

ANTECEDENTES Y ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL*

*Jaime Enrique Granados Peña***

In memoriam

HUGO ESCOBAR SIERRA

RESUMEN

Dentro de la necesidad imperante de realizar los ajustes tendientes a una reforma del marco legal, se abrió paso a un largo camino fundado en la lucha para implementar una mejor forma de impartir justicia culminando con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, el cual, a través de la institución de la Comisión Constitucional Redactora, dio luz verde a la iniciación de un sistema acusatorio, implementado bajo las expectativas de una mejor y más pronta justicia, poniendo fin a un sistema lento donde el flagelo de la impunidad era predominante. Este nuevo sistema plantea una investigación donde se delimitan estrictamente las funciones de la fiscalía y se reservan para ella un papel de parte acusadora, encargada de dirigir la actuación de los organismos de investigación encargados a su vez de la recolección del material probatorio fundamental en este nuevo sistema; se instituye la

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2004

* Se trata del proyecto de Ley 229 Senado, 001 de 2003 Cámara, presentado por el señor Fiscal General de la Nación en desarrollo del Acto Legislativo 003 del año 2002.

** Profesor de la Universidad de los Andes, miembro de la Comisión Preparatoria del Acto Legislativo 003 de 2002 y de la Comisión Constitucional Redactora de los proyectos de reforma penal. Aunque en la elaboración de este escrito se contó con la colaboración de los profesores JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN y MILDRED HARTMANN ARBOLEDA, los errores y omisiones que ella pudiera contener son de mi absoluta responsabilidad.

figura de los preacuerdos así como del principio de oportunidad, tendientes a descongestionar los tribunales y brindar celeridad a los términos; nace también la figura del juez de control de garantías, que actúa en procura de las garantías constitucionales y legales del investigado, supervisando y dando vía libre para algunas actividades realizadas por la fiscalía, todo ello unido a los parámetros internacionales que marcan la naturaleza del nuevo sistema, todo esto atendiendo a la protección constitucional de la presunción de inocencia, aspecto fundamental del desarrollo del juicio oral, así como primando el principio de igualdad entre defensa y acusación.

Palabras clave: marco legal, sistema acusatorio, investigación, funciones de la Fiscalía, principio de oportunidad, parámetros internacionales, acuerdos, juez de control de garantías, terminación anticipada, audiencia preparatoria, pruebas, estipulaciones probatorias, juicio oral, presunción de inocencia, garantías, igualdad, juez de conocimiento.

ABSTRACT

Within the prevailing need to carry out the adjustments tending to a reform of the legal frame, space was opened towards a long road founded in the struggle to implement a better form of imparting justice culminating with the issuance of the Legislative Act 03 of 2002, which, by means of the institution of the Constitutional Writing Commission gave a green light to the initiation of an accusatory system, implemented under the expectations of a better and more prompt justice, putting an end to a show system where the scourge of the impunity was predominant. This new system presents an investigation where the functions of the office of the public prosecutor are strictly delimited and a role of accusing part is reserved for it, in charge of directing the performance of the investigation organisms in charge at the same time for the recollection of the fundamental evidential material in this new system; the figure of the pre-agreements instituted as well as the principle of opportunity, tending towards making the courts less crowded and offering swiftness to the terms; also the figure of the control of guarantees judge, who acts in obtaining the constitutional and legal guarantees of the investigated, supervising and making way for some activities carried out by the prosecutor

office, all united to the international parameters that frame the nature of the new system; all this attending to the constitutional protection of the presumption of innocence, fundamental aspect of the development of oral judgment, as well as having precedence the equality principle between defense and accusation.

Key Words: *Legal frame, accusatory system, Investigation, Opportunity Principle, International Standards, Agreements, Control of Guarantees judge, transaction, preliminary hearing, evidences, oral trial, warrant, equal opportunity, judge.*

SUMARIO

1. EL CAMINO DE LA REFORMA
 - 1.1. Antecedentes
 - 1.2. El Acto Legislativo 003 de diciembre 19 de 2002

2. ESTRUCTURA DEL NUEVO SISTEMA
 - 2.1. Visión panorámica del nuevo proceso penal
 - 2.2. Fase de indagación o investigación desformalizada
 - 2.3. Aplicación del principio de oportunidad
 - 2.4. Formulación de la imputación
 - 2.4.1. Información de los cargos
 - 2.4.2. Audiencias preliminares
 - 2.4.3. Facultades de quien no es imputado
 - 2.5. Terminación anticipada en virtud de negociaciones preacordadas
 - 2.6. Acusación
 - 2.7. Descubrimiento de la prueba
 - 2.8. Fase intermedia: audiencia preparatoria
 - 2.9. Juicio oral

3. UNA REFLEXIÓN FINAL

1. EL CAMINO DE LA REFORMA

1.1. Antecedentes:

Aun cuando la Constitución de 1886 habría permitido con un poco de imaginación creadora adoptar un sistema acusatorio o adversarial en Colombia, a partir de la función asignada al ministerio público de perseguir los delitos¹, lo cierto es que hubo de esperar hasta que en el año de 1979 se aprobara el Acto Legislativo 1 de 1979. En efecto, dicha enmienda constitucional, particularmente la modificación del artículo 143 n° 3 de la Carta Política, preceptuaba que sería función del nuevo Fiscal General y de sus agentes, la persecución de los delitos y contravenciones que afectaran el orden social y la acusación de sus autores y partícipes ante los jueces y tribunales competentes².

Vale la pena destacar como uno de los aspectos decisivos para el cambio constitucional de 1979 —logro debido indudablemente a la constante insistencia del senador ÁLVARO GÓMEZ HURTADO—³, fue precisamente el combatir el flagelo de la impunidad. Recuérdese las palabras del entonces señor ministro de Justicia, doctor HUGO ESCOBAR SIERRA, las cuales parecen escritas para el momento presente:

“En la actualidad las deficiencias de la instrucción criminal conducen necesariamente a la impunidad, ora porque se dilata en forma indefinida o porque ignora la técnica investigativa o también porque un papeleo absurdo oculta la verdad verdadera y, por lo mismo, ésta no coincide con “la verdad formal” del expediente. Los jueces de instrucción actualmente obran por sí y ante sí, sin que sus superiores los sometan a rigurosa vigilancia ni les sancione disciplinariamente. No obedecen a un criterio uniforme porque cada cual ordena según su talante y a su libre arbitrio, además de que las leyes y las doctrinas dependen de su personal interpretación. Si la reforma se orienta hacia el sistema acusatorio, no por ello es menos cierto que el inquisitivo persiste en todo en cuanto ha sido útil y bueno, según la experiencia judicial del país”⁴.

Como desarrollo de la reforma constitucional de 1979, el Congreso Nacional aprobó la Ley 6 de ese mismo año, otorgando facultades extraordinarias legislativas

1 Véase artículo 143 de la Constitución Nacional de 1886.

2 Véase al respecto a MOLANO LÓPEZ, MARIO R., *La Fiscalía General de la Nación en la Constitución*, Bogotá, D.C., Temis, 1992, págs. 23-26.

3 Como lo testimonian los editoriales del diario *El Siglo* de la época. Véase además a ESCOBAR SIERRA, HUGO, *Cátedra Política*, Cámara de Representantes, Bogotá, D.E., t. I, págs. 70-1.

4 ESCOBAR SIERRA, HUGO, *Seguridad y Justicia*, Ministerio de Justicia, Bogotá, Imprenta Nacional, 1979, pág. 20.

precisas y *pro tempore* al gobierno para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal. Con este motivo, se conformó una comisión redactora y cuyo ponente fue el distinguido profesor JAIME BERNAL CUÉLLAR⁵, lo que posteriormente condujo al decreto 181 de 1981 contentivo del nuevo estatuto procesal penal. La estructura del proceso contemplaba una etapa preliminar a cargo de la policía judicial con el fin de lograr la identificación de los imputados y el aseguramiento de los medios de prueba. De no lograrse la identificación del autor o cómplice del delito, la investigación continuaría en manos de la policía judicial, puesto que en opinión del ponente:

“(...) carece de sentido que ellas [las investigaciones] pasen a manos de los fiscales instructores cuando en verdad la más indicada para este tipo de averiguaciones es la policía técnica”⁶.

La siguiente etapa prevista es la de la investigación formal, la cual es iniciada con el auto que avoca el conocimiento de la investigación, el cual reemplazó al auto cabeza de proceso. Por mandato de la ley de facultades (la Ley 6 de 1979) se eliminó la indagatoria y en su lugar se previó una declaración o versión jurada o la constancia del ejercicio del derecho del sindicado de no rendirla.

Como medida de aseguramiento se contempló el auto de detención para la investigación, con la novedad de sólo ser susceptible del recurso de reposición. Esta innovación se defendió con el argumento según el cual:

“(...) esto no constituye una negación al principio de las dos instancias, pues en la medida en que su efecto sea breve y perfectamente determinado el tiempo, no lesiona ningún principio procesal, porque la doble instancia debe estudiarse con relación a todo el proceso y no en forma individual para cada una de las decisiones que se hayan proferido”⁷.

Una vez concluido el término de instrucción, el proceso pasaba a manos del fiscal de acusación correspondiente, —nótese que no era el mismo de la instrucción—⁸, y en un plazo de 10 días debía decidir si profería resolución acusatoria, resolución de archivo definitivo o resolución de devolución. Con la resolución acusatoria en firme, pues procedía el recurso de reposición, obligaba al

5 Véase Código de Procedimiento Penal (ponencia), Bogotá, D.C., Librería el Foro de la Justicia, 1980.

6 Código de Procedimiento Penal (ponencia), cit. *supra*, pág. 6.

7 *Ibidem*, págs. 10-11.

8 Una idea similar defendí con ocasión de la reforma de 1992, véase GRANADOS PEÑA, JAIME E., *El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General de Colombia*, Bogotá, D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, págs. 54-58.

fiscal de la acusación a remitir el expediente al juez de la causa para dar inicio a la etapa de juzgamiento. Otra novedad era que el juez de conocimiento debía determinar si era procedente proferir una orden de detención preventiva o de lo contrario, si existía detención para la investigación, ordenar la excarcelación.

Luego de avocarse la causa y pronunciarse sobre la legalidad del procedimiento, el juez de conocimiento procedía a correr traslado a los sujetos procesales para la petición de pruebas, debiendo resolver sobre ellas con el fin de celebrar la audiencia pública de juzgamiento, ya sea con o sin jurado.

En fin, como puede observarse el proceso penal diseñado por el profesor JAIME BERNAL CUÉLLAR introdujo importantes cambios en la dinámica procesal, pero en la estructura básica los procedimientos mantenían la noción del sistema inquisitivo de tendencia mixta que ya venía trazado con el decreto 409 de 1971. Tal vez el ajuste más significativo fue el de remplazar el vetusto esquema del juez de conocimiento y juez de instrucción, por la triada fiscal instructor, fiscal acusador y juez de conocimiento, unificando la tarea de instrucción de los fiscales con la policía judicial.

