

EL ACERCAMIENTO A UN SISTEMA ACUSATORIO EN EL DERECHO
PENAL COLOMBIANO COMO MECANISMO DE MODERNIZACIÓN DE LA
JUSTICIA PENAL

LINETTE ANDREA GUTIERREZ GONZÁLEZ

EDITH GAMBOA SAAVEDRA

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

CARRERA DE DERECHO

BUCARAMANGA

2004

EL ACERCAMIENTO A UN SISTEMA ACUSATORIO EN EL DERECHO
PENAL COLOMBIANO COMO MECANISMO DE MODERNIZACIÓN DE LA
JUSTICIA PENAL

LINETTE ANDREA GUTIERREZ GONZÁLEZ

EDITH GAMBOA SAAVEDRA

Trabajo de grado para optar el título de abogado

Director

DR. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS

CARRERA DE DERECHO

BUCARAMANGA

2004

RESUMEN

TITULO: El acercamiento a un sistema acusatorio en el derecho penal colombiano como mecanismo de modernización de la justicia penal

AUTORAS:

EDITH GAMBOA SAAVEDRA Y LINNETTE ANDREA GUTIÉRREZ*

RESUMEN

El ejercicio sustantivo y procesal del Derecho penal debe estar acorde con la evolución de la comunidad política y sus principios constitucionales, entre los cuales sobresalen el respeto y garantía de los Derechos humanos fundamentales. Desde esta perspectiva, esta monografía presenta al sistema acusatorio como el paradigma penal que más se adapta al estudio social y democrático de derecho como también a los requerimientos de modernización de la justicia penal en aras del cumplimiento de sus fines.

Mediante un somero estudio de los principales sistemas de enjuiciamiento criminal que históricamente han caracterizado al IUS PUNSENDÍ, de la tendencia vigente y los diversos antecedentes del modelo propuesto; se desarrollan los aspectos y principios básicos (oportunidad, oralidad, intermediación, publicidad, contradicción) así como la adopción que del sistema acusatorio han realizado algunas legislaciones europeas y americanas; este modelo consagrado en el proyecto de ley que cursa desde el 2002 en el congreso de la república, de ser aprobado empezará a regir gradualmente desde el año 2005, de conformidad con el acto legislativo 03 de 2002 que reformó la constitución política reformulando las funciones de la fiscalía general de la nación.

El aumento de los índices de criminalidad e impunidad, el colapso del sistema judicial, la necesidad de una mayor conciencia sobre las violaciones a los derechos humanos, los graves defectos en el actual régimen de procesamiento del delito junto con la ausencia de la verdadera política de prevención y represión del crimen y la discordancia con los tratados internacionales son algunos de los motivos que obligan a la adopción de una profunda reforma no solo en el sistema de enjuiciamiento criminal sino también en la mentalidad teórica y práctica de los funcionarios y auxiliares de la justicia que tienen a su cargo la difícil función investigativa y procesal penal.

PALABRAS CLAVE: Sistema acusatorio, reforma, código de procedimiento penal, enjuiciamiento criminal, garantismo jurídico.

* Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Dr. Alfredo Gómez Quintero.

SUMMARY

TITLE: The approach to an accusatory system in the Colombian penal right as mechanism of modernization of the penal justice

AUTHORS:

EDITH GAMBOA SAAVEDRA AND LINNETTE ANDREA GUTIÉRREZ

DESCRIPTION

The exercise noun and procedural of the penal Right it should be in agreement with the evolution of the political community and their constitutional principles, among which the respect and guarantee of the fundamental human rights stand out. From this perspective, this monograph presents to the accusatory system as the penal paradigm that more he/she adapts to the social and democratic study of right as well as the requirements of modernization of the penal justice for the sake of the execution of its ends.

By means of a shallow study of the main systems of criminal prosecution that historically have characterized the IUS PUNIENDÍ, of the effective tendency and the diverse antecedents of the proposed pattern; the aspects and basic principles are developed (opportunity, orality, immediacy, publicity, contradiction) as well as the adoption that you/they have carried out some European and American legislations of the accusatory system. This model consecrated in the bill that studies from the 2002 in the congress of the republic, of being approved will begin to govern gradually from the year 2005, of conformity with the act legislative 03 of 2002 that you/he/she reformed the constitution political reformulando the functions of the general office of the nation.

The increase of the indexes of crime rate and impunity, the collapse of the judicial system, the necessity of a bigger conscience on the violations to the human rights, the serious defects in the current régime of prosecution of the crime together with the true politics's of prevention absence and repression of the crime and the disagreement with the international treaties are some of the reasons that force to the adoption of a deep one it not reforms alone in the system of criminal prosecution but also in the theoretical mentality and the officials' practice and auxiliary of the justice that have to their position the difficult penal investigative and procedural function.

KEY WORDS: Accusatory system, reforms, code of penal procedure, criminal prosecution, juridical garantismo.

"He reflexionado seriamente sobre el proceso penal y he llegado a la conclusión que es muy distinta la función de buscar y practicar la prueba, que la de valorar la prueba. Cuando al juez se le pone a buscar, a indagar la prueba, no se le puede pedir que después distinga entre lo que realmente probó y lo que él imaginó. Esa labor de escalpelo no se le puede pedir a un hombre, sino quizás a un superhombre".

Carnelutti.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA	6
2. PRINCIPALES SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN EL DERECHO	14
2.1. SISTEMA INQUISITIVO	14
2.2. SISTEMA ACUSATORIO	16
2.3. SISTEMA MIXTO	19
2.4 DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA MIXTO Y EL ACUSATORIO	23
3. ANÁLISIS DE ALGUNAS LEGISLACIONES EN LAS CUALES SE HA ADOPTADO EL SISTEMA ACUSATORIO	26
3.1. ALEMANIA	26

3.2 ARGENTINA	28
3.3. PUERTO RICO	35
3.4. CHILE	40
3.5. OTRAS LEGISLACIONES	43
4. PRINCIPALES RAZONES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA	45
4.1. MAYOR CONCIENCIA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS	45
4.2. AUMENTO DE LOS PROBLEMAS DE SEGURIDAD PÚBLICA.	50
4.3. COLAPSO DEL SISTEMA JUDICIAL, DENTRO DE UN CONTEXTO DE REFORMA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.	51
4.4. AUMENTO DE LOS ÍNDICES DE CRIMINALIDAD E IMPUNIDAD.	53

4.5. AUSENCIA DE UNA VERDADERA POLÍTICA DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL CRIMEN.	63
4.6. GRAVES DEFECTOS EN EL ACTUAL RÉGIMEN DE PROCESAMIENTO DEL DELITO.	66
4.7. NECESIDAD DE LA INTRODUCCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.	69
5. ASPECTOS BÁSICOS DE LA REFORMA	70
5.1. ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL.	71
5.2. ALGUNOS ASPECTOS LOGISTICOS DE LA REFORMA	83
5.3. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO	87
5.3.1. Concepto y características básicas	87
5.3.2. El estado o presunción de inocencia	88
5.3.3. La libre valoración de la prueba en el proceso penal acusatorio.	89
5.3.4. las presunciones en un sistema penal acusatorio	90
5.4. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO	93
5.4.1. Principio e Oportunidad	93

5.4.2.	Principio de Contradicción	99
5.4.3.	Principio de Oralidad	102
5.4.4.	Principio de Inmediación	103
5.4.5.	Principio de Publicidad	103
5.5.	EL FORTALECIMIENTO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA	104
5.6.	LA REFORMA EN LO REFERENTE A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	105
5.7.	LA CREACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS	110
6.	CONCLUSIONES	114
7.	RECOMENDACIONES	119
	BIBLIOGRAFIA	120
	ANEXOS	125

LISTA DE GRAFICOS

Pág.

GRAFICO 1. TASA DE HOMICIDIOS POR CIENTO MIL HABITANTES EN PROMEDIO DESDE EL AÑO 1994 HASTA EL AÑO 2001 55

GRAFICO 2. TASA DE HOMICIDIOS E ÍNDICE DE APREHENDIDOS 1964-2001 56

GRAFICO 3. COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HOMICIDIOS POR CADA CIENTO MIL HABITANTES. 59

GRAFICO 4. COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HOMICIDIOS COMUNES POR CADA 100,000 HABITANTES - 2000 60

GRAFICO 5. COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HURTOS POR CADA 100,000 HABITANTES – 2000 60

GRAFICO 6. IMPERIO DE LA LEY VS. TASA DE HOMICIDIO POR CIENTO MIL HABITANTES 65

LISTA DE CUADROS

	Pág.
CUADRO No 1. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA MIXTO Y EL ACUSATORIO	25
CUADRO No 2. AUMENTO DE LA CARGA DE TRABAJO ENTRE LOS AÑOS 1991 Y 1993 EN ARGENTINA	32
CUADRO No 3. SITUACIÓN DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN ARGENTINA	33
CUADRO No 4. INICIATIVAS LEGALES QUE INTEGRARON LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE	41
CUADRO No 5. SISTEMA DOCTRINARIO DEL PROCESO PENAL	44
CUADRO No 6. COMPORTAMIENTO DE LA CARGA LABORAL POR ETAPA PROCESAL EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN	52
CUADRO No 7. TASA DE HOMICIDIOS EN COMPARACIÓN CON EL NÚMERO DE PRESOS	54

CUADRO No 8. COMPARATIVO DE DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL.	59
--	----

CUADRO No 9. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INTERNOS EN LA REGIÓN ANDINA	62
---	----

INTRODUCCIÓN

Colombia tiene en la actualidad una Constitución Política moderna y, como tal, su fin principal es establecer un Estado que garantice los derechos fundamentales mínimos inviolables que se fundan en la dignidad humana.

El proceso penal durante años ha sido un medio por el cual el Estado está legitimado para afectar los derechos arriba mencionados, fundamentalmente la libertad y los derechos que le son inherentes. La ciencia jurídica se ha ocupado de diseñar un esquema que reduzca al máximo dichas vulneraciones, de forma que se conviertan en un aspecto residual y exclusivo de aquellos casos en que se encuentren absolutamente justificadas; dicho esquema se encuentra estructurado sobre la **Teoría Garantista de Corte Acusatorio**, la cual tiene su origen y nacimiento en los procedimientos formularios del Derecho romano, que se estructuraban sobre la base de un sistema en el que primaban las características acusatorias, defensivas y decisorias, las cuales eran siempre desempeñadas por personas distintas de acuerdo con las fórmulas y ritualidades propias de cada acción, que generalmente eran orales. Dicha teoría es el reflejo de un procedimiento desarrollado sobre la base de dos instancias: Etapa *in jure*, y etapa *in judicio*. La primera se desarrollaba ante el llamado magistrado que procedía a dar seguimiento a la etapa *in judicio* ante el juez, sobre la base de los elementos con que se había configurado el juicio ante el magistrado, el juez investigaba la verdad de los hechos, por los medios probatorios que adujeran las partes y aplicaba el derecho en la

sentencia que debía pronunciarse; dicho procedimiento poseía particularidades muy especiales que generaban un sistema proteccionista para cada una de las partes que intervenían en el proceso. Así, éste no se iniciaba sin que el ofendido o perjudicado acusara públicamente al presunto responsable, quien a su vez podía defenderse personalmente o por intermedio de otra persona que representara sus intereses, también públicamente; y ese debate, entre acusador y defensor, se cumplía ante un funcionario o un tribunal que juzgaba o decidía la controversia. En el desarrollo de esa forma procesal aparecieron sus características secundarias o accesorias: La oralidad, pues el debate era verbal y por lo tanto quienes intervenían en él se expresaban oralmente; y la publicidad, ya que el debate y juzgamiento eran públicos ante quienes quisieran asistir a él. La iniciativa procesal, configurada mediante la teoría garantista¹ corresponde generalmente a las partes y permite la protección sin límite de quienes se involucran en el juicio.

La teoría del garantismo penal desarrollada por Luigi Ferrajoli² debe su nombre al principio de igual denominación, según el cual el Estado tiene la carga de la prueba, y se rige por la oralidad del procedimiento, la igualdad de las partes, y la publicidad del proceso. Este principio se fundamenta en lo que los Estadounidenses llaman la *igualdad de armas*, es decir, mismas condiciones entre la acusación y la defensa, con lo que se garantiza que el derecho penal cumpla en forma razonable con sus dos finalidades básicas: proteger, por una parte, a la sociedad del delito, lo cual es ampliamente conocido y, por otra al acusado frente a los excesos, las desviaciones y las perversiones en la acusación; es decir, el derecho penal es, o debe ser, una forma de reducir la violencia en la sociedad, no de agravarla.

¹ Para ampliar sobre dicha teoría véase la obra de FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la Filosofía del Derecho*. serie de teoría jurídica y filosofía del derecho No 15, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia. p. 65 -138

² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, p. 333-334.

Actualmente diferentes estados han venido desmontando los sistemas procesales inquisitivos por ser antigarantistas. Colombia no es ajena a esta corriente y por esto, la intención del Constituyente del 91 era implantar un sistema penal garantista de corte acusatorio. Sin embargo, su intención se vio desfigurada posteriormente con el diseño concreto de las instituciones.³

La Constitución de 1991, a pesar de mostrar serios visos de la implantación de un sistema garantista, al partir del planteamiento de una serie de derechos fundamentales, cuya garantía hace que las personas en Colombia se encuentren protegidas en un mínimo de derechos frente al Estado, terminaba por contradecirse con el diseño y las funciones actuales de la Fiscalía, las cuales no van acorde con la carta de derechos de la Constitución y en esta medida urge su reforma.

Dentro de la evolución del derecho se vio la necesidad de que quien esté encargado de la investigación dentro del proceso penal no tenga facultades judiciales, que son aquellas mediante las cuales se afectan los derechos fundamentales, tal y como lo son las medidas de aseguramiento privativas de la libertad.

El funcionario encargado de dirigir la investigación, con miras a acusar al sospechoso del delito cometido, asegurando las pruebas que se encarga de recaudar, no puede tener la serenidad mental y la claridad de criterio para determinar si la ingerencia en el derecho de dicho sospechoso, se justifica o no, y esto mismo es lo que plantea la teoría garantista⁴, la cual es fruto de la evolución de diferentes sistemas procesales y que se desarrolla sobre la base de la ingerencia de un Estado que permita la protección de sus vinculados, pero no de forma directa, sino mediante el desarrollo de sus instituciones, las cuales garantizan un juicio parcial y equitativo.

³ CÓRDOBA, Triviño Jaime. ¿Es conveniente la implantación de un sistema acusatorio en el sistema penal colombiano? Corporación Excelencia a la Justicia boletín N ° 10 julio de 2000.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 65

Es por lo que esta investigación se orienta primeramente en determinar los beneficios de un sistema sustancialmente diferente pero con expectativas mucho más fuertes, partiendo del estudio de la teoría del sistema, de su estructura, sus características y virtudes, culminando con el examen de los avances que en esta materia se han adoptado en nuestra legislación y que prontamente serán la base de un sistema de corte garantista.

En segundo lugar se establecerán los beneficios del acercamiento a un sistema acusatorio que garantice la preeminencia de derechos fundamentales durante todo el proceso penal y determine la solución de la crisis estructural a la que ha llegado la justicia penal con razón del aumento de los índices de impunidad.

Finalmente, esta investigación permitirá desarrollar una mirada hacia el resto de sistemas procesales penales, que se han caracterizado por la eficiencia e imparcialidad de la administración de su justicia penal, intentando de esta manera buscar una solución a uno de los grandes problemas nacionales que se encuentra en la falta de celeridad, imparcialidad y eficiencia, cuestiones que si bien, hacen parte de los principios fundamentales que rigen los códigos penal y de procedimiento penal, es evidente que por razones tanto de congestión de los despachos judiciales como de corrupción en muy poca medida se cumplen.

Desde esta perspectiva, se dará respuesta al problema jurídico consistente en determinar si el SISTEMA ACUSATORIO constituye la base de un sistema de enjuiciamiento criminal moderno, partiendo de la base de que éste sistema, es el que más se adapta a los postulados del Estado social y democrático de derecho en lo tocante al respeto y garantía de los derechos humanos, principalmente, y a las limitaciones en el ejercicio de la autoridad

judicial; de igual manera a la observancia del principio de la *ultima ratio* del derecho penal, del garantismo jurídico y del combate contra la impunidad.

1.CONTEXTO Y ANTECEDENTES DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA

Colombia, al igual que la gran mayoría de los países latinoamericanos, construyó sus instituciones penales dentro de la tradición del derecho continental europeo donde predominan los principios del “sistema inquisitivo”. Sin embargo, desde hace más de dos décadas, se viene planteando en Colombia la necesidad de contar con una institución que permita perseguir el crimen de manera efectiva. De tal forma, y en desarrollo de este principio, se han expedido diversas normas que confluyen en la tendencia de generar una reforma sustancial a la justicia penal.

Para verificar lo anterior basta con hacer un recorrido histórico por nuestra legislación, donde podremos demostrar, además, la voluntad política de propender por un sistema procesal penal con tendencia al modelo acusatorio.

En primer lugar, partiremos con el Código judicial de 1892 (Ley 100 de 1892) donde se observan aspectos acusatorios v. gr. los artículos 1597 y 1598⁵:

“Acusador es el que pide a la justicia que castigue un delincuente constituyéndose parte y comprometiéndose a probar la verdad de sus aserciones”.

“Todos pueden acusar en causa propia y en la de su consorte y parientes... en los demás casos sólo pueden acusar las personas a quienes no está prohibido”.

Posteriormente fue expedido el código judicial de 1931, que conservó, con algunas modificaciones el sistema anterior.

⁵ CASTRO, Carlos Guillermo, y otros. Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia. Tercer Mundo Editores. Santa Fe de Bogotá 1999. p.212

Seguidamente en 1938, durante la presidencia de Eduardo Santos aunque se adopto un sistema con tendencia inquisitiva que sustituyó la acusación particular por la figura de la parte civil, se crearon los jueces de instrucción criminal que surtían las primeras actuaciones procesales y las entregaban al juez de la causa para que éste formulara la acusación o se abstuviese de hacerlo.

Años después se expidió el Código de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto – Ley No 409 de 1971), enmarcado completamente en el *sistema inquisitivo*, de auge en la época, que sirvió para atender la imperiosa necesidad de una justicia penal más efectiva sin romper con el esquema que tradicionalmente venía aplicándose desde 1938. Como aspectos innovadores cabe destacar: la variación sustancial de la etapa de la instrucción, especialmente en lo que atañe a la organización y reglamentación de la policía judicial, la reducción de los términos judiciales, la tecnificación de los procedimientos y la implantación de nuevos y abiertos criterios sobre la excarcelación.

La reacción contra este estatuto surgió de la controvertida reforma constitucional de 1979, como un producto directo de la Ley 6 de ese mismo año, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir y poner en vigencia un Código de Procedimiento Penal.

Así, se creyó hace más de dos décadas, que con la propuesta de reformar la Constitución Nacional de 1886, básicamente en lo atinente a los Poderes Legislativo y Judicial, obtendríamos una pronta y cumplida justicia, recurriendo a un sistema judicial acusatorio distinto del tradicional sistema inquisitivo, eficaz frente a los altísimos niveles de impunidad, congestión y excesivo formalismo, a la vez que se solucionarían problemas de todo orden, especialmente del creciente índice delincucional que a diario se registraba en todo el territorio nacional.

Por eso, se incluyó el sistema acusatorio, con una Fiscalía General de la Nación encargada de instruir el sumario ejerciendo funciones requirentes ante el juez para que tomara las decisiones judiciales intermedias o definitivas, aplicando un principio básico acusatorio de separación de funciones.

Se pronosticó y diseñó un sistema de inclinación al modelo acusatorio enunciando principios rectores orientadores de este sistema procesal penal, bajo las siguientes premisas⁶:

- El monopolio de la acción penal solamente recaía sobre los delitos que expresamente señalara la ley. De tal manera que se adoptaría un sistema flexible para la ejecución de la política criminal de Estado.
- Los jueces no volverían a instruir procesos, sino que dirigirían la segunda fase del proceso: el juicio público.
- Se investigaría y trabajaría siempre en equipo con la policía judicial bajo el liderazgo del Fiscal con mayor posibilidad de éxito en la instrucción sumarial.
- Se fundamentó el régimen penal en la trilogía: juez natural e imparcial; fiscal con vocación acusatoria; y, defensor en ejercicio pleno e inviolable de la defensa técnica y material, pudiéndose considerar como profunda y sustancial.

Esta intención se concretó en el Decreto 0181 del 29 de enero de 1981, publicado en el Diario Oficial del Lunes 9 de febrero de 1981, mediante el cual se expidió tal estatuto, caracterizándose, por la consagración expresa de principios como el de legalidad, derecho de defensa, favorabilidad,

⁶ Tomado del texto del Proyecto de Acto Legislativo presentado por el Doctor Armando Estrada Villa y el Doctor Rómulo Gonzalez Trujillo al Honorable Congreso de la República sobre la Modificación del Sistema de Justicia penal.

presunción de inocencia, igualdad, lealtad entre las partes y adecuación a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos; además, por dar al proceso una estructura compuesta por tres funciones: instructora, acusadora y de juzgamiento, sobre la base de un *sistema mixto* con marcada acentuación hacia el *acusatorio*.

Empero, esta codificación nunca pudo entrar en vigencia por la declaratoria de inexequibilidad que la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional) - entidad que entonces cumplía la misión de salvaguardar la integridad de la Carta - hizo de dicha reforma al comprobar la existencia de irregularidades de procedimiento en su formación, con lo cual cayeron todas las elaboraciones realizadas a partir de su texto.

Esta declaratoria obligó a la inmediata expedición de la Ley 2 de 1982, con la cual se revivió la vigencia del Código anterior (Decreto-ley 409 de 1971), solucionando así la crisis que parecía avecinarse. De todas maneras el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno, introdujo varias reformas sustanciales mediante Ley 2a. de 1984, precisando lo relacionado con la afectación de bienes o elementos utilizados en la ejecución del delito o provenientes del mismo, estableciendo la competencia y el procedimiento de las autoridades de Policía y creando cargos de jueces especializados a quienes les señaló un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo.

Pero la urgencia de reformas seguía siendo abrumadora, de allí que mediante Ley 52 del 28 de diciembre de 1984, nuevamente se revistiera al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos años, para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal. Las comisiones 40 integradas para tal efecto culminaron su trabajo con el proyecto que finalmente sancionó el presidente Virgilio Barco Vargas como Decreto-ley 50 del 13 de enero de 1987.

Esta nueva codificación no fue matriculada en ningún sistema procesal en particular, contemplando tres clases de procedimientos: **El primero** establecía una dualidad entre la función de acusación (la instrucción y la calificación del mérito del sumario le era asignada a los jueces de instrucción) y la función de juzgamiento (en la que los jueces de conocimiento no podían tener ninguna injerencia en la etapa de la instrucción), establecida para los delitos de competencia de los jueces superiores y los del circuito; **El segundo**, sin tal dualidad, porque el mismo funcionario que profería la resolución de acusación era el que dictaba la sentencia correspondiente. Se aplicaba a los delitos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores y los Jueces Municipales; y **El tercero**, un procedimiento abreviado para aquellos casos de flagrancia o confesión simple.

Este esquema rigió, con algunas modificaciones importantes introducidas a través del Decreto-ley 1861 y especialmente del Decreto-ley 2737 de 1989 (Código del Menor aplicable a los infractores con edades inferiores a los dieciocho años), hasta cuando entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal que el Presidente de la República expidió mediante el Decreto 2700 de 30 de noviembre de 1991, en uso de las facultades que le confirió el literal a) del artículo transitorio 5o. de la Constitución Política de ese mismo año. Este estatuto sufrió posteriormente algunas modificaciones de importancia a través de las leyes: 23 de marzo 21 de 1991, 81 de noviembre 3 de 1993 y 228 del 21 de diciembre 1995.

