tipo básico se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo.

Ejemplo: El Art. 109 del C.P. establece que el que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por su parte el Art. 110 ibídem establece que, en las circunstancias indicadas por dicho artículo, la pena prevista en el Art. 109 se aumentará de una sexta parte a la mitad.

En el evento hipotético de que el sujeto agente cometa homicidio culposo y sin justa causa abandonó el lugar de la comisión de la conducta, aplicando la regla tendríamos que el incremento menor, es decir una sexta parte, se aplicará al mínimo (dos años de prisión y a la multa veinte salarios mínimos legales mensuales vigentes) y el incremento punitivo al superior, es decir la mitad, se aplicará al máximo (seis años de prisión y cien salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa), se le aumentará la mitad.

a). La pena de prisión ira de: de $2 + 1/6$ a $6 + 1/2$. años de prisión =

" 2 años 4 meses a 9 años de prisión.

b). La pena de multa oscilaría de $20 + 1/6$ a $100 + 1/2$ SMLMV.

" 23.333 a 150 SMLMV.

3.1.5. Cuando el tipo subordinado establezca que la pena del tipo básico sea disminuida en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo.

Ejemplo: el artículo 105 consagra el homicidio preterintencional, y establece que "El que preterintencionalmente matare a otro incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores [homicidio simple y homicidio agravado] disminuida de una tercera parte a la mitad. Así, en el caso hipotético de que el sujeto agente preterintencionalmente le haya dado muerte a su compañera permanente, llegaríamos a la siguiente conclusión:

El homicidio agravado consagra una pena de 25 a 40 años de prisión; al aplicar la regla tenemos que el mayor parte es la mitad (1/2), esta se ha de disminuir al mínimo de la pena del tipo especial, o sea a 25; y como la menor parte, o sea una tercera (1/3) se le disminuye al máximo, entonces tenemos la siguiente ecuación:

Homicidio preterintencional:

La pena de prisión irá de: $25 - 1/2$ (años de prisión) a $40 - 1/3$ (años de prisión)

12.5 años de prisión a 26.6 años de prisión.

No sobra advertir que para determinar el ámbito o marco punitivo general no son suficientes las reglas establecidas, pues en ocasiones el tipo subordinado señala una forma de incremento o disminución punitiva diferente al establecido

por las reglas anotadas, que en virtud del principio hermenéutico de que la norma especial prevalece sobre la general, habrá necesidad de desechar las reglas y acoger la fórmula especial que indique el tipo subordinado.

Ejemplo: el Art. 384 C.P. establece que el mínimo de pena establecido para todos los delitos de tráfico de drogas y otras infracciones se incrementará en la mitad, en todas las circunstancias que señala la norma en cita.

Ejemplo: si una persona – de conformidad con el Art. 378 íbidem – estimula el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia, valiéndose de un menor de edad o de un inimputable, ya no incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, sino que incurrirá en prisión de seis (6) a ocho (8) años, en razón de que el tipo especial ordena incrementar la pena tan sólo en una proporción determinada al mínimo, mas no al máximo. El incremento, en la proporción indicada también cobijará a la multa.

Por último, aunque la norma no lo trae, cuando el comportamiento por el que una persona fue declarada culpable cobije dos tipos penales subordinados, uno que ordene agravar la pena del tipo básico o especial y otro que ordena disminuirla, primero se procede a aplicar el tipo subordinado que la aumenta y de último el tipo subordinado que la disminuye.

Ejemplo: En el caso hipotético de que una persona, que no registre antecedentes penales, haya sido declarada culpable por haberse apoderado de cosa mueble ajena por valor de cien mil pesos (\$100.000.00) ejerciendo violencia sobre la víctima, y en lugar despoblado o solitario (hurto calificado y agravado en cuantía inferior a un salario mínimo legal mensual vigente), el procedimiento para fijar el marco punitivo será el siguiente.

Primero se tomaría el tipo especial de hurto calificado por la violencia sobre las personas, que de acuerdo con el Art. 37 Num. 4° inc. 2° de la Ley 1142 de 2007, consagra una pena de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años; a este quantum se le suma (de acuerdo con las reglas expuestas) la mitad al mínimo ($8 + 1/2$) y las tres cuartas al máximo ($16 + 3/4$), por haber realizado el hecho en un lugar despoblado o solitario, de conformidad con el Art. 51 Num. 9° de la citada ley. Esto nos arroja un mínimo de 12 años de prisión y un máximo de 28 años de prisión.

Sin embargo, como quiera que el Art. 268 del C.P. ordena una rebaja de pena de una tercera ($1/3$) parte a la mitad ($1/2$), cuando la conducta se realice sobre una cosa cuyo valor sea inferior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, siempre que el declarado culpable no tenga antecedentes penales, aplicando las reglas supra-enunciadas, tenemos: disminución de la mitad ($1/2$) al mínimo y de la tercera ($1/3$) parte al máximo.

De esa forma, el marco punitivo oscilaría entre un mínimo de seis (6) años de prisión y un máximo de 18 años 8 meses de prisión; pues la mitad de 12 años son 6 años y la tercera parte de 28 años son 9 años 4 meses.

El procedimiento escogido no es un procedimiento caprichoso, sino que resulta favorable al declarado culpable, pues los aumentos se realizan sobre una cantidad menor (la contemplada en el tipo básico o especial), y la disminución se efectúa sobre una cifra mayor (la pena del tipo especial o básico más la del subordinado que la incrementó), situación que inequívocamente favorece al procesado. En otras palabras, aquí si podemos decir que no se cumple con la ley conmutativa, pues el cambio en el procedimiento altera el resultado, y ante tal situación se debe acoger el que más favorezca al procesado en virtud del principio pro homine.

3.2. Factores modificadores del marco punitivo: hasta aquí hemos visto dos aspectos: Primero que el marco punitivo general para cada delito se extrae o se deduce de los correspondientes tipos penales consagrados en la parte especial del Código Penal, por los que fue declarado culpable el procesado; y segundo, que cuando un comportamiento delictivo encuadra en dos tipos penales subordinados, uno que ordena aumentar la pena del tipo básico o especial, y otro que ordena disminuirla, se comienza aplicando el tipo penal subordinado que ordena aumentarla y se finaliza dando aplicación al tipo penal subordinado que ordena disminuirla. Sin embargo, con eso no hemos resuelto todo el problema de dosificación punitiva, pues la parte general del código consagra los denominados amplificadores del tipo penal, pero que aquí, en razón al tema tratado, denominaremos modificadores del marco punitivo por alterar (incrementando o disminuyendo), los límites máximos y mínimos de la pena que ordinariamente corresponde al tipo básico o especial más la que resulte de la aplicación de los tipos subordinados.

Dicho de otra forma, los modificadores del marco punitivo son todas aquellas disposiciones contenidas en la parte general del Código Penal que vienen a variar la punibilidad de los tipos penales que consagra la parte especial. Se caracterizan por ser genéricos (pueden aplicarse a todos los delitos), por no ser autónomos (solo tienen aplicabilidad cuando la persona ha sido declarada responsable de la infracción de una norma contemplada en la parte especial del código), se aplican sin seguir las reglas del artículo 60, cuando se acude a ellas se hace por analogía, porque por lo general ordenan un aumento o disminución punitiva específica. Ellos son:

1. El Art. 27 C.P. que instaura la tentativa.
2. El Art. 30 inciso 2° C.P. que consagra la complicidad
3. El Art. 30 inciso 3° C.P. que establece la figura del sujeto activo no calificado.
4. El párrafo del Art. 31 C.P., que contempla las figuras de delito continuado y delito masa.
5. El Art. 32 numeral 7° inciso 2° C.P. que instituye el exceso en algunas causales excluyentes de responsabilidad.

6. El Art. 32 Num. 11 C.P., que sanciona el error vencible sobre la ilicitud de la conducta.

7. El Art. 56 C.P. que establece, como diminuyente punitivo, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, cuando hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible.

8. El Art. 57 C.P., que configura como diminuyente punitivo aquel comportamiento delictual realizado por el sujeto agente en estado de ira o intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injustificado.

9. El Art. 14 de la Ley 890 de 2004 que preceptúa que "...Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley..."

Los modificadores del marco punitivo solo tienen cabida después de haberse realizado el procedimiento del marco punitivo (es decir la fijación del mínimo y el máximo de pena establecido en la parte especial del código). Realizada esa operación se procede a dar aplicación a los factores o circunstancias modificadoras del marco punitivo, establecidas en la parte general del código sustantivo, cuando ellas hacen presencia.

De igual manera, aplicando el mismo principio pro homine, si al momento de dosificar la pena hacen presencia dos o más factores modificadores del marco punitivo, se comienza aplicando el dispositivo que ordene el incremento punitivo y luego el que ordena reducirlo. Esto en razón a que – como ya se dijo – es beneficioso para el procesado. Hacer incrementos punitivos sobre el quantum menor y disminuciones punitivas sobre el quantum mayor, perjudica al declarado culpable, por la sencilla razón de que el decremento es mayor cuando se hace sobre una pena mayor y será menor cuando se realiza sobre una pena menor.

Ejemplo: En un hipotético caso en el que una persona sea declarada culpable por haber hecho imputaciones deshonrosas (injuria), pero a su vez el juez también haya reconocido que dicho comportamiento lo desplegó el sujeto agente en estado de ira, causada por comportamiento grave e injustificado del injuriado, el procedimiento de dosificación de pena es el siguiente.

Art. 220 C.P. Pena de prisión de 1 a 3 años.

Pena de multa de 10 a 1000 SMLMV.

Teniendo en cuenta que el sujeto agente fue declarado responsable sólo por el tipo básico entonces de una vez tenemos el marco punitivo y como obran dos factores modificadores del marco punitivo (el artículo 14 de la ley 890

de 2004 y el art. 57 del C.P.), procedemos a dar aplicación al que ordena el incremento – que para el caso hipotético es el Art. 14 de la Ley 890 de 2004 – y luego el que ordena el decremento punitivo – que para el hipotético caso es el Art. 57 del C.P. –. Entonces tendríamos:

Pena de prisión: oscilaría de $1 + 1/3$ a $3 + 1/2$ años

" 1 año 4 meses a 4 años seis (6) meses. = 16 a 54 meses.

La pena de multa oscilará de $10 + 1/3$ a $1000 + 1/2$

" 13.33 a 1500 SMLMV

Sin embargo, como el juez de conocimiento reconoció que el culpable actuó en estado de ira, ahora se procede a aplicar el artículo 57 del Código penal.

Pena de prisión: irá de la sexta parte del mínimo = $16 / 6$ a la mitad del máximo = $54/2$

Hecha la operación la pena de prisión oscila de 2 meses 12 días a 27 meses de prisión.