En todo caso, como es historia conocida, el Acto Legislativo 1 de 1979 y el Código de Procedimiento Penal de 1981 perdieron vigor jurídico con la declaratoria de inconstitucionalidad proferida por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que la adopción de un sistema de tendencia acusatoria —así fuera sólo de papel— tuvo que seguir esperando casi una década para volver al escenario del Congreso Nacional. Esto ocurrió en las legislaturas de 1988 y 1989 cuando volvió a proponerse la creación de la Fiscalía General de la Nación, si bien en una mixtura procesal. En efecto, no puede desconocerse que las tareas instructoras pasarían a la Fiscalía para centralizar todo el esfuerzo investigativo, sin embargo, dicha tarea estaba supeditada a la dirección y control de la investigación por parte de las autoridades judiciales⁹.

Este proyecto alcanzó la segunda vuelta, pero finalmente se hundió en medio de la crisis política que azotó al país con la ola de atentados narcoterroristas. Así, pues, hubo de esperar a que el Gobierno del presidente CÉSAR GAVIRIA llevara al seno de la Asamblea Nacional Constituyente nuevamente la idea de la creación de la Fiscalía General de la Nación y la adopción de un sistema de tendencia acusatoria¹⁰.

9 Véase al respecto a MOLANO LÓPEZ, cit., *supra*, págs. 27-28.

10 Véase Proyecto de *Acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*, Presidencia de la República, Bogotá, D.E., 1991, págs. 56-57.

En ese proyecto se propone que la Fiscalía General sea dependiente del ejecutivo en la medida que el Fiscal General era nombrado por el Presidente de la República y de su libre remoción, aun cuando su nombramiento debería ser presentado a la consideración de la Corte Suprema de Justicia, la cual podría vetarlo dentro de los 10 días siguientes (art. 171 incs. 1 y 2).

La cobertura de la Fiscalía General estaba reducida a los casos que expresamente estableciera la ley, (art. 167 inc. 1), en el entendido que se iniciaría por los delitos de mayor impacto, especialmente, los del crimen organizado y luego se extendería a los casos de la delincuencia común.

“El fiscal no interviene en todos los procesos penales. Solamente en el conocimiento de aquellos delitos que expresamente determine el legislador. De esta manera se acoge un criterio flexible que regulará la aplicación del sistema acusatorio, de conformidad con las necesidades de la política criminal del Estado. De tal forma se descartan otro tipo de fórmulas que pretendan extender la competencia del fiscal de conocimiento de los delitos cuya naturaleza fijaría el propio constituyente o, lo que sería aún más rígido, a la persecución de todos los delitos. Hoy por ejemplo, el legislador, en desarrollo de la disposición que se comenta, podría concentrar los esfuerzos de la fiscalía en la persecución del terrorismo y de la delincuencia organizada” (Énfasis suplido)¹¹.

Finalmente, el proyecto del gobierno incluía la posibilidad de la acusación privada en aquellos eventos que la Fiscalía General se abstuviera de hacerlo (art. 167 ordinal e).

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente, a través de su comisión de justicia (la cuarta), optó por un modelo de fiscalía judicial, con cobertura amplia, pero gradualmente expandible y con un sistema procesal “acusatorio a la colombiana”.

“Consciente de los errores que se han cometido en el pasado y de lo exótico que resultaría transplantar a Colombia sistemas propios de otras nacionalidades, proponemos la implantación constitucional de un sistema que responda a nuestra idiosincrasia y a nuestros limitados recursos económicos, científicos y culturales. Un sistema acusatorio, si así quiere denominársele, que consista básicamente en la separación de funciones de investigación y acusación de las funciones de juzgamiento”¹².

Fruto de lo anterior, es el diseño de una Fiscalía General conformada por funcionarios que durante la investigación se constituyen en verdaderos jueces de

11 Véase *Proyecto de acto reformativo*. Cit., *supra*, exposición de motivos, pág. 288.

12 Véase *Gaceta Constitucional*, n° 81, de mayo 24 de 1991, pág. 14.

instrucción y durante el juicio se convierten en fiscales de la acusación, permitiéndose con ello una mixtura de funciones, de roles que a la postre coadyuvaron a mantener vivo el fundamento dado para justificar el enorme costo de su creación: la lentitud e ineficiencia de las investigaciones.

“(…) ahora se podrá contar con la presencia de investigadores especialmente formados que faciliten esa labor para reducir sustancialmente la impunidad, superando así las fallas del sistema inquisitivo”¹³.

Para desarrollar el nuevo sistema, el constituyente determinó que el Gobierno Nacional presentara unos proyectos que tuvieran la reglamentación del funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación y el nuevo Código de Procedimiento Penal¹⁴. Esa tarea se cumplió sobre la base de un anteproyecto elaborado por la Universidad de los Andes¹⁵ y luego de una breve pero intensa discusión (del 26 de agosto al 30 de marzo de 1991), se aprobaron los decretos 2699 y 2700 relativos a la Fiscalía y al nuevo código, respectivamente.

A pesar de lo

“audaz, prohibida para timoratos, para empolvados ciudadanos que no quieran el cambio”¹⁶,

lo cierto es que al poco tiempo recibió severas críticas de la academia y de los medios de comunicación alentadas por el triste incidente de la declaración de conmoción interior, para interpretar el parágrafo único del artículo 415 del nuevo CPP, que fuera repetida nuevamente en cuanto a la prórroga de los términos para la excarcelación con una segunda declaratoria de conmoción interior, felizmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 1994 (MP Dr. EDUARDO CIFUENTES).

Situación agravada con el incremento incesante y descontrolado de la congestión en los despachos de la Fiscalía General, que pasó de 280.000 procesos represados en 1996 a más de 650.000 en 1999, para sólo mostrar un indicador de gestión¹⁷.

13 Véase a CARRILLO, FERNANDO, *Memoria del Congreso Nacional (1991-1992)*, Santa Fe de Bogotá, Ministerio de Justicia, 1992, pág. 101.

14 Véase artículo transitorio 27 de la Constitución Política.

15 Véase al respecto a CANCINO MORENO, A.J. y otro, *Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, D.C., Ediciones Librería del Profesional, t. I, 1992, págs. XI-XII.

16 *Ibidem*, pág. XIV.

17 Véase al respecto a FUENTES, A. y otros, *Reforma a la Fiscalía General de la Nación*, Foro de la Universidad de los Andes, Bogotá, D.C., 2001, pág. 12.

En razón de estas críticas y con el ánimo de superar los trastornos propios de “la implementación de un nuevo sistema”¹⁸, tanto el Gobierno Nacional como la Fiscalía General presentaron un proyecto de ley al Congreso, el cual se convirtió una vez aprobado en la Ley 81 de 1993. Entre las innovaciones principales, se encontraron la creación del trámite de la audiencia especial (art. 37 B) entendido como una variación de la sentencia anticipada; la determinación de precisos términos para adelantar la investigación previa y la instrucción (arts. 324 y 329); la introducción del control de legalidad de las medidas de aseguramiento (art. 414-A); y, sobre todo, los beneficios por colaboración eficaz con la justicia (art. 369-A al H)¹⁹.

Empero tuvo tan mal suceso la aplicación de las nuevas instituciones, especialmente las referidas a los mecanismos de terminación anticipada y los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, que el propio Gobierno Nacional mediante el decreto 189 de 1995, conformó una comisión evaluadora de la llamada política de sometimiento a la justicia, la cual rindió un informe en donde concluía en la necesidad de introducir ajustes al marco legal, específicamente, con el objeto de evitar una indebida acumulación de beneficios, o una falta de proporcionalidad en la aplicación de las normas al hacer el ejercicio de dosimetría punitiva²⁰.

Con el relevo en la dirección de la Fiscalía General de la Nación debido a la renuncia de su titular, fue elegido el reconocido penalista doctor ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, quien en el discurso de posesión se comprometió a realizar una compilación de la legislación penal que, según su criterio, se hallaba dispersa. No obstante, al adelantar dicha tarea su equipo de colaboradores concluyó que en lo relacionado con el procedimiento penal, se hacía necesario ponerlo a tono con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y, en especial, con el fin de armonizar con las implicaciones del bloque de constitucionalidad²¹. En consecuencia, luego de un intrincado proceso legislativo que incluyó la decisión de la plenaria de la Cámara de Representantes de aplazar su discusión para el siguiente período de sesiones, lo mismo que un publicitado debate con la Corporación Excelencia en la Justicia acerca de la conveniencia del proyecto, finalmente el Congreso Nacional aprobó la Ley 600 del 2000. A ese respecto, conviene recordar los argumentos invocados en esa época por la Corporación Excelencia en la Justicia:

18 En palabras de la exposición de motivos del proyecto de ley, según cita de SINTURA VARELA, FRANCISCO J., *Reformas al procedimiento penal*, Bogotá, D.C., Edición Jurídica Gustavo Ibáñez, 1994, pág. 14.

19 Esta última institución ya había tenido un antecedente importante con el decreto 264 de 1993 declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Véase cit., *supra* págs. 35-36.

20 Véase *Informe de la Comisión Evaluativa sobre la ley de sometimiento a la justicia*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1995, págs. 25-36, en la cual participé como secretario técnico de la misma.

21 Véase *Proyecto de Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, Exposición de motivos*, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, D.C. 1998, págs. 7-8.

“Debe compartirse la orientación, afortunadamente extendida en ciertos círculos gubernativos y académicos patrios, y recientemente recogida por la sociedad civil, en el sentido de que el cambio requerido por nuestra administración de justicia penal debe partir de una concreta y plena aplicación de los principios que informan el llamado “sistema acusatorio” (presunción de inocencia, debido proceso, intermediación, oralidad, publicidad, contradicción, confrontación, etc.), para lo cual es prerequisite una simplificación de las formas procesales, una mayor celeridad en la toma de decisiones, un incremento sustancial del nivel de participación de la comunidad en las diferentes etapas, y, sobre todo, una clara delimitación de los roles y responsabilidades de los grandes actores del proceso penal: policía, Fiscalía, jueces, defensores y víctimas”²².

Muy a pesar, estas palabras conservan todo su valor, y si bien transitoriamente no fueron escuchadas por el Congreso Nacional, a la postre, terminaron convirtiéndose en uno de los pilares de la actual reforma²³.

Por último, el antecedente inmediato del nuevo sistema se encuentra, indudablemente, en la frustrada iniciativa del ex ministro de Justicia y del Derecho, doctor RÓMULO GONZÁLEZ TRUJILLO de reformar la Constitución Política para eliminar las funciones judiciales de la Fiscalía General e introducir el sistema acusatorio²⁴.