Con la Constitución de 1991 se llegó a la implantación de un sistema mixto con tendencia acusatoria, para lo cual se creó la institución de la Fiscalía General de la Nación como un ente judicial autónomo bajo la dirección de un alto funcionario: el Fiscal General de la Nación, quien es elegido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena, de terna enviada por el Presidente de la República.

La Fiscalía quedó diseñada bajo un sistema general de delegación, lo cual supone jerarquía y posibilidad de ser removidos del conocimiento del caso. Pero al mismo tiempo tiene autonomía en las decisiones tomadas y por lo tanto éstas no pueden ni deben ser consultadas, ni revisadas por sus superiores; ellas sólo pueden ser debatidas, contra argumentadas y derrotadas en el debate procesal propio de la etapa del juicio, en la resolución de los recursos y en el desarrollo del proceso.

Esta mezcla de jerarquía interna, autonomía, naturaleza judicial de la entidad, facultades investigativas, y otras exclusivas de la judicatura en todos los sistemas, fue lo que permitió decir que el Constituyente del 91 había optado por el sistema mixto, que en últimas mantuvo la estructura anterior, cambiando simplemente el nombre de juez de instrucción criminal por el de fiscal, a quien se le facultó a dictar medidas de aseguramiento sin control judicial previo.

Al permitirse, en nuestro sistema constitucional, que la Fiscalía cumpla funciones judiciales y por lo tanto, que tenga la facultad de proferir medidas de aseguramiento y la posibilidad de precluir las investigaciones, sin control de los jueces, tal como lo establecen los numerales 1 y 2 del artículo 250 de la Carta Política, se introdujeron factores extraños al sistema acusatorio, que resultan de imperioso cumplimiento para el legislador, e impiden la verdadera modernización de nuestro sistema procesal penal y la real eficacia de las garantías enunciadas en la Carta Política.

Más tarde, el legislador promulgó la Ley 228 de 1995 que, en la práctica equiparó las contravenciones -conductas delictivas de menor entidad-, que eran del conocimiento de los inspectores de policía, a delitos que terminaron siendo competencia de los jueces penales municipales⁷. “La aplicación de

⁷ A pesar de que a las conductas señaladas en la ley 228 de 1995, se le continuó dando la connotación de contravenciones, en la realidad, no fueron consideradas como simples compartimientos humanos que producían un daño social de menor entidad, sino como conductas antijurídicas, típicas y culpables, no conminadas mediante sanciones leves, sino

este Estatuto de “Seguridad Ciudadana”, como fue llamado, trajo como consecuencia que los niveles de hacinamiento carcelario aumentaran dramáticamente, sin que hasta hoy se haya logrado consolidar el propósito inicial de esa norma, que era disminuir la pequeña criminalidad urbana”⁸.

Con criterios similares, en la década pasada, diversos intentos de reforma al ordenamiento penitenciario y carcelario fueron presentados a consideración del órgano legislativo, en momentos en que se debatían proyectos que contemplaban generosos indultos.

En este recorrido no podía dejar de salir a flote la reforma de todo el ordenamiento penal, que por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, el Congreso aprobó, modificando de manera sustancial los códigos Penal y de Procedimiento Penal que pretendían, por una parte unificar la legislación, y por otra contribuir a la humanización de las sanciones disminuyendo su duración.

Así, El 24 de julio de 2000 fue expedido el actual Código de Procedimiento Penal mediante la Ley 600, que conservó el sistema procesal *mixto* extendiéndolo a las contravenciones especiales. Estas acciones reprochables de menor entidad adquirieron así la connotación de delitos o de conductas punibles, al no hacerse ninguna referencia expresa que permitiera diferenciarlas, por lo menos hasta cuando se expidió la Ley 745 de 2002 que tácitamente revivió, en materia de consumo y porte de dosis personal, el procedimiento contravencional de la Ley 228 de 1995.

Finalmente, el 19 de Diciembre de 2002, el Congreso de la República colombiana, expidió el acto legislativo 03 de 2002, por medio del cual se reforman los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Nacional, y se

mediante penas de mayor entidad, tanto así que en la actualidad, se encuentran consagradas en la legislación penal como delitos, manteniendo la misma estructura de juzgamiento que se poseía para la fecha.

⁸ Consejo Superior de la Judicatura. Informe de estadísticas. 1996. Disponible en: <http://minjusticia.com.co/>

implanta un sistema de corte acusatorio que es desarrollado por los códigos penal y de procedimiento penal diseñados por la comisión constitucional redactora de la reforma penal, cuya aprobación se encuentra actualmente en curso ante el Congreso de la República. Dicha reforma constituye la base para la gestación de un sistema judicial moderno acorde con las necesidades de la población colombiana, minado por los principios de oportunidad, oralidad, contradicción y publicidad; elementos claves para la formación de un proceso penal garantista, en el que los derechos fundamentales (en especial el derecho a la libertad), posean un carácter esencial.

2.PRINCIPALES SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN EL DERECHO PENAL

2.1. SISTEMA INQUISITIVO

La utilización de este sistema es propio de regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios, empero, fue en el Derecho Canónico que el sistema inquisitivo se desarrolla con más fuerza sobre la herencia del derecho romano imperial⁹. La consolidación de los estados nacionales, traduce en el plano jurídico y político una enorme concentración de poder en el rey, titular de la soberanía estatal, al reunirse en su persona las funciones de legislar, administrar y juzgar. Dicho fenómeno, propicia que el sistema de justicia penal se distinga por su carácter autoritario, siendo esto lo que convenía para el mantenimiento del poder político centralizado y lo que mejor respondía, a la necesidad del efectivo control del monarca sobre todos sus súbditos, acentuándose, el rasgo más característico del sistema inquisitivo: la promoción oficiosa de la acción por el propio juez inquisidor; quien además de iniciar oficiosamente la investigación de un hecho delictivo sin que otro órgano le incite a hacerlo, concentra también dentro de sus facultades, el juzgamiento de los hechos sobre la base de su propia investigación.

En él los derechos de las partes en especial del imputado, están sobradamente disminuidos. Al Juez se le erige en amo del procedimiento, es

⁹ UPRIMNY, Alberto Brinder, y otros. Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia. Editorial. Tercer Mundo Editores. Santa Fe de Bogotá 1999. p.130-136

la garantía de la imparcialidad y la búsqueda de la justicia. La valoración de las pruebas se realiza mediante la tarifa legal, en la medida en que al Juez se le dan reglas expresas sobre la forma en que debe realizar esa valoración, es éste otro medio de control ya que éstas son tasadas en su valor y el juez debe ajustarse a lo que el derecho le manda a ese respecto. El pueblo está separado de la administración de justicia, la cual es llevada al ejercicio propio de magistrados que representan a Dios, al Monarca o al Emperador, por lo que debe confiarse enteramente en ellos.

Los principios que le informan son casi diametralmente opuestos a los propios del sistema acusatorio. La oralidad, el contradictorio y la publicidad, no se avienen con este sistema y son sustituidos por la escritura, la no contradicción, y el secreto o reserva legal, que permite el acceso al proceso sólo de los sujetos procesales. La búsqueda de la "verdad" se debe permitir sin importar el procedimiento a utilizar; lo que interesa es poder perseguir al culpable, no resulta indispensable que exista la denuncia del hecho, la simple delación es suficiente, con ella se cubre la identidad de quien comunica al investigador el hecho y si resulta necesario; de esa forma se garantiza que todo hecho sea investigado, no importando que al sujeto que se le atribuye la comisión de la acción, pueda o no tener conocimiento detallado sobre lo que se le acusa. El sistema inquisitivo tiene un evidente contenido persecutorio, la investigación muchas veces se realiza de espaldas al imputado operando como regla general la privación de la libertad, el recibo de la prueba no amerita intervención alguna de la defensa, el funcionario, va dando a la investigación el giro que estima pertinente pues las partes no intervienen en la práctica de las pruebas, sólo hacen referencia a ellas en los alegatos conclusivos siendo necesario que lo dicho por los testigos quede consignado en actas y constancias que sustituyen la oralidad por la escritura.

El sindicado no es un sujeto del proceso, es su objeto, durante toda la instrucción, etapa principal del proceso, el imputado queda a merced de los poderes del instructor. Además no resulta característica de este sistema el posibilitar el acceso al expediente, ni el pueblo puede constituirse en garante de la administración de justicia. La publicidad no es indispensable, por el contrario el secreto adquiere importancia pues permite al inquisidor investigar sin los obstáculos que pueda interponer la defensa, al amparo del secreto pudieron realizarse toda clase de excesos durante la alta edad media principalmente y aún legitimarse la tortura para arrancar la confesión prueba reina de este procedimiento.

La fase de juicio resulta ser una mera formalidad, una vez recopilada toda la prueba se le confiere audiencia a las partes, para que si lo tienen a bien, emitan conclusiones, las cuales no resultan indispensables para resolver, pues siempre el Juez se pronunciará sin la emisión de los alegatos finales.

La inquisición, que domina por un periodo bastante largo, desde su inicio (S.XII) hasta su decaimiento (S. XIX)¹⁰, constituyó, indudablemente, la ideología nutriente de los primeros códigos latinoamericanos, cuyos códigos de procedimiento penal siguen los lineamientos de este sistema, pero autorizan además una audiencia oral para que las partes emitan sus conclusiones, con ello se dice se cumple con las exigencias propias de un sistema moderno de administración de justicia.

2.2. SISTEMA ACUSATORIO

“... la forma acusatoria del proceso floreció en Grecia, brilló en el apogeo del Imperio romano, y aunque en forma muy tosca, apareció en el derecho germánico; resurgió después entre nosotros en la brillante época de las ciudades italianas ...”.
Florián

¹⁰ MODERNA ENCICLOPEDIA ILUSTRADA, Tomo 5. Editorial Circulo de Lectores. Barcelona. 1975, p. 1012.

El sistema acusatorio se originó en la Grecia antigua¹¹ con la existencia de unos funcionarios conocidos como *Tesmoteti*, encargados de denunciar los delitos ante el Senado o ante la Asamblea del Pueblo, estos últimos, a su vez, designaban un representante de la sociedad para que llevara la voz de la "acusación" ante el Tribunal de los *Eliastas* o al de los *Ephetas*. En la época griega el proceso era esencialmente acusatorio, oral y público y tenía como característica la participación directa de los ciudadanos en la administración de la justicia penal. Esta participación ciudadana se ejercía por un tercero imparcial, despojado de los sentimientos de venganza propios de la víctima. Función similar cumplieron más tarde los *Eforos* y los *Arcontes*, pero es esa naciente institución, conocida como *Aerópago* en donde se observan ya los gérmenes del Ministerio Público actual. Éste, acusaba de oficio y sostenía las pruebas en caso de absolución injusta; es decir, que ejercía la acción penal ante el Tribunal del Pueblo, dentro de este ejercicio, inclusive, solicitaba la revocatoria de las sentencias contrarias a la ley.

Dicho Sistema fue desarrollado principalmente en Roma durante la época de la República. Debido al incremento de delitos públicos aparece la *PROVOCATIO AD POPULUM* que era un recurso procesal por el cual el condenado a muerte podía lograr que la sentencia del magistrado fuese sometida a juicio del pueblo, generándose así mayores garantías para el procesado; se pasa de un sistema de la "cognitio" (acusación y sentencia a cargo del Estado) al sistema de la "acusatio" (acusación popular y sentencia a cargo del Estado).

En la actualidad, el sistema acusatorio es considerado como un proceso de partes, en el que cada una de ellas, tiene plena libertad para el recaudo de las pruebas que luego someterá a controversia durante el juicio, oral y

¹¹ La Hora. Evolución Histórica. Noviembre 22 de 2003. Disponible en: <http://www.DIH.lahora.com.EC>.

público, ante el juez encargado de dictar el fallo. Por regla general, la libertad del sindicado se mantiene hasta la sentencia como expresión práctica de la presunción de inocencia.

En este sistema se diferencian claramente las funciones de acusación, defensa y juzgamiento, que se encarnan en tres personas diferentes.

Se cataloga como un sistema de procesamiento penal moderno en la medida en que acoge las directrices de un Estado social y democrático de derecho garantizando el respeto de los Derechos Humanos, y el límite en el ejercicio del poder; así mismo la sujeción al principio de la *ultima ratio* del derecho penal, lo cual se garantiza conforme a las siguientes razones:

- La implantación del principio de oralidad, constituye una herramienta vital para el proceso de modernización de la justicia penal, en tanto que deja al margen los viejos formulismos y procesalismos jurídicos que oscurecían la realidad procesal y llenaban el enjuiciamiento penal de ritualidades que le minaban su agilidad. El principio de oralidad reflejado en la etapa del juicio, al desarrollar el proceso mediante audiencias, permite la reducción significativa de los tiempos procesales, lo que conlleva a una mejor y real eficiencia del sistema.
- Con el establecimiento del principio de oportunidad, se asegura la descongestión en los despachos judiciales, al no estar los funcionarios sujetos a la investigación de toda "*notitia criminis*," a sabiendas de que muchas de ellas son atípicas, carecen de relevancia y peligro social y dan mérito al desgaste de la rama judicial; lo que en últimas redundaría en un sistema más efectivo, teniendo en cuenta que los procesos que ingresan a la etapa del juicio, reciben toda la atención necesaria del funcionario judicial. De igual forma, se garantiza de esta manera la disminución de las cifras de impunidad, ya que los delitos de mayor relevancia (aquellos que vulneran

los bienes jurídicos tutelados de mayor importancia social), no pueden evadir la concentración de la justicia.

- El principio de Contradicción equilibra la balanza entre la acusación y la defensa, adquiriendo importancia el derecho de las víctimas, quienes alcanzan la posibilidad real de defender sus propios intereses dentro del proceso penal, sin depender exclusivamente de la actuación realizada por el Estado.

2.3 SISTEMA MIXTO

Cuando la revolución francesa en 1789, irrumpe contra el absolutismo monárquico, se desata una transformación política y social que conlleva a una transformación jurídica que hace que el sistema inquisitivo varíe a un nuevo pensamiento de justicia penal. El movimiento "Enciclopedista"¹², dirigido principalmente por Montesquieu, Rousseau, Voltaire y Beccaría, inspirado en el sistema de garantías de derecho anglosajón, critica drásticamente al régimen político - jurídico dominante de la Europa Continental, derrota el despotismo francés e instauro las bases de un nuevo sistema que se piensa sustentar en principios republicanos y democráticos.

Con la Francia Bonapartista, surge el Código de Instrucción Criminal de 1808 "*Code d' instruction criminelle*"¹³ y con él, la era del Sistema Procesal Mixto Clásico. Dicha normativa, a pesar de conservar la figura del juez instructor (el inquisidor que investiga y decide, de oficio, el mérito de su propia

¹² SCHAFF, Adam. Historia y Verdad. Editorial Grijalbo. México, D.F. 1981, p. 9-35.

¹³ FERRAJOLI op. Cit., p. 805

investigación), introduce cambios relevantes sobre la base de una juxtaposición entre los principios acusatorios e inquisitivos.

Dicho código organiza un procedimiento mixto que divide el proceso en dos etapas diferentes: una inquisitiva, de investigación o instrucción y ejercicio de la acción penal en cabeza de un funcionario del Estado que conduce un procedimiento de tipo contradictorio en el que el derecho a la defensa está garantizado, además de que todos los actos de disposición como la detención preventiva, quedan sometidos a un control jurisdiccional; y otra acusatoria, correspondiente al juicio, en el que la competencia para decidir y sancionar se otorga a un funcionario diferente. El juicio, entonces, sólo puede ser producto de la acusación formulada por un organismo del Estado. La acción y la jurisdicción se separan, al menos formalmente, con el surgimiento del Ministerio Público¹⁴, el órgano que se limitaba a "controlar" lo que el juez oficiosamente "investigaba".

Desde esta perspectiva, las transformaciones sociales influyen decisivamente en la historia jurídica del continente americano durante los siglos XIX y XX. De tal manera las legislaciones penales latinoamericanas se inspiraron y adoptaron como modelo, el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, el cual se extendió a través de dos vías: a) Las Leyes de Enjuiciamiento Criminal Españolas de 1872 y 1882, que sirven de base a varios códigos de América Latina y, b) el Código de Italia de 1930, que sirve de fundamento para el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina de 1939¹⁵.

¹⁴ GRANADOS, Jaime Enrique, y otros. Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia. Corporación Excelencia en la Justicia. Editorial. Tercer Mundo Editores. Santa Fe de Bogotá 1999, p.130-136

¹⁵ YÉPEZ de Velasco, Mariana. Ministerio Público, sociedad, democracia y perspectivas para el nuevo siglo. Diario LA HORA Quito – Ecuador. Editor: José Luis Pérez S. Noviembre 22 de 2003.

No obstante, el sistema mixto, en su desarrollo, se ha caracterizado por la existencia de variantes, según que la tendencia del sistema sea acusatoria, como en los sistemas anglosajones; o inquisitiva, como en los continentales o romanistas.

Indudablemente, la influencia española fue la que determinó el rumbo de la legislación Colombiana a partir de la conquista. En efecto, España comienza a estampar el sello inquisitivo precisamente con la legislación indiana, legislación que influye tajantemente en la expedición de los códigos procesales en nuestro territorio patrio.

Un análisis de toda esta normativa conduce a detectar, sin mayores esfuerzos, ese legado inquisitivo heredado a través de España y que, a pesar de sus efectos nocivos sobre la vigencia de los derechos y garantías fundamentales, se ha mantenido invariable en el trayecto histórico, la figura de un juez instructor que, desde el mismo momento que persigue de oficio el delito, concentra en su persona dos poderes completamente distintos e incompatibles: requerir (acción penal) y fallar (jurisdicción). Lo que demuestra de manera categórica, la vinculación histórica de un sistema de justicia penal de rasgos inquisitivos bien definidos, con la forma autoritaria con la que el poder político se ha ejercido. Sólo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 con la que se crea la figura de la Fiscalía General de la Nación y a raíz de la promulgación de las leyes 599 y 600 de 2000, se realiza un viraje hacia la tendencia acusatoria, creándose un sistema “*sui generis*” en la medida en que conserva principios de los dos sistemas básicos tradicionales no siendo posible determinar con exactitud la tendencia que lo identifica.

La principal característica de este sistema, atribuida por la Constitución Política de 1991, fue el nombramiento del Fiscal, quien por pertenecer al poder judicial es nombrado por la Corte Suprema de Justicia para un período

de cuatro años, lo que le permite ser independiente frente al poder ejecutivo, se tiene pues, como característica de este sistema, la pertenencia de la Fiscalía al poder judicial.

Como segunda característica, y en desarrollo de la anterior, el Fiscal puede dictar medidas de aseguramiento, las cuales están sujetas a los siguientes controles:

- En primer lugar, el principio de legalidad. Un fiscal o un juez, no puede dictar auto de detención o medida de aseguramiento, sino por un hecho que esté expresamente previsto en la ley. Existe también, el control de legalidad de la medida, que hoy en día es un control puramente formal desde el punto de vista de los requisitos¹⁶, o material, cuando se discute la prueba tenida en cuenta para proferir la medida tal como lo establece el artículo 392 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.
- En el Código de Procedimiento Penal, se establece como medida fundamental el control sustancial sobre las medidas que dicta el fiscal. Una vez emitida y debidamente ejecutoriada una medida de aseguramiento, el defensor o el Ministerio Público pueden pedirle al juez de conocimiento, no solamente que revise si la medida se dictó con base en los requisitos formales, sino, si la prueba que el fiscal tuvo en cuenta para dictar la medida de aseguramiento, es suficiente o no.
- El tercer control es la intervención del Ministerio Público. Aun cuando se establece como participación eventual, el Ministerio Público tiene el control, como representante de la sociedad, para garantizar el debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales del procesado.
- En cuarto lugar, existe el control disciplinario. Los fiscales pueden ser procesados disciplinariamente por actos contrarios a derecho.

¹⁶ Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal Colombiano, Art. 392. Constitución Política de Colombia Art. 28.

- Existe también el control penal, en cuanto el fiscal sabe que está sometido a una eventual investigación penal por prevaricato, si emite un auto de detención sin el cumplimiento de los requisitos legales.
- Finalmente, y como último control, existe el principio de las dos instancias¹⁷, por medio del cual se da uso del recurso de apelación, consagrado en la legislación penal para impugnar determinados autos interlocutorios, y las sentencias de primer grado, teniendo por objeto llevar al conocimiento de un juez superior la resolución de uno inferior, a fin de que se revisen y corrijan los yerros que éste hubiese podido cometer.

Como tercera característica podemos establecer que la jurisdicción tiene matices inquisitivos en el sumario y acusatorios en el plenario. La primera etapa es secreta y no contradictoria. La segunda, es escrita, pública y contradictoria.

En este sistema además, la acción penal corresponde al Estado, mientras que la civil pertenece al afectado; la prueba es legal, en lo que corresponde a los medios y a la forma de rendirla, pero su valoración y apreciación corresponden al juez que debe, sin embargo, ceñirse a las pautas que la propia ley le establece.

Como última característica se tiene que la sentencia durante este proceso, tiene autoridad de cosa juzgada, la cual debe ser fundada y tiene el carácter de impugnabile a través de los recursos que establece la ley.

2.4. DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA MIXTO Y EL ACUSATORIO

La diferencia entre un sistema *mixto intermedio* y *el acusatorio* radica en que en este último, los juzgados de instrucción son sustituidos por una fase de investigación previa de naturaleza administrativa –en sentido formal y

¹⁷ Ibid. Art. 18.

material– destinada a motivar la convicción del fiscal respecto a los indicios de criminalidad, pero no a la determinación del juez sobre la existencia del delito y la identidad de su autor. Es decir, en la primera fase se trata simplemente de decidir la admisibilidad de la acusación para eliminar procesos innecesarios cuando faltaren los requisitos sustanciales para ello. No se juzga para saber si se va a juzgar, como ocurre durante nuestra etapa de instrucción, sólo se hace un juicio de probabilidad, es decir, se determina la existencia de los elementos que razonablemente indican la pertinencia de un juicio.

En el procedimiento *acusatorio*, como decíamos, quedan separadas las funciones de acusación, defensa y decisión, las cuales son desarrolladas fundamentalmente en dos etapas, mientras que el procedimiento *acusatorio* básicamente se ventila ante el juez. Con este último, además de todas las ventajas respecto a las garantías individuales, la eficacia, la seguridad y la confianza en el sistema de protección de justicia, se logra mayor eficiencia en la investigación de los delitos, porque está completamente separada de los actos procesales la investigación de éstos, lo que permite una mayor concentración por parte del funcionario que está adelantando la investigación en el ejercicio de su función. Por una parte, tenemos una fase prejudicial, secreta, administrativa, pero cuando inicia el proceso, inician también todas las reglas procesales; no se confunden actos de investigación con actos procesales, informes policiales con pruebas testimoniales, o con las pruebas confesionales, los reconocimientos o la reconstrucción de hechos, estando completamente separadas las fases de investigación y de proceso.