La pena de multa oscila de $13.33/6$ a $1500/2$ SMLMV

2.22 a 750 SMLMV.

3.3. Fundamentos para la individualización de la pena. Dentro de los fundamentos de la individualización de la pena, que consagra el Art. 61 del C.P., a grosso modo, contempla dos aspectos: el sistema de cuartos y el criterio de ponderación.

3.3.1. Sistema de cuartos. El primer paso de individualización de pena – en aplicación del Art. 61 C.P. – consiste en determinar el ámbito de punibilidad, entendiendo por tal el trayecto o distancia existente entre el mínimo y el máximo de punibilidad establecido para cada delito, que resulta de efectuar los dos procedimientos anteriores.

Ejemplo. En un hipotético caso en el que una persona haya sido declarada penalmente responsable del delito de falso testimonio, que difícilmente podrá dársele aplicación a un factor modificador del tipo penal, tenemos que el sujeto agente se ve abocado a una pena de prisión que oscila entre 6 y 12 años. Como el ámbito de punibilidad lo determina la diferencia entre 6 y 12 años, el procedimiento es sencillo, basta con restarle al máximo de punibilidad (12 años) el mínimo (6 años), y tendremos como ámbito de punibilidad seis (6) años de prisión.

El segundo paso para individualización de pena, por el sistema de cuartos, consiste en dividir el ámbito punitivo en cuatro partes iguales. Como el ámbito

de punibilidad para el delito de falso testimonio es de seis (6) años de prisión, entonces dividiremos seis (6) en cuatro (6/4) y nos arroja un resultado de 1.5 años, que es lo que se conoce como ámbito de movilidad del juez; lo que significa que cada cuarto contendrá un año y medio de prisión, como ámbito de movilidad del juzgador, representado de la siguiente forma:

6+1.5.	7.5+1.5.	9 +1.5.	10.5+1.5.
Primer cuarto , va de seis (6) a siete años y medio (7.5) años de prisión.	Segundo Cuarto: va de siete años y medio (7.5) a nueve (9) años de prisión.	Tercer Cuarto: va de nueve (9) a diez años y medio (10.5) años de prisión.	Cuarto Cuarto: va de diez años y medio (10.5) a doce (12) años de prisión.
Cuarto mínimo	cuartos medios	cuarto máximo	

Una vez distribuido o fraccionado el ámbito de punibilidad en cuartos, el paso siguiente es determinar dentro de qué cuarto/s se ha mover el sentenciador, sabiendo que *"...El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva..."*

No obstante que la trascrita norma habla de circunstancias de atenuación y/o de agravación punitiva, no hay que olvidar que dicha disposición hace referencia es a las circunstancias de menor punibilidad (Art. 55) y de mayor punibilidad (Art. 58).

Con relación a la movilidad del juzgador dentro del cuarto mínimo considero que, para los fines de este escrito, el asunto no reviste mayor importancia, pues basta con que no obren circunstancias de mayor punibilidad para que el juez no pueda sobrepasar el cuarto mínimo.

Se debe recordar que no siempre que obre una circunstancia de agravación o de mayor punibilidad el juzgador puede traspasar la barrera del cuarto mínimo, pues antes de darle cabida a la circunstancia de mayor punibilidad debe tener en cuenta que:

Primero, el juez de conocimiento no puede considerar que contra el declarado culpable obra una circunstancia de agravación o de mayor punibilidad sólo por el hecho de que esté probada, pues además de ello se requiere que el delegado del ente acusador la haya enrostrado al procesado, esto es que se le haya dado a conocer para que éste pudiera defenderse de ella. Dicho de manera diferente, cuando el fiscal delegado no hace mención a la circunstancia de mayor punibilidad no puede considerarse que la misma obra en contra del declarado culpable por el sólo hecho de que los supuestos de hecho hayan sido demostrados en audiencia de juicio oral, y cuando así se hace se vulnera el principio de

congruencia, y, por ende, el derecho de defensa, y con ello el debido proceso.¹³⁸

Segundo, no puede considerarse que obra circunstancia de mayor punibilidad, cuando la misma circunstancia ha servido como condición cualificadota del sujeto agente, pues si se hace se quebranta el principio de non bis in ídem. Me explico, si la condición para cometer el delito de prevaricato es la de ser servidor público en ejercicio de sus funciones, mal podría enrostrársele al servidor público, que fue declarado penalmente responsable del delito de prevaricato, la circunstancia de mayor punibilidad de **posición distinguida en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.**¹³⁹

138 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de casación de 02 de marzo, de 2005. Magistrado Ponente, Dr. Alfredo Gómez Quintero, Radicación Número 21821.

1. Cuando se alega la violación directa de la ley el censor acepta los hechos, las pruebas y la valoración de ellas hecha por el fallador, evento en el cual le está prohibido oponerse al factum porque la impugnación es de orden jurídico acerca de la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la norma de carácter sustancial. Por eso se tiene dicho que quien acude a dicha causal debe proponer el debate en puro derecho. La labor del demandante se limita entonces a demostrar la existencia de una contradicción de fondo entre la parte motiva y la parte resolutive del fallo, la cual obedece a una falta de congruencia interna entre sus partes y lo decidido en ella motivada por un error de juicio del fallador, que recae sobre la norma de derecho sustancial mediante alguna de las tres modalidades conocidas de violación directa.

2. La deducción en la sentencia de primer grado sin motivación alguna de la coparticipación como circunstancia de mayor punibilidad, respaldada con el silencio de la segunda instancia que solo se refirió a ella de manera tangencial para modificar la condena en perjuicios, constituye una violación al principio de congruencia pues la jurisprudencia actual de la Sala ha convenido en exigir en correspondencia con el concepto acerca de la inequívoca imputación jurídica, la necesidad de la determinación en la acusación de las circunstancias -sean genéricas o específicas- en sus aspectos tanto fácticos como jurídicos.

Con atención a él y a partir del 23 de septiembre de 2003 en sentencia de casación con ponencia del Magistrado Herman Galán Castellanos, esto es con posterioridad al proferimiento del fallo objeto de la impugnación extraordinaria, la Corte ha venido expresando que:

“el solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que la configura, no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia, ya que, como se ha dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica, sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda acerca de su imputación”.

A partir de entonces en múltiples decisiones, entre las cuales cabe citar las sentencias de casación del 5 y 11 de febrero de 2004, rad. 21942 y 14343, con ponencia de los Magistrados Mauro Solarte Portilla y Yesid Ramírez Bastidas, la Sala ha reiterado el criterio “de que el solo enunciado en la resolución de acusación del supuesto fáctico que configura la circunstancia aludida, no es suficiente para que pueda ser deducida en la sentencia. Como está dicho, se requiere inequívoca imputación jurídica” pues “el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le puede desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena”.

3. Lo que se avizora es un desconocimiento del principio de congruencia según el cual la sentencia y la resolución de acusación deben guardar conformidad en los aspectos personal, fáctico y jurídico, por lo que cuando hay discordancia entre ellas el fallo de segundo grado será susceptible de ataque por vía de la causal segunda, siempre que con la misma no se encuentren afectadas garantías que conduzcan a la invalidación de lo actuado.

Luego la inclusión de la causal genérica de mayor punibilidad relativa a la coparticipación criminal rompe con la necesaria concordancia que debe existir entre la sentencia y la acusación, pues esta es el marco en el que se define la imputación jurídica y se erige en garantía de la defensa, la cual no puede ser sorprendida en la sentencia con cargos distintos o adicionales que no conoció en la oportunidad procesal debida y que tampoco tuvo oportunidad de controvertirlos.

139 139CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de Segunda Instancia del 06 de marzo de 2008, Radicación Número: 28996.

Para alejarse del límite inferior en 4 meses (a partir de 48 meses, fijó 52), el A quo dijo que ello obedecía a “la gravedad del hecho, así como que de los señores Jueces de la República se exige el mayor y mejor comportamiento ponderado y ajustado a derecho posible... dada la condición de tal, así como el daño real o potencial creado, evidenciado por la desconfianza que se genera en la administración de justicia, como el ineludible desprecio por las responsabilidades del cargo en el que se actuó”. (1)

Tercero, acorde con lo anterior, tampoco podrá tenerse como circunstancia de mayor punibilidad, aquella estando presente ya le fue imputada al declarado culpable como circunstancia especial de agravación del delito. Valga explicitarlo, el Art. 241 C.P., Mod. Por el Art. 51 de la ley 1142 de 2007, en el Num. 10 preceptúa que el hurto es agravado cuando se realiza por dos o más personas; si al declarado culpable se le imputó esa circunstancia específica de agravación del delito de hurto, no podrá enrostrársele la circunstancia genérica de mayor punibilidad de coparticipación criminal, prevista en el Art. 58 Num. 10 del C.P., pues de hacerlo se quebranta el principio de non bis in ídem.

3.3.2. Criterios de Ponderación: Como su nombre lo dice, es una discrecionalidad reglada que tiene el juez de conocimiento para fijar la pena, una vez que haya determinado el ámbito o cuarto de movilidad, y comprende los siguientes talantes:

3.3.2.1. La menor o mayor gravedad de la conducta: aquí el funcionario judicial no debe mirar el tipo penal en sí, pues de hecho se sabe que todo comportamiento delictual es grave, por lo que se considera que lo que debe apreciar son las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon la conducta, así como todas aquellas circunstancias que “motivaron” al sujeto agente para realizar la conducta, pues no es lo mismo realizar un comportamiento por motivos triviales, que realizarlo por motivos emocionales.

3.3.2.2. El daño real o potencial: La ofensa o daño que produce el delito puede ser efectivo o potencial (peligro de daño); de tal manera que el daño real consiste en la disminución de uno o más bienes jurídicos individuales y/o colectivos. El daño potencial es la puesta en peligro de de uno o más bienes

Para individualizar el castigo, el artículo 59 del Código Penal exige del juez “una fundamentación explícita sobre los motivos” de su “determinación cualitativa y cuantitativa”.

El aparte del fallo transcrito constituye el único argumento del Tribunal para el aumento de esos 4 meses. De su lectura surge incontrastable que lo único que se anotó como “fundamento”, como “sustento” fue la condición de “Juez de la República” del procesado, pues en su “condición de tal”, se le exige un “comportamiento ponderado y ajustado a derecho” y como “despreció esa función” generó “desconfianza” en la sociedad.

La idea, en consecuencia, fue una sola: el cargo de juez que detentaba el procesado permitía agravar su comportamiento.

El razonamiento es deleznable, en cuanto, en el caso analizado, el delito de prevaricato solamente pudo haber sido cometido precisamente porque el acusado cumplía como Juez. De tal forma que esta condición está prevista en la propia definición del tipo penal y no puede ser utilizada doblemente: como estructurante de la conducta y para agravar la pena.