Los aspectos centrales de la iniciativa iban dirigidos no sólo a la supresión de las funciones judiciales mencionadas, sino también al establecimiento de un nuevo modelo procesal con expresa indicación de la observancia de los principios de oportunidad, publicidad, oralidad, entre otras, al igual que la facultad constitucional excepcional que se otorgaba al Gobierno Nacional por una vez para que se expidiera:

“un nuevo Código de Procedimiento Penal, al cual desarrollará el modelo de tendencia acusatoria”²⁵.

22 *Elementos para la reforma del sistema penal en Colombia*, Corporación Excelencia en la Justicia, Bogotá DC, febrero de 1999, pág. 22.

23 “El profesor GRANADOS ha sido alma e inspiración, tanto de las instituciones nítidas de un proceso con características de acusación a la manera de lo concebido por los anglosajones y los norteamericanos, como es la defensa de las más puras figuras garantistas de ese procedimiento, el cual por cierto, y así lo repite hasta la saciedad, demanda muy robusta capacidad investigativa de parte de la fiscalía, a la par que la muy sólida estructura de la defensa; esto es, un proceso de partes donde el juez conserve equidistancia e imparcialidad, el ministerio público apenas supla eventualmente falencias del debido proceso y garantías fundamentales, y todo se dé, también la acusación, ojalá en la propia audiencia”, OSORIO, LUIS C., “El nuevo procedimiento penal colombiano y reforma al Código Penal”, en *Foro sobre la reforma constitucional la justicia penal*, Bogotá, D.C., Legis, 2003, pág. 1.

24 Véase su texto en *Foro a las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación*, cit. *supra*, págs. 16-42.

25 *Ibidem*, págs. 43-46.

A pesar de desistir el gobierno de la iniciativa, la idea del ministro RÓMULO GONZÁLEZ generó un debate nacional y propició la presentación del Proyecto de Acto Legislativo 151 del 2001²⁶.

Este proyecto liderado por los representantes WILLIAM SICACHÁ y GERMÁN NAVAS TALERO, de inferiores alcances frente a la propuesta original gubernativa, se limitaba a eliminar las funciones judiciales de la Fiscalía (art. 1º); sin embargo, rápidamente durante el trámite en las cámaras legislativas se logró transformar el proyecto, al punto que el texto aprobado finalmente por el Senado de la República al término de la primera vuelta, contemplaba mayores innovaciones acerca de las bases del nuevo sistema, especialmente, en lo relacionado con el juicio oral y la necesidad de contar con un nuevo estatuto procesal.

Con todo, una vez surtido el trámite de la publicación, admitidos los peligros de una eventual declaratoria de inexecutable por vicios de forma, la iniciativa fue archivada en el seno de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en virtud de la petición del señor Fiscal General de la Nación, quien se comprometió en adelantar el estudio de un nuevo proyecto el cual, previas las consultas con las cabezas del poder judicial, las organizaciones interesadas en el tema y el Gobierno Nacional, sería presentado nuevamente a la consideración del Congreso de la República.

1.2. El Acto Legislativo 003 de diciembre 19 de 2002

Honrando su palabra, el señor Fiscal General de la Nación doctor LUIS CAMILO OSORIO DAZA, procedió a convocar a las diferentes instituciones oficiales, a la academia y la sociedad civil representadas por la Asociación de Universidades de Colombia (ASCUN) y la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), respectivamente, con el fin de dar inicio al estudio de una iniciativa de reforma constitucional de envergadura. Así las cosas, formalmente se instaló una comisión preparatoria de la reforma el primero de febrero de 2002²⁷, la cual sesionó hasta concluir su tarea entregando un anteproyecto de acto legislativo el 19 de marzo siguiente²⁸. La metodología adoptada partió de la identificación de unas ideas temáticas (10 en

26 Véase su texto en *Memoria del Foro Nacional de Reforma a las Personas Jurídicas de la Fiscalía General de la Nación*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes, Corporación Excelencia en la Justicia, 2001, págs. 153-159.

27 Véase al respecto a OSORIO, LUIS CAMILO, en *Reforma constitucional de la justicia penal*, Bogotá, D.C., CEJ, t. I, 2002, págs. 17-18.

28 Véanse las *Actas de la Comisión Preparatoria en Reforma Constitucional de la Justicia Penal*, cit., *supra*, t. I, págs. 27-178.

total) que fueron presentadas por los académicos que representamos a la Corporación Excelencia en la Justicia²⁹ y, a partir del consenso sobre el alcance de la reforma se presentó un borrador del articulado³⁰, junto con un documento de bases ideológicas de la reforma³¹.

Finalmente, el 26 de abril de 2002 a instancias del señor Fiscal General de la Nación, el Gobierno Nacional por conducto de los ministros del Interior y de Justicia y del Derecho, radicó el texto del Proyecto de Acto Legislativo³².

Luego de cumplir con su trámite constitucional³³ el proyecto fue aprobado por el Congreso de la República el 19 de diciembre de 2002, siendo publicado en el *Diario Oficial* 45.040 del día siguiente³⁴. Del proyecto original se optó por excluir lo relacionado con las modificaciones a los procesos que se siguen a los congresistas en virtud del fuero constitucional previsto en los artículos 234 y 235 de la Constitución Política. En efecto, los dos primeros artículos del proyecto original incluían la segunda instancias en estos procesos, además de aplicárseles también el nuevo esquema procesal acusatorio. Igualmente, se modificaron los alcances del principio de oportunidad y las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los cuerpos normativos, previos los resultados del estudio de una comisión asesora del más alto nivel.

Precisamente, cumpliendo la voluntad del constituyente delegado, el señor Fiscal General de la Nación, convocó la comisión encargada de redactar los proyectos de ley que desarrollen el nuevo modelo acusatorio en Colombia, que por mandato de la propia Carta Política le correspondía presidir. En efecto, el 15 de enero de 2003 inició sus sesiones dicha comisión concluyendo su tarea preparatoria de los textos normativos el viernes 18 de julio del mismo año³⁵. Fruto de un trabajo la comisión

29 Véase *Reforma constitucional*, cit. *supra*, págs. 35 y sigs.

30 Véase *Reforma constitucional*, cit. *supra*, págs. 105 y sigs.

31 Véase *Reforma constitucional*, cit. *supra*, págs. 62 y sigs.

32 Véase la *Gaceta* 134 de 2002 publicada en *Reforma constitucional de la justicia penal*, cit. *supra*, t. I, págs. 181-2.

33. Para consultar los textos aprobados durante el trámite de la primera vuelta al igual que los correspondientes informes de ponencia, véase *Reforma Constitucional de la Justicia Penal ... cit. supra*, t. I, págs. 181-335. El texto del proyecto que fue publicado por el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 375 de la Constitución Política en el *Diario Oficial* 44.872 del 19 de julio de 2002. Véase *ibidem*, t. I, págs. 339-347. El trámite de la segunda vuelta puede consultarse en *Reforma constitucional de la justicia penal*, Bogotá, D.C., Corporación Excelencia en la Justicia, 2003, t. II, págs. 143-226.

34 Véase *ibidem*, t. II, págs. 229-234.

35 Véanse las actas Nos. 1 y 33 de la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma, la cual puede consultarse en la pág. Web de la CEJ que actuó como Secretaría Técnica de la misma [www.cej.org.co].

redactora aprobó los proyectos de un nuevo Código de Procedimiento Penal³⁶, un sistema nacional de defensoría pública³⁷, un nuevo Código Penitenciario y Carcelario³⁸, un nuevo Estatuto Orgánico de la Fiscalía³⁹; al igual que modificaciones parciales al Código Penal⁴⁰, a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia⁴¹ y al Proyecto de Ley Estatutaria *Habeas Corpus* en curso, textos que con excepción de este último, fueron presentados por el señor Fiscal General de la Nación el 20 de julio de 2003 y; en lo que respecta al tema que ahora interesa preferencialmente, el nuevo Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, agosto 31⁴².

Como simple constancia para la historia fidedigna de su establecimiento, el grupo de académicos que con el apoyo de la Corporación Excelencia en la Justicia participamos en el seno de la Comisión Constitucional Redactora⁴³ elaboramos y presentamos un texto de anteproyecto⁴⁴ que fue, si se quiere, la materia prima de las discusiones que culminaron con la aprobación del Proyecto del CPP, y muy especialmente en lo atinente a los principios⁴⁵ y a la estructura⁴⁶.

2. ESTRUCTURA DEL NUEVO SISTEMA⁴⁷

“Se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales

Los miembros de la Comisión Redactora Constitucional fueron: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, FERNANDO LONDOÑO HOYOS, TEMÍSTOCLES ORTEGA, YESID RAMÍREZ BASTIDAS, EDGARDO MAYA VILLAZÓN, EDUARDO CIFUENTES GALINDO, GERMÁN VARGAS LLERAS, RODRIGO RIVERA SALAZAR, LUIS HUMBERTO GÓMEZ GALLO, JESÚS IGNACIO GARCÍA, ROBERTO CAMACHO, EDUARDO ENRÍQUEZ, GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, ADOLFO SALAMANCA y JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA.

36 Véase su texto en *Reforma de la justicia penal*, CEJ, Bogotá, D.C., 2003, t. III, págs. 33-216. Nótese que la comisión fue partidaria de imprimirle el trámite de ley estatutaria a los proyectos, pero esta idea no fue compartida por los ponentes en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

37 Véase *Reforma de la justicia penal...* cit. *supra.*, t. III, págs. 331-396.

38 Véase *ibídem*, págs. 281-330.

39 Véase *ibídem*, págs. 405-459.

40 Véase *ibídem*, págs. 217-279.

41 Véase *ibídem*, págs. 397-404.

42 Véase *Diario Oficial* n° 45.657 de 31 de agosto de 2004.

43 Se trata de los profesores JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA, JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN, MILDRED HARTMANN ARBOLEDA y JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA.