Se tienen entonces, como características básicas entre uno y otro sistema, las siguientes:(ver cuadro No1)

CUADRO No 1

DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA MIXTO Y EL ACUSATORIO

<i>Sistema Mixto</i>	<i>Sistema Acusatorio</i>
✱ Distribución de funciones entre investigación y juzgamiento. ✱ Por regla general la investigación se inicia oficiosamente, existen excepciones con los delitos querellables. ✱ El juez es el director del proceso en la etapa del juicio y el Fiscal en la etapa de investigación. ✱ El juez y el fiscal pueden practicar pruebas de oficio. ✱ Hay oralidad en la etapa de juzgamiento –audiencia preparatoria y pública- y escritura en la etapa de instrucción y en el desarrollo del proceso en general. ✱ El proceso es público en la etapa de juzgamiento y secreto en la etapa de instrucción. ✱ El juez es permanente durante toda la etapa del juicio y debe motivar la sentencia. ✱ Está prevista la detención preventiva para ciertos delitos. 392 C. P. P ✱ Existe el principio de la doble instancia y de la cosa juzgada	✱ Distribución de funciones en cada una de las etapas procesales. ✱ Por regla genera la investigación se inicia por iniciativa privada (debe mediar solicitud de parte) ✱ El juez es el director del proceso. ✱ El juez sólo decide con base en las pruebas que le presentan las partes. ✱ Todos los actos se ejecutan de manera concentrada. ✱ La característica fundamental del procedimiento es la oralidad. ✱ El proceso es público ✱ El juez no es permanente. ✱ No existe la figura de la detención preventiva. ✱ El juez no está en la obligación de motivar la sentencia. ✱ El juez es permanente.

3. ANÁLISIS DE ALGUNAS LEGISLACIONES EN LAS CUALES SE HA ADOPTADO EL SISTEMA ACUSATORIO

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo, a continuación se consignará una reseña de los avances logrados en pos de la oralidad en algunos países, cuyas experiencias pueden resultar paradigmáticas.

3.1. ALEMANIA.

El proceso penal con el que se ha intentado medir el rasero de las reformas procesales latinoamericanas es el proceso penal Alemán. De tal manera, un poco la experiencia germana ha determinado en este punto, no sólo una noción clara para lo que significa el proceso penal en los ámbitos europeos, los países limítrofes de Alemania por ejemplo, sino también para el proceso penal latinoamericano.

En Alemania, la discusión sobre el problema de qué significa el procedimiento penal surge a partir de una sentencia que establece que "El proceso penal es el sismógrafo del Estado de Derecho"¹⁸. A partir de ahí, y un poco mirando la connotación que puede tener esa sentencia, se han desprendido en la jurisprudencia constitucional germana los modelos y los derroteros que debe seguir el procedimiento penal. De tal manera, y a pesar de que la Ordenanza Procesal Alemana data del siglo XIX, se han ido, de

¹⁸ Unión Nacional de Juristas. Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de Alemania. 1954. Disponible en: <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/Bundesgerichte/Bverfg/>

una u otra manera, fijando puntos claros en lo que corresponde a la formación de ese proceso penal como sismógrafo del Estado de Derecho.

Desde ese punto de vista hay que observar que después de la segunda guerra Mundial, lo que proyectó la posibilidad de un proceso penal acorde al Estado de Derecho fue la categoría constitucional - que nosotros también poseemos - de la dignidad humana. Y en el proceso penal germano, ese principio, ese postulado constitucional de la dignidad humana ha, de una u otra forma, determinado, dentro de la doctrina jurídico-procesal, un desarrollo que tiene que ver con lo que significa un sujeto de derecho y el procesado como sujeto de derecho. A propósito de esa situación, la misma jurisprudencia constitucional ha determinado que el sujeto de derecho ha tenido una movilidad, un desplazamiento: de lo que antes se consideraba como objeto de procedimiento, a considerarse ahora como sujeto de derechos dentro del proceso penal. Y sujeto de derechos, en términos de que le corresponde decidir al sujeto procesal que aparece como imputado sobre los resultados también del procedimiento¹⁹.

Esa noción ha conformado una serie de figuras que tienen que ver, por ejemplo, con la manera en que se indaga, siendo ésta la primera observación que se le hace, desde la teoría procesal germana, a los procesos penales latinoamericanos²⁰, esto es, el problema de sí la indagatoria debe necesariamente convertirse en una pieza procesal que determine decisiones que deba tomar el fiscal, o si, por el contrario, si nos ponemos en la teoría del sujeto de derecho, una oportunidad para que se debata sobre la culpabilidad del procesado, o su oportunidad primigenia de defenderse ante el poder punitivo del Estado.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Unión Nacional de Juristas. El procedimiento penal Alemán. 1954. Disponible en: <http://www.jura.uni-sb.de/>

En lo que corresponde a la facultad del fiscal para denegar pruebas, en el proceso penal germano la discusión está sumamente basada en el problema de que hay oportunidades, en las cuales el procesado tiene la oportunidad de pedir pruebas, pero también está reglada la forma en que tienen que denegarse y las facultades, también por parte del fiscal, para denegarlas.

Existe un proceso de tres fases: se halla una investigación de carácter preliminar o una investigación de carácter penal, pero en el momento en que se llega a la calificación, se presenta una etapa intermedia, donde se controla lo que sucedió en la investigación y las pruebas que pudieron haberse dejado de practicar dentro de esa etapa investigativa, y que de una u otra manera permiten al procesado defenderse en una vista oral con todas las garantías.

La audiencia oral corresponde verdaderamente a un sistema adversatorio, que define la posibilidad del acusado de defenderse.

También en la noción de observar que es un sujeto de derecho, al cual le corresponde la dignidad humana durante el proceso penal, existe una amplia gama de lo que llaman en Alemania la “Beweisverboten” o las prohibiciones de prueba con una noción clara del objeto del proceso. La fiscalía tiene una formulación de carácter normativo que atiende al problema del objeto del derecho, en el sentido en que, podría decirse: la fiscalía va a los hechos y el juez al derecho.

3.2. ARGENTINA.

Es en las provincias argentinas donde comienzan a establecerse los primeros sistemas procesales orales. Las particularidades del federalismo argentino, en donde si bien el derecho sustantivo es de carácter nacional, el procesal y la organización judicial es provincial -sin perjuicio de la existencia de una jurisdicción federal-, permitieron que corrientes más innovadoras, sin

todo el peso que significa hacerse cargo de la transformación en todo un país, llegaron a traducir sus ideas en códigos. El primero de ellos y emblemático, por lo que significó para el resto de las provincias y otros países que lo tomaron como modelo -como es el caso de Costa Rica- fue el código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba de 1938, cuyos autores fueron Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde.

Con posterioridad a esa fecha, la gran mayoría de las provincias fueron adoptando el sistema oral, quedando al margen fundamentalmente la Provincia de Buenos Aires, lo que en términos de cobertura tiene una importancia significativa.

Para revertir tal situación, durante el Gobierno de Raúl Alfonsín se generó un fuerte movimiento, encabezado por el jurista Julio Maier, cuya propuesta era un nuevo Código que establecía el sistema acusatorio. En el caso argentino este sistema recibe explícitamente consagración constitucional.²¹

La Comisión encabezada por Maier produjo en 1980 un proyecto de Código donde se encomendó, igualmente, el establecimiento de una nueva organización judicial que incluyera al Ministerio Público. Pese a haber sido sancionado dicho proyecto por la Cámara de Diputados, éste fue sustituido durante el Gobierno de Carlos Menem por un proyecto presentado en 1975 al Congreso Nacional por el Ejecutivo de aquel entonces y que había sido elaborado por Ricardo Levene, presidente de la Corte Suprema en 1991 cuando se retiro su tramitación. Dicho código fue elaborado tomando como modelo el de Córdoba, es decir, manteniendo un sumario de carácter escrito en manos de un juez y un plenario de corte oral. Este código fue sancionado el 4 de septiembre de 1991 y comenzó a regir un año mas tarde -Ley 23.984-

²¹ El texto constitucional de 1853 incluso prescribe el juicio por jurados.

. El Código se integra con la ley 24.050 de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional y con la Ley 24.121 de Implementación. Se dispuso allí el derecho a los imputados, en los procesos en trámite al momento de comenzar la aplicación de la nueva ley, a elegir el sistema por el cual deseaban ser juzgados, dentro de un plazo especial de 15 días que se concedió al efecto.

La reforma afectó principalmente la organización de la Justicia Penal Nacional, aquella que corresponde a la Capital Federal. Se estableció que los juzgados de instrucción pasaran a funcionar con sólo una de las dos secretarías que tenían. Por su parte, de los 20 juzgados de sentencia, 10 se transformaron en juzgados de instrucción para el nuevo sistema y los restantes, transitoriamente, continuaron conociendo de los procesos antiguos. Una de las dos secretarías que también poseían esos juzgados de sentencia pasó a integrar las fiscalías, las que debieron aumentar su número. Algunos de los funcionarios de los ex juzgados de sentencia fueron trasladados a los nuevos juzgados orales que se crearon. Dos salas de las siete que conformaban la cámara de apelaciones fueron convertidas en tribunales orales.

El proceso de implementación de estos cambios, no estuvo exento de problemas. La conducción de éste fue responsabilidad de una Comisión creada por el Ministerio de Justicia. Se impulsó un atractivo programa de pasantías de jueces en aquellas provincias donde ya se aplicaba el sistema oral.

Esta es considerada la experiencia más interesante realizada en el país de capacitación judicial, aún cuando no comprendió al personal administrativo -

que debió limitarse a concurrir a conferencias sobre el tema- y se suspendió una vez entrado en vigor el nuevo código.²²

Sin embargo, no hubo realmente un plan de implementación de la reforma. En los hechos ésta se hizo por cada servicio que debía intervenir, con sus recursos normales, sin mayor coordinación. Por ejemplo, la Dirección de Arquitectura designó un grupo de arquitectos que previó las necesidades de espacios físicos y consiguió edificios cedidos de otros ministerios; la Dirección de Abastecimientos se preocupó de las necesidades de mobiliario, etc.²³

Como en otros países, a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código el trabajo de preparación no estaba concluido. Hubo incluso presiones por postergar esta entrada en vigencia, pero ésta se cumplió gracias a la acción de la Corte Suprema, la que impulsó su puesta en marcha a través del impulso de acuerdos.

Las resistencias al cambio provinieron especialmente de los abogados, no así de los magistrados, lo que puede explicarse por las promociones y aumento en las remuneraciones que para ellos aparejó la reforma. Algunos resultados preliminares dan cuenta de un balance positivo del nuevo sistema, aún cuando existen sectores que deben recibir una especial atención. Uno de ellos es -dentro de la justicia nacional -²⁴el de la justicia correccional, cuya competencia aumentó sustancialmente con la reforma: de conocer delitos con pena privativa de libertad de hasta un año, se alzó a aquellos de hasta 3

²² CORREA Sutil, Jorge. "Diagnóstico de los Poderes Judicial y Legislativo de la República Argentina". Banco Interamericano de Desarrollo. 1994. Pág.39

²³ ALDEA, Rodolfo; Haeussler, Maria Josefina y Valdivieso, Carlos, "Consideraciones Sobre la Gestión del Sistema Penal en Buenos Aires y Córdoba", FPC y CDJ/CPU, Santiago, 1994.Pág.56

²⁴ Los comentarios posteriores se centraron en la justicia nacional, cuantitativamente la más relevante.

años, el cuadro No 2 refleja el aumento de la carga de trabajo entre el año 1991 -previo a la reforma- y el año 1993.

CUADRO No 2
AUMENTO DE LA CARGA DE TRABAJO ENTRE LOS AÑOS 1991 Y 1993 EN
ARGENTINA²⁵.

AÑO	TRAMITADAS	RESUELTAS	PENDIENTES	JUZGADOS	RESUELTAS / JUZGADOS
1991	24.216	18.610	5.606	7	2.659
1993	78.901	55.593	23.308	10	5.559

Para hacer frente a este problema se dictó en mayo de 1994 la ley 24.316, que incorpora la suspensión de juicio a prueba, con el fin de descargar del sistema los asuntos menores cometidos por primerizos. Ella apunta a uno de los aspectos medulares para el correcto funcionamiento del sistema, que no fue asumido por la reforma de 1992, esto es el dotarlo de armas que le permitan realizar una selectividad objetiva y racional, que permitiese focalizar sus recursos –siempre necesariamente limitados- a aquello de mayor relevancia.

Distinta es la situación que le ha tocado vivir a los juzgados de instrucción, quienes descargaron parte de su trabajo en los correccionales:

²⁵ Estos datos son tomados de CAMINOS, Miguel Angel: "El Código Procesal Penal y la Implementación del Proceso Oral". En "La Implementación de la Reforma Procesal Penal". CDJ/CPU -NCSC. Santiago, 1996, p. 63 y siguientes.

CUADRO No 3
SITUACIÓN DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN ARGENTINA²⁶

AÑO	TRAMITADAS	RESUELTAS	PENDIENTES	JUZGADOS	RESUELTAS/ JUZGADOS
1991	110.298	99.846	10.452	32	3.120
1993	66.953	57.344	9.609	39	1.470

En cuanto a los tribunales nacionales orales en lo criminal, en el año 1993, los veintiuno que funcionaron conocieron 2.516 procesos, concluyendo 1.693, de los cuales 727 lo fueron por sentencia definitiva.

El mayor problema que se ha presentado en el funcionamiento de los tribunales orales es el escaso número de defensorías oficiales, uno por cada tres tribunales orales, convirtiéndose en un verdadero cuello de botella del sistema, sobretodo, si se tiene presente que aún es limitado el número de abogados particulares que interviene en los debates. Se ha programado la creación de 10 defensorías adicionales para hacer frente a este problema.

Otros cambios importantes que experimentó el sistema a consecuencia de la reforma fueron la creación del cargo de "Administrador Judicial", la creación de la Dirección de Informática Jurídica, a cargo de un banco de datos jurisprudencial de la Cámara Nacional de Casación Penal y de los Tribunales inferiores, y la creación de la oficina de Asesoramiento y Asistencia a Víctimas y Testigos, a cargo de un equipo interdisciplinario.

²⁶ Ibid.

En la operatoria práctica del sistema los principales problemas que se han presentado son la falta de dependencias para la espera de testigos, la imposibilidad de pagarles a éstos su traslado y viáticos, la ausencia de mecanismos de subrogación de los secretarios -quienes son los encargados de manejar la agenda del tribunal-, la seguridad durante las audiencias y la falta de un sistema de control de gestión.

No existen hasta a la fecha estudios completos referentes a la duración de los procesos en el nuevo sistema. Según los estudios realizados hasta el momento, hoy en día la duración de un caso tipo, hasta que se haya dictado sentencia definitiva de primera instancia es de 9 meses, cifra sustancialmente inferior a la existente con anterioridad a la reforma. Este aceleramiento en los procesos ha incidido favorablemente en la reducción de los presos sin condena.²⁷

La imagen pública de la justicia cambió sustantiva y positivamente con la reforma, aumentando enormemente la atención por su accionar, lo que ha llevado que programas con los mayores ratings en la televisión argentina sean aquellos que trasmiten el desarrollo de audiencias orales; en el futuro se prevé nuevos cambios en el funcionamiento de la justicia criminal, pues la reforma constitucional de 1992 estableció la total autonomía del Ministerio Público el que hasta la fecha dependía, en cuanto a su designación y a la posibilidad de recibir instrucciones, del Presidente de la República, aunque según lo planeado lo era del Poder Judicial.

²⁷ Ibid.

3.3.PUERTO RICO.

El sistema acusatorio que rige el procedimiento penal en Puerto Rico, se caracteriza por ser un sistema oral adversativo²⁸, donde cada actor de ese drama judicial conoce claramente cuáles son sus funciones. Es un sistema adversativo pues se trata de dos partes adversas, cada cual tiene una teoría distinta de la forma de cómo ocurrieron unos hechos, que posteriormente se están ventilando en una corte de justicia.

La función del fiscal es básicamente la de investigador y posteriormente la de procesar esa investigación en un tribunal.

El sistema acusatorio en Puerto Rico es ampliamente protector existiendo una amplia gama de salvaguardas (derechos constitucionales del acusado), las cuales favorecen mayormente al imputado de un delito.

Siempre se va de la mano con esas protecciones, con unas técnicas de investigación modernas que le permiten derrotar esa presunción de inocencia que cobija al acusado para poder descargar la obligación que tiene el Ministerio Público, de probar los casos más allá de la duda razonable. Una buena investigación posiblemente va a dar lugar a que el acusado sea convicto del delito, pero “en Puerto Rico, aun cuando se posee el sistema acusatorio, en los juicios por jurado, el 97% de los casos termina mediante una alegación de culpabilidad mediante la cual la persona se declara culpable del delito imputado, o realiza una alegación pre-acordada; en estos casos, tanto el abogado defensor como el fiscal, le recomiendan al juez la

²⁸ GOYCO Amador Pedro, Subsecretario de Justicia de Puerto Rico. MEMORIAS FORO NACIONAL: REFORMA A LAS FUNCIONES JUDICIALES DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION. Universidad de los Andes.

disposición de ese caso, enmendando cargos acusatorios para que imputen un delito cuya penalidad sea menor a la que originalmente se imputó”²⁹.

El fiscal cuando comienza la investigación es imparcial ya que no conoce los hechos, y a medida que investiga, va cambiando su actitud la cual se va parcializando en la medida que empieza a recibir información que determina la realidad sobre la comisión de un delito (esa es la primera función del fiscal, determinar si se ha cometido o no, un delito, posteriormente le corresponde determinar, quién o quiénes cometieron ese delito y finalmente, dependiendo de la información y si se tiene la prueba competente en derecho, poder ir ante las puertas de un magistrado y solicitarle en primera instancia el arresto, y en segunda instancia, el permiso para presentar la acusación formal, que llevará finalmente al juicio oral.)

En el proceso acusatorio puertorriqueño, existen dos partes con dos teorías encontradas (la teoría del fiscal y la teoría de la defensa) y se tiene al juez, quien es el árbitro entre esas dos partes, es la persona que controla el proceso judicial y admite o no las pruebas que se practican personalmente, ante él. Es la persona que gobierna el proceso, que instruye al jurado sobre la ley del caso y que tiene la facultad de determinar sobre la culpabilidad o inocencia de un imputado.

Se trata de un sistema acusatorio puro³⁰, pues el juez que conoce del proceso no conoce nada del caso aparte del pliego acusatorio, que no es otra cosa que un documento, que le informa al acusado de qué delito se le acusa, en qué fecha, en qué lugar y quiénes son los testigos que va a utilizar el fiscal para probar su caso. Obviamente la pieza acusatoria no hace prueba, la prueba es la que se practica y desfila frente al juzgador de los hechos.

²⁹ Ibid.

³⁰ MARULANDA, Venecer Alejandro. La Implementación del procedimiento verbal acusatorio. Puerto Rico. 1999. p. 96-101.

En cada etapa del procedimiento interviene un juez distinto³¹. El juez que interviene originalmente en la determinación de causa probable para el arresto - el que ordena el arresto -, es distinto al que interviene en la etapa de la vista preliminar, que es una segunda etapa, cuando se trata de delitos graves, y el juez que interviene finalmente en el juicio, es otro juez distinto. Es decir, los jueces en Puerto Rico, están totalmente libres de conocimiento de la prueba y corresponde a las partes, probar o establecer los hechos.

Debido a la presunción de inocencia, el acusado no está obligado a presentar pruebas, ni siquiera a contra interrogar a los testigos, y no está obligado a declarar a su favor, aunque lo puede hacer, y tanto las prueba de cargo como las de descargos, son tomadas por el juzgador bajo la misma consideración.

Es importante en la investigación criminal en Puerto Rico la comparecencia del Ministerio Público y del fiscal al lugar de los hechos. Cuando el fiscal va a la escena de un crimen, su labor principal es la de recoger las pruebas que pueda utilizar en un eventual proceso judicial. Así que la teoría del caso, que finalmente va a ser la teoría del fiscal o la de la defensa, se empieza a configurar desde el primer momento de la investigación.

En Puerto Rico la fiscalía posee la facultad de determinar si es procedente el inicio de una acción penal judicial o no³² (un fiscal en dicho sistema puede decidir no radicar una acción en contra de un imputado si el Estado entiende que le es favorable concederle algún tipo de inmunidad a esa persona; esta inmunidad cuando es parcial se asimila a lo que en nuestro sistema penal hace parte de las atenuantes).

Así que una vez el fiscal tiene la teoría del caso, se convence definitivamente de la culpabilidad del acusado. Si no estuviese convencido, no radicaría cargo criminal. Inclusive se puede tener conocimiento o indicios, de que esa

³¹ Ibid.

³² GOYCO Amador Pedro. Op. Cit., p. 5

persona pudo haber cometido ese crimen, pero el fiscal sabe que no tiene la prueba competente para poder probarlo.

Una vez el fiscal determina llevar la acción, está parcializado totalmente a favor de su teoría del caso y esa investigación bien realizada, es lo que permite al acusado, luego de pasar por varias etapas de un proceso, llegar a la conclusión de que le es preferible declararse culpable mediante una acusación preacordada, de la cual podría obtener algún beneficio, que entrar a un proceso donde hay un fiscal, muy preparado, con una investigación muy bien hecha y muy profesional, que muy probablemente va a probar su responsabilidad y va a derrotar la presunción de inocencia que lo resguarda.

Así que una vez el fiscal decide acusar, está totalmente parcializado por su propia teoría y las realidades de los hechos, preparado para llevar la investigación a un juez quien finalmente resolverá sobre la responsabilidad de un imputado.

Ha de tenerse en cuenta que el ordenamiento procesal penal de Puerto Rico, es un reflejo del Sistema Republicano de gobierno con su división de poderes constitucionales. De esa separación de poderes, dependen los frenos y contrapesos entre las tres ramas del poder. En otras palabras, quien hace la ley, que es el poder legislativo, no la aplica y quien la aplica, que es el poder ejecutivo, no la juzga porque quien lo hace, es el poder judicial.

Siendo el poder ejecutivo el que tiene la responsabilidad de velar porque se cumplan las leyes, es consecuencia natural que le corresponda investigar su violación y rendir las pruebas sobre ello.

La esencia de la fiscalía es - compartiendo funciones con la policía y los otros entes investigadores del Estado -, dirigir las pesquisas, con el fin de determinar si hay prueba suficiente para sostener posteriores acusaciones, más allá de dudas razonables, en el crisol del juicio plenario. El poder de investigar y encausar a quien se considera autor de unos hechos delictivos, exige por un lado un compromiso a toda prueba, con la persecución del

delincuente, pero a la vez un fino criterio para discernir cuándo los fines superiores de la justicia aconsejan un ejercicio mesurado de la autoridad.

Esta división de poderes y facultades responde a más que un diseño teórico de filosofía política. Es producto de la experiencia y de la realidad práctica de los procesos jurídicos. Independientemente de la entereza de quien ostente el cargo, el fiscal tiene una función eminentemente acusatoria y por ende, su gestión va a ir encaminada a concentrarse en lo inculpatario, matizando su criterio profesional, parcializando su evaluación y optando por aquello que fortalezca su caso. En fin, inclinando su balanza al encausamiento criminal.

En Puerto Rico el fiscal termina una investigación, determina que se ha cometido un delito, la persona que lo cometió, cuenta con la prueba suficiente en derecho para probar más allá de duda razonable y derrotar la presunción de inocencia del acusado. Una vez realizadas estas investigaciones prepara un documento denominado primer pliego acusatorio, el cual es llevado ante la presencia de un juez con una serie de pruebas, que si llegado el caso permiten demostrar que se ha cometido un delito y quién puede haberlo cometido, dan curso al libramiento de una orden de arresto y la consecuente determinación de una causa probable.

Cuando el proceso llega a juicio, básicamente pueden haber intervenido varios jueces, con criterios totalmente distintos, que finalmente han determinado que esa prueba que se ha practicado, es suficiente en derecho para someter a esa persona a juicio.

Satisfecho el primer examen de lo que se llama en Puerto Rico causa probable, para el arresto de los casos de delitos graves, hay un segundo mecanismo que es el de la vista preliminar, para decidir si hay prueba suficiente para acusar y someter a la persona a juicio. Aquí también la fiscalía deberá presentar la prueba que tenga para justificar imponer el rigor de un juicio penal a la persona arrestada. El juez decidirá si hay esta segunda causa probable, para convertir al arrestado en acusado.