El propio Tribunal, atinadamente, descartó la causal genérica de agravación del artículo 58.9 del Código Penal, deducida en la acusación y relacionada con la posición distinguida del sentenciado en la sociedad, por haber sido distinguido como Juez, en el entendido de que fue esta condición, no otra, la que le sirvió para prevaricar (2). Pues la misma razón se imponía en el tema de que se trata. (La subraya no es original).

Así, se concluye que no hubo fundamento alguno para el aumento de 4 meses decretado, porque el único que puede ser tenido por tal apuntó al ejercicio del cargo de Juez, que, por lo explicado, debe ser descartado, lo que impone a la Sala corregir el yerro y dejar el castigo en el mínimo legal previsto de 3 años.

jurídicos. En otras palabras, hay daño real cuando se lesiona un interés o bien jurídicamente protegido; y hay daño potencial cuando se presenta como una amenaza de lesión a un bien o interés jurídicamente protegido. Obviamente que cuando el daño es real debe incidir en la tasación de la pena.

3.3.2.3. La naturaleza de las causales de agravación o atenuación de la punibilidad: Es obvio que todas las circunstancias de agravación, que consagra el Art. 58 del C.P., no tienen la misma connotación, una/s son de naturaleza más significativa/s que otra/s. Por ejemplo, aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima tiene una naturaleza o connotación mucho más grave que obrar en coparticipación criminal, o que la posición distinguida que tenga el sentenciado en la sociedad.

De igual manera, las circunstancias de atenuación, que consagra el Art. 55 C.P., tampoco presentan la misma connotación, pues es mucho más significativo (positivamente) el obrar por motivos nobles o altruistas que carecer de antecedentes penales o que reparar el daño total o parcialmente.

3.3.2.4. La intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente: como bien es sabido – principalmente la doctrina foránea – se ha considerado que la culpabilidad tiene grados, lo que ha permitido entender, en nuestro medio, la clasificación del dolo y la culpa. El dolo deliberado más grave que el de ímpetu y éste más grave que el dolo eventual. De igual manera, la culpa también ha sido clasificada en culpa con representación (la más grave) y culpa sin representación (menos grave). Como la preterintención es una mixtura del dolo y la culpa, también se puede observar la intensidad del dolo y/o la culpa para determinar la intensidad de la preterintención. Dependiendo de la connotación que revista el dolo, la preterintención y/o la culpa también será el criterio que el juzgador tiene en cuenta al momento de graduar la pena.

3.3.2.5. La necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir: como quiera que la pena debe cumplir con la función de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, lo más obvio es que la función que cumple la pena sea tenida en cuenta por el juzgador al momento de determinarla. De igual manera, cuando el juzgador prevea que la pena a imponer no va a cumplir ninguna función perfectamente puede prescindir de ella, pues no tiene sentido imponer penas por simple prurito.

3.3.2.6. En la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo: Desde tiempos inmemorables se ha dicho que en el iter criminis el sujeto agente realiza o recorre por lo menos cuatro etapas: la face interna o psíquica (idea, deliberación y resolución); la face intermedia (resolución manifiesta); la face externa final o material (preparación); face ejecutiva (ejecución-tentativa, consumación y agotamiento); de igual manera la doctrina ha distinguido entre tentativa acabada (aquella que más se aproxima a la consumación del ilícito) e inacabada (la que habiendo iniciado los actos de ejecución no se aproximó a la consumación). Al momento de

concretizar la pena el juez debe tener en cuenta la mayor o menor cercanía a la consumación, a fin de ser más benevolente con la tentativa más distante a la consumación.

3.3.2.7. En la complicidad, el mayor o menor grado de eficacia en la contribución o ayuda: Ciertamente que la complicidad admite grados de eficacia, de ahí que la doctrina la haya clasificado en necesaria o principal y secundaria o accidental. El juez debe graduar la pena de acuerdo con la mayor o menor eficacia en la contribución o ayuda que el sujeto le preste al autor material en la realización del delito.

3.4. Acumulación jurídica de penas: El Art. 31 C.P. establece que cuando se presente concurso real de conductas punibles, el sujeto agente quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere igual o superior a la que resultare de la suma aritmética ni que supere el máximo de pena permitido (sesenta años de prisión).

Para establecer cuál es la conducta más grave se hace necesario concretar o tasar individualmente la pena que corresponde a cada conducta punible, de acuerdo con los parámetros y criterios ya expuestos, y luego adicionar las penas de las conductas que resultaron menos graves en proporción inferior a la suma aritmética, sin que en ningún caso la suma de penas de todos los delitos menos graves llegue a superar la pena impuesta por el delito más grave ni el máximo de pena permitida.

3.5. Las rebajas de pena: Después de haber fijado la pena, de acuerdo con los fundamentos y criterios ya señalados, es el momento oportuno para dar aplicación a las rebajas de pena, pues estas, en sí, no forman parte de la dosificación de la pena sino que son factores o fenómenos posdelictuales, en los que el legislador por razones de política criminal otorga beneficios punitivos, a quienes colaboren con la justicia (ya sea confesando la participación en el delito – Art. 283 Ley 600 de 2000 –, se allane a los cargos – Arts. 288, 293, 356.5 y 367 de la ley 906 de 2004 y Art. 40 Ley 600 de 2000 –, negocie con la Fiscalía – Arts. 351 y 352 Ley 906 de 2004 –, o colaboración con información útil para el esclarecimiento de hechos delictuosos – Arts 413SS y de la Ley 600 de 2000 –) o a quienes reparen a las víctimas (Arts. 269 y 401 de La ley 599 de 2000).

En ningún caso podrá hacerse las rebaja/s de pena/s sin haberse determinado, de acuerdo con los parámetros y criterios expuestos, la pena para cada delito y la acumulación jurídica correspondiente.

Cuando concurren ambos factores de rebajas de pena (por colaboración con la justicia y reparación a las víctimas) se aplicará primero la rebaja por reparación y luego las rebajas por colaboración con la justicia.

Lo expuesto sobre el procedimiento, parámetros y criterios de determinación de la pena, salvo que no haya entendido correctamente la jurisprudencia,

sigue los criterios que ha venido fijando el Máximo Tribunal Ordinario de administración de justicia en lo penal, sobre la forma como se debe tasar la pena, en un caso concreto.¹⁴⁰

4. Mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad. Es obvio que la audiencia de individualización de pena es el escenario adecuado para solicitar al juez de conocimiento que otorgue, al declarado culpable, el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena – Art. 63 C.P. –, cuando se reúnen los requisitos para ello, pues la sentencia debe hacer un pronunciamiento sobre dicho subrogado penal.

En lo que respecta a la libertad condicional – que es otro de los mecanismos sustitutos de pena privativa de la libertad – la audiencia de individualización de pena no es el escenario adecuado para deprecirla, pues el competente para conceder o negar la libertad provisional es el juez de ejecución de penas. Sin embargo, cuando se reúnan todos los requisitos de la libertad condicional, y el juez de conocimiento vaya a proferir fallo, podrá solicitársele la libertad provisional, con fundamento en lo preceptuado en el Art. 30.1 de La Ley 1142 de 2007, que establece que la libertad del procesado procederá “...cuando

140 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 27 de abril de 2005, Magistrado Ponente Dr. Edgar Lombana Trujillo, Número de Radicación 19970.

6. El Código Penal, Ley 600 de 2000, (sic) no permite tanta discrecionalidad al Juez, como ocurría en el régimen anterior, pues ya no puede moverse indiscriminadamente entre el mínimo y el máximo de la pena que trae el tipo infringido, sino que establece tres pasos a seguir obligatoriamente para la dosificación de la pena en un caso concreto:

6.1 Inicialmente, determinar el ámbito de punibilidad, que consiste en establecer los máximos y los mínimos aplicables en consideración al hecho imputado, con todos sus factores, modalidades y circunstancias que inciden en la punibilidad (artículo 60). El guarismo que resulta restando el mínimo del máximo es el ámbito de punibilidad.

Para el asunto que se examina, el homicidio agravado se sanciona con prisión de 25 a 40 años, en el artículo 104 del Código Penal.

Quiere ello decir que el ámbito de punibilidad es de 15 años, que se obtienen restando 25 de 40.

6.2 Determinar el ámbito de movilidad, el cual se obtiene dividiendo el ámbito de punibilidad entre cuatro, para luego determinar la extensión de cada cuarto: uno mínimo, dos medios y uno máximo (artículo 61).

Como en el homicidio agravado el ámbito de punibilidad es de 15 años. Esta cifra dividida entre 4, da como resultado 3 años más 9 meses.

Significa ello que el ámbito de movilidad al interior de cada cuarto es de 3 años más 9 meses.

Para el cálculo de los cuartos, se parte de la pena mínima y se va adicionando sucesivamente el ámbito de movilidad.

En el caso del homicidio agravado la pena mínima es de 25 años de prisión y el ámbito de movilidad es 3 años más 9 meses. Entonces:

- Cuarto mínimo: desde 25 años hasta 28 años más 9 meses.
- Cuartos medios: desde 28 años y 9 meses hasta 36 años y 3 meses.
- Cuarto máximo: desde 36 años y 3 meses hasta 40 años

6.3 Para determinar el cuarto o los cuartos en que ha de moverse el Juez la normatividad prevé estas subreglas:

Cuarto mínimo: El juez sólo podrá moverse en este cuarto “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva” (artículo 61)

Cuartos medios: El juez sólo podrá moverse en este cuarto “cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva” (artículo 61).

Cuarto máximo: El juez sólo podrá moverse en este cuarto “cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva” (artículo 61).

6.4 Individualizar la pena siguiendo las instrucciones impartidas por el artículo 61 y ponderando todos los aspectos que la norma menciona:

“Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinar la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causas que agraven o atenuen la responsabilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

haya cumplido la pena, según determinación anticipada que para este efecto se haga..." en concordancia con el Art. 12.8 ejusdem, que preceptúa que se tramitarán como audiencia preliminar, ante los jueces de control de garantías, todas las peticiones de libertad, siempre que sean hechas con anterioridad al sentido del fallo.

Para que proceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena se requiere: primero, que la pena de prisión impuesta (incluyendo los factores modificadores de la punibilidad y las rebajas por colaboración con la justicia y reparación a la víctima) no exceda los tres (3) años; y segundo que los antecedentes personales, sociales y familiares, así como la modalidad y la gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Lo primero que se advierte es que cuando se cumple con el requisito objetivo (la pena impuesta es inferior a los tres años de prisión) la tesis es que, en virtud del principio de indubio pro libertates, se debe conceder el subrogado de suspensión condicional de ejecución de la pena, y sólo de manera excepcional, cuando esté demostrado que el declarado culpable necesita de tratamiento penitenciario, podrá denegársele. En otras palabras, la denegación del subrogado exige del funcionario un convencimiento más allá de toda duda razonable de que el declarado culpable necesita de tratamiento penitenciario, ya sea por los antecedentes (individuales, familiares y/o sociales) del condenado, o por la modalidad y gravedad de la conducta punible.