44 Véase *Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, D.C., Legis, 2003.

45 Véase el Acta 4 de la Comisión Constitucional Redactora correspondiente al día 7 de febrero de 2003.

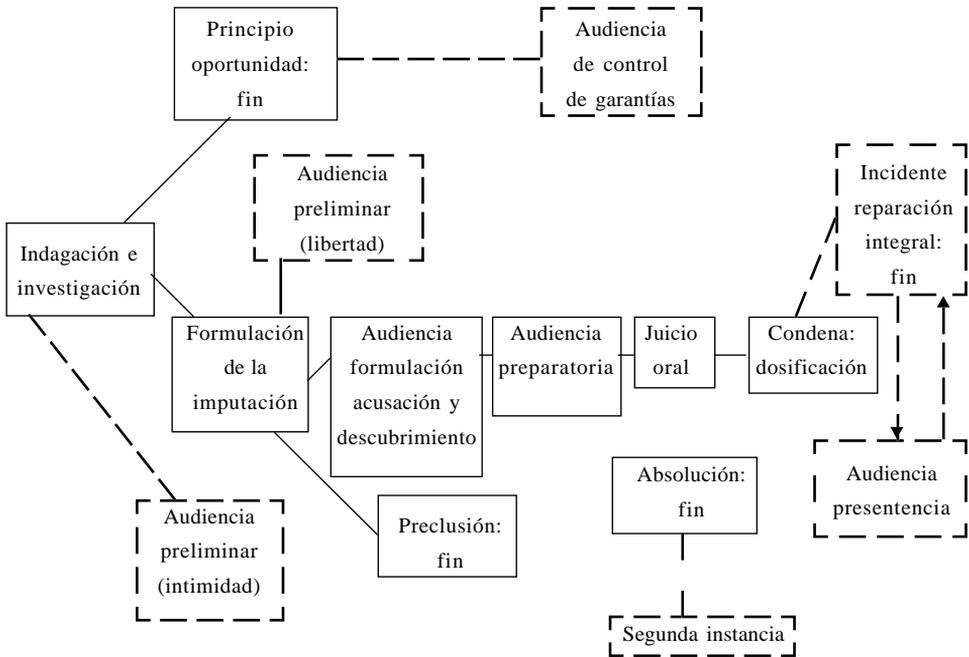
46 Véase Acta 9 de la Comisión Constitucional, cit., *supra*, correspondiente al 14 de marzo de 2003.

47 Para entender la nueva estructura véanse entre otros a GRANADOS PEÑA, JAIME E., *El Sistema Acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia*, Bogotá, D.C. Ediciones Jurídicas

iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción⁴⁸.

2.1. Visión panorámica del nuevo proceso penal

CUADRO 1. El proceso penal



Debe resaltarse que técnicamente el proceso penal se inicia con el contradictorio que surge sólo a partir de la audiencia de formulación de la imputación. Antes de ello las tareas investigativas ocuparán apenas una labor preprocesal, si se prefiere, preparatoria de una eventual contienda penal. Aun cuando se analizará con mayor

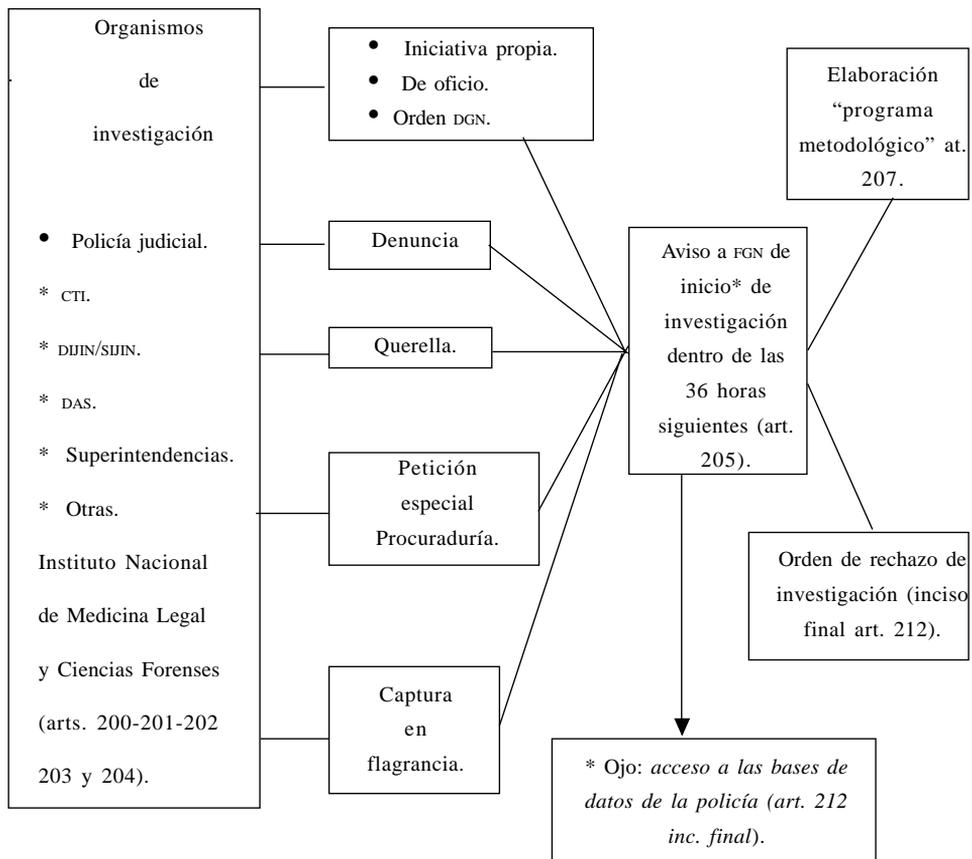
Gustavo Ibáñez, 1996, págs. 17-35. Véase a nivel comparado, para citar sólo el trabajo más importante publicado en la Latinoamérica, el tratado de MAIER, JULIO B.J., *Derecho procesal penal, fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, t. I, págs. 469-88. Véase además a AMBOS, KAI, “¿Es el procedimiento internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?”, en *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, D.C., Legis, junio 2004, págs. 5-56.

48 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pag. 564.

detenimiento más adelante, lo cierto es que con fundamento en el artículo 250 numeral 4, al igual que del inciso final del mismo artículo, se desprende que únicamente con ocasión del descubrimiento de la prueba surge la relación jurídico procesal bilateral, propia del sistema acusatorio⁴⁹.

2.2. Fase de indagación o investigación desformalizada

CUADRO 2. Indagación e investigación



49 Véase en este sentido a DAMASKA, MIRJAN R., Las caras de la justicia y el poder del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, págs. 108-111.

CUADRO 3. Facultades en la investigación

Actuaciones permitidas libremente.	Orden de la fiscalía y control judicial posterior.
Búsqueda elementos de prueba(arts. 206-210).	Registros y allanamientos (arts. 220–221). ¡Se eliminó la excepción de buena fe!
Obtención evidencia física (art. 206).	Retención correspondencia (art. 233).
Identificación de sospechosos (art. 206-207).	Intercepción comunicaciones (arts. 235-236).
Entrevistas, interrogatorios (arts. 206-208).	Agentes encubiertos (art. 242).
Inspección de lugares (arts. 213-215-216).	Vigilancia y seguimiento pasivo (art. 239).
Inspección de cadáveres (art. 214).	Registro 248.
Búsqueda por mera comparación (art. 244).	Vigilancia de cosas (art. 240).
Reconocimiento de fotografías (art. 252).	Entrega vigilada (art. 243).
Aseguramiento y custodia (art. 216).	

CUADRO 4. Facultades en la investigación

Orden fiscal sin control judicial	Orden judicial previa.
Exhumación de cadáveres (art. 217).	Búsqueda selectiva en bases de datos (art. 235).
Reconocimiento en fila (art. 253).	Vigilancia electrónica (art. 235).
Conformación de grupos de tareas especiales (art. 211, <i>jefaturas o direcciones</i>).	Captura (arts. 297 a 305).
Infiltración en organización criminal (art. 241).	Obtención de muestras (arts. 251-252).
Cotejo de exámenes de ADN para hallar huella dactilar genética (art. 245).	Inspección de libros de contabilidad (art. 15 Superior).
Corporal (art. 247).	

En esta etapa preprocesal, la Fiscalía, a través de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (CTI, DAS, SIJIN, DIJIN, superintendencias y otros que las cumplen de manera especial y transitoria), desarrolla las averiguaciones iniciales que permitirán avanzar en la investigación. Se inicia de oficio por informaciones que lleguen a la fiscalía por medios lícitos, o con fundamento en denuncia, querrela o petición especial, siguiendo con la tradición legislativa en la materia (*notitia criminis*).

En este momento procesal se recauda la mayoría de elementos materiales probatorios que se convertirán en prueba en el juicio, pero con la muy importante novedad de no practicarse la prueba como tal. En efecto, el sistema que nos ha regido tradicionalmente, no se distingue el recaudo de la prueba de su práctica. En este nuevo sistema, la práctica de la prueba se hace a través del principio de contradicción dentro del sistema de examen cruzado, es decir, lo que técnicamente constituye una prueba es elemento material probatorio o la declaración rendida por el testigo o perito sujeta a la contradicción de las partes. Lo anterior aunado a que los principios de intermediación, concentración, publicidad y oralidad exigen que la práctica y valoración de la prueba se realice durante el juicio.

En esta etapa inicial, se permite realizar, sin orden judicial previa, toda actuación que no afecte derechos fundamentales: Búsqueda de elementos de prueba, obtención de evidencia física sujeta a la cadena de custodia, entrevista de eventuales testigos, y puede adelantarse durante el tiempo que dure la prescripción de la acción penal por el delito que se investiga. A este respecto conviene recordar que la ponencia presentada en la Comisión Primera del Senado propuso para limitar estas actuaciones, inicialmente a un año⁵⁰. Afortunadamente esta iniciativa fue rechazada. En consecuencia, los cuerpos de policía judicial deben actuar bajo la dirección jurídica de la fiscalía, pero se amplían las labores que pueden realizar sin orden previa por iniciativa propia mientras la acción penal derivada de la comisión de la conducta delictiva no haya prescrito o caducado.

Dentro de las actuaciones que puede realizar la fiscalía sin orden previa, se cuenta la recolección de tejidos o fluidos corporales en el lugar de los hechos, o en campo abierto en general. En este caso, no se afecta la intimidad, porque los rastros recogidos se encuentran abandonados o en campo abierto, y no hay una expectativa razonable a la intimidad⁵¹. Sin embargo, la discusión en torno al tema se centra en

50 Véase el informe de ponencia para primer debate para Senado del proyecto de ley 01 de 2003 Cámara, 229 de 2004 Senado, art. 117 y comentarios.

51 Cif. CHIESA APONTE, ERNESTO, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, 1995, t. L., págs. 189 a 341.

lo que sucede, si es necesario extraer tejidos o fluidos del cuerpo del sospechoso, para cotejarlos con los hallados en campo abierto o abandonados. Es claro, además, que ello no solamente sucede en el caso del imputado, sino igualmente frente a la víctima, por ejemplo en los casos de delitos sexuales.