Como puede verse, se trata de un proceso en el cual los representantes del poder ejecutivo están sujetos al freno y contrapeso del poder judicial, en aquellas cuestiones que afectan directa y significativamente los derechos del ciudadano en la esfera penal. Es pues, la consecuencia lógica y natural del esquema de división de poderes.

3.4.CHILE.

Tras una década de gobiernos democráticos es posible verificar que en Chile, más que un proceso de reforma judicial, se han producido diversas iniciativas parciales de reforma, algunas de las cuales se han materializado. Puede afirmarse que el tema judicial ha tenido una singular importancia en este período y que la reforma procesal penal, que aún se encuentra en curso, constituye el intento más serio en la región andina por modificar el sistema de enjuiciamiento criminal.

En el año 2000 esta reforma buscó consolidar un conjunto de proyectos destinados a modernizar la justicia, en la perspectiva de adecuar el esquema criminal existente a los valores que sustentan el sistema político democrático, con un modelo acusatorio, capaz de garantizar la existencia de un debido proceso que superará las deficiencias del sistema que se encontraba vigente.

El sistema de enjuiciamiento criminal chileno no había experimentado modificaciones importantes en cien años. Esto podría explicar por qué hubo consenso en considerar que su modernización era una tarea prioritaria en materia de modernización del Estado.

Esta reforma constituye un buen ejemplo de cómo un proceso de esta naturaleza se puede desarrollar desde la propia sociedad y no por agentes externos. Desde inicios de los 90 el tema se comenzó a discutir por grupos

de investigación de las universidades y se realizaron múltiples eventos que sirvieron para que la comunidad asumiera conciencia sobre la necesidad de su implementación. Su ejecución incluyó estudios detallados de costo y beneficio del paso de un sistema a otro, un amplio debate político y un cronograma de implementación (ver cuadro No 4).

CUADRO No 4

INICIATIVAS LEGALES QUE INTEGRARON LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE³³

Iniciativas legales que integraron la reforma procesal penal en chile	Estado
•Reforma constitucional para el reconocimiento del Ministerio Público. •Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que organiza el nuevo órgano. •Nuevo Código Procesal Penal que crea un proceso penal oral con tribunales del crimen colegiados compuestos por tres jueces de derecho. •Reforma al Código Orgánico de Tribunales, destinada a adecuar la normativa vigente a lo establecido en la reforma procesal penal. •Proyecto que armoniza leyes con el nuevo proceso penal. •Proyecto de defensoría pública, que organizará el órgano que tendrá a su cargo la defensa de los imputados que no tengan los medios para contratar un abogado particular.	•Ley N° 19519 del 16/09/97 •Ley 19640 del 15/10/99 •Ley 19696 del 12/10/00 •Promulgado el 28/02/2000 •En trámite •En trámite

El organismo encargado de llevar adelante estas transformaciones es el Ministerio de Justicia, institución que a partir de 1997, bajo la conducción de

³³ Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas. CAJ. 2002. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/>

Soledad Alvear, gestó las bases de este proceso. A partir de enero del 2000, la posta fue asumida por don José Antonio Gómez, quien a pesar del poco tiempo de permanencia en el cargo, demostró una firme disposición y voluntad política de seguir trabajando en la consolidación de la reforma emprendida.

Código Orgánico de Tribunales.³⁴ En la perspectiva de adecuar la normativa vigente a lo establecido en la reforma procesal penal, de tal forma el Código Orgánico de Tribunales fue modificado por unanimidad en el Senado y declarado acorde a la Constitución por el Tribunal Constitucional. Esta reforma introdujo la creación de nuevos tribunales especializados en lo criminal, que serán los encargados de conocer y juzgar las causas por crimen y simple delito en el marco del nuevo sistema procesal penal en etapa de implementación.

Ministerio Público.³⁵ Los resultados de la gestión 2000 del Fiscal Nacional, demuestran que el Ministerio Público está avanzando en la senda de su consolidación institucional. El primer informe de esta corporación da cuenta del establecimiento de un cronograma gradual para la entrada en vigencia de las funciones asignadas al Ministerio Público., en lapsos que van de 14 a 48 meses para las distintas regiones del país. De acuerdo a dicho informe, aproximadamente el 60% del reformulado presupuesto asignado a la institución en el 2000 se destinó a la puesta en marcha del Ministerio Público en las dos regiones piloto.

Sin embargo, resultó preocupante que aun cuando el Ministerio Público no entró todavía en funciones, el Fiscal Nacional alertara sobre problemas legales de carácter operativo que se podrían producir debido a vacíos o

³⁴ El nuevo Código Orgánico de Tribunales, creó 151 juzgados de garantía, con 413 jueces, y 43 tribunales orales, con 396 magistrados, y constituye uno de los pilares de la reforma procesal penal.

³⁵ El Ministerio Público fue creado por la reforma constitucional de septiembre de 1997, su Ley Orgánica Constitucional fue promulgada el 15 de octubre de 1999.

imprecisiones de la legislación (conflictos de atribuciones entre fiscales, jueces y policía y funcionarios públicos encargados de las notificaciones). Esta situación podría recargar el trabajo de la Corte Suprema en la medida que es el órgano que conoce de las contiendas entre jueces y autoridades administrativas.

Código de Procedimiento Penal. En octubre del 2000, el Congreso aprobó la Ley 19696 que reforma el Código de Procedimiento Penal, acelerando así la reforma penal. El cambio más importante que introduce esta reforma es el paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio

En esta medida el nuevo Código reemplaza el proceso escrito por uno oral con la consecuente supresión de algunos trámites, como las apelaciones - que a decir de los legisladores- demoran los procesos judiciales. Así mismo, separa las funciones de investigación, acusación y fallo (que en el sistema anterior se concentraban en el juez del crimen) y se las atribuye a distintos órganos: el Ministerio Público tendrá a su cargo la investigación y acusación, el Juez de Control de la Instrucción controlará el cumplimiento de las garantías durante la etapa de investigación y el juzgamiento estará a cargo de un Tribunal de Juicio Oral. El procedimiento penal será de instancia única. El recurso de casación y el recurso extraordinario proceden sólo en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral.

3.5.OTRAS LEGISLACIONES

La reforma de la justicia penal tiene diferentes componentes, siendo uno de los principales el cambio de un modelo procesal inquisitivo (preponderante en los pasados códigos procesales de la región), por un modelo acusatorio, el cual constituye un sistema que protege de mejor manera los derechos del imputado en un proceso penal, así como las garantías del debido proceso.

En el cuadro No 5 se resumen de manera general los países de América latina que han avanzado hacia un sistema Acusatorio y que no merecieron explicación adicional.

CUADRO No 5

SISTEMA DOCTRINARIO DEL PROCESO PENAL

SISTEMA DOCTRINARIO DEL PROCESO PENAL ³⁶	
BOLIVIA	Código de Procedimientos Penales.- Contiene muchos elementos del modelo inquisitivo. Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Asume el sistema acusatorio.
ECUADOR	Código de Procedimiento Penal.- Asume el modelo inquisitivo . Nuevo Código de Procedimiento Penal.- Asume el modelo acusatorio .
PERÚ	Código de Procedimiento Penal.- Originalmente contenía un modelo mixto , con más elementos inquisitivos que acusatorios. Las posteriores modificaciones han consolidado los elementos inquisitivos del modelo. Proyecto de Código Procesal Penal.- Asume el modelo acusatorio .
VENEZUELA	Código de Enjuiciamiento Criminal.- Con fuerte influencia del sistema inquisitivo . Nuevo Código Orgánico Procesal Penal.- Asume el sistema acusatorio .

³⁶ CAJ. Op. Cit. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/>

4. PRINCIPALES RAZONES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA

No es el sentido del presente trabajo entrar a detallar las razones jurídicas que justifican la necesidad de entablar un proceso de transformación de nuestro sistema escrito en verdaderos juicios orales. Razones como la inmediación; publicidad y control; contradicción y defensa; concentración y celeridad, ya han sido de sobra desarrolladas por los tratadistas, antiguamente, con argumentos que no admiten réplica.

Por lo mismo, pareciera que la pregunta es ¿Cuáles son los principales motivos para desarrollar una reforma radical en nuestro sistema penal? a continuación se sintetizaran las claves para responder esta pregunta.

4.1 MAYOR CONCIENCIA SOBRE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Sin lugar a dudas, un factor determinante en el creciente interés por el funcionamiento del sistema judicial en el país y el afán de introducir reformas modernizadoras, especialmente en materia procesal, ha sido la revalorización del sistema democrático de gobierno, entendido también como una forma "racional" de resolver los conflictos en todos los planos del quehacer social.

La huella dejada por décadas pasadas, con el saldo de miles de desaparecidos, entre otras atroces violaciones a los derechos fundamentales, sirve para replantearse los mecanismos internos de control a la actividad gubernamental y, especialmente, el rol y "poder" del Poder Judicial para jugar eficientemente su papel.

Lo anterior se refleja en los últimos estudios realizados por la Defensoría del Pueblo³⁷ donde se observa cómo las acciones y omisiones contra derechos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos han sido una constante en el desarrollo histórico de nuestro país:

a. **Derecho a la vida.** Durante los últimos tres años el derecho a la vida ha sido uno de los más afectados. La violación de este derecho, en particular mediante la ejecución extrajudicial, se dio tanto en forma de ejecución de una sola víctima, como en forma de masacre. Unas tuvieron claros móviles políticos y otras obedecieron a motivaciones de "limpieza social", pero muchas de ellas se perpetraron con el solo propósito de intimidar a terceros o de provocar el desplazamiento forzado. Entre las víctimas de ejecuciones extrajudiciales figuraron, junto a personalidades políticas nacionales, profesores y estudiantes universitarios, dirigentes sindicales, defensores de los derechos humanos, dignatarios indígenas, religiosos, líderes de comunidades desplazadas, funcionarios municipales, periodistas y numerosos campesinos y obreros. En muchos casos la autoría de las muertes no fue reivindicada, y en la mayor parte de las investigaciones judiciales y disciplinarias no se ha logrado establecer hasta hoy las responsabilidades intelectuales y materiales de los hechos. La Defensoría del Pueblo ha registrado un aumento dramático de masacres y del total de víctimas en éstas durante los últimos años.

³⁷ Su Defensor. Periódico de la Defensoría del Pueblo para la divulgación de los Derechos Humanos- Año 3 No 33.

Asimismo, la fuerza pública adoptó comportamientos omisivos que, sin lugar a dudas, permitieron a los delincuentes cumplir su propósito devastador.

b. **Derecho a la integridad personal.** Mientras en los últimos años han disminuido las denuncias de tortura aplicada por miembros de la fuerza pública ante la oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos³⁸, sigue siendo preocupante el hecho de que en las instalaciones militares y policiacas se inflijan malos tratos. Estos han afectado no sólo a personas privadas de la libertad en esas instalaciones, sino aún a los propios integrantes de la fuerza pública sujetos a medidas disciplinarias.

También los tratos crueles, inhumanos o degradantes continúan presentándose en los establecimientos carcelarios. Las personas detenidas o condenadas que se hallan en penitenciarías y cárceles no sólo deben afrontar el hacinamiento y las más deplorables condiciones sanitarias, sino repetidos abusos y actos de fuerza innecesaria por parte de los servidores públicos a cargo de su custodia. En este año, la situación carcelaria dio origen a varios motines y protestas, apoyados por los familiares de los internos, que incluso ocasionaron tomas y retenciones así como crisis institucionales. Asimismo, según la Defensoría del Pueblo, varios detenidos murieron de manera violenta en los centros penitenciarios del país³⁹.

Otra violación reiterada del derecho a la integridad personal fue el uso excesivo de la fuerza por los agentes del Estado, especialmente cuando actuaban para aprehender a delincuentes en flagrancia, reprimir desórdenes o enfrentarse a la protesta popular. En este campo cada día resulta más desproporcionado y peligroso el empleo, sin control ni medida, de armas

³⁸ Oficina en Colombia del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos. Comisión de derechos humanos. Tema 3 del programa provisional. 2002

³⁹ Defensoría del Pueblo. Informe sobre la vulneración de derechos humanos. 2002, p. 195

letales para afrontar motines carcelarios, o para dispersar a los ciudadanos que intervienen en paros, huelgas y manifestaciones.

Estos hechos ponen en evidencia la impotencia o falta de medidas adecuadas adoptadas por las autoridades responsables de prevenirlos.

c. Derecho a la libertad individual y derecho a la seguridad personal.

Una de las más graves violaciones consiste en la desaparición forzada que, en la mayoría de los casos, se presenta dentro de un marco de escasa información de base y con fronteras poco claras respecto al secuestro y a otros hechos criminales. En varios casos, esta asociada con situaciones de ejecuciones extrajudiciales o masacres, en las cuales se reportan personas desaparecidas sin que nadie asuma su detención.

A pesar de que se puede considerar un gran avance en materia de legislación, haber tipificado como delito en la ley 600 de 2000, la desaparición forzada, los esfuerzos del Estado para aminorar la ocurrencia de este delito no se compadecen con la realidad nacional, evidenciándose de esta forma altos índices de impunidad en la represión de este ilícito.

d. Derecho a la circulación y residencia. Las principales violaciones del derecho a la libertad de circulación y residencia están constituidas por los desplazamientos forzados y los impedimentos al libre tránsito interno. El desplazamiento forzado interno ha continuado siendo una de las más graves violaciones a estos derechos.

Igualmente deben incluirse entre las violaciones del derecho a la libertad de circulación las medidas ilegales o arbitrarias que en algunas vecindades rurales adoptan miembros de las fuerzas armadas, sin haber para ello legítimas exigencias de orden público o de seguridad nacional, con el fin de impedir que transitaran dentro de ciertas zonas personas y vehículos, o de suspender el transporte de víveres y material combustible. Esto sucedió en

los departamentos del Chocó y de Córdoba, afectando principalmente a las comunidades indígenas⁴⁰.

e. Derecho al Debido Proceso. La problemática del debido proceso no puede desvincularse de los altos índices de impunidad que se constatan en Colombia, que son aun más alarmantes en los casos de violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Dicho problema está vinculado a factores estructurales de la administración de justicia, pero también a la dimensión del conflicto armado interno. La degradación del conflicto ha traído como consecuencia un mayor índice de casos para investigar, una agudización del problema de seguridad y dificultades de acceso a la justicia, en particular, en las regiones o zonas controladas por algunos de los actores armados. El acceso a la justicia se ve limitado en muchas regiones del país por diversos factores, varios vinculados al conflicto armado, entre éstas están:

- a) Las regiones donde, si bien hay una presencia de autoridades judiciales y del ministerio público, éstas están impedidas o extremadamente limitadas en su actuación por el control que ejercen los grupos armados en la zona.
- b) Las regiones donde no existe presencia del Estado a causa del conflicto armado y por lo tanto no es posible acudir a ninguna autoridad judicial competente.

Asimismo, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía tiene a su cargo la investigación de las más graves violaciones a los derechos humanos, con un plantel conformado por un reducido número de fiscales e investigadores, el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI). Las amenazas e intimidaciones efectuadas contra los fiscales que tienen a su cargo estas investigaciones han motivado su renuncia, o traslado a otras unidades. Esta situación ha traído como consecuencia el debilitamiento del nivel de experiencia

⁴⁰ Ibid. p. 33

acumulada desde la creación de la Unidad, además de una recarga procesal en quienes tienen mayor experiencia. A esta situación se suma la falta de protección adecuada al desempeño de la función de los servidores judiciales, quienes además se ven en la imposibilidad de hacer efectivas las órdenes de captura o de obtener pruebas y realizar operativos en la búsqueda de ellas. Esto se debe tanto a problemas de seguridad como a la carencia de recursos⁴¹.

4.2.AUMENTO DE LOS PROBLEMAS DE SEGURIDAD PÚBLICA.

Las mismas circunstancias antes reseñadas, traen aparejadas fenómenos de violencia y criminalidad desconocidos con anterioridad, al menos en la magnitud que hoy se están viviendo. Las demandas que de allí surgen hacia el sistema de represión penal estatal son crecientes. La herramienta tradicional de alzar las penas ha terminado por desacreditarse como ineficiente e incluso contraproducente, dando lugar a formas mas sofisticadas de intervención.

Esto se pone en evidencia en varias de las investigaciones judiciales y disciplinarias que se siguen contra miembros de la fuerza pública, por diversas formas de omisión y por acción directa, sea por conformación de grupos paramilitares, homicidio, concierto para delinquir, u otras.

Se demuestra así que los esfuerzos del Estado para garantizar y brindar protección a las personas han sido insuficientes. Por otra parte, en el marco de la prevención, se destaca la preocupación y señalamiento de los riesgos sobre algunas poblaciones frente a amenazas y masacres anunciadas y la urgencia de adoptar medidas inmediatas. No obstante, las acciones de prevención por parte de las autoridades han sido escasas o en algunos

⁴¹ Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía. Desprendible de información general.

casos, inexistentes v.gr., el inolvidable caso de la Gabarra (Norte de Santander), donde a pesar de múltiples advertencias, la inacción del Estado para prevenir nuevas masacres se puso especialmente en evidencia.

4.3.COLAPSO DEL SISTEMA JUDICIAL, DENTRO DE UN CONTEXTO DE REFORMA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.

En este contexto, el **sistema** judicial es percibido por la ciudadanía como lejano, oscuro y tremendamente ineficiente⁴². La gente no entiende qué es lo que hace, ni menos cómo lo hace. Se les presenta como una estructura burocrática, que utiliza un lenguaje, una tecnología y una forma de hacer las cosas sumamente anticuadas. Paralelamente, se visualiza que el resto de la administración pública, no sostiene esfuerzos serios y concientes de racionalización y modernización de su gestión, todo lo cual no alienta procesos de reestructuración en este sector.

En los siguientes cuadros podremos observar, de forma general, la falta de productividad reinante dentro del esquema manejado por la Fiscalía General de la Nación. Dando una mirada global a las cifras presentadas a continuación se puede observar una correspondencia entre los ingresos y egresos en la etapa de instrucción y en la etapa de investigación previa, lo cual permite establecer una capacidad media de evacuación en relación con el comportamiento delictual de la sociedad. Es claro que no se puede inferir de las cifras presentes la proporción de procesos ingresados que logra ser

⁴² De las dos 4500 encuestas realizadas en las ciudades de Bogotá, Medellín y Bucaramanga, un 85% de los encuestados coincidió en determinar que el sistema penal colombiano, tal y como se encuentra concebido en la actualidad, es ineficiente e inaccesible para las personas de escasos recursos económicos, por lo que urge su reforma. Tomado de indicadores de justicia, Corporación Excelencia a la justicia CEJ. Disponible en: <http://www.Corporaciónexcelenciajusticia.com.co>.

evacuado en el mismo año frente a la proporción que entra a conformar el inventario remanente; lo que si es importante destacar es que mientras la carga laboral de la etapa de instrucción aumenta año tras año, la carga laboral de la Fiscalía durante la etapa de la investigación previa permanece más o menos estable (ver cuadro No 6).

CUADRO No 6
COMPORTAMIENTO DE LA CARGA LABORAL POR ETAPA PROCESAL EN LA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁴³

ETAPA DE INSTRUCCIÓN - TRAMITE DE PROCESOS ⁴⁴					
Año	Inventario inicial	Ingresos	Carga laboral	Egresos	Pendientes
1996	283,361	315,998	599,359	328,231	271,128
1997	270,651	307,782	578,433	286,102	289,778
1998	289,715	353,092	642,807	322,414	320,258
1999	321,604	398,760	720,364	360,179	352,636
2000	353,903	419,756	773,659	408,245	365,414
2001	365,139	502,336	867,475	503,426	353,624

ETAPA DE INVESTIGACION PREVIA - TRAMITE DE PROCESOS					
Año	Inventario inicial	Ingresos	Carga laboral	Egresos	Pendientes
1996	326,556	585,097	911,653	557,267	354,386
1997	349,196	590,877	940,073	556,255	384,784
1998	383,972	590,049	974,021	603,429	370,968
1999	372,059	575,821	947,880	608,067	321,171
2000	324,071	587,990	912,061	604,809	307,252
2001	306,943	673,088	980,031	604,987	286,770

Por otro lado, cabe observar el rezago de nuestro país en materia de modernización del sistema de enjuiciamiento criminal respecto de otros países con los que guarda cierta identidad, como son los latinoamericanos y del caribe, que han desde hace varios años realizado esfuerzos por adoptar

⁴³ **Fuente:** Fiscalía General de la Nación - Oficina de Planeación

⁴⁴ Los datos para el 2001 tienen corte a Noviembre.

total o parcialmente disposiciones garantistas que son fielmente aseguradas por el modelo acusatorio.

Sólo a partir de la promulgación del Acto legislativo 03 de 2002, Colombia dio un paso decisivo para la extinción de los vestigios inquisitivos que a pesar de su disconformidad con los modernos postulados político jurídicos del Estado social de derecho permanecían impávidos frente a la realidad social colombiana.

4.4.AUMENTO DE LOS ÍNDICES DE CRIMINALIDAD E IMPUNIDAD.

A pesar de los esfuerzos que han acompañado el proceso de implementación institucional de la Fiscalía y de los avances que se han registrado en los últimos años, los resultados en términos de garantizar un estado de derecho y la solución al vertiginoso aumento de los índices de impunidad, deja mucho qué desear. Así, por ejemplo, para 1996 había aproximadamente 280.000 procesos represados en la Fiscalía General de la Nación, lo que equivalía a un 45% del total de los procesos activos, mientras que para 1999 el número de investigaciones represadas era de 650.000 aproximadamente, lo que equivale a más de un 50% de los procesos activos en manos de la entidad.⁴⁵

Esta situación se explica en parte por el alto número de casos que quedan inactivos anualmente, principalmente por el problema de la suspensión de investigaciones, contabilizándose un promedio de 330.000 expedientes que siguen esta suerte⁴⁶. Es evidente que el actual régimen procesal se traduce en una atrofia de la investigación criminal. En efecto, en una sociedad con

⁴⁵ Corporación Excelencia a la justicia. Op. Cit.

⁴⁶ Ibid.

altísimas tasas de criminalidad y bajas tasas de denuncia para los delitos de impacto, el número de casos que entran a la etapa de investigación previa es exagerado, mientras que los que pasan a la etapa de instrucción, juzgamiento y eventual penalización, son insuficientes. De esta manera, no es extraño que el porcentaje de homicidios que reciben condena en nuestro país sea tan irrisorio.