Lo que más nos interesa aquí saber es qué significa antecedentes (individuales, sociales y familiares), es decir si corresponden al Art. 248 de La C.N, o por el contrario, se refieren a otro tipo de circunstancias.

Es obvio que cuando están presentes los antecedentes penales – Art. 248 C.N – los antecedentes sociales pueden considerarse inadecuados; pero en realidad cuando la norma se refiere a antecedentes individuales, familiares y sociales está haciendo alusión a lo que la persona declarada culpable es en sí misma, es decir lo que es su vida individual (qué sabe hacer, grado de instrucción, profesión, etc.), su vida familiar (cómo está compuesta la familia, relación con ella, cumplimiento de obligaciones familiares, etc.) y vida social (en qué trabaja, que amistades tiene, cuál es el comportamiento en el trabajo, cuáles son las relaciones con los compañeros de barrio, con los vecinos, etc.).

Se insiste, la defensa está obligada a acreditar el excelente comportamiento individual social y familiar del declarado culpable, pues como ya se dijo no solo el buen comportamiento se presume, sino que además la defensa no está obligada a probar hechos indeterminados – como el comportamiento bueno del condenado – correspondiéndole, por lo tanto, al ente acusador – cuando tenga interés – demostrar el inadecuado comportamiento individual, social y familiar del declarado culpable.

Es probable que a la audiencia de individualización de pena la defensa llegue sin saber qué evidencias presentará la contraparte (que puedan constituir antecedentes individuales, sociales, familiares, o inclusive hasta penales) que afecten los intereses del declarado culpable, pero ello no puede ser óbice para que la defensa controvierta la evidencia presentada por la fiscalía, ya sea por insuficiencia demostrativa o por no haberlas dado a conocer (descubierto) con anterioridad. Si tiene motivos razonables y justificados podrá solicitar la suspensión de la audiencia, y/o pedirle al juzgador que decrete y practique pruebas ya que el Art. 447 de la ley 906 de 2004 le confiere un término de diez (10) días al juez para ampliar la información que le otorguen las partes.

En cuanto a la modalidad y gravedad de la conducta punible véase lo manifestado en el punto 3.3.2.1.

5. La prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la pena de prisión. Este tema también debe ser abordado en la audiencia de individualización de pena, pues lo más obvio es que en la sentencia el juez de conocimiento haga un pronunciamiento sobre la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, so pena de quedar incompleta la sentencia.

No sobra recordar que para la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria – de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia – sólo procede cuando hacen presencia los presupuestos del artículo 38 del C.P., Mod. Por el Art. 31 de la Ley 1142 de 2007, es decir cuando "...la sentencia se imponga por una conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, que el desempeño personal, familiar y social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no coloca en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena..", y que se garantice el cumplimiento de las obligaciones, que consagra el numeral 3° del mismo artículo.

Es importante recordar, que la norma – Art. 38 C.P. – exige, como factor objetivo para que proceda la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria, que la/s conducta/s por la que se condenó tengan prevista una pena mínima de cinco (5) años de prisión, lo que significa que para efectos de la sustitución lo que se ha de tener en cuenta es la pena prevista para la conducta punible, por la que fue condenado, y no la pena impuesta en la sentencia. Obviamente que el mínimo no comprende sólo el tipo básico, sino también las circunstancias de agravación contenidas en el tipo especial y/o subordinado, lo mismo que las circunstancias modificadoras del marco punitivo del tipo penal.

Lo anterior para significar que pueden presentarse casos en los que no obstante que la pena impuesta al condenado resulte inferior a los cinco (5) años de prisión, sin embargo no tenga derecho a la sustitución de la prisión por la prisión domiciliaria, en razón a que la/s conducta/s por la que se le condenó tiene un mínimo superior a los cinco (5) años de prisión, pero que

en razón a comportamientos o actitudes postdelictuales del procesado, bien como producto de la justicia premial (allanamiento a cargos, negociaciones, etc.) o por reparación a la víctima (indemnización integral) se le hicieron rebajas de pena, que guarda relación con la pena prevista para la conducta punible por la que se le condenó.

También podrá presentarse el caso en el que no obstante que la persona fue condenada a más de cinco (5) años de prisión, pueda tener derecho a la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria. Esta situación se puede presentar cuando una persona es condenada por un concurso real de delitos, y todas las conductas, por las que se le declaró culpable, tienen prevista una pena de prisión cuyo mínimo es inferior a cinco (5) años.

Sobre el desempeño personal, familiar, laboral y social del procesado me remito a lo expuesto en el punto 4., sobre mecanismos sustitutivos a la pena privativa de la libertad.

Por último, en la audiencia de individualización de pena también se debe abordar el tema de la amortización de la multa a plazos, cuando el condenado no puede pagar la multa en un solo acto.

A juicio de quien escribe estas notas, el Art. 39.6 nos está indicando que para la procedencia de la amortización de la pena de multa a plazos, se ha de tener en cuenta no sólo que la persona al momento de la condena no puede pagar la multa en un solo acto, sino que tenga la posibilidad de hacerlo en cuotas, es decir que no tiene el dinero pero que – fundadamente – se espera que lo puede adquirir, pues cuando la persona condenada no tiene posibilidades concretas de obtener el dinero para sufragar la multa, se debe acudir al Art. 39.7 C.P., es decir a la amortización mediante trabajo, que también es una especie de sustitución de la pena de multa por pena de trabajo social.

Dicho de manera gráfica, si la persona condenada no tiene el dinero para pagar la multa en un solo acto pero tiene rentas, bien porque tiene la posibilidad de desempeñar una profesión u oficio o porque es pensionada, etc., es obvio que se puede pagar la pena de multa pero a plazos. Por el contrario, una persona que no tiene bienes sujetos a registro, no puede o no tiene la posibilidad de desempeñar una profesión u oficio, acudir al sistema de plazos es absurdo, porque el cumplimiento no dependerá de la voluntad del obligado sino de circunstancias ajenas a él, lo que nos permite entender que no habría razón válida para sustituirle la pena de multa por arresto, en caso de incumplimiento, pues nadie está obligado a lo imposible.

11. DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LA LEY 906 DE 2004¹⁴¹

La congruencia no hace parte del catálogo de principios procesales consignados en el título preliminar del código de procedimiento penal. Tal vez dicha situación obedezca a que tampoco se encuentra mención específica a nivel constitucional que permita considerarlo como un principio; ni la jurisprudencia se ha encargado de posicionarlo como tal, pese a que siempre ha reconocido su importancia y trascendencia. Por lo que puede señalarse la inexistencia de una tradición jurídica que lo catalogue expresamente como principio o norma rectora del procedimiento criminal.¹⁴²

Tal condición no desmiente, sin embargo, lo significativo de la institución; tanto así que su vulneración viene siendo considerada como causal de casación y, permanentemente, objeto de análisis jurisprudencial y doctrinal insoslayable. Ciertamente en la tradición jurídica colombiana ha ocupado un lugar distinguido a esos niveles, de ahí que haya sido objeto de debate más o menos significativo con ocasión del Decreto 2700 de 1991, y que así mismo se haya considerado como una necesidad de actualización legislativa el desarrollarlo expresamente mediante un procedimiento específico durante el juicio oral, conforme lo informa la Ley 600 de 2000. Como tampoco ha de pasarse por alto que la Comisión Redactora Constitucional conformada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, trabajó en concreto el tema de la congruencia llegando a incluir disposiciones específicas en el cuerpo de la Ley 906 de 2004, que han resultado no obstante insuficientes para paliar los enredos jurídicos que puede llegar a suscitar.¹⁴³

Pese a los descuidos legislativos en el tema, como a los malos entendidos en doctrina y jurisprudencia, que si bien atienden su importancia no la realizan en los cuerpos normativos, podemos considerar a la congruencia como una garantía fundamental que, a falta de reconocimiento expreso bien sería constitutiva de bloque de constitucionalidad, conforme se quiere demostrar a través de esta exposición.

En primer lugar y conforme a un sentido afirmativo, se reputan los derechos como fundamentales, en particular los atinentes al procesamiento penal, cuando atribuyen potestades indiscutibles a las personas que intervienen en los procesos, normalmente en condición de procesados, tales como la libertad, la defensa, la comparecencia, la presunción de inocencia o, el derecho a condicionar la sentencia condenatoria a las preliminares de haber sido escuchado y probatoriamente vencido en juicio público. Los derechos

141 Manuel Fernando Moya Vargas, Abogado Oficina Especial de Apoyo de Bogotá. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

142 Montero Aroca Juan. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Tirant lo blnch. 1997.

143 Espitia Garzón Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. Quinta edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005

fundamentales, en general y desde una perspectiva negativa, conforman limitaciones al poder punitivo del estado, porque están llamados a reconocerlos para que los procesamientos adquieran contenido de legalidad y, por consiguiente, puedan tener fuerza de cosa juzgada ante los demás tribunales.

En tanto que las garantías se entienden fundamentales cuando resultan ser constitutivas de medios unívocos de realización de los derechos señalados como igualmente fundamentales. La relación mediática que existe entre derechos y garantías frecuentemente impide deslindarlos, porque lo uno sin lo otro carece de sentido, tal y como se decía de los derechos en general: sin acción no son nada. De suerte que al reclamarse interdependientes y participar de la misma naturaleza, esto es de fundamentales, que es tanto como afirmar que son imprescindibles, suele llamárselos derechos o garantías fundamentales indistintamente.¹⁴⁴

En todo caso, siendo semánticamente fieles a la doctrina, consideramos la congruencia como una garantía fundamental.

En efecto, desde tiempos antiguos los procesos se conciben bifásicos o compartimentados en dos eventos esenciales. Al margen de las diferencias subyacentes entre los esquemas acusatorio e inquisitorial, los procesos judiciales se caracterizan porque en algún instante opera una cierta crisis de definición que, en el caso de los procesos civiles, se conoce como *litis contestatio*; es decir, se trata del momento en que es fijado el objeto del proceso para poder seguir avanzando con fundamento en la certeza de lo que ocupa la atención del juzgador. Es un instante procesal en que se opera una transformación institucional de las relaciones, por cuanto deja de ser lo que originalmente sucedía para adquirir plena identidad a través de los contenidos de definición que transforman el proceso. Es por ello que se dice de los efectos extintivo y consuntivo, porque por una parte una obligación, la original que motivó la acción, desaparece para siempre y, por otra parte, genera otra obligación completamente nueva por la intervención del magistrado que precisaba en una fórmula los términos de la pretensión y la réplica a la misma. Por suerte que el juez se encontraría atado a los términos de la nueva obligación en cabeza del actor y, de la defensa en cabeza del procesado.