En estos casos, existen tres posturas. La primera considera que ello puede hacerse de manera compulsiva, sin necesidad de obtener siquiera el consentimiento de la persona a quien se quiere hacer el examen, ya sea el imputado, la víctima o cualquier otra. Otra postura sostiene que ello sí puede hacerse, en contra del consentimiento de la persona, pero con orden previa del juez que ejerce la función de control de garantías, con fundamento en el numeral 3 del artículo 250 Superior. Y la tesis que defiende, según la cual en ningún caso puede hacerse una extracción semejante, si no existe consentimiento del imputado o la persona a quien se va a extraer la muestra. La razón es que en esos casos, no solamente se vulneran derechos como la intimidad y la integridad personal, sino que igualmente se vulnera la dignidad humana, porque se convierte a la persona en medio de prueba.

“La intrusión del gobierno con el cuerpo del ser humano, de manera patentemente ofensiva, ofende el debido proceso de ley. Aparte del debido proceso, hay un problema bajo el derecho a la intimidad en la medida en que hay una expectativa legítima a la intimidad en cuanto al cuerpo humano”⁵².

Colombia tiene como valor fundante de su orden jurídico la dignidad humana, por disposición expresa constitucional⁵³. Ello ocurre de igual modo en el derecho alemán⁵⁴. Este valor primario impide que las personas sean forzadas o sometidas a tratos inhumanos, con el fin de alcanzar metas del Estado. Esta concepción se relaciona con el tipo de sistema de procesamiento que se pretende:

“Los diversos estilos indican la distinta relación antes ilustrada entre medios y fines del proceso: la primacía del fin de una *verdad máxima, obtenida por cualquier medio*, en el proceso inquisitivo, y la primacía de los medios, en cuanto garantías de una verdad mínima pero lo más cierto posible, en el proceso acusatorio (...) valoración es libre pero el método de obtención de la prueba está vinculado, en el proceso inquisitivo la valoración de las pruebas está vinculada pero es libre su método de formación”⁵⁵.

52 CHIESA APONTE, ERNESTO, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, 1995, t. I., pág. 331.

53 Véanse artículos 1 y 12 de la Constitución Política.

54 Cfr. BENDA, ERNESTO, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 118.

55 CHIESA APONTE, ERNESTO, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, 1995, t. I, pág. 331.

El fundamento de muchas de las garantías que integran el debido proceso consiste en que el imputado, a raíz de la introducción del sistema llamado mixto napoleónico, ya no es un *objeto* del procedimiento, sino un *sujeto* del mismo⁵⁶. Repárese en que este cambio no se introduce, como muchos otros, con el sistema acusatorio. Es incluso muy anterior, como quiera que tiene cerca de doscientos años. Sin embargo, es claro que la realización de este tipo de pruebas de manera compulsiva *implica la utilización del sospechoso o imputado, o incluso la víctima, como objeto de prueba*. En este sentido:

“contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1, 1 GG”⁵⁷.

De manera adicional, el derecho a la intimidad impide que se efectúen este tipo de intrusiones. La jurisprudencia argentina decidió un caso⁵⁸ en el cual una persona fue sometida a ingerir un dispositivo para evacuar su intestino, con el fin de obtener drogas que se encontraban dentro de su cuerpo⁵⁹. Se interpretó que la órbita de protección contra estas intrusiones se encuentra “dentro del derecho a la intimidad”, y además que:

“ninguna orden judicial puede disponer la requisita del cuerpo humano (...) cuando el consentimiento del interesado no autorice semejante avance sobre su intimidad”⁶⁰.

Dentro del análisis de estas medidas, es claro que *la legitimidad del procedimiento no puede depender de su éxito*. En otras palabras, así como frente a las pruebas obtenidas ilegalmente, obviamente no es viable que la conclusión inculpatoria de la prueba conduzca a validar el procedimiento ilegítimo.

Por estas razones, considero como indispensable e insustituible por una orden el consentimiento del sospechoso o imputado. En todos los casos debe contarse con causa probable o motivos fundados⁶¹, por tratarse de una infracción al derecho a la intimidad. Además, la medida debe ser necesaria y no reemplazable por otra.

56 Cfr. B. MAIR, JULIO, “Democracia y administración de justicia en Iberoamérica”, en *Reformas procesales en América Latina – La oralidad en los procesos*, Corporación de Promoción Universitaria, Chile, 1993, pág. 34.

57 BENDA, ERNESTO, ob. cit., pág. 125. Se refiere al artículo 1 de la Constitución (*Grundgesetz*), que consagra la dignidad humana como valor fundante del Estado.

58 Caso Álvarez. Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital, Sala 1, LL, 1989-B-512.

59 El mismo supuesto de hecho fue tratado en Estados Unidos, en el caso *Rochin v.s. California*, 342 us 165 (1952).

60 CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 385.

61 Cfr. CARRIÓ, ídem, pág. 391.

Incluso se ha decidido que, en casos en que la extracción de sangre se demande para efectuar un estudio de histocompatibilidad, si bien no constituye una vejación por ser un procedimiento médico normal⁶², no puede ser compelido el sujeto⁶³.

Por otra parte, frente al derecho a no ser obligado a autoincriminarse, se ha interpretado que éste se activa cuando el sospechoso o imputado es obligado a confesar o a producir un cuerpo de escritura (sujeto *activo* de la prueba), pero no cuando de él se demanda una actitud *pasiva* (permitir la extracción de fluidos y otros elementos de su cuerpo, en cuyo caso lo que se activa es el derecho a la intimidad)⁶⁴. El profesor CARRIÓ es crítico de esa interpretación, por considerar que la distinción es compleja, y prefiere que la autoincriminación se reserve para casos en los cuales se trate de *comunicaciones*⁶⁵. Igual protección cubre a las peticiones al imputado de comportarse de alguna manera para reconstruir un hecho (reconocimiento en fila).

En el sentido del respeto por el derecho a no autoincriminarse, se ha dicho que:

“uno de los derechos del inculpado consiste precisamente en poder defenderse mediante participación activa en el proceso, a no ser forzado a hablar contra su voluntad. (...) Responde al mismo principio que se considere atentado contra el artículo 1.1 GG tanto la directa o indirecta coerción a la declaración como el recurso a medios psicólogos o técnicos que, como particularmente el narcoanálisis o el detector de mentiras, permitan averiguar la dosis de veracidad de las declaraciones del imputado de forma distinta a la de su observación directa por quien la recibe⁶⁶.

Por otra parte, aunque el plazo concreto no estuviera cubierto por el derecho a no autoincriminarse, lo estaría por el derecho a la intimidad.

“Puede obligarse a una persona a producir ciertos documentos, obligar al sospechoso a someterse a una rueda de detenidos o a hablar, o a someterse a examen caligráfico o a examen de sangre u orina. Por supuesto, *esto sólo quiere decir que no protege la Enmienda quinta* —privilegio contra la autoincriminación—. EL perjudicado *puede invocar la Enmienda cuarta, la protección contra registros irrazonables y el derecho a la intimidad* (...). EL caso principal es *Schmerber v. California*. Aquí se considera la validez de obtener una muestra de sangre sin el consentimiento del sospechoso, con resultado de intoxicación —alcohol en la sangre— que fue utilizada como evidencia en

62 Cfr. caso Müller, CSJN, fallos, 313:1113.

63 Cfr. Juzgado de Transición n° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata, ED, 182-113 (1999).

64 Cfr. CARRIÓ, ob. cit., pág. 388.

65 Cfr. CARRIÓ, ob. cit., págs. 389 a 391.

66 BENDA, ERNESTO, ob. cit., pág. 127.

proceso criminal por conducir en estado de embriaguez. La Corte Suprema resolvió que la actuación del gobierno de sacarle la sangre al sospechoso sin su consentimiento, y utilizar como prueba de cargo el resultado del análisis químico de la muestra de sangre no violaba al privilegio contra la autoincriminación⁶⁷.

Estos planteamientos introducen la discusión acerca de la viabilidad de utilizar como prueba el polígrafo o detector de mentiras. Como punto de partida, debe advertirse que nunca el polígrafo puede utilizarse en corte abierta, ya que, al ser un detector de los cambios en los impulsos nerviosos, la tensión normal que genera declarar en un juicio alteraría la certidumbre del examen. Igualmente, el presupuesto para la utilización de este aparato, por el respeto a la dignidad humana, es el consentimiento del imputado o acusado, no puede hacerse jamás sin su consentimiento ni contra su voluntad⁶⁸. De este modo, el uso del polígrafo podrá hacerse como un refuerzo de la credibilidad del declarante.

En Estados Unidos, a partir del caso *Frye v. US*, 293 F1013 (D.C. Cir. 1923) se estableció que el polígrafo no era un medio idóneo de prueba, básicamente debido a que no gozaba de una aceptación general por parte de la técnica⁶⁹. Sin embargo, esta posición radical se ha revaluado (a partir del caso *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceutical*, 113 S. Ct. 2795-7 (1993), en gran parte gracias a que la técnica ha mejorado con el tiempo, ya no se mide únicamente la presión sanguínea, sino igualmente el pulso, la respiración abdominal y torácica y la respuesta galvánica de la piel (*galvanic skin response*). Adicionalmente, los requerimientos de las personas poligrafistas se han estandarizado. Todo lo anterior permite concluir que ha habido un desarrollo importante de la ciencia alrededor del polígrafo. Finalmente, el último caso de *Unites States v. Posado*, refiere que las reglas de evidencia son más laxas en tratándose de audiencias de supresión de evidencia anteriores al juicio, en las cuales el tribunal debe decidir entre la versión de los oficiales de policía y la de la defensa⁷⁰.

67 CHIESA, ERNESTO, ob., cit., pág. 74. Énfasis suplido.

68 Cfr. LEÓN-DELL, ROSARIO, *El uso del polígrafo y los derechos humanos, en el poligrafista internacional*, Asociación Latinoamericana de Poligrafistas, n°1, Bogotá, octubre 2002, págs. 31-37.

69 “many of our precedents discussing polygraph or similar evidence either cite *Frye* or conclude that such evidence is unreliable because the polygraph does not enjoy general acceptance and use” *Unites States V. Posado*, Corte de apelaciones del 5° circuito, n° 94-20285, opinión de la Corte del juez DEMOSS.

70 “the rules of evidence are relaxed in pretrial suppression hearings (...). The evidence at the suppression hearing essentially required the district court to decide between the story told by the officers and that told by the defendants” Además, la corte advierte que, en el caso en comento, el oficial que cometió la supuesta vulneración de derechos fundamentales, que ocasionó la audiencia de supresión, era la única persona, además de los imputados, que hablaba español, con lo cual no era útil el testimonio de los demás oficiales presentes, que no entendieron lo que el oficial dijo a los imputados.

En todo caso, el tema debe evaluarse a la luz de la libertad de medios probatorios que existe actualmente en nuestro sistema legal, y que como tal se mantiene en el proyecto.