La tasa de criminalidad en **Colombia** se encuentra entonces, entre las más altas del mundo y, al mismo tiempo, la de presos es una de las más bajas, el cuadro No 7 y los gráficos No 1 y 2, comprueban lo anterior:

CUADRO No 7

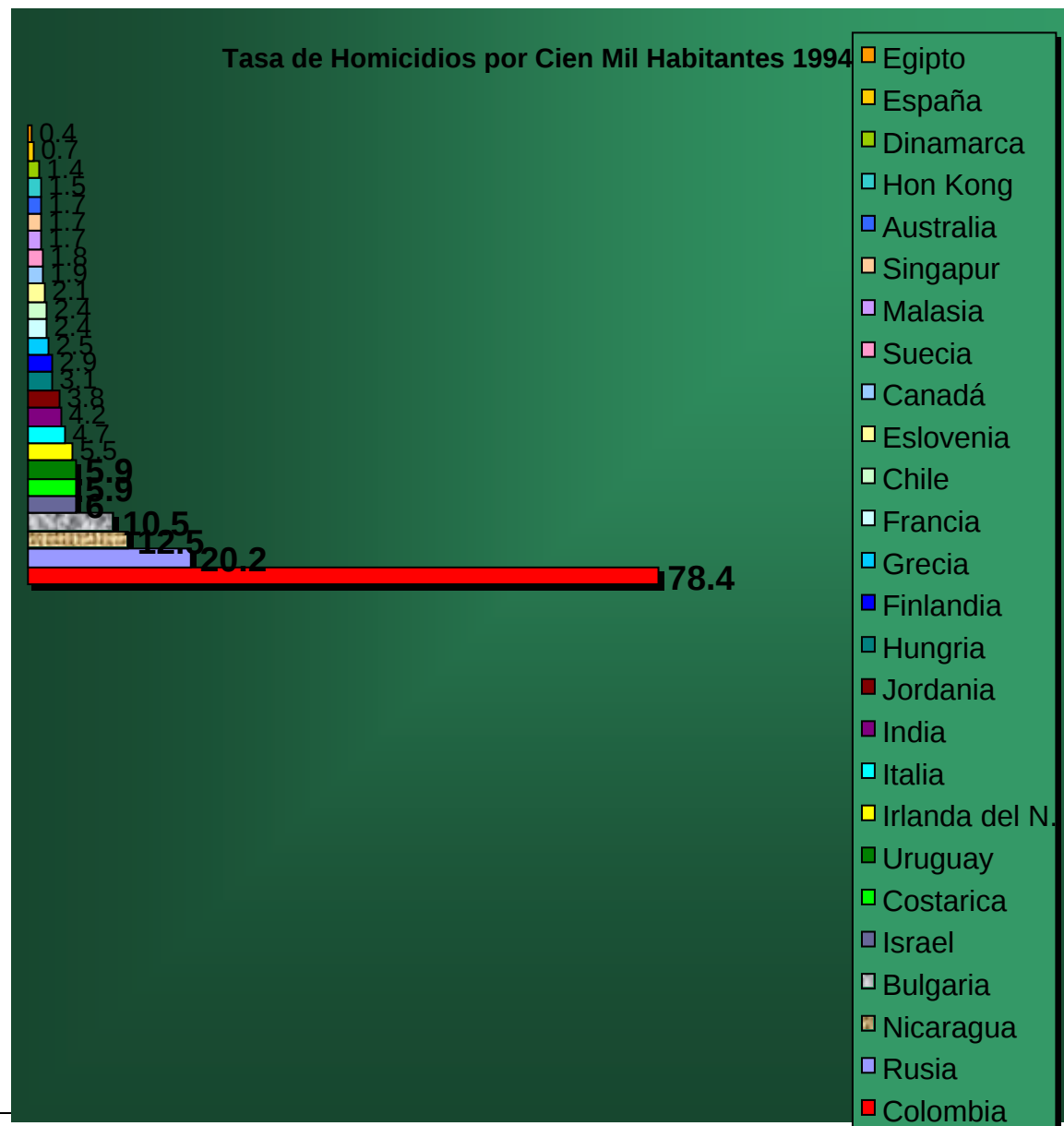
TASA DE HOMICIDIOS EN COMPARACIÓN CON EL NÚMERO DE PRESOS⁴⁷

PAIS	TASA DE HOMICIDIO POR CADA 100.000 HABITANTES.	Nº. DE PRESOS POR CADA 100.000 HABS.
ALEMANIA	1.2	77
BULGARIA	4.0	160
CANADA	2.7	94
COLOMBIA	77.5	1

⁴⁷ VARGAS Viancos, Juan Enrique, “Introducción de los Juicios Orales en Latinoamérica”, Departamento de Desarrollo Sostenible, División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil. Banco Interamericano de Desarrollo. Washington, D. C. Mayo 19-22, 2000

GRAFICO No 1

TASA DE HOMICIDIOS POR CIENTO MIL HABITANTES EN PROMEDIO DESDE EL AÑO 1994 HASTA EL AÑO 2001⁴⁸

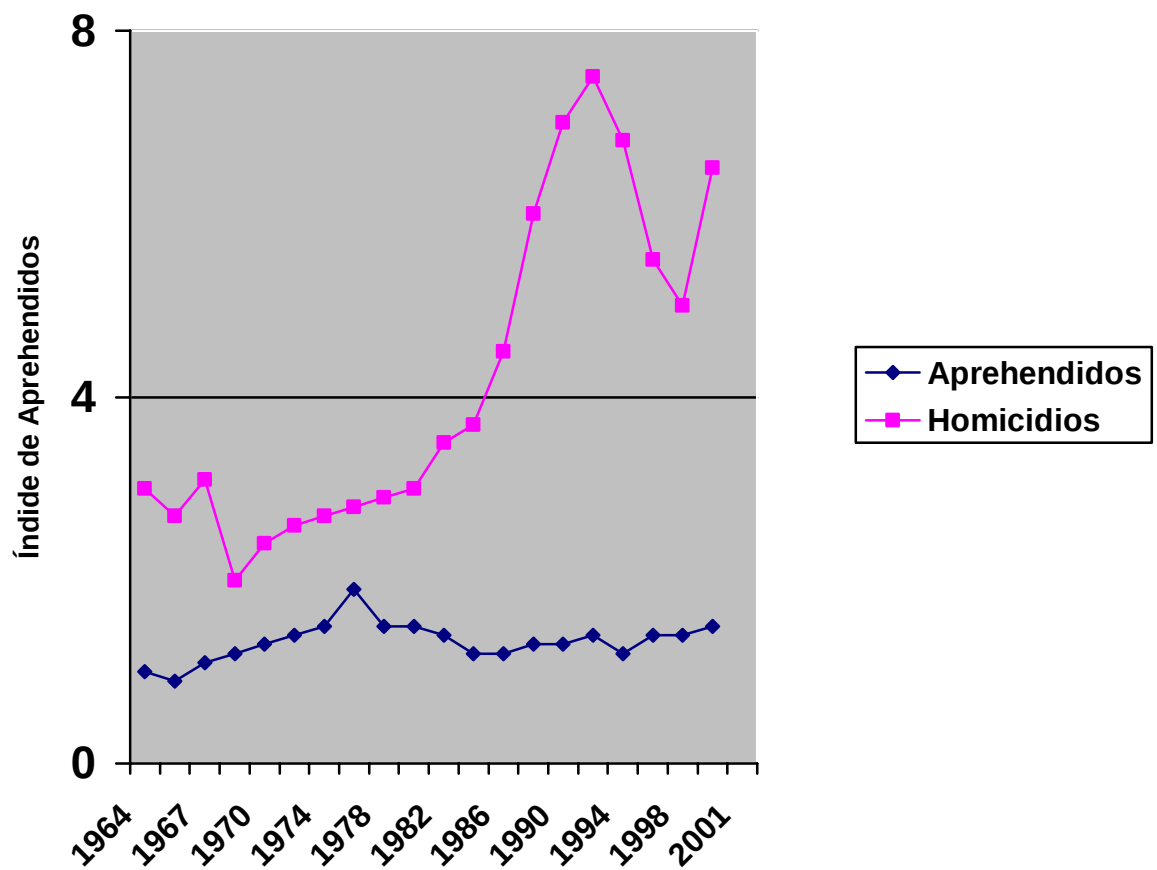


⁴⁸ Fuente: Global Report on Crime and Justice, Naciones Unidas.

GRAFICO No 2

TASA DE HOMICIDIOS E ÍNDICE DE APREHENDIDOS 1964-2001⁴⁹

Tasa de Homicidios e Índice de Aprehendidos



⁴⁹ Fuente: Montenegro, Posada y Piraquive (2002)

De ahí que el tema de la impunidad haya sido siempre asunto de controversia, principalmente porque no existe una definición única del término. El índice de impunidad que oficialmente apareció en el informe de gestión presentado por el anterior Fiscal General de la Nación, corresponde a una cifra de impunidad del 55,4 por ciento.⁵⁰

Sin embargo, esta medición tiene en cuenta únicamente la proporción de expedientes excedidos en los tiempos normativos para cada movimiento o etapa procesal con respecto al total de los expedientes activos al momento del censo de procesos realizados al interior de esta entidad en el 2001.

Puede observarse que este indicador refleja únicamente la impunidad procesal, pues no contempla la impunidad correspondiente a la no denuncia ni la de los casos que pasan a los jueces y que no son resueltos.

Un concepto más amplio de impunidad debe recoger la totalidad de conductas punibles, según las normas penales vigentes, y compararla con el esclarecimiento y la sanción o solución efectiva de los mismos.

Desde otro punto de vista, con respecto a la impunidad procesal, la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) realizó el cálculo de un índice de impunidad que compara los procesos que salieron de la Fiscalía y que no fueron completamente investigados, con el total de procesos reportados como salidas.

El índice calculado por la CEJ, correspondiente a cada etapa penal adelantada en la Fiscalía, no puede sumarse debido a que los procesos que son reportados como salidas en la investigación previa no son los mismos procesos reportados como salidas de la instrucción, durante el mismo año.

No obstante, es preocupante que seis (6) de cada diez (10) casos abandonen el sistema judicial, en la investigación previa, sin esclarecer los hechos ni establecer los responsables. Así mismo, tres (3) de cada diez (10)

⁵⁰ Revista PORTAFOLIO. Mar 15 de 2001. Artículo No.1: "Carrera contrarreloj".

procesos que egresan de la etapa de instrucción tampoco logran una solución del conflicto penal.⁵¹

Además, hay que mencionar que los índices de impunidad procesal han mejorado. Por ejemplo, el calculado por la CEJ superaba el 68 por ciento, para la investigación previa, y el 48 por ciento, para la instrucción, en 1996.⁵²

Sin embargo, queda mucho camino por recorrer para conocer el impacto real de la impunidad.

En Colombia el homicidio alcanzó, en el 2000, la aterradora cifra de 24,000 casos mientras apenas se adelantaban 9.000 procesos judiciales al respecto; por otra parte, 3.500 casos de secuestro reportados en el mismo año contrastaban con apenas 600 procesos por delitos contra la libertad individual que cursaban en los despachos penales⁵³, Así, para estos y otros delitos de impacto no es posible determinar cuantas investigaciones previas o cuantos procesos se encuentran en instrucción ni tampoco cuántos reclusos se encuentran hoy privados de su libertad por los mismos.

Es importante afirmar además que las cifras de delitos en comparación con otros países son aterradoras (ver cuadro No 8 y gráficos No 3, 4 y 5).

⁵¹Corporación Excelencia a la justicia. Op. Cit.

⁵² Ibid

⁵³ Ibid.

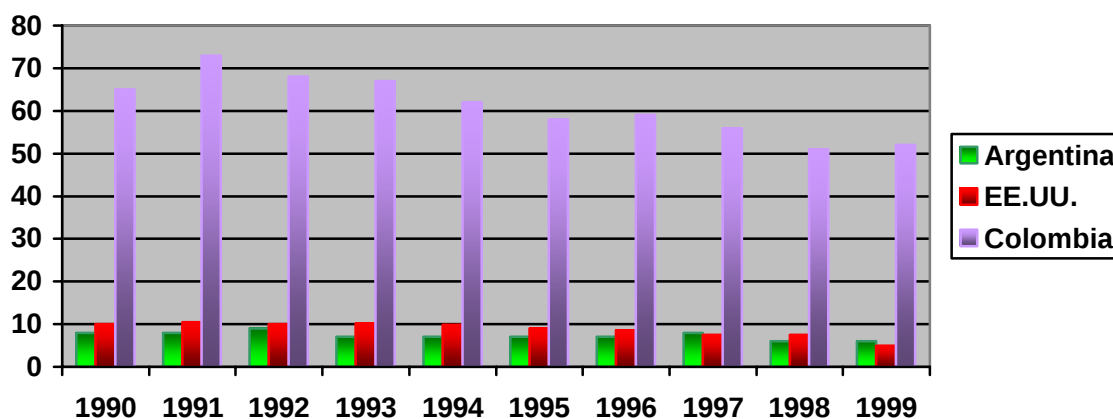
CUADRO No 8

COMPARATIVO DE DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL ⁵⁴

País	Casos	Población	Tasa pcmh	Año
Argentina	185.726	36.578	507,8	1999
Bolivia	5.178	7.957	65,1	1998
Chile	43.609	14.622	298,2	1997
Colombia	73.477	41.566	176,8	1999

GRAFICO No 3

COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HOMICIDIOS POR CADA 100.00 HABITANTES ⁵⁵



⁵⁴ Nota: Los datos para Bolivia corresponden a 1998, para Chile corresponden a 1997, para Colombia y Argentina corresponden a 1999

Fuente: DNPC (Argentina); INE (Bolivia); INEC (Chile); CIC (Colombia); CEPAL y CEJ

⁵⁵ Fuente: DNPC (ARGENTINA); NCHS (EEUU); CIC (COLOMBIA) Y CALCULOS CEJ

GRAFICO No 4

COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HOMICIDIOS COMUNES POR CADA 100,000
HABITANTES - 2000 ⁵⁶

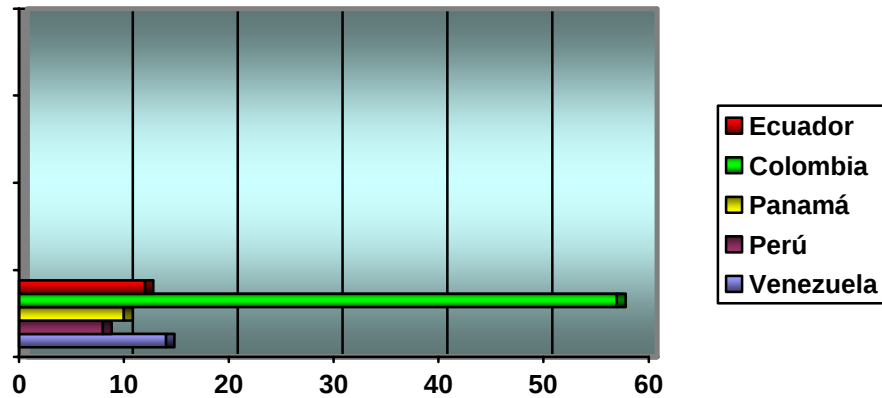
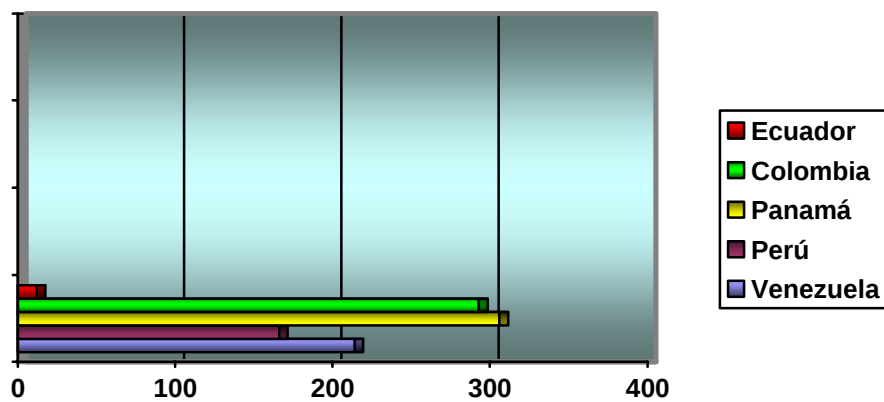


GRAFICO No 5

COMPARATIVO INTERNACIONAL DE HURTOS POR CADA 100,000 HABITANTES - 2000 ⁵⁷



⁵⁶ **Fuente:** Policía Nacional - CIC y CEJ

⁵⁷ Ibid.

Por ello, para aportar en la disminución de la impunidad es necesario avanzar en el conocimiento público de la magnitud real del problema.

Los índices de impunidad hay que observarlos con precaución y como lo que son, indicadores que revelan una situación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la política criminal está constituida por los mecanismos e instrumentos que de manera planificada y organizada, realiza el Estado para controlar la criminalidad y prevenir la conducta delictiva, es de anotar que en Colombia, ésta se ha reducido en su mayor parte, a lo que en materia penal dictan las leyes, olvidando así que frente a la inevitabilidad del delito es necesaria la prevención antes que la represión; prevención que consiste principalmente en ocuparse del delincuente en su accionar para hallar las causas del ilícito en aras de lograr sus manejos y en lo posible su posterior eliminación y además, en el continuo fortalecimiento de los instrumentos informales de control social, sin dejar de lado el respeto a los derechos humanos y su consolidación.

Como bien lo mencionaba el ex - fiscal Alfonso Gómez Méndez, “la Fiscalía es apenas un eslabón de la cadena, pero parece estar desarticulado de los demás eslabones de la política criminal nacional.”

Más aún, la Fiscalía, en pos de conseguir la represión del delito, se ha convertido en un organismo de resolución de conflictos y no en una institución dedicada a la investigación del ilícito como *ultima ratio*; así, muchos de estos “delitos” ni siquiera poseen la relevancia jurídica necesaria para la apertura de la instrucción, tanto así, que sólo hasta la etapa del juicio, es que el juez se percató, de que éstos son totalmente atípicos, muchos de los cuales ni siquiera corresponderían a la jurisdicción penal.

Por otro lado, los reclusos que se fugan de las cárceles constituyen una importante forma de ineffectividad de la política de represión punitiva, al igual que el hacinamiento penal, el que excede entre el 35 y el 40% de la capacidad de cada establecimiento en promedio, lo que a la postre termina

por sesgar la función resocializadora que debe caracterizar toda sana política criminal (Ver cuadro No 9).

CUADRO No 9

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS INTERNOS EN LA REGIÓN ANDINA⁵⁸

PAÍS	SENTENCIADOS	SIN SENTENCIA	TOTAL
Bolivia	2,948	5,967	8,915
Chile	14,182	16,628	30,810
Colombia	28,539	21,632	50,171
Ecuador	2,507	6,061	8,568
Perú	12,613	15,222	27,835
Venezuela	7,903	6,405	14,308

Asimismo, no se está garantizando la presunción de inocencia cuando más del 40 por ciento de los 54.000 reclusos son apenas sindicados, muchas veces privados de la libertad, únicamente para asegurar su comparecencia ante la autoridad judicial.⁵⁹

Cabe agregar que la problemática de la impunidad también se vincula al alto índice de corrupción que afecta al Estado colombiano, reconocido por las propias autoridades como uno de los más graves problemas del país. Esto se manifiesta, por ejemplo, en el desconocimiento de las reglas que en materia de carrera judicial regulan el ingreso y el ascenso de funcionarios con fundamento exclusivamente en el criterio del mérito. La administración de justicia sigue estando minada por una crónica

⁵⁸ Fuentes: -Bolivia: Dirección General del Régimen Penitenciario - diciembre de 1999.
 - Chile: Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile - marzo del 2000.
 - Colombia: Ministerio de Justicia y del Derecho - julio del 2000.
 - Ecuador: Conferencia Regional sobre la Situación Carcelaria en la Región Andina - INREDH, enero del 2000.
 - Perú: Informe Defensoría 29 "Derechos Humanos y Sistema Penitenciario: Supervisión de Derechos Humanos y Personas Privadas de Libertad 1998-2000". Información a junio del 2000
 - Venezuela: Dirección de Prisiones Ministerio de Justicia, agosto 2000.

⁵⁹ Corporación Excelencia a la Justicia. Indicadores de Impunidad. Informe 2001.

morosidad que, en el campo penal, ha contribuido a acentuar el hacinamiento carcelario⁶⁰.

4.5. AUSENCIA DE UNA VERDADERA POLÍTICA DE PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL CRIMEN.

Diversos economistas y tratadistas de gran envergadura internacional han intentado explicar el crimen por medio del análisis de los cálculos y las circunstancias institucionales que rodean las decisiones de los individuos para cometer delitos. La teoría económica del crimen⁶¹, en particular, desarrollada básicamente por Gary Becker, con notables aportes de Isaac Ehrlich, ha hecho avances importantes a partir de una reflexión sobre los costos y los beneficios individuales de realizar actividades ilegales. Así mismo, ha incorporado en el análisis los costos sociales del crimen, así como los costos y los beneficios sociales de las acciones tendientes a castigarlo.

Becker⁶² en particular, explicó en términos claros una vieja teoría del criminólogo italiano del siglo XVIII Cesare Beccaria, que se compone de tres elementos :

- a.El castigo es racional para la sociedad no sólo porque “saca al criminal de circulación “sino también porque disuade a criminales potenciales de cometer delitos futuros.

⁶⁰ Portafolio. Jueves 1 de febrero de 2001 Pág. 12

⁶¹ Para ampliar sobre dicha teoría ver: CAMACHO, Álvaro y Álvaro Guzmán, “Política y Violencia en la coyuntura colombiana actual”, en la Colombia de hoy, compilado por Álvaro Camacho G. Cerec, Cidse. 1986.

⁶² Ibid.

b. La pena nominal consignada en los códigos es importante, pero la probabilidad efectiva de imponer un castigo es sin duda, un factor disuasivo más importante que la sanción nominal.

Por lo tanto una de las conclusiones recurrentes de los estudiosos de la criminalidad⁶³ se refiere a la importancia de fortalecer el aparato estatal (legislativo, policiaco y judicial) como un mecanismo efectivo para prevenir y reprimir el crimen. El crimen, desde este punto de vista, debería estar menos extendido en países con un sólido aparato judicial y de policía.

Las cifras internacionales muestran que los países que tienen un mayor desarrollo de la justicia –representado por el índice “imperio de la ley”⁶⁴–, presentan un menor nivel de criminalidad.

Como se aprecia en el gráfico No 6, en países como Singapur, Finlandia, Dinamarca y Australia, que exhiben los mayores índices de imperio de la ley, se observan las menores tasas de homicidios. Por el contrario en Jamaica, Nicaragua y Rusia, donde el imperio de la ley es muy bajo, se registran las más altas tasas de homicidios.

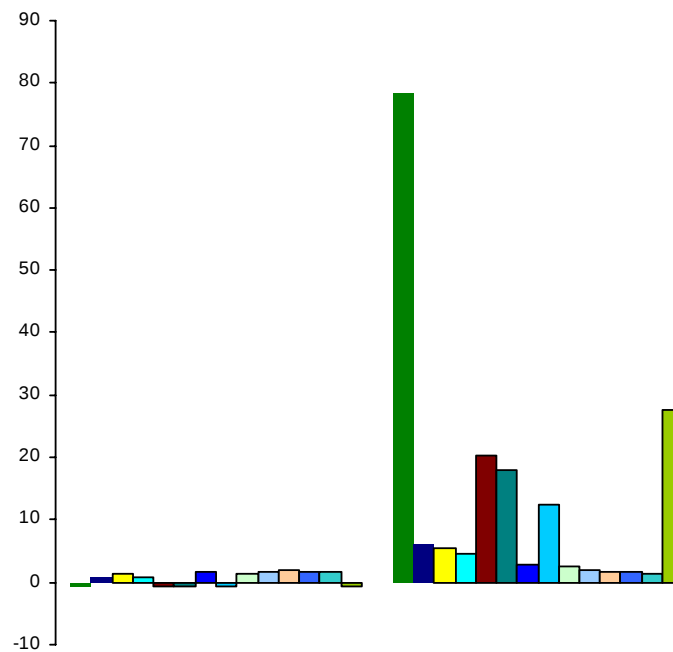
⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La Criminología como curso", en AAVV Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI. Editorial. Depalma, Bs.As. 2001

⁶⁴ El índice de imperio de la ley, para efectos de esta investigación, hace referencia a la efectividad del sistema penal de represión en relación con los índices más bajos de impunidad.