Al proferir el fallo cuanto podía hacer el juez era declarar si el actor había demostrado sus pretensiones o, si por el contrario, el demandado había acreditado sus excepciones. Lo cierto es que al juez le estaba autorizado condenar o absolver con base en las pretensiones y con base en las excepciones respectivamente. Si el actor equivocaba su pretensión en punto al objeto, la persona, el lugar o el tiempo, se daba la situación de *plurispetitio* y el juez, aún en sacrificio de la justicia y a favor del régimen del juego procesal, debía absolver al procesado. A la sazón el juez se encontraba limitado por

144 Carnelutti Francesco, 1879-1945, Cuestiones sobre el proceso penal, acción y proceso, Revista de Derecho Penal Bogotá, No.39 (Oct. - Nov., 2003).

las pretensiones del actor de suerte que si, por ejemplo, al demandar éste pretendía que el demandado le debía 100 pero demostraba que en realidad le eran adeudados 150, el juez no podía más que absolver porque de lo contrario rompería con el principio de congruencia.¹⁴⁵

No es fácil explicar el por qué el proceso resultaba tan rígido, si bien la razón más sólida provendría de los principios acusatorio y adversarial, que conllevan una definición estricta de los roles, de suerte que ningún interviniente podía asumir funciones que no le habían sido deferidas; se trata ciertamente de una concepción informada de un criterio sistémico de desarrollo funcional, que en mayor o menor medida refleja organizaciones irrestrictas y profundamente normativas, como las de un cuerpo biológico donde, por ejemplo, el corazón no puede sino operar las funciones cardíacas, estándole vedadas todas las demás, como las hepáticas. De lo contrario, es decir si le fuese posible asumir otras no contempladas para su estructura, aún cuando operativamente estuviese en condición de hacerlo, generaría un nivel de anomia incontrolable conforme con la cual cada quien termina haciendo lo que le parece que debe hacer, generando caos y disfunción.¹⁴⁶

Evidentemente la forma procesal resulta determinante respecto de las funciones de cada uno de los intervinientes. No da igual el rol del juez en un esquema de corte inquisitorial, puesto que en él son atendibles y hace parte de su esencia, las intervenciones iura novit curia para adecuar las pretensiones a una decisión más consultada de la ley a criterio del juez. Mientras que en una forma judicial ordenada en función del principio acusatorio articulado al adversarial, es asunto privado de las partes presentar las pretensiones con fundamentos jurídicos y probatorios cuya conformidad depende integralmente de quien las alega.¹⁴⁷

Por otro lado, la relación de congruencia se reclama de dos actos procesales, siendo el último invariablemente la sentencia, mientras que el primero suele ser el llamamiento a juicio o resolución de acusación, dado que es el acto que en los procedimientos penales enerva la competencia judicial propiamente dicha. De suerte que aquello por lo cual una persona es convocada a juicio, es la única razón por la cual puede resultar condenada esa misma persona.

De manera que el principio de congruencia depende del esquema procesal, pero siempre opera como mecanismo de realización de al menos tres derechos fundamentales reconocidos por la ley internacional, lo cual le informa contenido de garantía fundamental. En primer lugar, permite la realización del derecho de defensa, puesto que cuando el fiscal fija los términos de la acusación, la defensa se opera respecto de ella, no del proceso

145 Para una más detallada exposición del procedimiento romano véase, Scialoja Vittorio, Procedimiento Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954.

146 Carnelutti Francesco, Derecho procesal civil y penal, traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso, México, Harla, 1997.

147 Guerrero Peralta Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Procedimiento Penal. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005.

ni del juez, sino de la acusación que es el único fundamento probable de la condena, de manera que la defensa encuentra en ello su propio objeto. En segundo lugar hace posible la realización de la interdicción del non bis in ídem y, profundamente ligado a él, y en tercer lugar, permite practicar la prohibición de cosa juzgada. Ciertamente, la garantía de la congruencia condiciona la libertad del juez a que los aspectos objetivos y subjetivos del proceso, correspondan con la sentencia; por consiguiente, la única forma de poder hacer eficaces dichas limitaciones es determinando que los hechos, las personas y los delitos investigados son los mismos juzgados y resueltos, en cuanto a la responsabilidad mediante una sentencia de mérito.

Siendo así evidente el aspecto sustancial de la congruencia, es preciso recordar adicionalmente que ha establecido la doctrina, y la jurisprudencia lo ha adoptado, la existencia de tres versiones de la congruencia lo que, a su vez, permite una clasificación tripartita de la misma. Por un lado, la congruencia fáctica, por otro la congruencia subjetiva y, en tercer lugar, la congruencia objetiva o jurídica.¹⁴⁸

Las dos primeras no han sido tradicionalmente consideradas como problemáticas, entendiendo que entre la sentencia y la acusación debe haber una relación de correspondencia tal que el objeto que motiva la condena o la absolución, no puede ser otro que los hechos circunstanciados en la acusación. Por consiguiente, la única o las únicas personas sujetos de la sentencia han de ser aquellos a quienes mediante la acusación fueron convocados al juicio. De manera que no podría la sentencia invocar hechos, situaciones o circunstancias que no se desprendan de la acusación, sin incurrir en incongruencia. De la misma forma, tampoco puede condenarse o absolverse a una persona identificada o individualizada sin correspondencia con la acusación.

Por otro lado, de la congruencia puede desprenderse un criterio de construcción lógica del acto procesal y del proceso mismo, puesto que bien puede interpretarse la acusación como premisa necesaria de la conclusión que vendría a constituir la sentencia. De manera que no podría generar la conclusión correspondiente cuando no se proyectan los mismos hechos y las mismas personas en la sentencia.

Y cuando se dice que la congruencia se predica de dos actos procesales, uno de los cuales invariablemente es la sentencia, debe entenderse en sentido amplio. Es decir, la congruencia fáctica y subjetiva atan por igual al juez de primer grado que al de segundo grado, incluso, al de casación; puesto que no se registra razón alguna para que el A QUO quede gravado a manifestarse respecto de los precisos términos de la acusación, mientras que el AD QUEM pudiese encontrarse liberado de la misma, pudiendo reafirmar o revocar la decisión respecto de hechos diferentes o personas no consideradas en la acusación.

148 Maier Julio B.J. Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos. Ediciones del Puerto s.r.l., 2002

Como se sostuvo arriba, la congruencia fáctica y subjetiva no han sido tradicionalmente discutidas, si bien respecto de precisas circunstancias de agravación, se han venido generando posiciones encontradas, lo cierto es que no se pone en entredicho propiamente el que los hechos y circunstancias no ingresadas en la acusación no pueden ser objeto de pronunciamiento por parte del juez, y en últimas la discusión se cifra en el hecho de la imputación propiamente jurídica, es decir, la congruencia objetiva. Ciertamente, la denominada congruencia objetiva o jurídica ha sido tradicionalmente problemática. El interrogante básico que plantea se mueve entre dos posiciones extremas e irreconciliables, surgidas de la siguiente cuestión, ¿puede el juez modificar la calificación jurídica dada por el fiscal? Las respuestas dependen de dos principios procesales; por un lado, el iura novit curia y, por otro, el principio acusatorio. Con base en el primero, un juez sí dispone de facultades funcionales para adecuar la calificación del fiscal, en aras de la justicia y obediencia a la ley; mientras que según el principio acusatorio, la acusación es un acto de parte donde el fiscal concreta su pretensión punitiva y, en consecuencia, no se encuentra facultado ningún otro interviniente para ajustar su criterio.

Al intentar descubrir el sentido histórico que ha tenido la institución en Colombia, necesariamente se encuentra una ruptura marcada por el advenimiento de la Ley 906 de 2004, en consideración a que hasta el momento el procedimiento penal venía siendo marcadamente napoleónico, es decir, un esquema procesal informado de características convergentes tanto acusatorias como inquisitoriales y, precisamente, una característica típicamente inquisitorial es el poder cambiar la calificación jurídica del fiscal por parte del juez, justamente porque su intervención es prevalente y, porque no existe propiamente un juego procesal de partes y de pretensiones individualmente construidas, pudiendo el juez corregir los que considera desatinos del fiscal, puesto que la actividad de los dos concursa a favor de un mismo objetivo que es la justicia y la realización de la verdad extrajudicial, objeto del proceso.

En vigencia del Decreto 2700 de 1991 el tema adquirió particular relieve, pues con el advenimiento de la Fiscalía General de la Nación se creyó haber alcanzado un punto máximo de sentido acusatorio dentro del proceso penal. Las posturas surgieron ofreciendo alternativas iura novit curia al juez más o menos limitadas. Por ejemplo, se dijo que el juez sí podía alterar la calificación del fiscal siempre y cuando se conservara dentro del mismo título o capítulo de la parte especial del Código Penal, invocada por el fiscal mediante su tipificación concreta pudiendo por ejemplo, modificar la calificación de hurto agravado por la confianza invocada por el fiscal en el llamamiento a juicio, a favor de otra como el abuso de confianza, puesto que la calificación afectaba finalmente el mismo bien jurídico. Solución que bien puede pasar por mixta al haber aleado el impedimento que con base en el principio acusatorio tiene el juez, con la amplitud que se desprende del principio iura novit

curia.¹⁴⁹ Eclecticismo este que no resulta satisfactorio para muchas situaciones, puesto que si se puede acusar por un delito y condenar por otro, pese a la proximidad eidética de los contenidos punibles, indudablemente, no es igual defenderse de una imputación por extorsión que de otra por estafa o alzamiento de bien propio. No puede perderse de vista que el primer derecho fundamental garantizado mediante la congruencia es precisamente la defensa material y técnica que encuentra en las diversidades típicas alternativas de recursos de oposición particularmente distintas de un tipo penal a otro. Máxime cuando las diferencias de pena pueden llegar a ser significativas.

Por lo insatisfactoria de la fórmula descrita y ante la controversia que generaba a propósito del derecho de defensa, la Corte optó por una solución paralela conforme con la cual, si el juez no compartía la calificación vertida por el fiscal en la acusación, debía declarar la nulidad de lo actuado para que el fiscal adecuara la acusación al reclamo de tipicidad formulado por el juez. Solución ciertamente más adecuada al derecho de defensa, por cuanto permitía garantizarlo dado que se retrotraía la actuación a momentos más o menos ajustados a la reconducción de la defensa y, al menos, revivía la posibilidad de impugnación en segundo grado contra la acusación. Pero por otro lado, era evidente el sacrificio en términos de la imparcialidad del juez, quien al parecer comprometería seriamente su juicio al emitir un concepto anticipado que si bien no era de responsabilidad, lo dejaba inclinado a la presencia de un determinado comportamiento que al tipificar dirigía su juicio hacia una probable condena, pues el primer debate que afronta la argumentación jurídica de la sentencia estrictamente hablando es precisamente la tipicidad del comportamiento.