Para concluir, la etapa de indagación preliminar es secreta, no se informa a ninguna persona fuera de la fiscalía y la policía judicial, ni siquiera al imputado. Sin embargo, aunque no exista expediente ni acceso de ninguno de los sujetos procesales a la investigación durante la investigación preliminar, sí debe la fiscalía llevar algún tipo de registro de sus actuaciones, porque algunas de ellas deben ser descubiertas a la defensa por conducto del juez de conocimiento en una etapa posterior; igualmente, la fiscalía podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando del recaudo de elementos probatorios que haga se desprende la existencia de una causal para hacerlo, incluso sin la intervención del juez de control de garantías⁷¹.

2.3. Aplicación del principio de oportunidad

El proceso penal acusatorio entendido como juicio, supone la existencia de una acusación de la fiscalía como desarrollo del principio acusatorio. Para llegar a esa acusación, debe haberse llevado a cabo una investigación exitosa, entendiendo como tal la que llega a la verosimilitud o probabilidad de una condena. En el derecho alemán, la existencia de una acusación supone no solamente que *existe mérito para acusar*, (razones fácticas y jurídicas, esolío 170 párrafo 2 de la ordenanza procesal penal alemana en adelante StPO), sino que además *no existen razones de oportunidad para archivar el proceso*⁷², dejando en ambos casos intacta la presunción de inocencia⁷³.

En estos términos, el principio de oportunidad consagra las razones por las cuales el Estado puede legítimamente dejar de perseguir una conducta, por motivos tales como el ínfimo grado de culpabilidad, la presencia de una pena natural, o la prelación de otros intereses estatales, por ejemplo, la extradición. Se resalta que la posibilidad de la fiscalía de no investigar no se *crea* con el principio de oportunidad, sino que

71 A pesar que el Senado hasta el momento se ha inclinado por un control automático, tiene sentido insistir en que sea rogado. Para una discusión en Alemania del tema véase a ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, Editor del Puerto, Buenos Aires, 2000, págs. 90-97.

72 Cfr. AMBOS, KAI, *El proceso penal alemán y la reforma en América Latina*, Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 1998 pág. 32.

73 Este efecto del principio de oportunidad sobre la presunción de inocencia lo ha sostenido de manera categórica del Tribunal Federal Constitucional alemán, en adelante *BverigG*: “*Der Beschwerdeführer steht weiter unter dem Schutz der Unschuldsvermutung*”, (el demandante continúa cubierto por el amparo de la presunción de inocencia) *BverfG*, 2 BvR 456-99 vom 6.4. 1999, Absatz Nr. 4.

existe *per se*. En consecuencia, es todo lo contrario: la regulación del principio de oportunidad lo que hace es restringir la discrecionalidad en el archivo de casos.

La gran importancia de regular debidamente el principio de oportunidad, de manera que sea un desarrollo de los derechos fundamentales y los postulados constitucionales, consiste en que ningún sistema procesal penal, ni el inquisitivo, ni el acusatorio, ni el mixto antes existente en Colombia, es capaz de procesar *todas* las causas criminales que llegan a su conocimiento⁷⁴. La fiscalía siempre debe dar prelación a algunos temas. Sin embargo, un sistema que carezca de una regulación clara del principio de oportunidad presenta dos problemas. En primer lugar, es discrecional del fiscal delegado, porque la ausencia del principio de oportunidad le impide tener criterios institucionales a la fiscalía para la selección. Y en segundo lugar, son muy escasas las probabilidades de éxito en la impugnación de esa facultad por cualquier interesado en que se siga la acción penal, por ejemplo, la víctima, porque no existe asiento legal que permita sustentar y distinguir los casos en los cuales procede dejar de investigar⁷⁵.

En otras palabras, en cualquier sistema procesal siempre existirán casos en que no se acusa, a pesar del mérito existente para ello, lo que sucede es que es preferible que sea la ley, y no la intuición o la voluntad del fiscal delegado, la que diga con fundamento en qué criterios debe abstenerse de investigar y acusar, particularmente por razones de transparencia institucional.

En el derecho comparado, existen dos sistemas básicos de aplicación del principio de oportunidad. El primero de ello es discrecional de la fiscalía, en el entendido de que, si es ella quien ejerce la función, es ella quien carga con la responsabilidad de su debido ejercicio. Este es el sistema anglosajón⁷⁶.

74 Véase en este sentido a ASHWORTH, ANDREW, *The Criminal Process-an Evaluative Study*, Clarendon Press, Oxford, 1994, págs. 177 a 194.

75 En un ejemplo meramente especulativo, podemos advertir que en un sistema *no reglado*, un fiscal delegado podría dejar de investigar un delito grave, sin mayores consecuencias. El apoderado de la parte civil en representación de la víctima (sentencias de la Corte Constitucional C-67/01 y C-228/02) podría apelar sus decisiones, pero la estructura marcadamente jerárquica de la fiscalía impide que la apelación tenga el efecto deseado, con lo cual es difícilmente cuestionable si el fiscal puede o no inhibirse de investigar, o precluir la instrucción. En cambio si el sistema es *reglado*, obviamente sigue habiendo una discreción de la fiscalía, pero ella se reduce significativamente, porque tendrá que hacer uso de una *causal legal* para no abrir el proceso penal, y en consecuencia, deberá aprobar sus supuestos. Además, la importancia de la impugnación no se limita a las causales, porque además puede cuestionarse ante un juez imparcial. Es, entonces, doble la ventaja del principio de oportunidad de corte acusatorio.

76 Véase el respecto a CHIESA, ERNESTO, “La discrecionalidad del ministerio fiscal para acusar en Puerto Rico”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, n° 3, 1995, págs. 71-95.

El otro sistema es el que requiere de la intervención judicial, porque entiende que hay terceros distintos de la defensa y la fiscalía a quienes incumbe si se archiva o no el proceso, por lo cual debe crearse una posibilidad de impugnación. Los sistemas que tienen este esquema son los que optan por la defensa de las víctimas, como el sistema alemán⁷⁷.

Dado el intenso debate que este tema suscitó en el Congreso, durante la segunda vuelta, al igual que en la conciliación del proyecto de CPP⁷⁸ resulta conveniente detenerse más sobre las implicaciones de la adopción de este principio, sobre todo, teniendo en cuenta el marcado acento alemán definido por el constituyente⁷⁹.

Como primera aclaración el ejercicio del principio de oportunidad se distingue de la preclusión⁸⁰ en que ella es residual (se da cuando no hay mérito para acusar) y en nuestro nuevo sistema, la preclusión es solicitada por la fiscalía ante el juez de conocimiento en todos los casos, con el fin de verificar judicialmente la ausencia de mérito acusatorio. En otras palabras, mientras la preclusión es una *decisión judicial*, por cuanto la solicita la fiscalía al juez de conocimiento⁸¹, el ejercicio del principio de oportunidad *es competencia de la fiscalía*, si bien está sujeta al control de legalidad por parte del juez que ejerza la función de control de garantías (art. 250 inciso 1°).

La redacción constitucional es clara en esta distinción de competencias, lo que debe reglamentarse es si ese control de legalidad es automático (como el que prevé el 250 núm. 2 para las injerencias en el derecho a la intimidad), o debe ser provocado,

77 Véase a ROXIN, CLAUS, ob. cit., págs. 90 a 97.

78 Véase al respecto a BAZZANI, DARÍO, “Estudio del proceso en el nuevo Código de Procedimiento Penal”, 74, *Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, edición enero - diciembre, 2003, págs. 32-39.

79 Véase tratado de URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ, el “Principio de oportunidad en el proyecto de Código de Procedimiento Penal”, 74 *Derecho penal y criminología*, cit. *supra*, págs. 195-208.

80 Nuestra institución de la preclusión, consagrada en el encabezado del artículo 250 de la Constitución (La Fiscalía General adelanta la acción penal, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia” de un delito), se refiere al caso en el cual, al cabo de la investigación, no se ha hallado mérito para ejercer la acción penal en contra de una persona. El derecho alemán tiene la misma institución, en el escolio 170 párrafo 2 de la StPO: “(1) Si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública la ejercerá la fiscalía, por medio de la presentación del escrito de acusación ante el tribunal competente. (2) En otro caso, archivará la fiscalía el proceso. Ponderá en conocimiento del inculpado ello, si este hubiere sido interrogado en cuanto tal, o hubiera sido decretada contra él una orden de prisión; lo mismo regirá cuando el hubiera pedido la comunicación de la decisión o tuviera un interés especial en la puesta en conocimiento”. Traducción de JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán – Introducción y normas básicas*, Boch, Barcelona, 1985, pág. 344.

81 Cfr. nuevo artículo 25 numeral 5: “Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar”.

como lo es en Alemania. La expresión “control de legalidad” ha sido acuñada en nuestra legislación como un control provocado⁸², y no automático, lo cual nos parece mejor, por cuanto constituye un desarrollo más coherente de la diferencia conceptual entre la preclusión y la oportunidad, asimilándose más cercanamente al esquema alemán⁸³.

En el derecho alemán y en nuestro nuevo sistema, la autoridad competente para ejercer el principio de oportunidad es la fiscalía, y no la policía. Esta distinción es importante, por cuanto la policía está obligada a investigar *todo* hecho que llegue a su conocimiento, siéndole vetado aplicar causales de oportunidad para no investigar. Por ello, según el esquema legal alemán⁸⁴, la policía debe investigar e inmediatamente entregar los resultados a la fiscalía, para que sea ésta la que decida la existencia o no de motivos de oportunidad para no avanzar. Pero en la práctica la policía domina la investigación, sobre todo en pequeñas y medianas causas⁸⁵, por lo cual existe el peligro de que ella aplique en la práctica esos criterios, usurpando la competencia de la fiscalía.

La fiscalía a veces debe solicitar la toma de la decisión de archivar por razones de oportunidad al juez, y en la mayoría de las causales toma la decisión de manera autónoma, sin bien existe la posibilidad de un control judicial *rogado* de dicha decisión, provocado por la víctima o incluso por el investigado (StPO, esolío 172).

En el derecho alemán, a pesar de que el principio que rige en el de legalidad y no la oportunidad⁸⁶, frente a los delitos en los cuales se ejerce, en la práctica, la regla es el de oportunidad⁸⁷.

De manera general, puede decirse que las causales de ejercicio del principio de oportunidad obedecen a 4 grandes eventos a saber:

82 Esta expresión se introdujo en la legislación colombiana por parte del artículo 54 de la Ley 81 de 1993 como “control de legalidad de las medidas de aseguramiento”, y operaba con posterioridad a la decisión, de manera rogada y encaminada a establecer la validez de la medida.

83 Otra razón a favor de que el control sea provocado es que el control automático de las injerencias en el derecho a la intimidad se denomina “Control posterior respectivo”, y luego la norma aclara que es “a más tardar dentro de las 36 horas siguientes”, con lo cual queda claro que no es rogado. En cambio, el principio de oportunidad tiene un “control de legalidad”, sin término constitucional.