GRAFICO No 6

IMPERIO DE LA LEY VS. TASA DE HOMICIDIO POR CIENT MIL HABITANTES⁶⁵

Imperio de la Ley -Tasa de Homicidios por Cien Mil Habitantes



Colombia	-0.78	78.4
Costarica	0.7	5.9
Irlanda del Norte	1.4	5.5
Italia	0.8	4.7
Rusia	-0.8	20.2
Ecuador	-0.8	17.9
Finlandia	1.7	2.9
Nicaragua	-0.8	12.5
Chile	1.3	2.4
Canadá	1.7	1.9
Singapur	1.9	1.7
Australia	1.7	1.7
Dinamarca	1.7	1.4
Jamaica	-0.8	27.7

⁶⁵ Fuente: Los índices de imperio de la ley se tomaron de Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton. Banco Mundial. La tasa de homicidios de Global Report on Crime and justice (2000) Naciones Unidas

De igual forma puede observarse en dicho gráfico, la situación de Colombia, donde podemos observar que una de las más altas tasas de homicidios, va acompañada de uno de los más bajos índices mundiales de imperio de la ley.

Lo anterior termina por demostrar la ausencia en nuestro territorio patrio, de verdaderas políticas de represión de la criminalidad⁶⁶ y de instrumentos eficaces de control de la misma, así, entre mayor sea la ineficacia del sistema de justicia penal, mayor será la propagación de los episodios de violencia.

Estas observaciones obligan a replantear una nueva hipótesis sobre la situación colombiana: “cuanto mayor sea la actividad criminal, mayor será la probabilidad de que los organismos encargados del cumplimiento de las leyes penales (policía, sistema judicial y demás) caigan en situaciones de congestión, pérdida de eficacia, desmoralización y corrupción, y si estos problemas se expanden, con mayor facilidad prosperará la impunidad”.

Precisamente, teniendo en cuenta las altas cifras de criminalidad en nuestro territorio, mayores deben ser los esfuerzos policiales y judiciales requeridos para mantener niveles aceptables de eficacia en su labor.

4.6.GRAVES DEFECTOS EN EL ACTUAL RÉGIMEN DE PROCESAMIENTO DEL DELITO.

La implantación de un sistema acusatorio es un paso necesario no sólo para lograr mejoras radicales en la lucha contra el crimen, sino para instaurar controles que garanticen el ejercicio no arbitrario del poder del Estado. A este

⁶⁶ Una verdadera política de represión de la criminalidad debe atender a la prevención del delito, la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal y la reinserción social. Al respecto, señaló el criminólogo Alejandro Baratta que es posible modificar las condiciones del control social y aumentar o multiplicar la protección a los bienes jurídicos colectivos, paralelo a esto reducir el derecho penal reexaminando el papel de la cárcel, y sustituyendo la misma, por medidas alternativas como el trabajo comunitario, la indemnización a la víctima y las penas pecuniarias.

respecto conviene recordar brevemente algunos defectos serios del actual régimen de procesamiento del delito, a saber: la multiplicidad de funciones; la ausencia de imparcialidad en las decisiones judiciales; el desequilibrio entre las funciones de acusación y defensa; y la inexistencia de un verdadero juicio oral. Veamos:

1. Multiplicidad de funciones: Durante la etapa que nuestro derecho denomina instrucción, una misma persona debe:

a) dirigir la investigación decretando y valorando pruebas, es decir, actuar como **investigador**;

b) decidir sobre la libertad de las personas, es decir, obrar como **juez**;

c) indagar sobre aspectos favorables que redunden en beneficio del implicado en el proceso, es decir, asumir el papel de **defensor** y,

d) contestar las solicitudes, recursos, alegatos, etcétera, que presentan los abogados defensores.

Lo anterior implica una excesiva concentración de funciones que conlleva a una deficiente prestación del servicio pues no permite la centralización de sus funciones en las tareas que deberían instituirse como las más importantes: tales como dirigir la investigación, coordinar la policía judicial, recabar pruebas y acusar ante los jueces.

2. Ausencia de imparcialidad y objetividad en las decisiones judiciales:

Es imposible pretender exigirle a un mismo funcionario que decreta y valora pruebas para acusar a una persona que sea verdaderamente imparcial al restringir la libertad del investigado. Hacer esta exigencia sería desconocer la naturaleza humana, pues normalmente toda persona considera que ha hecho bien su trabajo y cuando se trata de encontrar pruebas para acusar, es poco probable que el funcionario adopte medidas inconsistentes con las conclusiones de su esfuerzo.

3. Desequilibrio entre las funciones de acusación y defensa: Frente a la dimensión institucional de la Fiscalía que representa hoy la mitad del gasto público de la rama judicial⁶⁷, es notoria la debilidad institucional de la defensoría pública. En el desarrollo mismo de los procesos penales no existe igualdad entre acusador y defensa, dado que durante la investigación el fiscal es "todo poderoso" y es normal que aun cuando un defensor tenga la razón, el funcionario no se la conceda, pues como ya lo mencionamos, está defendiendo un trabajo que considera perfectamente realizado.

4. Inexistencia del juicio oral: Basta asistir y observar como ciudadano una audiencia de juzgamiento en Colombia para apreciar cómo se ha desnaturalizado totalmente el eje del proceso, esto es, el juicio oral, público y contradictorio, donde se deben respetar los principios de inmediación y concentración de la prueba. Estos principios, que son en últimas los que garantizan un fallo justo en cualquier sociedad civilizada, no se aplican debidamente en nuestro país.

5. Insuficiencia de un sistema de defensoría pública acorde a las necesidades del proceso penal. La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo el servicio de defensoría pública. Sin embargo, el número de defensores públicos resulta por completo insuficiente para la magnitud de las necesidades del servicio y se presta en condiciones que no siempre aseguran su eficacia. Según la Defensoría del Pueblo, más del 50% de la población carcelaria depende de ese servicio. Así mismo se han recibido múltiples solicitudes de procesados y condenados que señalan irregularidades en sus procesos bajo ese sistema y reclaman un nuevo examen de su caso.⁶⁸

⁶⁷ Corporación Excelencia a la justicia. Op. Cit.

⁶⁸ Su Defensor. Periódico de la defensoría del pueblo para la divulgación de los derechos Humanos- Año 3/No 33

4.7.NECESIDAD DE LA INTRODUCCIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

La reforma del papel de la Fiscalía dentro del proceso penal es indispensable frente a la incorporación al derecho interno colombiano de diversos instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento en virtud del llamado "Bloque de Constitucionalidad". Estos tratados consagran una serie de principios para garantizar la imparcialidad y objetividad del funcionario que impone medidas restrictivas de los derechos ciudadanos, para lo cual se acude a la división de funciones entre investigador y juez, dejando en manos de éste último la responsabilidad sobre medidas de aseguramiento, registro y allanamientos, y otras de similar alcance. Es imposible ignorar a este respecto cuerpos normativos como el Convenio Interamericano de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos de 1969 o el Estatuto de Roma constitutivo de la Corte Penal Internacional, que con meridiana claridad describen las garantías que deben rodear a un ciudadano que se enfrenta a un proceso penal.

Conviene anotar que la incoherencia de nuestro proceso penal con los convenios internacionales puede traer a futuro una consecuencia adicional muy grave para Colombia, ya que de acuerdo con el Tratado de la Corte Penal Permanente de Roma, el cual Colombia suscribió, uno de los motivos por los cuales una conducta puede ser investigada bajo la competencia de este tribunal, es que desde el punto de vista procesal, no se hayan seguido las directrices garantistas de los sistemas modernos de procesamiento criminal. (Artículo 17 numeral 2 literal C).

5. ASPECTOS BÁSICOS DE LA REFORMA

La necesidad de modificar el régimen procesal vigente, identificado como un “híbrido” por corresponder a un sistema mixto con tendencia inquisitiva, dado su excesivo formalismo y concentración de funciones judiciales en el fiscal instructor - al extremo de desvirtuar su naturaleza de “acusador” convirtiéndolo en una figura similar a de los extintos jueces de instrucción criminal - motivó la propuesta, por parte del Fiscal General de la Nación, de una reforma que partiera de la Constitución misma.

Este propósito se concretó en el Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002⁶⁹, mediante el cual se modificaron los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política, al tiempo que se fijaron algunos términos perentorios para la implementación del nuevo sistema procesal penal. Sin embargo, es evidente que la reforma determinada por este acto legislativo genera serias dudas acerca de su viabilidad y futura eficacia: se trata, sin lugar a dudas, de implantar otro sistema procesal de connotaciones diversas que genera un cambio sustancial en el sistema procesal colombiano.

En la práctica, una vez implementado el sistema deberá contar, además de las apropiaciones presupuestales correspondientes a los costos de funcionamiento, con los recursos suficientes para garantizar la seguridad de los funcionarios, empleados, jurados de conciencia, víctimas, testigos, abogados y auxiliares, porque de ello dependerá su imparcialidad y eficacia.

En el ámbito normativo, la legislación deberá ser lo suficiente ágil y flexible en cuanto a trámites, aunque garantista y respetuosa en materia de derechos

⁶⁹ Ver Anexo No 1

fundamentales, como para procurar la solución de aquellos conflictos, generalmente de origen privado y doméstico, que tanto congestionan los despachos judiciales. Para esto se establecerá el siguiente procedimiento, que de acuerdo al Proyecto de ley estatutaria presentado al honorable Congreso de la República, posee la siguiente organización:

5.1 Estructura del proceso penal.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

FASE PRELIMINAR⁷⁰

A. Noticia Criminal: Esta puede tener ocurrencia por cualquiera de los medios tradicionales.

B. Organismos de Investigación:

- 1. Fiscalía General de la Nación, entidad encargada de la dirección de la investigación.*
- 2. Órganos dotados con funciones de policía judicial, quienes estarán encargados de la ejecución de la investigación.*

a.DIJIN/SIJIN

b.CTI

c.DAS

d.Otras

⁷⁰ El Esquema de la Fase Preliminar fue diseñado por la Corporación Excelencia en la Justicia.

e. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, encargado de prestar el apoyo científico necesario dentro de la investigación.

C. Inicio de la Investigación

1. De oficio en virtud de la noticia criminal

2. Por orden de la Fiscalía General de la Nación

D. Actuaciones Permitidas

1. Regla General: Todas aquellas tareas investigativas que no impliquen restricciones o limitación de los derechos fundamentales. Así que podrán adelantar la búsqueda de los elementos de prueba, la obtención de la evidencia física, la identificación de sospechosos, entrevistas, interrogatorios y declaraciones juradas de potenciales testigos, etc.

2. Atribuciones Especiales: Aseguramiento de los elementos materiales probatorios con arreglo a la cadena de custodia.

3. Actividades que requieren autorización previa de la Fiscalía General de la Nación o control judicial.*

a. Registros y allanamientos

b. Retención de correspondencia

c. Interceptación de comunicaciones

d. Búsqueda selectiva en bases de datos()*

- e. Seguimiento pasivo*
- f. Seguimiento activo o incursiones (*)*
- g. Uso de agentes encubiertos (*)*
- h. Vigilancia especial mediante la utilización de medios electrónicos (*)*
- i. Sellamiento de inmuebles (*)*
- j. Retención de medios de transporte (*)*
- k. Incautación de documentos, computadores, etc..*
- l. Captura de los sospechosos (*)*
- m. Medidas de protección de las víctimas*
- n. Examen de lesionados*
- o. Reconocimiento de fotografías*

4. Intervención del juez que ejerce la función de control de garantías, la cual tendrá lugar dentro de la audiencia de control de garantías

a) Previa, en los casos señalados con () en el punto anterior*

b) Posterior.

E. Duración:

- 1. Regla General: Es indefinida, su único límite es la prescripción de la acción penal.*
- 2. Diligenciamiento de la Audiencia de Control Judicial Posterior: Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para las medidas que afecten la intimidad y los derechos fundamentales.*

Lo más pronto posible, sin exceder a las treinta y seis (36) horas si se trata de una captura.

F. Publicidad: Es una etapa reservada

G. Defensa:

- 1. Regla General: No se presenta controversia, en la medida en que no se le informará al sospechoso la existencia de la indagación preliminar.*
- 2. Excepciones: Si habrá defensa, cuando se realiza la audiencia de control de garantías posterior, siempre y cuando no se trate de una actividad investigativa especialmente reservada, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones.*
- 3. **Designación:** Si el imputado no cuenta con defensor de confianza y no puede proveerse uno, el Estado deberá designarle uno en el menor tiempo posible y, en todo caso, antes de la celebración de cualquier audiencia de control de garantías.*

H. Práctica de Pruebas: Regla General: No se practicarán pruebas en esta etapa, pues simplemente se trata de buscar y asegurar los elementos o fuentes de prueba. Esta regla admite excepción.

I. Decisiones Judiciales:

1. *Regla General: No se toman decisiones judiciales*
2. *Excepción: Se tomarán decisiones judiciales cuando media audiencia (previa o posterior) ante el juez que ejerza la función de control de garantías.*

J. *Recursos: No hay lugar a recurrir las decisiones*

K. *Acceso de las Víctimas: Tiene la posibilidad de intervenir, aun cuando no participan en la audiencia de control de garantías previa, salvo en calidad de declarante o deponente.*

L. *Intervención del Ministerio Público:*

1. *Regla General: En la investigación de campo no participará el Ministerio Público.*
2. *Excepción: Participará formulando denuncia o petición especial y en la audiencia ante el juez que ejerza la función de control de garantías cuando se ha aplicado el principio de oportunidad. Así como en aquellas diligencias que afecten derechos fundamentales.*

M. *Aplicación del Principio de Oportunidad*

1. *Regla General: La aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, siempre consultando previamente a la víctima y sus intereses*

2. *Excepción: La víctima puede solicitar la celebración de una audiencia ante el juez que ejerce la función de control de garantías*

N. Trámite de la Audiencia de Control de Garantías, excepción hecha de la referida a la tutela de la libertad del imputado.

1. *Clases: Esta audiencia puede ser previa o posterior a la actuación*
2. *Solicitud: La Fiscalía General de la Nación y excepcionalmente la víctima cuando se trata de la aplicación del principio de oportunidad*
3. *Citación: La víctima en caso de ser posterior*

INVESTIGACIÓN FORMALIZADA

A. Inicio: Con la citación por parte de la fiscalía a audiencia para formular los cargos sobre los hechos que está investigando.

B. Publicidad:

1. *Regla General: La audiencia en que se formalice la investigación será pública*

2. *Excepción: cuando se trate del control previo de medidas limitativas de los derechos fundamentales la audiencia no será pública.*

C. Defensa:

1.Regla General: La defensa es indispensable; para que se lleve a cabo la audiencia de formalización es imprescindible que el imputado tenga apoderado, ya sea de confianza o de oficio.

D. Practica de Pruebas.

1.Regla General: No se practican pruebas, sólo aquellas que tienen carácter de anticipadas, las cuales se practican en la audiencia preliminar o en una audiencia específica para ello.

E. Actuaciones Permitidas: podrán adelantarse las actuaciones de investigación que se requieran para el esclarecimiento de los hechos, incluidos los relacionados para la indagación preliminar.

F. Audiencia preliminar:

1.Regla General: se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar todas aquellas actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral.

2.Modalidades. Se tramitará en audiencia preliminar:

a.El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

b.La práctica de una prueba anticipada

c.La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.

d.La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.

e.La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.

f.La formulación de la imputación.

G. formulación de la acusación, preclusión de la investigación o aplicación del principio de oportunidad, lo cual no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación

1.Formulación de acusación

a.Oportunidad: En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación (sin exceder de 30 días contados a partir de dicha formulación).

b.Citación a la Audiencia de Formulación de Acusación: Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del formato de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, por parte del fiscal.

c.Trámite de la Audiencia:

▪En primer lugar se concederá la palabra a la fiscalía y la defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el formato de acusación, si no reúne los requisitos para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

- *Solicitud de preclusión, o formulación de la acusación o de aplicación del principio de oportunidad, por parte del fiscal.*
- *se determinará la calidad de víctima y se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya.*
- *Descubrimiento de la Prueba.*

2.Preclusión de la Investigación:

- a.Oportunidad. En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación (sin exceder de 30 días contados a partir de dicha formulación), el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión de la investigación, si no existiere mérito para acusar.*
- b.Citación a la Audiencia de Preclusión: Recibida la solicitud del fiscal, el juez citará a audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la solicitud de preclusión.*
- c.Causales para solicitar la preclusión: El fiscal solicitará la preclusión 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.*
 - *Inexistencia del hecho investigado.*
 - *Atipicidad del hecho investigado.*
 - *Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.*
 - *Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.*

d.Trámite de la Audiencia:

▪ *Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada*

▪ *Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del ministerio público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.*

▪ *En ningún caso habrá lugar a solicitud ni práctica de pruebas.*

▪ *Agotado el debate el juez podrá decretar un receso hasta por una (1) hora para preparar la decisión que motivará oralmente.*

d. Efectos de la decisión de preclusión: En firme la sentencia que decreta la preclusión de la investigación, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos, quien no podrá ser investigado formalmente por los mismos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

e. Rechazo de la solicitud de preclusión. En firme el auto que rechaza la preclusión las diligencias volverán a la fiscalía, restituyéndose el término que duró el trámite de la preclusión. El auto que rechaza la preclusión será apelable en el efecto suspensivo. El juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

H. Audiencia Preparatoria.

1. Citación: Concluida la audiencia de lectura de la acusación, el juez fijará la fecha, la hora y la sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento, es decir, la audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

2. Trámite:

a. Manifestación de las partes sobre las observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios.

b. Descubrimiento por parte de la defensa de sus elementos materiales probatorios.

c. Manifestación de las partes sobre si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias (acuerdos a que puedan llegar el fiscal y la defensa sobre alguno de los hechos o sus circunstancias que se aceptan como probados y sobre los cuales se excluye toda controversia probatoria). En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto.

d. Manifestación por parte del acusado sobre, si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo en una tercera parte la pena a

imponer. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

e.Fijación de fecha, hora y sala para el inicio del juicio.

I. Audiencia del Juicio Oral:

1.Citación: Concluida la audiencia preparatoria, el juez fijará fecha, hora y sala para el inicio del juicio que deberá realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria.

2.Trámite:

a.Verificación de la presencia de los sujetos procesales.

b. Concesión por parte del juez, del uso de la palabra al acusado para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. De declararse culpable, tendrá derecho a una rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. En este caso, si el acuerdo o declaración de culpabilidad permiten dictar sentencia inmediata así lo hará el juez, previo un receso hasta de una (1) hora. Si el acusado no hiciere manifestación, se entenderá que es de inocencia. Igual consideración se hará en los casos de contumacia.

c.Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.

d.Presentación de la teoría del caso por parte de la fiscalía y la defensa si así lo desea

e.Practica de pruebas.

f. Terminada la práctica de las pruebas, el defensor podrá solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten manifiestamente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación. En este caso, si procediere la absolución perentoria, el juez resolverá sin escuchar alegatos de los sujetos procesales.

g. Alegatos de los sujetos procesales

h. Clausura del debate.

i. Individualización de la pena

j. Sentencia.

5.2. Algunos aspectos logísticos de la reforma.

Una reforma penal no puede desarrollarse de manera independiente; esto es, sin tocar los demás órganos o dependencias estructurales del Estado. La efectividad y buena marcha del sistema depende, sin lugar a dudas, de la colaboración armónica de todas las instituciones. Por esto será necesario acudir a una auténtica **política criminal**, acorde con las necesidades de la sociedad actual, que procurando aportar soluciones, fundamentalmente a los problemas de desempleo, salud y educación, contribuya a la prevención del delito. Al respecto puede observarse cómo las Fiscalías Locales de Bogotá⁷¹ y muy seguramente las de todo el país, se encuentran atiborradas de investigaciones por delitos contra el patrimonio económico de los particulares y contra la asistencia alimentaria, lo cual es reflejo inmediato de la situación de desempleo que actualmente se vive.

De otra parte, insistiendo en la colaboración armónica que necesariamente debe existir entre todos los estamentos del Estado, no sobra recordar que la jurisdicción penal debe ser *ultima ratio*, es decir, el último recurso en la

⁷¹ Indicadores aportados por la Corporación Excelencia a la Justicia 2002

solución de los conflictos. A ella sólo deben llegar, por lo tanto, aquellos asuntos que definitivamente no encontraron salida en otros ámbitos.

En el caso concreto de la inasistencia alimentaria, por ejemplo, debería pensarse en la inicial intervención obligatoria de las autoridades administrativas, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o las Comisarías de Familia (con mecanismos alternativos como el de la conciliación), en pro de respuestas inmediatas. En caso de que no se lograra el resultado esperado, los afectados o interesados podrían acudir, en segundo término, ante la jurisdicción de familia, legalmente establecida para resolver estos asuntos con el apoyo de grupos interdisciplinarios de especialistas (médicos, psicólogos, trabajadores sociales, etc.), a fin de que allí se procurara el cumplimiento de la obligación alimentaria, incluso mediante el decreto de medidas cautelares sobre bienes. Y sólo cuando esto también fallara, porque definitivamente el obligado no quiso aportar a pesar de contar con los recursos suficientes, entonces sí, como tercera y última alternativa, podría llevarse el caso ante la jurisdicción penal para que allí se juzgara y sancionara al responsable. Hoy por hoy, una muy buena cantidad de procesos por este delito se resuelven definitivamente en la audiencia de conciliación, que por mandato legal se celebra en tales procesos; y esta es una tarea que no debería corresponder a la Fiscalía. El tiempo y los recursos empleados en estos trámites bien podrían emplearse en la investigación y acusación de aquellos delitos que verdaderamente socavan la estructura de la sociedad.

Por otro lado, es oportuno recalcar que la desjudicialización de la Fiscalía colombiana no implicará copiar el sistema de un país en particular. Son muchos los países que, con fundamento en una indiscutible corriente procesal contemporánea, han adoptado procedimientos penales basados en el sistema acusatorio. Dadas las características de Colombia, la implementación de un juicio oral donde se concentren y debatan las pruebas

en condiciones de igualdad entre acusador y defensa, tendrá que ajustarse a nuestras necesidades.⁷²

Por otra parte, no es cierto que la implementación de un sistema de tendencia acusatoria implique que la Fiscalía sin funciones judiciales tenga que pasar a depender de la rama ejecutiva del poder público y mucho menos, que el Fiscal General pase a ser un funcionario de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. Por el contrario, reconociendo nuevamente la realidad de nuestro país, en el cual la lucha anticorrupción reviste connotaciones especiales, sería desafortunado e inconveniente tener un Fiscal con tales características.

Finalmente, ante la aprobación por el Congreso de la República del proyecto de Acto Legislativo que desjudicializa la Fiscalía, es importante ante todo tener en cuenta los siguientes principios básicos:

1. Es necesario que el llamado "**principio de oportunidad**", en virtud del cual un delito puede no ser investigado o llevado a juicio por razones de relevancia penal, se sujete al previo control judicial, para evitar un exceso de discrecionalidad por parte del funcionario investigador.
2. Es preciso **consagrar con claridad el juicio oral**, público y contradictorio, no sólo por los mencionados compromisos internacionales, sino también por el imperativo que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.
3. Dado que la reforma de la Fiscalía implicará un cambio radical en nuestro sistema, es necesario **expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal**, que recoja y desarrolle los lineamientos trazados por el acto legislativo 03 de 2002⁷³

⁷² Véase Capítulo 5, numeral 5.4

⁷³ Al respecto es necesario tener en cuenta, que para el desarrollo de dicho propósito se creó la figura de la "Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal", que actualmente ya entregó al Congreso de la República de Colombia, el proyecto de ley

4. El mantenimiento de facultades judiciales de la Fiscalía para ciertos delitos, es inconveniente y podría presentar problemas de juridicidad.