Con la Ley 600 de 2000 las cosas cambiaron significativamente a través del procedimiento contemplado en el artículo 404, conforme al cual y tal como lo sentó la jurisprudencia, el fiscal podría modificar la calificación tras haber agotado la práctica de pruebas en el juicio; pero por otra parte, el juez podría promover el cambio de calificación invitando al fiscal a hacerlo cuando dicho cambio resultaba gravoso para el procesado, pudiendo el fiscal acceder a ello o resistirse. En el primer evento se correría traslado a la defensa para requerir una prórroga que permitiera adecuar la intervención. En cambio, si el fiscal no accedía, el juez podría llegar a condenar conforme a la calificación propuesta, de acuerdo a como lo interpretó la jurisprudencia prevalida de que en todo caso, si el juez puede absolver, también podría condenar por cualquier delito o condiciones de tipicidad o antijuridicidad que resultaren menos gravosas para el procesado.

Si bien es indiscutible que la ley remontó grandemente la controversia

149 Acerca de la importancia de este principio, dijo la Corte "(...)En tercer lugar, el sistema adoptado de forma gradual y progresiva en el territorio nacional a partir del 1º de enero de 2005, tiene sustrato en el denominado "principio acusatorio", entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (nemo iudex sine accusatore), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento..." Sentencia 2608 del 28-02-2007. Mag. Pon. Dra. Marina Pulido de Barón.

al ofrecer una solución para el cambio de tipificación, lo cierto es que en términos del derecho de defensa retrocedió, puesto que esa solución conlleva menos posibilidades de defensa que la formulada en su momento por la Corte, consistente en la declaración de nulidad, que de ahora en adelante sólo tendría posibilidades en la medida que el cambio de tipificación conllevará cambios de competencia vertical, entendiéndose que si la modificación implicaba la activación de la competencia de un inferior jerárquico, el juez actual prorrogaba su competencia, mientras que si el cambio implicaba enervar la competencia de un superior jerárquico, no había más remedio que nulificar lo actuado. En efecto, el término de adecuación de la defensa existe con base en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000, pero no puede tan siquiera compararse con el que se dispuso durante la instrucción y el juicio para construir la defensa en términos adecuados.

Lo cierto es que en vigencia de los dos códigos se facultó *iura novit curia* al juez para operar modificaciones a la calificación del fiscal, dejando en entre dicho el principio acusatorio ante el cual se pretendía ceder.¹⁵⁰

La Ley 906 de 2004 ofrece un esquema radicalmente distinto, en cuanto el predominio del principio acusatorio articulado al principio adversarial, sugiere de inmediato que el juez no puede interferir en la calificación jurídica plasmada por el fiscal, precisamente porque dicha calificación hace parte primordial de la pretensión punitiva del estado en cabeza de la fiscalía. Si el fiscal yerra en su pretensión, es decir, califica por un delito que no demuestra en el aspecto fáctico o jurídico, incluyendo naturalmente cada uno de sus componentes estructurales, cuanto le es permitido al juez es absolver. Por ello el acto de llamamiento a juicio en los procedimientos acusatorios y marcadamente adversariales, son lo bastante gravosos como para que ningún fiscal que dude acerca de la capacidad demostrativa que lo asiste, osare presentar una acusación.

Lamentablemente la Ley 906 de 2004 no incluyó disposición alguna que orientara certeramente acerca de las dos posibilidades históricamente conocidas, es decir, si el juez puede o no modificar la calificación del fiscal. El código no indicó si el juez puede obrar con base en el principio *iura novit curia* para modificar la calificación del fiscal, o si por el contrario, esta alternativa sencillamente no existe para él. Desde luego, al haberse invocado como fundamento óntico de la reforma el instituir un proceso de contenido acusatorio y adversarial, es de esperarse que la inclusión de este tipo de disposiciones resulte un exceso legislativo que privilegia el perogrullo. Pero sin embargo, la tradición bimilenaria de país en una forma de enjuiciamiento que no controvierte la potestad *iura novit curia* del juez, hacía prever controversias sobre el particular.¹⁵¹

150 150 La Corte Constitucional ha venido avalando la justicia constitucional del poder correccional del juez con respecto a la calificación del fiscal, tal y como surge de las sentencias C-620 de 2001, C-760 de 2001, C-1193 de 2001, C-1288 de 2001, C-199 de 2002 y C-937 de 2004.

151 151 La falta de familiaridad con las formas de enjuiciamiento acusatorias y adversariales, aunado a la individuación apenas iniciada del proceso, permite extravíos jurisdiccionales que descaradamente desafían la potestad

Es así como la Ley 906 de 2004 indicó en su artículo 448 que, “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.”

Esto significa que se resolvió normativamente de qué actos depende propiamente la identificación de la congruencia:

1. La congruencia fáctica entre la acusación y la sentencia.
2. La congruencia subjetiva entre la acusación y la sentencia.

Mientras que con respecto a la congruencia objetiva o jurídica, conforme al artículo 443 que señala, “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación.”, se hizo depender de este alegato vertido al concluir la audiencia de juicio oral y la sentencia.

Es de recordar que dentro del texto del código la única oportunidad en que se exige al fiscal tipificar el delito es precisamente este. Mientras que durante la audiencia de formalización, es decir la de imputación, y las de acusación y preparatoria, siempre se hizo referencia en el código a “hechos jurídicamente relevantes”, es decir, no tipificados. Posteriormente la Corte sentó precedente en el sentido de que el fiscal precisaba tipificar el delito desde la audiencia misma de imputación invocando argumentos relacionados con la estructura del proceso, el derecho de defensa y criterios de organización jurisdiccional, entre otros aspectos, porque de ello dependía la competencia objetiva y funcional del juez de control de garantías.¹⁵²

legislativa del congreso, cuando por ejemplo, se faculta la práctica de pruebas de oficio, cuando la ley expresamente lo prohibió. Así que, pese a que existiendo prohibición expresa se decide lo contrario al texto normativo, era de esperarse que frente a instituciones carentes de sustento normativo positivo se tendiera a persistir en las ideas toleradas.

152 152 “(...)Según se señaló en precedencia, la puesta en marcha del sistema acusatorio conllevó necesariamente la reformulación del contenido y alcance de este principio, en tanto resultan insuficientes para dar solución adecuada a los diversos problemas que ahora se presentan las pautas sentadas por la Sala en relación con el mismo fenómeno, a la luz de la Ley 600 de 2000 .

Así las cosas, importa precisar, como punto de partida, que la imputación contenida en el escrito de acusación debe ser mixta, esto es, fáctica y jurídica, no obstante que bien podría sugerirse o plantearse con apoyo en la exégesis del artículo 337, numeral 2, de la ley 906 de 2004, que esta fuera exclusivamente fáctica, en tanto que como allí tan sólo se hace referencia a los hechos “jurídicamente revelantes” quedaría excluido en relación con los mismos cualquier proceso de adecuación típica. Sin embargo, a la anunciada conclusión sobre la necesidad de que el escrito de acusación contenga una imputación mixta llega la Sala con el sólido argumento según el cual sólo de ese modo podría garantizarse plenamente el derecho de defensa y en especial el principio acusatorio , en tanto, como se dijo, este último tiene entre sus proyecciones fundamentales la comunicación de la acusación al procesado , para lo cual no basta con notificar la existencia del pliego formal en su contra, sino que es imprescindible informar igualmente sobre las conductas (nomen iuris) en forma tal que se le permita así la plena comprensión sobre sus alcances y consecuencias jurídicas, lo que no se logra, ciertamente, sino a través de la conjugación de las imputaciones fáctica y jurídica.

En este contexto imposible resultaría soslayar que la persona investigada, a partir de la presentación del escrito de acusación, bien puede acudir a las formas de terminación extraordinaria del proceso, bien a través del allanamiento a los cargos en los estadios del trámite previstos en el estatuto instrumental penal, concretamente, durante la audiencia preparatoria (artículo 356, numeral 5), o al inicio del juicio oral (artículo 367), así como por vía de los preacuerdos o negociaciones (artículo 352), lo que sólo surge posible frente a un pleno o completo conocimiento de las imputaciones por las cuales se convoca a juicio oral, entendidos desde luego los dos ámbitos mencionados, esto es, el fáctico y el jurídico, se insiste.

Adicionalmente, agrega la Sala, en defecto de la falta de adecuación típica en la acusación, comprendido como acto

De cualquier forma, la única tipificación que arraiga la sentencia para fines de congruencia es la que especifica el fiscal en el alegato de conclusión dentro del juicio oral. Significando que la tipificación ocurrida durante la audiencia de imputación, acusación o preparatoria, incluso al inicio del juicio oral, puede ser alterada durante la intervención conclusiva del fiscal. De manera que si no se encontraba gravado para fines de congruencia por virtud de la ley, por la vía jurisprudencial le ha sido impuesta dicha obligación procesal.

complejo integrado con la audiencia de formulación de la misma prevista en el artículo 338 de la ley 906 de 2004, durante la cual puede ser aclarada, adicionada o corregida por la Fiscalía o a petición de parte, la presentada en la audiencia de formulación de la imputación mal podría constituir hito para la activación de los referidos institutos de terminación anticipada en la etapa del juicio, no sólo como consecuencia de las variaciones posibles de la calificación jurídica efectuada durante la audiencia preliminar respectiva ante los medios materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida durante la investigación, sino también porque en razón de esa misma circunstancia los hechos materia de aquella no necesariamente corresponden con absoluta identidad a los que serán objeto de acusación y, desde luego, de debate en el juicio oral y de definición a través del respectivo fallo. Una interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la materia en la nueva codificación procesal penal conduce a idéntica conclusión, en tanto que por virtud de ella se advierte, de una parte, que durante la audiencia preparatoria o al inicio del juicio oral al acusado le es posible una actitud de allanamiento o aceptación, no simplemente a los hechos delimitados en el escrito de acusación y en la audiencia de formulación de aquella, sino a los “cargos”, lo cual supone que debe estar involucrada la valoración en derecho de los mismos, a partir de lo cual sólo le es posible conocer y dimensionar las consecuencias jurídicas de la conducta cuya realización y responsabilidad acepta, irrumpiendo como una de las más importantes la precisión sobre los límites dentro de los cuales se dosificaría la sanción que por ello le sería judicialmente impuesta.