84 Véase AMBOS, KAI, “Control de la policía por el fiscal versión dominio policía de la investigación”, en *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2002, vol. I, pág. 151 y sigs.

85 Cfr. AMBOS, ídem, págs. 159 a 160.

86 Con ello nos referimos a cuál es la regla general. A pesar de la renuencia de algunos autores, el Tribunal Federal Constitucional alemán, utiliza el término principio de oportunidad, “*Opportunitätsprinzip*”, cfr. *BverfG*, 2BvR 1551-01 vom 5.11.2001 Abstz nr. 15.

87 Cfr. ROXIN, CLAUSS, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 90.

- En casos de insignificancia, por considerar que decae el interés del Estado⁸⁸.
- Cuando habiendo un interés del Estado en la persecución del delito, ese interés puede satisfacerse de otra manera⁸⁹.
- Cuando existen intereses estatales prioritarios que indican que no debe perseguirse la conducta⁹⁰, y
- Cuando el ofendido puede perseguir el delito por sí mismo⁹¹.

Las causales para el ejercicio del principio de oportunidad pueden clasificarse en dos grupos: las que toma la fiscalía de manera autónoma y las que debe requerir ante el juez.

Cuando se trata de una solicitud del fiscal dirigida al juez, la StPO advierte que “podrá el Tribunal archivar” (escolio 154 2, StPO), o “con la aprobación del Tribunal” (escolio 253 e, 153 b 1, StPO), con lo cual el fiscal debe solicitar ante el juez el “archivo”⁹² del procedimiento. El juez competente es el del procedimiento intermedio o el de la causa, nunca el de la investigación.

El auto que profiera, contentivo de la decisión de no perseguir, no es impugnabile. Sin embargo, lo es cuando no ha sido oído quien resulte perjudicado con el archivo

88 Ello sucede cuando los intereses de la administración de justicia solamente se ven afectados en pequeña medida y la culpabilidad es reducida. La comprobación no debe requerir la prueba completa de la culpabilidad, sino la probabilidad de la condena. También tiene aplicación en casos de insignificancia relativa, es decir, cuando la pena a imponer no es importante, al lado de la que se ha impuesto o se espera que se imponga (cfr. ROXIN, ídem. págs. 90-92).

89 La persecución penal se ve dificultada por la imposición al imputado de “condiciones e indicaciones”, que operan como impedimentos procesales (cfr ROXIN, ídem, págs. 92-93).

90 En delitos contra la existencia y seguridad del Estado, cuando la persecución implica un peligro mayor que el del delito mismo, o cuando el autor se arrepiente y evita un peligro ulterior para el Estado a través de su contribución. También se enmarca en ese supuesto la concesión de inmunidades con el fin de satisfacer los intereses de la justicia (“testigos de la corona”) o en respeto del principio de *ultima ratio*, cuando a través de la acción penal quiere forzarse una decisión del resorte de otra jurisdicción (cfr ROXIN, ídem, págs. 93-94).

91 Delitos de “acción privada”, constituyen una excepción al principio de oficialidad de la persecución penal.

92 El término es *Einstellung*. Es indispensable que la regulación colombiana de esta institución respete la presunción de inocencia como sucede en Alemania, en lugar de como sucede en Chile (cfr. CAROCCA P., ALEX, “Etapa intermedia o de preparación del juicio oral”, en *Nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, ConoSur, 2000, pág.181, “cuyo nuevo sistema prevé formas de no ejercicio de la acción penal que no producen efectos de cosa juzgada, violando esta garantía, así como lo hace nuestra actual “resolución inhibitoria”.

del caso, pero por una vía extraordinaria prevista en el escolio 33 a de la StPO. El Tribunal Federal Constitucional alemán ha sostenido que, cuando la causal es de decisión judicial, por regla general el juez debe escuchar a los interesados en que no se archive el proceso en ejercicio del principio de oportunidad⁹³.

Las causales de competencia del juez son:

- Asuntos de poca importancia: delitos con pena privativa de la libertad mínima inferior a un año, cuando la culpabilidad es disminuida (escolio 153, I). En estos casos, la fiscalía puede, en cualquier momento, sin necesidad de acreditar la existencia de hechos o pruebas nuevas, reabrir la investigación.
- Cuando solicita al juez temporalmente prescindir de la persecución, en razón a la imposición de condiciones e indicaciones, tales como el pago de una suma de dinero. Se reactivará la persecución si estas condiciones e indicaciones no se cumplen (escolio 153 a)⁹⁴.
- Ante la presencia de supuestos en los cuales el juez podría prescindir de la pena (escolio 153 b).
- En delitos contra la existencia y seguridad del Estado, cuando el autor, después del hecho pero antes de que su descubrimiento trascienda, contribuya a evitar el peligro ulterior para el Estado (escolio 153 e).

93 “Das Gericht hat jedoch, soweit ersichtlich, vor der Einstellung den Beschwerdeführer nicht angehört (...) In Rechtsprechung (...) und Literatur (...) wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass der Betroffene vor der Einstellungsentscheidung grundsätzlich anzuhören ist”. (Sin embargo, el Tribunal evidentemente no escuchó al demandante antes de archivar el caso (...). En la jurisprudencia (...) y la doctrina (...) se exponen los argumentos por los cuales el perjudicado con la decisión de archivar debe ser escuchado por regla general). Tribunal Federal Constitucional alemán, 2VbR 1424/01 vom 8. 10.2001, Absatz 1, traducción libre.

94 Estas condiciones e indicaciones no tienen la naturaleza de una indemnización, su finalidad no es la reparación integral: “153 a ABS. 1 Satz 1 StPO bezweckt nicht den Schutz, des durch eine Straftat Verletzten. Hauptregelungszweck ist die Kompensation des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Erfüllung von Auflagen und Weisungen” (El escolio 153 a párrafo 1 frase 1 no tiene como propósito la protección de quien ha sido perjudicado por un delito. El propósito principal de la regulación es la compensación de los intereses públicos en la persecución del delito, a través del cumplimiento de condiciones e indicaciones). Tribunal Federal Constitucional alemán, 2BvR 1551/01 vom 5.11.2001, Absatz 12, traducción libre.

- Después de la acusación, cuando la pena a imponer por el delito del cual se ha acusado al imputado, no tenga importancia al lado de la que se ha impuesto o se espera que se imponga por otro hecho (escolio 154, II)⁹⁵.

Existen otros eventos en donde la fiscalía puede automáticamente ejercer el principio de oportunidad, entre otros en los siguientes⁹⁶:

- En casos de delitos de poca importancia, cuya pena privativa de la libertad sea inferior a un año, la culpabilidad se halle disminuida, no existan agravantes, el bien jurídico sea el patrimonio económico y los daños sean ínfimos (escolio 153, I, 2).
- Hechos cometidos en el extranjero (escolio 153 c).
- Delitos contra la existencia y seguridad del Estado cuando adelantar el proceso supone peligro de una grave desventaja para el Estado, o existen otros intereses públicos superiores (escolio 153 d, I).
- Antes de la acusación cuando la pena a imponer por el delito del cual podría acusarse al imputado, no tenga importancia al lado de la que se ha impuesto o se espera que se imponga por otro hecho (escolio 154, I).
- Se pueden dejar de perseguir partes separables de la conducta punible que no sean importantes para la pena a esperar (escolio 154 a, I).
- Cuando el inculpado fuera entregado en extradición, o cuando sea juzgado por el gobierno nacional y por otro extranjero, pero la pena local no sea comparable con la extranjera o cuando el imputado resulte deportado (escolio 154 b, I a III).

95 El Tribunal Federal Constitucional alemán validó un archivo del expediente, en el cual el imputado estaba condenado por hurto a una multa, pero se le acusó de inducción al perjurio sobre cuatro testigos durante el proceso por hurto, y la pena esperada por la inducción al perjurio era de prisión, con lo cual la fiscalía llevó la condena por hurto ante el tribunal para su inaplicación y el tribunal acogió la solicitud. 2 BvR 456/99 vom 6.4.1999.

96 A nivel de la CPI, puede verificarse que rige el principio de oportunidad discrecional. Véase a AMBOS, KAI; “¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?”, cit. *supra*, pág. 17. Véase además a NTANDA NSEREKO, DANIEL, *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals*, 166 – OTP, La Haya, 2004.

- Cuando exista coacción o chantaje por medio de la amenaza de revelar un hecho punible, éste no será perseguido por cuenta de la denuncia de la coacción o chantaje (escolio 154 c).
- Cuando la persecución dependa de la toma de una decisión de la justicia civil o administrativa y el delito tenga pena privativa de la libertad mínima inferior a un año (escolio 154 d).
- Denuncias por calumnia, hasta tanto no se resuelva el proceso penal de la conducta imputada (escolio 154 e).

Con todo, hay situaciones que permiten impugnar el ejercicio del principio de oportunidad. En efecto, según lo dispuesto en el escolio 170 párrafo 2 StPO, la decisión de la fiscalía de archivar el proceso, en principio, no se comunica al imputado. Se hace únicamente en tres eventos específicos: cuando el imputado ha sido interrogado como tal, cuando se halle privado de la libertad y cuando él haya solicitado que se le efectúe esa notificación.

Existe un evento residual de amplia textura que obliga a la fiscalía a comunicar esa decisión al imputado, fuera de esos casos, cuando

“tuviera visiblemente un interés especial en la puesta en conocimiento” (escolio 170 párrafo 2 StPO).

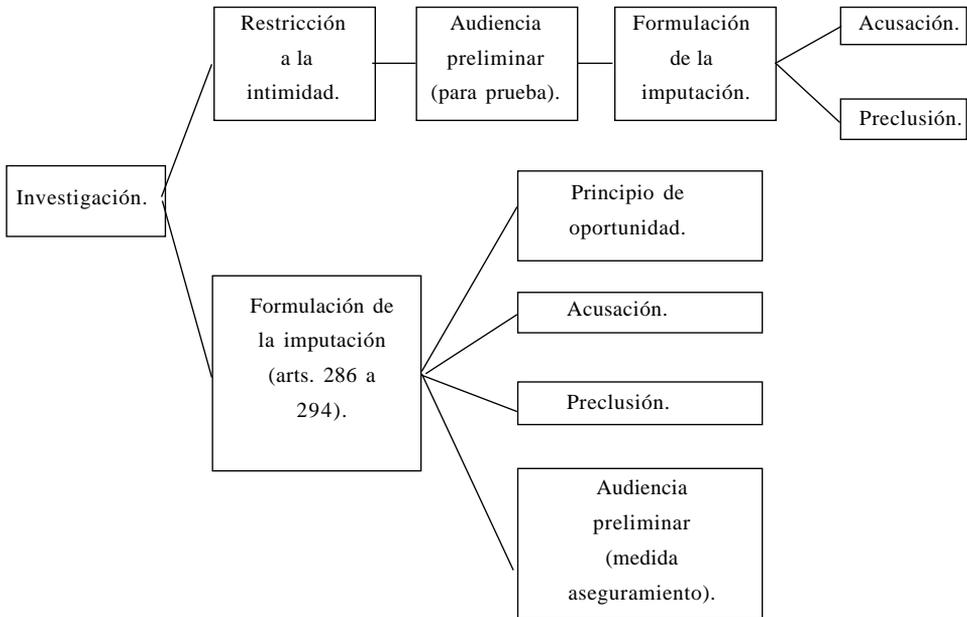
En caso de que la fiscalía decida archivar, cualquier persona (no sólo la víctima) puede solicitar a la fiscalía el ejercicio de la acción penal como apertura del juicio, al parecer como un recurso de reposición (escolio 171, StPO). Pero en caso de que el solicitante sea además la víctima, la fiscalía en su respuesta debe anunciarle que tiene el recurso de queja (como una apelación), y aun si ésta es denegada, debe instruírsele que puede solicitar la resolución judicial (escolio 172, StPO).