Si bien es cierto que la delincuencia organizada puede intimidar a jueces cuando dictan medidas de aseguramiento, también lo es que esta intimidación se da sobre los fiscales. Con este argumento también podría sostenerse que dado que los jueces son intimidados al condenar a ciertos delincuentes, entonces la Fiscalía debería asumir la facultad de proferir sentencias condenatorias. Las amenazas de los criminales no se solucionan otorgando funciones judiciales a los investigadores, sino estableciendo medidas de protección suficientes, tanto para los jueces como para los fiscales

5. La adopción del nuevo sistema de investigación y procesamiento del delito debe ser gradual. En la transición hacia el nuevo régimen, será necesario promover una reingeniería institucional especialmente en la Policía Judicial y la Defensoría del Pueblo, así como redoblar esfuerzos de capacitación para que el centro de gravedad del proceso sea el juicio oral, todo lo cual implicará un fortalecimiento de los recursos humanos y logísticos de la rama judicial.

Frente al asedio de la criminalidad y la grave situación en materia de derechos humanos, es inaplazable abordar las causas que se oponen a una justicia penal más eficiente, ágil, y garantista. Si queremos dar un salto adelante en esta materia, no hay otra alternativa que darle consistencia a la planeación de la política criminal y adecuar el sistema procesal a instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, que adoptan una opción procesal marcadamente acusatoria y constituyen el punto de referencia para la justicia de este nuevo siglo. Tanto el Estado como la sociedad civil tenemos el reto de responder a las demandas ciudadanas de modernización de la justicia penal a fin de rescatar

estatutaria por medio del cual se expedirá el nuevo código de procedimiento penal colombiano.

el poder que tiene el derecho para combatir el delito y proteger a los residentes en Colombia, todo ello sin el sacrificio de las garantías fundamentales.

Así, en términos generales la presente monografía, muestra en su esquema básico, el modelo que implica la reforma constitucional aprobada mediante el acto legislativo 03 de 2002, que adopta para Colombia el sistema acusatorio de procesamiento criminal. Obviamente se abordará el tema de los cambios normativos, pero el punto central de atención es el funcionamiento práctico del sistema, las transformaciones que a este respecto generará la reforma y que en definitiva propenderán por un sistema moderno acorde con las necesidades nacionales, que en últimas garantizará la preeminencia de derechos fundamentales durante todo el proceso penal y determinará gran parte de la solución a la crisis estructural a la que ha llegado la justicia penal con razón del aumento de los índices de impunidad:

5.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO.

5.1.1. Concepto y características básicas. La prueba en el proceso penal acusatorio está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal con el objeto de desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto del delito que se le atribuye o derecho a la presunción de inocencia, el cual es el punto de partida de toda consideración probatoria en un proceso penal que se inicia con la verdad provisional o interina de que el imputado es inocente.

Ahora bien, si la clave de todo proceso radica en la prueba, en el penal adquiere dimensiones más trascendentes, por cuanto los resultados del proceso van a recaer en derechos de especial importancia del imputado.

Los caracteres básicos de la prueba en el proceso penal acusatorio son los siguientes:

1. La carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora.
2. Sólo tienen el carácter de pruebas las practicadas en el juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad.
3. Las pruebas deben haber sido obtenidas por medios lícitos.
4. Las pruebas requieren de cierta entidad, no bastando las conjeturas o las meras sospechas.
5. Existe libertad en los medios de prueba.
6. Existe libre valoración de la prueba.

5.1.2. El estado o presunción de inocencia. Este estado o derecho a la presunción de inocencia radica en el respeto a la dignidad personal del imputado, por lo que se le reconoce durante todo el proceso un estado jurídico de no culpabilidad respecto del delito que se le imputa, por lo que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme. Dicho postulado recoge la garantía procesal de la carga acusatoria de la prueba (*nulla accusatio sine probatione*).

Por lo mismo, en el proceso penal el primer movimiento incumbe a la acusación y, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de pruebas de descargos.

El juicio de culpabilidad deberá ser inducido o deducido de datos probatorios objetivos, y como señala Cafferata⁷⁴ “nunca deducido de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, ni de su silencio, ni de sus explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similares”. Es por lo que el principio de inocencia será vulnerado tanto por una sentencia condenatoria dictada sin la evidente y probada concurrencia de los extremos objetivos y subjetivos de la imputación, como también por la aplicación de figuras penales que repriman comportamientos penales inocuos sólo porque ellos permitan presumir la comisión (no probada) de un delito o su futura comisión (delito de sospecha), o que pongan implícita o expresamente en cabeza del acusado la carga de probar su inocencia.

Sólo la convicción firme y fundada en pruebas de cargo legalmente obtenidas sobre la existencia del delito y la culpabilidad del acusado, permitirá que se aplique la pena prevista, pues sólo así habrá quedado destruido el principio de inocencia. Dicho de otra forma, para dar por destruida la inocencia será necesario que la acusación haya sido confirmada por un conjunto de pruebas de cargo concordantes con ella, no desvirtuadas por ninguna prueba de descargo, y que además descarten la posibilidad de alguna conclusión diferente o hipótesis en competencia, es decir, cuando las pruebas hagan inevitable la condena.

5.1.3. La libre valoración de la prueba en el proceso penal acusatorio.

El sistema de libre valoración de la prueba es intrínseco al proceso penal acusatorio y una exigencia del mismo, partiendo de la base que en tal sistema se trata de apreciar la actividad probatoria de los intervinientes sin que el juez, como ha señalado la jurisprudencia alemana, se encuentre vinculado a reglas probatorias, es decir, a disposiciones legales acerca de la

⁷⁴ ABERIL, Gómez Rodolfo. “Nuevas Lecciones de Derecho”. Editorial Trotta. Madrid 2002. Pág.55.

eficacia de las pruebas ni a disposiciones que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse acreditado.

En este sistema el juez tiene libertad para alcanzar o no la convicción de un hecho en tanto no se cuestionen máximas de experiencias generalmente reconocidas o se trate de decisiones absurdas o arbitrarias.

Así las cosas, los Tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En cuanto al grado de convicción que deberá alcanzar el Tribunal para dictar una sentencia condenatoria, debe ésta alcanzarse con la apreciación libre que efectúa sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

La consecuencia de este sistema consiste en que no existe limitación de elementos de convicción que pueden emplearse en el proceso penal, ni se establece a priori el valor probatorio de ninguno de los elementos de convicción que pueden producirse en la actuación; ni tampoco se limita con carácter general y abstracto, el número de pruebas que puede producir cualquiera de las partes en el juicio, las que en definitiva son las características distintivas e insoslayables del sistema de libre valoración de la prueba.

5.1.4. Las presunciones en un sistema penal acusatorio. En el esquema de un proceso penal acusatorio y con las características ya referidas, cabe preguntarse si en él tienen o no cabida las presunciones, refiriéndonos a las denominadas presunciones de derecho o presunciones simplemente legales.

Como primera cuestión parece necesario dejar sentado que las presunciones son propias del sistema de prueba legal o tasada.

Como segunda cuestión, que las presunciones de ninguna manera son o pueden ser consideradas un medio de prueba, como erróneamente se entiende desde antiguo en nuestra legislación.

Ahora bien, si las presunciones no son un medio de prueba ¿qué son entonces? Se ha señalado que las presunciones son normas de onus probandi, o sea, normas que alteran las reglas generales sobre carga de la prueba; no obstante, parece más acertada aquella opinión que sostiene que las presunciones son normas sobre valoración de la prueba que son aplicadas por el juzgador al momento del pronunciamiento de la sentencia.

En efecto, las presunciones se enmarcan dentro de lo que se denomina pruebas legales positivas, que son aquellas en presencia de las cuales la ley prescribe al juez que considere probada la hipótesis acusatoria aunque contraste su libre convicción.

Surge de lo anterior que las presunciones son naturales y coherentes en un sistema inquisitivo y de prueba legal tasada, propia de un derecho penal máximo, cuyo objetivo es que ningún culpable quede impune (a diferencia del derecho penal mínimo cuyo objetivo es que ningún inocente sea condenado), y en donde el legislador señala al juez pormenorizada y detalladamente el valor que debe atribuir a cada medio de prueba y, en el caso de las presunciones, cuáles son las conclusiones que tiene que deducir o inferir al probarse sus presupuestos.

Por lo mismo, existe una contradicción insalvable entre la lógica y fundamentos de un sistema inquisitivo, en donde cabe y se encuadran las presunciones, y la de un sistema acusatorio, en donde aquellas no tienen cabida, lo que se evidencia acudiendo a los principios formativos de uno y otro sistema.

En efecto, en un sistema de libre valoración de la prueba, como se señalara en el párrafo anterior, el juez tiene libertad para apreciar la prueba, en la medida que no contradiga los principios de la lógica, las máximas de la

experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Pero si aceptamos que el juez bajo determinados supuestos está obligado a dar por establecidos ciertos hechos, entonces debemos aceptar que aquel perdió su libertad de valoración, puesto que es el legislador quien está valorando la prueba; será éste quien haga un razonamiento lógico de deducción y de inducción y no el juzgador.

En consecuencia, el aceptar una presunción en un proceso acusatorio implica pasar por encima de los postulados que establecen la libertad de valoración por el juez y sus límites (dentro de las que no se señalan las presunciones), al igual que ignorar el postulado según el cual *“nadie podrá ser condenado sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.”* Así el Tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral, pues es aquel quien libremente debe efectuar los razonamientos lógicos de inducción y de deducción y no el legislador.

La importancia de rechazar la posibilidad de que el juez funde su sentencia con base en los imperativos de las presunciones cobra especial importancia en aquellos casos en que el juez en virtud de la prueba producida en el juicio oral no tenga la convicción de que los hechos han ocurrido como lo sustenta la acusación, es decir, tenga duda razonable sobre la ocurrencia de los mismos, pero no se ha rendido prueba que desvirtúe las conclusiones a las que debe de arribar por causa de la presunción. Esta situación genera la disyuntiva de rechazar la presunción o aceptar su procedencia. Ahora, si nos inclinamos por la última alternativa debemos aceptar una condena que no se ha producido sobre la base de la libre apreciación de la prueba y sobre la convicción del tribunal, elementos que, según hemos visto, están íntimamente ligados a la esencia de un sistema acusatorio del proceso

penal.

5.2.PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO.

Cinco importantes nuevos principios, se desarrollan a raíz de la adopción del sistema acusatorio dentro de nuestra legislación; ellos son: el principio de oportunidad, el principio de contradicción, el principio de la oralidad, el principio de inmediación y el principio de publicidad.

5.2.1. Principio de Oportunidad. El principio regente en todo proceso acusatorio, es el de Oportunidad, según el cual: ***“No toda noticia criminis que de mérito para acusar, será llevada hasta el juicio.”***

Conforme al Artículo 347 del Proyecto de Ley Estatutaria presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal, al Congreso de la República, el principio de oportunidad es la “facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para abstenerse de ejercer la persecución penal, suspenderla o renunciar a ella, en los siguientes casos:

- a. La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de ejercer la persecución penal Cuando se presenten las siguientes causales:

A. sustanciales:

- Cuando la antijuridicidad material, en los delitos cuyo injusto sea susceptible de graduación, pierda entidad jurídica dadas las condiciones del titular del bien jurídicamente tutelado, a pesar de haberse descartado la insignificancia.

- Cuando no sea posible reconocer la relevancia excusante de una causal de atipicidad por verificarse un exceso en su ejercicio, pero ante un juicio global de normalidad social de la situación, la misma no amerita una reacción penal.
- Cuando la creencia de la atipicidad pueda explicarse de manera atendible como una apreciación del imputado en el sentido de haber descartado razonablemente la reacción penal de la comunidad.
- 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.
- Cuando en atentado contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativo y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
- Cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre y cuando no se trate de profesiones, oficios o actividades que requieran especial cuidado y atención, y no causen daño social de mayor relevancia.
- Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea tan mínimo que haga de la sanción penal algo manifiestamente innecesario y sin utilidad social.
- Cuando se presente un error no suficiente para excluir la responsabilidad penal en aquellos delitos cuyos tipos penales sean abiertos o en blanco y el juicio de reproche de culpabilidad tenga como soporte la

conciencia actualizable de lo injusto, originada en una situación cuya probabilidad de repetirse resulte despreciable.

- Cuando se afecten bienes colectivos y se presente una reparación integral, siempre y cuando resulte previsible que la situación que origina el delito no volverá a presentarse.

B. procesales:

- Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito por el cual está siendo perseguido, o aporte información eficaz para desarticular la organización criminal que lo ha cometido y a la cual pertenece, o para evitar que esta organización cometa otros delitos, o sirva como testigo de cargo contra los demás intervinientes.
- Si el imputado colabora eficazmente en el descubrimiento de otro delito de mayor entidad en el cual no intervino, así como de sus autores y partícipes, suministrando los medios cognoscitivos o de información, o sirviendo como testigo de cargo.
- Cuando el imputado haya sufrido en el delito cometido por comportamiento culposo un daño físico o moral tan grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción correspondiente.
- En el evento en que la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza grave a la seguridad exterior del Estado.
- Cuando el imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero, a causa del mismo delito, en el cual se haya proferido sentencia condenatoria con efectos de cosa juzgada.

- Cuando el imputado haya sido entregado en extradición a un gobierno extranjero por otro delito, y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia condenatoria proferida en el exterior.

b. La Fiscalía General de la Nación podrá suspender la persecución penal cuando se presenten las siguientes causales:

A. sustanciales:

- Cuando a pesar de ser ajeno a la figura delictiva el consentimiento, éste por razón del contexto social y las especiales relaciones entre acusado y víctima, pueda apreciarse como causa de la conducta punible.
- Cuando el bien jurídico se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular que, la genérica protección brindada por la ley, haga más costosa su persecución penal y comportan un reducido y aleatorio beneficio.
- Cuando se trate de delito en cuya comisión hayan intervenido múltiples personas y su judicialización cause más daño que provecho al orden jurídico, a la administración de justicia y a las relaciones sociales involucradas en el conflicto, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.
- Cuando la persecución penal de un delito masa comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

B. procesales:

- Cuando la persecución penal dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción, orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos de mayor relevancia o trascendencia para el beneficio de la sociedad.
 - Cuando la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de dos (2) años de prisión, siempre y cuando reconozca su responsabilidad.
 - Cuando la sanción que se pueda imponer en caso de sentencia condenatoria se muestre como de escasa significación frente a la sanción que esté cumpliendo en virtud de sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada.
5. En último lugar podrá la Fiscalía General de la Nación renunciar a la persecución penal cuando, advierta, antes de la formulación de la imputación, la existencia de alguna causal de preclusión.

Lo anterior contribuirá ostensible a disminuir el número de procesos que se adelanten en la jurisdicción penal, concretándose en una evidente descongestión de los despachos judiciales que probablemente redundará en una justicia más eficaz, ágil y segura.

Como es sabido y ha sido contrastado empíricamente, ningún Estado está capacitado para perseguir "todos" los delitos que se cometen en la sociedad. En ninguna época existió tal efectividad. Por lo tanto, no reconocer este dato de la realidad sería afirmar postulados falsos como la vigencia del principio de oficiosidad procesal.

En la actualidad es pertinente aplicar este principio, por cuanto existe una violación del principio de *ultima ratio* del derecho penal que se evidencia en el aumento en la creación de nuevos tipos penales⁷⁵.

Debemos recordar que el principio de Oficiosidad obedece a un fundamento sobre la pena como retribución, que no se encuentra en la actualidad justificado por ningún Pacto Internacional de Derechos Humanos ni por las Constituciones de origen liberal.

Así mismo, la cantidad de recursos humanos con los que cuentan los sistemas penales de enjuiciamiento con relación a la cantidad de hechos que suceden a diario ha originado que se produzca una natural selectividad de casos a investigar, pero no se ha realizado una selectividad que posea reconocimiento legal.

Sin mencionar las cifras reales de criminalidad, la primera institución que realiza la selección y decide a su discreción cuáles son los hechos que ingresarán en el sistema penal es por excelencia el sistema policivo. Esta institución, perteneciente al poder ejecutivo, la cual adolece de muchos problemas, es la que tiene el mayor poder político en decidir sobre la criminalización de sujetos, los cuales son seleccionados en base a "estereotipos" o conceptos peligrosistas, no siendo una elección totalmente objetiva.

Una visión acertada a favor del principio de oportunidad como opuesto al principio de oficiosidad, es recordar que las garantías son en favor del criminalizado frente al poder del Estado, y por ende, como los criterios de

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal - Parte General", Editorial Ediar, 2000, Pág. 7: "Las agencias de criminalización secundaria, dada su pequeña capacidad frente a la inmensidad del programa que discursivamente se les encomienda, deben optar entre la inactividad o la selección. Como la primera acarrearía su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección."

oportunidad pretenden evitar la imposición de una pena, no estarían afectando ninguna garantía del imputado por el sólo hecho de ser una excepción al mismo.

No obstante, si es necesario que dicho principio se uniforme a través de su regulación en la ley formal, para evitar excesos de discrecionalidad.

5.22. Principio de Contradicción. En desarrollo de éste, la acusación y la defensa se desarrollan en un plano de igualdad de oportunidades, adquiriendo verdadera relevancia el derecho de las víctimas a plantear una confrontación y a defender sus intereses dentro de un procedimiento del que también forman parte.

Conforme al Proyecto de Código, en desarrollo del proceso penal y una vez formalizada la investigación mediante la vinculación del imputado éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo relativo a:

- a. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad.
- b. No se podrá utilizar su silencio en su contra.
- c. No utilizar en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.
- d. Nombrar libremente un abogado para ser oído, asistido y representado y, a falta de éste, a que le sea designado por el Estado.
- e. Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder

percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.

- f.* Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades.
- g.* Conocer los cargos que le son imputados, los cuales deberán ser expresados en términos que sean comprensibles para él, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.
- h.* Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer.
- i.* Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.
- j.* Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación 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.
- k.* No ser sometido, en el evento de ser absuelto, a nueva investigación formalizada o juicio por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, como también las absoluciones que se refieran a graves violaciones de derechos humanos o al Derecho Internacional Humanitario, cuando se debieron a la falta de un interés serio del Estado al ejercer la acción penal, según lo hubieren establecido los organismos con jurisdicción internacional cuya competencia haya sido ratificada por Colombia o lo determinen pronunciamientos de la Procuraduría General de la

Nación, de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de la jurisdicción contencioso administrativa.

- I. Renunciar a los derechos contemplados en los literales (a) y (j) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En el evento de los literales (b) e (i) requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

De igual forma el Art. 97 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República⁷⁶ en lo que se refiere a la actuación de las víctimas dentro del proceso penal establece:

Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad;
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir como sujetos procesales, podrán ser asistidas por un profesional del derecho.

Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir como sujeto procesal, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Oficina de Atención a Víctimas de la Fiscalía

⁷⁶ Ver proyecto de Ley estatutaria para la creación del nuevo código de procedimiento penal, elaborado por la comisión constitucional redactora de la reforma penal en curso en el Congreso de la República para su consecuente aprobación.

General de la Nación le designará uno de oficio.

4. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
5. Las víctimas podrán formular ante el juez de la causa el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

5.2.3. Principio de Oralidad. La oralidad constituye la columna vertebral del procedimiento acusatorio, en virtud de este principio, la actuación procesal se llevará de forma verbal⁷⁷, lo que imprimirá mayor agilidad y eficiencia en el desarrollo de las etapas judiciales, pues primariamente eliminará la carga de la elaboración de expedientes judiciales obligando necesariamente a la modernización del sistema, que originará una reducción de los tiempos procesales para que el derecho de los sindicados y procesados a un juicio en un tiempo razonable, goce de una protección real.

El Art. 9 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal, al Congreso de la República de Colombia⁷⁸ establece que: “La actuación procesal será oral, para lo cual se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.”

⁷⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos proclama con gran firmeza el derecho de quien se encuentre privado de su libertad, a tener un juicio en un tiempo razonable (o a ser liberado mientras se dicta sentencia.) De igual manera, la Convención Europea consagra el derecho a una audiencia ante el tribunal competente en un tiempo razonable. El primero implica el derecho a gozar de un sistema ágil que evite demoras que puedan perjudicar al interesado, mientras que el segundo, implica el derecho a acceder a la justicia.

⁷⁸ Ver proyecto de Ley estatutaria para la creación del nuevo código de procedimiento penal, elaborado por la comisión constitucional redactora de la reforma penal en curso en el Congreso de la República para su consecuente aprobación.

5.2.4. Principio de Inmediación. Conforme al Art. 16 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal “En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez que ejerza la función de control de garantías.”

Lo anterior significa que las pruebas aportadas durante el proceso penal sólo tendrán validez con el respeto de los principios básicos de publicidad, oralidad, concentración y contradicción y fundamentalmente ante el juez para que se cumpla la inmediación.

5.2.5. Principio de Publicidad. De acuerdo con el Art. 18 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal “La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los sujetos procesales, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos donde el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; o afecta la seguridad nacional; o expone a un daño psicológico a menores de edad que deban intervenir; o menoscaba el derecho del acusado a un juicio justo; o compromete seriamente el éxito de la investigación.”

La implementación de este principio busca el aseguramiento de la transparencia del procedimiento penal, lo cual proporcionará mayor claridad ante los medios de comunicación y evitará tergiversaciones al respecto, que en últimas garantizaran el principio de la presunción de inocencia del imputado.

El principio de publicidad se erige también como una forma de control que la opinión pública puede ejercer sobre la actividad de sus jueces.

5.3.EL FORTALECIMIENTO DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA.

Actualmente, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo el servicio de defensoría pública. Sin embargo, el número de defensores públicos resulta por completo insuficiente para la magnitud de las necesidades del servicio, el cual se presta en condiciones que no siempre aseguran su eficacia. Según la Defensoría del Pueblo, más del 50% de la población carcelaria depende de ese servicio. Esto pone en entredicho la efectividad y calidad de la defensa. Las reformas introducidas al sistema de "justicia regional", actualmente "justicia especializada", siguen dando origen a serias restricciones a las garantías judiciales, ya que se han recibido múltiples solicitudes de procesados y condenados que señalan irregularidades en sus procesos bajo ese sistema y reclaman un nuevo examen de su caso.⁷⁹

Así las cosas, de acuerdo a las características propias del sistema acusatorio, se exige la presencia de profesionales del derecho con alta capacidad y experiencia, lo que conllevará a la dignificación del ejercicio del derecho, en forma tal, que ningún experto del derecho pueda ser presionado a prestar sus servicios de manera gratuita. Es indudable que la eficacia del sistema dependerá también de la remuneración que por su trabajo reciban los diversos actores del mismo. Por esto debe pensarse en reconocer al abogado de oficio (diferente del defensor público), designado para el cargo

⁷⁹ Su Defensor. Periódico de la defensoría del pueblo para la divulgación de los derechos Humanos- Año 3/No 33

por el juez de conocimiento, una remuneración por su labor que, obviamente, debe estar regulada en la ley.

Para colaborar con la obtención de los recursos suficientes para atender el pago de los honorarios de los abogados de oficio, no resultaría descabellado pensar, por ejemplo, en la implantación de costas en el proceso penal. La condena respectiva se aplicaría a todos aquellos que hubieren promovido una acción, propuesto un incidente o interpuesto un recurso temerario, abiertamente inconducente o con claro abuso del derecho.

El fortalecimiento de la defensoría pública redundará, entonces, en la garantía fundamental del sindicado a la defensa, y a todos sus beneficios colaterales⁸⁰ tales como: el derecho a ser asistido por un traductor, a que la formulación de la imputación sea completa, es decir integrada con todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos, que la acusación sea notificada oportunamente, de manera expresa y formal, entre otras.⁸¹

5.4.LA REFORMA EN LO REFERENTE A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Una actividad solamente escrita, acompañada de ineficacia investigativa, altas cifras de impunidad, abuso en la medida de detención, pocas posibilidades de defensa, exceso de etapas previas, ausencia de participación democrática, errores judiciales frecuentes y la falta de intervención de la víctima en el proceso, son varios de los problemas dentro

⁸⁰ Para ampliar sobre el tema ver los siguientes fallos de la Corte Europea de derechos Humanos: caso Pélissier y Sassi vs. Francia, 25/03/1999; caso T. Vs. Austria, 14/11/2000; caso Dallos vs. Hungary, 01/01/2001; caso sipavicius vs. lithuania, 21/01/2001; y los más recientes, caso ezeh y connors vs. reino unido del 15 de julio de 2002; y meftah y otros vs. francia del 26 de julio de 2002.