Idéntica exigencia se deriva, a no dudarlo, de una correcta hermenéutica de los artículos 352 y 354 de la Ley 906 de 2004, que con la rebaja punitiva contemplada en la primera norma citada y para permitir la rápida adopción de la sentencia, contemplan la posibilidad de concertar acuerdos entre la Fiscalía y el acusado por virtud de los cuales este último acepta, no la comisión de unos hechos jurídicamente relevantes, sino la “responsabilidad” penal, o lo que es lo mismo, la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Esa exigencia en cuanto a la connotación de jurídica, además de fáctica, de la imputación en la acusación es razonable predicarla también desde la óptica del régimen probatorio, porque en el análisis de pertinencia de las pruebas solicitadas en la audiencia preparatoria por las partes, de conformidad con el artículo 375 ejusdem, el funcionario de conocimiento debe ponderar si las solicitadas guardan relación directa o indirecta con los hechos o circunstancias “relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias”, lo cual sólo resulta posible si la Fiscalía precisa la adecuación típica de aquellos que serán objeto de debate en el juicio oral.

De igual modo, como presupuesto indispensable o, requisito sine qua non si se quiere, para precisar la competencia para adelantar el juicio oral por el factor objetivo y, consecuentemente, con el fin de posibilitar de manera real y efectiva el derecho a controvertirla durante la audiencia de formulación de la acusación, conforme lo dispone el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, específicamente, en aquellos eventos en los cuales la calificación jurídica determina el funcionario bajo cuya dirección debe adelantarse, como sucede precisamente en relación con el conocimiento de uno de los delitos de que aquí se trata, esto es del delito de secuestro simple o extorsivo, según las precisiones contenidas en el artículo 35 del mismo ordenamiento.

Resta señalar que de entender restringida la imputación en la acusación al plano fáctico, ello implicaría plantear sin ningún sustento racional o lógico que la que se exige durante la audiencia de formulación de la imputación, no obstante corresponder al estadio inicial del proceso penal, resultaría más exigente que la contenida en la acusación a pesar, incluso, de que esta última surge como delimitadora de los extremos de la relación jurídica objeto de debate en el juicio oral y de definición en el respectivo fallo. En este punto bien está recordar que, en cuanto a la primera, ya la Sala ha sostenido y reiterado, con el fin de preservar suficiente y plenamente las garantías fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, que debe ser también jurídica, en pronunciamientos que hoy se reiteran en la medida en que no se encuentra razón alguna para su variación.

Desde luego que la imputación jurídica que reclama el acto de acusación, ostenta un carácter eminentemente provisional, en tanto que estará soportada en los medios materiales probatorios, en la evidencia física o la información legalmente obtenida en la indagación y la investigación en cuanto le permitan a la Fiscalía afirmar, con probabilidad de verdad, la existencia de una conducta delictiva, pero además que el imputado es su autor o partícipe. Hechos y circunstancias que al igual que su consecuente valoración jurídica dependerá en últimas de lo efectivamente demostrado con la prueba practicada e introducida en el juicio oral, público, concentrado, que se lleva a cabo con respeto a los también principios de inmediación y contradicción probatoria.

Por las anteriores razones es que el control que le es posible realizar al funcionario de conocimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, de oficio o a solicitud de parte formulada con fundamento en las previsiones del artículo 339 de la ley 906 de 2004, además de referido a las causales de incompetencia, mal puede extenderse más allá de la comprobación del estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 337 ejusdem, o de la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta para disponer que sea aclarada, adicionada o corregida, según fuere el caso.” Sentencia 2608 del 28-02-2007. Mag. Pon. Dra. Marina Pulido de Barón.

Desde este punto de vista no existe duda alguna que el legislador precisó los actos procesales entre los cuales se predica la garantía de la congruencia, pero no resolvió si el juez puede o no modificar la tipificación del fiscal, dando lugar a las discusiones que el tema ha suscitado a nivel doctrinal, incluso con propuestas intrépidas como la de las tipificaciones principales y alternativas de Julio Maier, que tuvieron recientemente eco en el código de procedimiento penal peruano; así como también a una producción de jurisprudencia variada y heterodoxa que, a decir verdad, en la actualidad ha sentado bases a favor del principio acusatorio y adversarial.

Es preciso observar como criterio orientador importante vigente en la actualidad es, precisamente, la tendencia internacional. Sin embargo, también registra contradicciones. En efecto, en otro estudio pudo advertirse que mientras el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se inclinó decididamente a favor del principio acusatorio-adversarial, no así lo han hecho los más recientes códigos latinoamericanos. Es así como señala el primer cuerpo normativo en su artículo 61.5 que corresponde al fiscal precisar los cargos con base en suficiente material probatorio; mientras que el fallo debe estar referido únicamente a los hechos y las circunstancias descritos en los cargos o las modificaciones a los cargos, en su caso (artículo 74.2). Lo que es tanto como ordenar que el tribunal no se pronuncie acerca de lo acertada o desacertada que pueda resultar la calificación del fiscal, sino que limita su competencia a determinar si se probó debidamente o no el cargo del fiscal.¹⁵³

Siendo el Estatuto de Roma el código de procedimiento penal más universalizado que existe, dado que en su confección participó una parte importante de los países del mundo, es de esperarse que se erija en guía cierta de los redactores de códigos posteriores. Y en efecto, para citar apenas el caso colombiano, es extraño encontrar una sola acta de la Comisión Redactora Constitucional creada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, en que no se hubiese acudido al Estatuto de Roma para decidir el sentido y letra de las disposiciones de lo que fue finalmente la Ley 906 de 2004. Sin embargo, los códigos latinoamericanos de procedimiento penal posteriores a dicho estatuto, han optado por conceder potestades *ira novit curia* al juez para alterar la calificación del fiscal, eso sí, otorgando posibilidades de adecuación de la defensa, ninguna por cierto satisfactoria.

La falta de certidumbre legal ha conllevado a la necesidad de esperar que sea la jurisprudencia el medio por el cual se decante una solución consecuente con el sistema normativo. Sin embargo, hallándonos como nos hallamos en pleno proceso de individuación del llamado sistema acusatorio, hemos observado varios criterios que merecen ser analizados con detenimiento.

153 Acerca de las coincidencias y divergencias que pueden presentarse entre códigos latinoamericanos acusatorios, véase en Manuel Fernando Moya Vargas, Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004. Defensoría del Pueblo. 2007. Páginas 13-24.

Un primer pronunciamiento fue el contenido en la sentencia del 20 de octubre de 2005, con ponencia del Dr. Mauro Solarte Portilla, mediante el cual la Corte reafirmó la importancia de la congruencia en relación con el derecho de defensa, observando que aun cuando la Sala ha venido rechazando la censura por incongruencia cuando el juez condena por una alternativa distinta a la invocada por el fiscal pero considerada dentro de la disposición legal invocada, "(...) Es necesario ajustar ese concepto cuando, como en este caso, la incongruencia entre los cargos y la sentencia si bien no desdice de la respuesta punitiva en cuanto a la pena principal, sí afecta aspectos inescindibles, tales como los operacionales de la misma, pues es distinto el desvalor del injusto de porte que el de tráfico de sustancias estupefacientes. Son ontológica y valorativamente diversos, y por ello para el Juez se impone el deber de efectuar una ponderación teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que el hecho tuvo realización, y los valores, principios y derechos constitucionales en conflicto... Entonces, si de respetar las garantías debidas a las partes por afectación sustancial de la estructura del proceso como finalidad suprema del recurso de casación se trata, es evidente, por lo analizado, que la sentencia rompe la unidad conceptual del proceso al modificar sustancialmente el contenido del acto condicionante".

Poco tiempo después la Corte retomó el tema en cuestión mediante sentencia del 24 de noviembre de 2005, con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas, pero no reanudó que parecía insinuado en el anterior fallo, es decir, que en materia de congruencia intervenían decididamente los valores y principios constitucionales, entre los cuales se encuentra el principio acusatorio que conlleva la prohibición para el juez de entrar a modificar la calificación del fiscal iura novit curia.

Posteriormente el Tribunal desató un importante antecedente que si bien no fue del todo claro, permitía vislumbrar que la Corte se inclinaría por el principio acusatorio en desmedro del iura novit curia. Es así como mediante sentencia 26087 del 28-02-2007. Mag. Pon. Dra. Marina Pulido de Barón, enfatizó por una parte, que los principios como la congruencia, deben interpretarse conforme al modelo procesal en que se dispone su aplicación. Por otra parte, especificó que la congruencia objetiva en tratándose de procesos surgidos al amparo de la Ley 906 de 2004 tiene dos versiones. La primera, indica la providencia, corresponde a eventos en que ha operado alguna de las formas anticipadas de terminación del proceso, caso en cual opera rígidamente, significando con ello que debe existir perfecta correspondencia entre la calificación vertida entre la acusación y la sentencia, en el entendido que en tales eventos el allanamiento o el acuerdo hacen las veces de acusación. Mientras que en los casos de desarrollo normal del proceso, esa rigidez cede a favor de una probable modificación, puesto que tras concluir el debate probatorio, el fiscal puede cambiar la calificación jurídica que provisionalmente consideró en la acusación:¹⁵⁴

"(...) Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de

154 Sentencia de fecha agosto 10 de 2006. Rad. 25196.

congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4° de la Ley 906).

Con la Ley 906 de 2004, la aplicación del fenómeno de la congruencia opera en forma similar a lo dicho en relación con la Ley 600 de 2000. En efecto, si lo que se encuentra es que la sentencia se aparta en forma parcial o total de los cargos por los cuales se allanó el procesado, o fueron objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía, se impone ajustarla a tales parámetros, pero si lo que se advierte es que en el allanamiento, preacuerdo o negociación se desconocieron garantías fundamentales que inciden nocivamente en la actuación procesal, es imperativo decretar su invalidez a partir de ese momento.

En síntesis, para los efectos del principio de congruencia frente a los casos de terminación anormal del proceso dentro del sistema procesal acusatorio, como ya lo ha precisado la Sala, lo que importa destacar es que opera en sentido estricto, a diferencia de lo que ocurre en los eventos en que el proceso se tramita de manera ordinaria. Ciertamente, en estos eventos la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor, por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral, como se precisó por la Sala en la decisión ya referida, al señalar lo siguiente:

En estos casos, por consiguiente, se reivindica la consonancia entre las alegaciones finales y el fallo, oportunidad durante la cual a la Fiscalía le compete realizar la tipificación "de manera circunstanciada", no de cualquier conducta sino únicamente de aquella por razón de la cual presentó "la acusación" para solicitar, entonces, la consecuente condena por las conductas cuya calificación jurídica le corresponda en el grado de participación específico; exigencia que surge de la interpretación armónica de los artículos 443 y 448 de la Ley 906 de 2004..."