⁸¹Corporación Excelencia a la justicia. Op. Cit.

del proceso penal colombiano que impiden la correcta administración de justicia en el país, motivando la iniciación de una verdadera reforma penal que generara cambios estructurales especialmente en lo que respecta a la Fiscalía.

En este sentido, se dirige la reforma plasmada mediante el acto legislativo 03 de 2002⁸² a crear una Fiscalía netamente investigativa, regulada por los siguientes deberes⁸³:

1. Proceder con objetividad respetando las directrices del Fiscal General de la Nación.
2. Suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al acusado.
3. Asistir de manera ininterrumpida a las audiencias que sean convocadas e intervenir en desarrollo del ejercicio de la acción penal.
4. Informar a la autoridad competente de cualquier irregularidad que observe en el transcurso de la actuación de los funcionarios que ejercen atribuciones de policía judicial.

En lo que respecta a la estructura orgánica de la Fiscalía, se mantiene incólume en consideración a la establecida en las Leyes 599 y 600 de 2000, por lo cual para el ejercicio de sus funciones, estará integrada por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y los fiscales delegados previstos en el Estatuto Orgánico de la institución, y tendrá las siguientes

⁸² Ver Anexo No 1

⁸³ Art. 140 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República.

atribuciones⁸⁴:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
4. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
6. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal.
7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en este código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.

⁸⁴ Art. 115 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República.

10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones, cuando no hubiere mérito para acusar.
11. Intervenir en la etapa del juicio.
12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.
13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los supuestos establecidos.
14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.
15. Las demás que le asigne la ley.

De igual forma el Fiscal General de la Nación tendrá las siguientes atribuciones especiales en ejercicio de la acción penal⁸⁵:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los servidores públicos que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Asumir personal y directamente las investigaciones y procesos cuando lo estime necesario, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.
3. Asignar y desplazar libremente a los servidores de la Fiscalía General de la Nación.
4. Determinar el criterio y la posición que la Fiscalía General de la Nación deba asumir en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

⁸⁵ Art. 117 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República.

Lo anterior redundará en un cambio radical en las funciones de la Fiscalía General de la Nación y consecuentemente en la labor de quienes conforman el grupo de apoyo del Fiscal, es decir el grupo de personas que trabaja tanto en las fiscalías como en los organismos que coadyuvan la labor investigativa (Policía Judicial, DIJIN/SIJIN, CTI, DAS, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, etc.) quienes a partir de la reforma abandonan su labor documental y constituyen un grupo de apoyo en el trabajo netamente investigativo y de recolección de pruebas, pues como se ha esbozado, no existen expedientes en esta etapa.

Esto significa que durante el desarrollo de la etapa investigativa que se desenvuelve mediante la intervención de la Fiscalía General de la Nación y sus unidades de apoyo, no existe proceso penal, pues la labor investigativa se centra primordialmente en buscar la información necesaria para dar inicio a aquel, es decir a garantizar el aseguramiento de los materiales probatorios que se llevarán al juicio; esto significa que durante esta etapa no se practicarán pruebas, pues simplemente su tarea se centrará en buscar y asegurar los elementos o fuentes de éstas con miras a su eventual utilidad dentro de un proceso penal.

Asimismo el fiscal que actúe durante la investigación, será el mismo que soporte la acusación en la etapa de juzgamiento.

Por otro lado, se mantendrá la distribución de las fiscalías, obviamente sin funciones judiciales, pero conservando la estructura jerarquizada y de autonomía al interior de la institución.⁸⁶

⁸⁶ En el derecho comparado las fiscalías mantienen la siguiente organización:

ALEMANIA: La ley orgánica de los Tribunales de 1975, estableció que la Fiscalía (StA) es una autoridad de la justicia estructurada jerárquicamente. Sus funciones son ejercidas por el

5.5.LA CREACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS.

Una de las grandes novedades de la reforma es la creación de la figura del juez de control de garantías que estará en cabeza de los jueces penales ordinarios. Como su nombre lo indica busca establecer un control de garantías en la etapa previa al proceso.

En lo que respecta a competencia, la función de control de garantías⁸⁷ la ejercerá, preferencialmente, un juez penal municipal del lugar de la comisión de la conducta punible⁸⁸; si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, ésta le corresponderá a quien se encuentre disponible de acuerdo con los turnos

Procurador General Federal, quien a su vez está subordinado al control, la dirección del Ministerio Federal de Justicia, quien se encuentra facultado para dar instrucciones a los Fiscales Federales.

FRANCIA: al interior de la Fiscalía se encuentran los llamados fiscales de sala, quienes se encuentran subordinados jerárquicamente y pueden recibir instrucciones o directrices por parte de sus superiores o, incluso, ser reemplazados en cualquier momento.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y PUERTO RICO: Régimen de Estado federal - Department of Justice (Federal) o las District Attorneys (D.A.) Federales y Estatales. La tendencia es la existencia de estructuras jerarquizadas, pues reciben instrucciones. (Tomado de la Corporación Excelencia a la Justicia CEJ.)

⁸⁷ Para ampliar sobre el tema ver:

- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY, ley 1,286 Artículos 42, 320, 258.
- NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (12 de octubre de 2000) Artículos 40, 43, 95, 170, 182, 229, 250, 252.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA (Decreto 51-92) Artículos 47, 264, 272, 288, 308, 317, 318, 324, 325, 331, 340, 342
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE VENEZUELA (enero 23/98) Artículos 31, 259, 310 y 325. basada en la rotación. autorización para acusar.

⁸⁸ Art. 37 No 4 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República.

previamente establecidos, quien quedará impedido para conocer de ese caso en su fondo; Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha categoría en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de éste, del municipio más próximo.⁸⁹

El juez de control de garantías tendrá las siguientes funciones:

1. Ordenar, previa solicitud del fiscal, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
2. Corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales.
3. Realizar dentro de las 36 horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado.
4. Conocer de la solicitud de la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso.
5. Disponer la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.
6. Disponer el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo.
7. Ordenar a la autoridad competente, en cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la fiscalía, que, previo el

⁸⁹ Art. 39 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal presentado por la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal al Congreso de la República.

cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

8. Conocer de las solicitudes realizadas por las víctimas, para que se adopten las medidas indispensables para su atención y protección.
9. Conocer del control de legalidad de los elementos recogidos en órdenes de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.
10. Declarar la contumacia del imputado cuando se presente su ausencia.
11. Sí el imputado o procesado decidiere hacer uso del derecho que le asiste de renunciar a los derechos de guardar silencio y del juicio oral, deberá el juez de control de garantías, 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.
12. Librar la autorización, para la determinación de la validez, de la orden expedida por parte de la Fiscalía General, de vigilancia de personas.
13. Vigilar la legalidad de los actos investigativos
14. Imponer, previa solicitud del fiscal, la medida de aseguramiento sobre el imputado.
15. Conocer de la solicitud del fiscal realizada en la audiencia de formulación de imputación, o con posterioridad a ella, de imposición de medidas cautelares reales necesarias para garantizar la ejecución del incidente de reparación integral.
16. Conocer en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes, las disposiciones de las capturas en flagrancia y

aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito

17. Vigilar la legalidad de las capturas

18. Ordenar la citación para la audiencia preliminar.

CONCLUSIONES

1. La tendencia hacia la modernización de la justicia penal ha sido una variante característica de la gran mayoría de los países latinoamericanos, los cuales, conscientes de los altos índices de impunidad, la falta de celeridad y eficiencia del sistema que durante años predominó dentro de sus territorios, propendieron hacia la implantación de un sistema sustancialmente diferente, pero con perspectivas mucho más fuertes en términos de garantizar la disminución de las altas cifras delictuales, de forma mucho más rápida y efectiva. Por ello, a pesar de que la proyección hacia el acercamiento a un sistema acusatorio en Latinoamérica viene ocurriendo desde hace pocos años, el derecho comparado ha demostrado que las directrices que lo regulan han tenido una amplia aceptación gracias a la efectividad que el sistema ha demostrado.
2. Colombia, sin ser ajena a esta tendencia, emprendió la tarea de orientar nuestro sistema punitivo hacia uno de corte garantista, el cual se configura gracias a la expedición del Acto legislativo 03 de 2002 mediante el cual se implanta un sistema acusatorio dentro del derecho penal colombiano, que si es estructurado sobre las características básicas de dicho sistema se encargará de garantizar:

a. La disminución de los índices de criminalidad e impunidad

- b.La garantía del respeto de los derechos humanos y del debido proceso
- c.El reconocimiento y legitimidad del sistema imperante
- d.Una justicia más eficiente en términos de garantizar verdaderas directrices para la prevención y represión de la criminalidad
- e.Una reducción sustancial de los tiempos procesales.

3. Los nuevos sistemas procesales penales que surgen de las reformas son más complejos que los anteriores y su adecuado funcionamiento está condicionado a la permanente interacción de los diversos actores que no necesariamente persiguen los mismos objetivos. Esto supone definiciones muy fuertes de los diversos roles y la generación de un aprendizaje institucional muy intenso.
4. El proceso penal acusatorio delineado visiblemente en el acto legislativo 03 de 2002, es por su propia naturaleza eminentemente garantizador, y, justamente con base en ese extremo, las garantías por el instituidas constituyen claros límites al poder del Estado.
5. Con base en la operatividad jurídica de la Constitución Nacional, debe profundizarse la labor en pos de la aplicación practica de los derechos humanos, a través del establecimiento de mecanismos procesales que posibiliten su ejercicio, por lo cual se impone desde todo punto de vista la necesidad de la implementación de los conceptos de acusación, igualdad y debido proceso legal, que den lugar a su vez a concebir de manera realista y adecuada el derecho inviolable de defensa en el juicio.

6. El derecho penal debe cumplir en forma razonable con sus dos finalidades básicas: proteger, por una parte, a la sociedad del delito, lo cual es ampliamente conocido y, por otra al acusado frente a los excesos, las desviaciones y las perversiones en la acusación; es decir, el derecho penal es, o debe ser, una forma de reducir la violencia en la sociedad, no de agravarla; en tal sentido al no encontrar que el proceso mixto imperante en la legislación nacional asegurará los fines esenciales del derecho penal, debía suscribirse un cambio estructural por medio del cual se generara una reforma sustancial.
7. Indudablemente, la razón de más peso para considerar la necesidad de la reforma es el tema de la detención preventiva, por afectar directamente el derecho a la libertad. En el derecho comparado este es el tema más sensible en el proceso penal, ya que siendo la detención una especie de pena anticipada, en el fondo se está equiparando el inocente al culpable. Por esto se han establecido con el proyecto de código de procedimiento penal que cursa en el Congreso de la República para su aprobación, una serie de criterios como el aseguramiento de la comparecencia del sindicado, la protección a la comunidad y la protección de la prueba, para justificar la imposición de una detención preventiva.
8. Otro aspecto fundamental que soporta la reforma a la Constitución en cuanto a las funciones judiciales de la Fiscalía, se centra en la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados o no por Colombia, conformando el “bloque de constitucionalidad”
9. Igualmente en la reforma se plantea la importancia de una verdadera aplicación de los principios de oralidad y publicidad del proceso penal,

y el de oportunidad. Los dos primeros reducirían los tiempos de los procesos gracias a que el fiscal se concentraría en su función investigadora solicitando al juez todas las medidas de contenido judicial. De conformidad con el principio de oportunidad, existen criterios para determinar cuándo un delito no será investigado o llevado a juicio, por razones de diversa índole.

10. El proceso penal en el sistema acusatorio se configura como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial y se pone en marcha cuando un particular formula la acusación. El Juez dista de ser un acusador, en el nuevo esquema no investiga los hechos, ni practica las pruebas que no han sido ofrecidas por las partes. Asimismo, no puede condenar a persona distinta a la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. (principio de inmutabilidad de la imputación). El proceso debe desarrollarse conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad, salvo excepciones objetivamente determinadas.

11. Las razones principales que permiten explicar la fuerza hacia la implementación de un proceso acusatorio en nuestra justicia penal hace relación en conclusión a varios temas: En primer lugar, la valorización que en los últimos años se ha dado en la región a los derechos humanos producto principalmente de los procesos de transición democrática habidos en la región, materia en la cual los antiguos modelos de justicia criminal presentan grandes y trascendentes falencias. En segundo lugar, la relevancia del tema penal, entendiendo por ello la visibilidad inusitada que, en los últimos años, se ha otorgado a los sistemas judiciales, especialmente a la justicia penal, donde hoy confluyen una parte importante de los asuntos más relevantes de nuestra sociedad. Por último, en tercer

lugar, la fuerza de este proceso de modernización se explica también gracias a que las transformaciones suscitadas en el derecho comparado se han traducido, en cambios tangibles y concretos respecto del funcionamiento de los sistemas de justicia.

- 12.** Lo central, lo medular e insoslayable en este tema es preservar a ultranza en el proceso penal un debate civilizado en un marco de garantías, y, ese imperativo constitucional y ético nunca podría alcanzarse si el proceso penal no se desarrolla como es debido, esto es de forma íntegra y armónica, donde cada parte cumpla amplia y acabadamente su rol, y el ente acusador, de forma totalmente imparcial, se circunscriba a su trascendente misión consistente en resolver el litigio en razón de las argumentaciones, pruebas y pretensiones de las partes, toda vez que el desdoblamiento de la función punitiva entre acusación y defensa constituye una garantía indispensable de la justicia y el derecho a la igualdad en el procedimiento adelantado.

RECOMENDACIONES

La implementación de una reforma que establezca el juicio oral de corte acusatorio implica un gran esfuerzo previo, que no siempre ha sido asumido con la debida anticipación y eficiencia. Obviamente, no debe limitarse a la obtención de recursos para llevar adelante el cambio. Debe diseñarse y desarrollarse un plan que ataque los puntos neurálgicos del proceso de cambio, siendo la capacitación de los magistrados y funcionarios judiciales uno de los aspectos más importantes. Ella es vital tanto para que el nuevo sistema sea aplicado correctamente por los diversos actores, como para que éstos lo conozcan y se adhieran a él. Es fundamental que se realice el entrenamiento sistemático en la etapa de vacancia entre la aprobación de la reforma y su puesta en marcha, de forma intensiva y con una orientación eminentemente práctica, siendo conveniente que se desarrolle un plan de formación y perfeccionamiento permanente en la materia.

Como se ha señalado, los Código de Procedimientos Penales introducen reformas estructurales del sistema procesal penal, dentro de las cuales los operadores de justicia no podrán desenvolverse solventemente sin una preparación adecuada. Sin esta capacitación los programas de reforma difícilmente podrán tener éxito y la pretendida oralidad podría terminar siendo una lectura en voz alta de las actas del proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- 1)ALTERINI Atilio, Anibal, “La inseguridad Jurídica”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1993
- 2) ALVARADO Velloso, Adolfo, “Introducción al estudio del derecho procesal”, T I, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1989.
- 3)CAMACHO, Álvaro y Álvaro Guzmán, “Política y Violencia en la coyuntura colombiana actual”, en la Colombia de hoy, compilado por Álvaro Camacho G. Cerec, Cidse. 1986.
- 4)CARNELUTTI, Francesco, “Lecciones sobre el proceso penal”, trad. Santiago Santis Melendo, V, I, Bosch, Bs. As., 1950.
- 5)Comisión de Estudios sobre la violencia, Colombia: Violencia y Democracia, IEPRI, Universidad Nacional, Conciencias (4ta Edición) 1995.

- 6)CÓRDOBA Treviño, Jaime. Vicefiscal General de la Nación ¿Es conveniente la implantación de un sistema acusatorio en el sistema penal colombiano? Corporación Excelencia a la Justicia boletín N ° 10 julio de 2000.
- 7)Crimen e Impunidad: CEDE y Tercer Mundo Editores.1999
- 8)ECHANDIA, Camilo, “Dimensión Regional del Homicidio”, Coyuntura Social, No 17. 1997.
- 9)FERRAJOLI, Luigi Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995, pp. 333-334.
- 10)FUENTES Hernández, Alfredo. Comentarios a la ponencia para comisión del senado; Revista socio jurídica. Universidad de los Andes. Edición N ° 18
- 11)GAITAN, Fernando, “Una indagación sobre las causas de la Violencia en Colombia”, en Dos ensayos sobre la violencia en Colombia: FONADE – DNP. 1995.
- 12)GARAY, Luis Jorge, “Crisis y construcción de la sociedad: Apuntes para el caso de Colombia”, en ¿Para dónde va Colombia?, compilado por H. Gómez B.: Tercer Mundo Editores y Conciencias. 1999
- 13)GARCÍA Maynez, Eduardo, “Filosofía del Derecho” 2da, ed., Porrúa, México. 1997.

- 14) GONZÁLEZ Trujillo, Rómulo. Reforma al sistema acusatorio en Colombia; Conferencia pronunciada por el señor Ministro de Justicia y del Derecho, en el Foro sobre la Reforma a la Fiscalía General de la Nación Universidad de Los Andes Bogotá, 21 de mayo de 2001.
- 15) KAUFMANN, Daniel, Aart Kraay y Pablo Zoido –Lobaton, “Aggregating Governance Indicators”. Banco Mundial. (www.Worldbank.org/wbi/governance/datasets.htm).
- 16) “La justicia en una sociedad violenta: Los agentes armados y la justicia penal en Colombia”, documento CEDE 97-03, Bogotá: Universidad de los Andes. 1997.
- 17) MAYA Villazón, Edgardo; Procurador General de la Nación. La reforma a la Fiscalía General de la Nación. hacia la conformación un verdadero sistema acusatorio. Memorias foro nacional: reforma a las funciones judiciales de la Fiscalía general de la Nación. Universidad de los Andes.
- 18) Periódico El ESPECTADOR. Suplemento Jurídico Mar 13 de 2001. Mar 14 de 2001. Mar 15 de 2001. Mar 16 de 2001. Suplemento Jurídico. Mar 20 de 2001; Suplemento Jurídico. Artículo No.1 y 2 Mar 27 de 2001. Suplemento Jurídico Ab 3 de 2001. Ab 16 de 2001. Ab 19 de 2001. Ab 25 de 2001. Ab 26 de 2001. Ab 27 de 2001. Editorial May 13 de 2001, Artículo de la revista The Economist. "El imperio de la ley May 13 de 2001.

19) Periódico El TIEMPO. Mar 11 de 2001. Mar 13 de 2001, Mar 14 de 2001, Mar 15 de 2001. Mar 16 de 2001. Mar 17 de 2001. Mar 29 de 2001. Ab 11 de 2001. Ab 16 de 2001. Ab 17 de 2001. Ab 18 de 2001. Ab 19 de 2001. Ab 23 de 2001. Ab 27 de 2001. May 2 de 2001. May 3 de 2001. May 6 de 2001. May 8 de 2001.

20) Revista AMBITO JURÍDICO (LEGIS). "La Fiscalía se debe reformar". Artículo de opinión de Ernesto Amézquita Camacho, director del departamento de derecho penal de la U. Cooperativa de Colombia.

21) Revista CAMBIO. "Reformar, ¿para qué?". Artículo de opinión del fiscal general Alfonso Gómez Méndez. Marzo de 2001. Respuesta al Fiscal". Artículo de opinión de Jaime Gutierrez Millán Procurador Judicial Penal de Bogotá. En desacuerdo con algunos de los planteamientos del fiscal Alfonso Gómez Méndez. Mar 26 de 2001. "La reforma de la Fiscalía". Opinión de algunos lectores a favor de los planteamientos del fiscal Alfonso Gómez Méndez. Mar 26 de 2001.

22) Revista PORTAFOLIO. "Vuelve y Juega". La idea de la necesidad de reformar la Fiscalía, planteada por el Ministro de Justicia, iniciativa en la cual viene insistiendo desde hace dos años la Corporación Excelencia en la Justicia. Mar 15 de 2001. Artículo No.1: "Carrera contrarreloj". Muy diligente la comisión primera en el trámite del proyecto de reforma presentado por el representante William Sicachá. Artículo No.2: "Para Recordar". Desde 1999 la CEJ propone reformar la Fiscalía. Artículo No.3: "Audiencia Pública". Se convoca a una audiencia pública, para el próximo 25 de Abril, en la U. Libre para ampliar el debate sobre la reforma. Ab 19 de 2001. Artículo No.1: "Adelante con la reforma". En la Audiencia Pública que se realizó en la U. Libre, se hicieron valiosos aportes al proyecto de reforma en curso en el Congreso. Artículo No.2: "Buen

ambiente". Van a ser tenidos en cuenta los aportes hechos al proyecto de reforma en la Audiencia Pública de la U. Libre. Entre estos están el realizado por el abogado penalista Jaime Enrique Granados. Artículo No.3: "Foro en los Andes". Se realizará en la U. de los Andes, el 21 y 22 de Mayo el Foro Propuesta de Reforma Constitucional para la Implementación del Sistema Acusatorio. Artículo No.4: "Reformas a Fiscalía, ¿una necesidad?": en los últimos años, de acuerdo con las estadísticas, la carga fiscal disminuyó. May 3 de 2001.

23)Revista SEMANA. "El oso polar". Artículo de opinión de María Isabel Rueda. Mar 19 de 2001.

24)SILVA, Germán, "Una revisión del análisis económico del derecho: Una lectura crítica a propósito de la obra Crimen e Impunidad", Economía Institucional, Revista de la facultad de Economía, Universidad Externado de Colombia, No 2, primer semestre, pp.173-196. 2000.

ANEXO

ANEXO No 1

DIARIO OFICIAL 45. OOO DEL 20 DE DICIEMBRE DE 2002

Acto Legislativo 03 del 19 de Diciembre de 2002

Por el cual se reforma la Constitución Nacional.

**“El Congreso de Colombia
DECRETA:**

Artículo 1°. El artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Artículo 2°. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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

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

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Artículo 3°. El artículo 251 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.
2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.
3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.
5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público.

Artículo 4°. *Transitorio.* Confórmase una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema.

El Congreso de la República dispondrá hasta el 20 de junio de 2004 para expedir las leyes correspondientes. Si no lo hiciere dentro de este plazo, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de dos meses para que profiera las normas legales necesarias al nuevo sistema. Para este fin podrá expedir, modificar o adicionar los cuerpos normativos correspondientes incluidos en la ley estatutaria de la administración de justicia, la ley estatutaria de habeas corpus, los Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y

los organismos que cumplen funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Artículo 5°. Vigencia. El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre del 2008.

Parágrafo transitorio. Para que el nuevo sistema previsto en este Acto Legislativo pueda aplicarse en el respectivo distrito judicial, deberán estar garantizados los recursos suficientes para su adecuada implementación, en especial la de la Defensoría Pública. Para estos efectos, la comisión de seguimiento de la reforma creada por el artículo 4° transitorio, velará por su cumplimiento.

**El Presidente del honorable Senado de la República,
Luis Alfredo Ramos Botero.**

**El Secretario General del honorable Senado de la República,
Emilio Ramón Otero Dajud.**

**El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,
William Vélez Mesa.**

**El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,
Angelino Lizcano Rivera.**

REPUBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL
Publíquese y ejecútese.
Dado en Bogotá, D. C., a 19 de diciembre de 2002.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

**El Ministro de Justicia y del Derecho, encargado de las funciones del despacho del
Ministro del Interior,
FERNANDO LONDOÑO HOYOS.**