El mismo fallo aclaró que sin embargo, el fiscal no dispone de un poder omnímodo de variación de la calificación durante el juicio, puesto que si procede a operar la variación, es su obligación conservarse dentro del núcleo esencial del aspecto fáctico invocado en la acusación. Esto por cuanto sería muy difícil para la defensa reconducirla cuando procesalmente ya no dispone sino de la oportunidad de exponer la alegación final, y reitera que dentro del discurso judicial tanto de la fiscalía como de la defensa, las referencias dogmáticas al tipo penal concreto son necesarias; con la variable de que una estrategia de defensa probable es controvertir la conformidad con el tipo penal que el fiscal viene esgrimiendo, "(...) Significa lo expuesto que si bien el representante de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación luego de su exposición durante la audiencia del juicio oral, según lo estipulado en el artículo 443 del nuevo estatuto procesal, lo que entraña, en últimas, la posibilidad de variar la calificación jurídica provisional de las conductas contenidas en la acusación, por manera alguna tal potestad puede llegar hasta alterar el aludido núcleo central de la imputación fáctica o conducta básica, como lo tiene dicho la Sala desde cuando fijó las pautas referentes al

principio de congruencia con relación a la Ley 600 de 2000 a través de criterio que mantiene actualidad frente a las previsiones de la Ley 906 de 2004.”

De los dos fallos en cita no surge una solución clara al interrogante que pretende descifrar si el juez penal en Colombia puede o no puede modificar la calificación del fiscal, pero sin embargo insinúan que el cambio de esquema procesal sobrevenido con la Ley 906 de 2004 impone una reconcepción que permite prever la imposibilidad de los jueces para variar la calificación del fiscal.

Sin embargo, mediante sentencia 26309, del 25 de abril de 2007, con ponencia del Dr. Yesid Ramírez Bastidas, la Corte fijó el criterio de interpretación de la congruencia objetiva, advirtiendo que la necesaria reinterpretación que involucra el cambio de esquema procesal, conlleva la improbabilidad de que el juez pueda interferir alterando la calificación del fiscal. Es decir, la Corte de manera expresa reconoció el predominio de los principios acusatorio y adversarial, abandonando el iura novit curia.

Dado el giro jurisprudencial que observa este pronunciamiento, abordó una más o menos compleja argumentación que tuvo por inicio el desarrollo histórico de la institución en Colombia, para descubrir en seguida el contenido semántico de las disposiciones a partir de las manifestaciones expuestas por la Comisión Redactora Constitucional creada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, el Acto Legislativo mismo y, las deliberaciones del Congreso de la República. Habiendo completado la reconstrucción, la Corte concluyó que el principio de congruencia no consulta los mismos criterios de interpretación en los distintos sistemas de enjuiciamiento. De hecho admitió que si bien conforme al sistema napoleónico es perfectamente compatible la instrumentalización del principio iura novit curia, y con él la posibilidad de que el juez modifique la calificación del fiscal, no es igual con el enjuiciamiento de corte acusatorio y adversarial, puesto que en él la calificación hace parte determinante de la pretensión punitiva, la calificación informada por el fiscal, así que no puede el juez interferir en la misma. Por la misma razón reivindica el contenido consuntivo de la resolución de acusación como eje procesal de la actuación, en consideración a que dicho acto compromete la libertad de configuración del juez para producir la sentencia, del defensor para operar el despliegue argumentativo y probatorio orientado a neutralizar la pretensión punitiva del fiscal y, también el propio fiscal encuentra limitada su actuación puesto que de ahora en adelante desarrollará su intervención en función de ella.

“Toda esta serie de controles impone que la decisión judicial de apertura de juicio oral ha de venir precedida de un exhaustivo control sobre la seriedad y verosimilitud de la acusación que se ejercita, debiendo el juez controlar que el debate en el juicio oral se limite a los aspectos fácticos de la acusación y que estos se concreten en lo que jurídicamente se argumente hasta el alegato final. Con ello el Juez extrema los controles sobre la acusación pues la congruencia entre la acusación y la sentencia constituye una garantía del debido proceso que se debe garantizar a toda persona.

Esto es así porque la congruencia tiene que ser extendida como parámetro de racionalidad en relación que debe existir entre acusador y fallador, pues lo

ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir mas allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: El Juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que de factum y de iure le formula la Fiscalía con lo cual le queda vedado ir mas allá de los temas sobre los cuales gira la acusación.

La congruencia se debe predicar y exigir tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y de las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación si y solo si es el que puede ser tenido en cuenta por el Juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de la acusación, al Juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora ; y, así mismo (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad.”

Es importante observar que mediante esta decisión la Corte sentó bases importantes no sólo en materia jurídico-procesal, sino también de política criminal al señalar que el fiscal adquirió en el nuevo tipo de enjuiciamiento responsabilidades sobrevivientes y específicas en el acto de formular una acusación, inclusive respecto de la tipificación que determine en sus alegaciones, puesto que las ligerezas sobre el particular fácilmente devienen en impunidad o excesos en la función punitiva del estado, precisamente porque en la forma de enjuiciamiento acusatoria y marcadamente adversarial, el juez no puede entrar a corregir sus extravíos jurídicos, como quiera que se encuentra limitado a declarar demostrada o no la pretensión del fiscal, o las excepciones de la defensa, “El incumplimiento de tal obligación por parte de los delegados fiscales implican desatender de manera grave una carga procesal, y en virtud de las reglas propias del garantismo penal, deja a los jueces sin herramientas para proferir un fallo justo pues en lugar de condenar por todos los delitos y con todas las agravantes, estos se verán obligados a proferir la sentencia en los precarios términos en los que aparezca elevada la acusación. Esto es así porque el principio acusatorio significa que sin acusación de parte no puede celebrarse el proceso penal (nemo iudex sine actore), pues la idea misma de la acusación se convierte en uno de los presupuestos para su exigencia y ulterior desarrollo del proceso.”

Y concluye la decisión reconociendo la trascendencia del instituto de la congruencia, elevándola a principio medular del procedimiento, lo que unido

a lo anterior, permite señalar que se ha constituido un importante y decisivo precedente judicial conforme con el cual, opera plenamente el principio acusatorio en materia de congruencia, sin darle cabida al principio *iura novit curia*, lo cual deja el cuadro procesal más acorde a un modelo como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, si bien distante respecto de la congruencia de la tendencia mayoritaria de los códigos de procedimiento penal latinoamericanos, “Lo expuesto permite reiterar, sin que exista duda, que el principio de congruencia constituye un elemento consustancial al debido proceso y eficaz instrumento para el ejercicio del derecho de defensa. En cuanto a lo primero porque hace la parte de la estructura del proceso y en cuanto a lo segundo porque permite que la defensa determine la estrategia que debe desplegar en busca del resultado que más le favorezca (...) Es que uno de los fines esenciales del Estado, como ha quedado dicho, es el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, cuando una vez se comunica al indiciado la imputación, ora que la acepta o la debata en el juicio, se le condena por otros delitos o nuevas circunstancias –de hecho y /o de derecho—que grava la penalidad con el pretexto de constituir un elemento objetivo irrefutable que se advierte implícitamente y que por lo mismo se debe acceder conocido desde un comienzo por el imputado o el acusador, según sea el caso.”

Esta decisión, que por sobradas razones resulta ser la más importante en la materia, ha sido reiterada en un fallo posterior del 27 de julio de 2007, conforme con el cual se resaltó el contenido acusatorio del proceso y sus alcances sobre el principio de congruencia, al señalar expresamente que el juez carece de facultades jurisdiccionales para modificar la calificación jurídica formulada por el fiscal. Decisión que pese a su aserto y tendencia a perpetuar el *status quo* de la decisión que la precedió, conformando en consecuencia precedente judicial, registra una inconsistencia al haber referido la imposibilidad de modificar la calificación jurídica de la acusación. Y se dice que es inconsecuente en la medida que la propia ley, como pudo apreciarse, es la que manda que la congruencia objetiva se establece entre la exposición final del fiscal durante el juicio oral y la sentencia, no entre la acusación y la sentencia, actos procesales de los cuales se predica, en cambio, la congruencia subjetiva y la fáctica. Acaso la decisión atienda, como surge de la reconstrucción que plasma, a que la Corte ha venido pregonando la necesidad de que el fiscal tipifique el comportamiento cuyo contenido fáctico imputa, no sólo desde la propia audiencia de formalización de la investigación, sino también en la acusación, como presupuesto de garantía del derecho de defensa. Precisamente, la decisión en cita invocó la indemnidad del derecho de defensa como razón de ser de la imposibilidad del juez para alterar la calificación vertida por el fiscal.¹⁵⁵

155 Se trata de la sentencia 26468 del 27-07-07, con ponencia del Dr. Alfredo Gómez Quintero. Es de anotar que resulta muy claro el reconocimiento del principio adversarial sobre el *iura novit curia*, significando que los errores del fiscal en la calificación, para bien o para mal de la justicia, se desatan a favor del procesado. Tal situación conlleva la absolución, lo cual es atendible dentro de la tendencia acusatoria y marcadamente adversarial del proceso, sin embargo la resistencia a admitir que el código realmente cambió y, con él, la administración de justicia penal, se evidencia en los salvamentos de voto que invocan el privilegio de la justicia sobre la formalidad del proceso, lo cual

Es de anotar finalmente, para completar el flujo jurisprudencial, que mediante sentencia producida en el proceso 27518, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2007, la Corte retomó el tema de la congruencia, empero cuanto hizo fue conceptuar acerca de la necesidad de predicar una congruencia fáctica entre la imputación y la acusación, como presupuesto de legalidad del proceso. De suerte que no alteró en lo más mínimo la tendencia del precedente descrito, como tampoco lo acentuó.

no parece un criterio de convicción, pues ha habido muchísimas situaciones en que los mismos salvantes de voto, pudieron invocar la misma idea contra las decisiones de las que, antes bien, hicieron parte o son sus propios autores. En todo caso, la solución no está en adulterar el sentido óptico de la institución para desnaturalizarla y hacerla cada vez menos comprensible, sino en mejorar la calidad de las intervenciones de los fiscales, tanto en lo estrictamente jurídico como en lo ético, para que no se involucren en acusaciones insostenibles.

BIBLIOGRAFÍA

Espitia Garzón Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. Sexta edición. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005

Carnelutti Francesco, Derecho procesal civil y penal, traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonzo, México, Harla, 1997.

Carnelutti Francesco, 1879-1945, Cuestiones sobre el proceso penal, acción y proceso, Revista de Derecho Penal Bogotá, No.39 (Oct. - Nov., 2003).

Guerrero Peralta Óscar Julián. Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Procedimiento Penal. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005.

Maier Julio B.J. Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos. Ediciones del Puerto s.r.l., 2002.

Montero Aroca Juan. Principios del Proceso Penal, Una explicación basada en la razón. Tirant lo blanch. 1997.

Moya Vargas Manuel Fernando, Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004. Defensoría del Pueblo. 2007.

Scialoja Vittorio, Procedimiento Civil Romano. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954.