En síntesis, como puede observarse la propuesta contenida en el proyecto (art. 340), incluye 17 causales de similar factura y alcance del modelo alemán, aun cuando, finalmente parece se inclina la opinión del Senado por el control automático ante el juez de garantías.

2.4. Formulación de la imputación

2.4.1. Información de los cargos

CUADRO 5. Formulación de la imputación



Es bien sabido que ningún país consagra un sistema puro de procesamiento criminal, ni los actuales regímenes se constituyen independientemente de la historia⁹⁷. Esto es predicable incluso de los modelos conocidos como más puros, por ejemplo, el de los Estados Unidos⁹⁸.

97 Véase en este sentido a AMBOS, KAI, “¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o mixto?”, cit. *supra*, págs. 7-10.

98 “El sistema de justicia criminal que utilizan los Estados Unidos para castigar los crímenes que no pueden prevenirse y a los criminales que no pueden disuadir no es un sistema monolítico, ni siquiera consistente. No fue diseñado o edificado en una pieza a un tiempo (...). Alrededor ese núcleo, construido capa sobre capa, de instituciones y procedimientos, algunas construidas cuidadosamente y otras improvisadas, algunas inspiradas por principios y otras expedicionarias, se han acumulado. Partes del sistema —cortes colegiadas, juicio por jurados, fianza— son de gran antigüedad. Otras partes —cortes de menores, suspensión condicional y desvíos, policías profesionales— son relativamente nuevas”. *President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice. The Challenge of Crime in a Free Society* citado por ALLEN, RONALD and KUHN, RICHARD, *Constitutional Criminal Procedure*, Barton, Little, Brown, 1985 pág.3, traducción libre.

El anteproyecto, entregado inicialmente a la CCR, incluyó en la estructura del nuevo proceso penal una etapa o subfase de la investigación, denominada “formalización de la investigación” (título XI, arts. 256 a 272 AP).

La “formalización de la investigación”⁹⁹ consiste en la información al imputado de los cargos —pero no de los elementos probatorios— por los cuales existe una investigación en su contra, que dentro de poco podrá generar una acusación, activándose la posibilidad para la defensa de iniciar sus propias investigaciones. Surge como una necesidad al tratar de conciliar y ponderar los alcances de los artículos 29 (que concede al imputado la posibilidad de la defensa “durante la investigación y el juzgamiento”) y 250 de la Constitución Política, inclusive teniendo precedentes de la H. Corte Constitucional en la materia.

Sin embargo, su inclusión ha generado gran debate, fundamentalmente en consideración a tres interrogantes. Primero, ¿resulta compatible la “formalización de la investigación” con un sistema acusatorio? Segundo, ¿puede edificarse el derecho a la defensa técnica y material durante la investigación sin tener conocimiento de la imputación? Tercero, ¿es posible tomar una medida de aseguramiento de naturaleza personal e, incluso, medidas cautelares sobre los bienes antes de la acusación formulada por la fiscalía? Este acápite pretende abordar los cuestionamientos aludidos y luego de un rápido bosquejo teórico, ofrecer algunas ideas prácticas de solución, exponiendo la razón por la cual en el presente anteproyecto se optó por otro sistema diferente de la formalización de la investigación, y la razón por la cual en el nuevo Código no se incluyó.

Colombia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución, otorga carácter preferente a lo dispuesto en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos que no sean susceptibles de limitación durante los estados de excepción y hayan sido ratificados. Entre estos instrumentos internacionales para el tema en cuestión sobresalen dos, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, conocido como Pacto de Nueva York, de 1966 (en adelante “el pacto”) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (en adelante “la Convención”).

⁹⁹ Esta institución fue tomada del Código de Procedimiento Penal chileno (artículos 229 a 236), y fueron insumo para nuestras conclusiones los códigos de Bolivia, Ecuador, Venezuela, Paraguay, Honduras y Nicaragua.

Para el pacto, el derecho de defensa se activa a partir la existencia de

“cualquier acusación de carácter penal” (art. 14 num. 1)¹⁰⁰ o de la privación de la libertad (art. 9 num 2). Por su parte la convención, si bien mantiene el mismo criterio de la existencia de la acusación (art. 8 num. 1), introduce una ligera diferencia en relación con la detención preventiva y la defensa, pues reconoce que la privación de la libertad involucra el derecho de conocer los cargos formulados contra ella” (art. 7 num.4).

¿Se trata solamente de una modulación o variación del mismo fenómeno, o significa que, para el sistema interamericano, pueden existir cargos sin que todavía se trate de acusación en sentido estricto?¹⁰¹.

Según la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la aplicación de los instrumentos internacionales citados, la detención preventiva no siempre presupone una acusación, ya que, *resulta suficiente la existencia de una imputación* de unos cargos, aun cuando el derecho de defensa, en ausencia de privación de la libertad, surge a partir de la acusación.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo (en adelante TEDH), en el caso *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom* (1990), sostuvo que a pesar de no haberse presentado cargos contra los demandantes, la privación de la libertad por ellos sufrida, motivada por el carácter de sospechosos de pertenecer al IRA, de participar en un caso de secuestro y de actividades terroristas *no constituyó una violación del artículo 5 num 2 del Pacto de Roma*. Expresamente dijo el TEDH que:

“40. *Parágraph 2 of article 5 (art. 5-2) contains the elementary safeguard the any person arrested shold know why he is being deprive of his liberty. This provision is and integral part of scheme of protection afforded by article 5 (art. 5): by virtue of paragraph 2 (art. 5-2) any person arrested must be told, in simple, non-technoical language the he can understand, the essential legal and factual grounds for his arrest, so as to be able, is he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4 (art. 5-4)*”¹⁰².

100 Bien puede ser un error de traducción del pacto, véase *The International Dimension of Human Rights*, BID, 2001, pág. 206.

101 Un antecedente importante es el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, conocido como Pacto de Roma de 1950, en cuyos artículo 6 num.1, 5 num. 1 lit. c y num. 2, contempla el fenómeno en términos similares a los del pacto.

102 “El párrafo 2 del artículo 5 (art. 5-2) contienen la garantía elemental que cualquier persona arrestada debe saber porqué está siendo privada de su libertad. Esta previsión forma parte integral del esquema de protección previsto en el artículo 5 (art. 5): Por virtud del párrafo 2 (art. 5-2) cualquier persona arrestada debe ser informada en lenguaje simple y no técnico, que puedan entender, las bases legales y fácticas esenciales para su arresto, así como debe dársele la posibilidad, si le parece viable, de impugnar ante una corte su legalidad, de acuerdo con el párrafo 4 (art. 5-4)”. (traducción libre).

Asimismo, el TEDH reiteradamente ha considerado que sólo es exigible la activación del derecho a la defensa en un juicio ante un tribunal imparcial si existe una acusación. A manera de ejemplo, véase lo resuelto en *Oztürkv, Germany* (1984), en donde se sostuvo que:

“47. According to the French version of article 6-3 (e) (art. 6-3-e), the right guaranteed is applicable only to and “accuse”. The corresponding English expression (person “charged with a criminal offense”) and paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1), “criminal charge”/“accusation en matiere penal”¹⁰³.

En suma, para los instrumentos internacionales vistos la regla general es la de tener derecho a la defensa en un juicio justo ante un tribunal imparcial *a partir de la acusación, pero es posible anticiparlo si se da una detención preventiva*, la cual presume la existencia de cargos en contra de la persona arrestada, los cuales pueden ser equivalentes a la acusación, o también simples imputaciones, puesto que la finalidad de la detención preventiva es, primordialmente, la de asegurar la comparecencia y la protección de la comunidad. En consecuencia, *nada se opone a que exista un arresto, e incluso, una detención preventiva, sin que se tenga todavía una acusación* en sentido estricto. De igual forma, *sólo puede invocarse el derecho a un juicio justo ante un tribunal imparcial y un plazo razonable, si existe una acusación*, a partir de ese momento se activa el derecho de defensa¹⁰⁴.

De la jurisprudencia analizada, en concordancia con lo dispuesto en los instrumentos internacionales que nos obliga, pueden extraerse las siguientes conclusiones: en primer lugar no existe, como imperativo de los derechos humanos, derecho de defensa antes de la existencia de una imputación. Ello, además, es

103 De acuerdo con la versión francesa del artículo 6 num. 3 lit. e (art. 6-3-e), el derecho previsto sólo es aplicable a un *accuse*. La versión correspondiente en inglés (persona “imputada de una conducta punible”) y el párrafo 1 del artículo 6 (6-1) “cargo criminal”/ “*accusation en matiere penale*” (traducción libre). Véase, recientemente del TEDH el caso *Kalashnikovv. Rusia* (2002) en donde se sostuvo que la detención preventiva extendida en el tiempo se puede justificar en un caso concreto, si se da el requisito de interés público, el cual sin contravenir la presunción de inocencia, permite la aplicación de esta medida. La sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido el delito es la condición *sine qua non* se predica la legalidad de la medida preventiva, pero después de un lapso no es suficiente. La corte debe examinar si las otras razones para insistir en la detención son justificables, y si las autoridades nacionales condujeron el caso con diligencia, la complejidad del caso y las características especiales de la investigación son también factores para tener en cuenta.

104 Incluso en Estados Unidos puede tener un tratamiento similar. Véase ALLEN, KUHN, ob., cit., pág. 15: “*There is no requirement the charges in the indictment or information be the same as those that initially led to the defendant’s arrest. Moreover, in jurisdictions that utilize grand juries, the grand jury may return and indictment for charges that were dismissed for want of probable cause at a preliminary hearing*” traducción libre: “no se requiere que los cargos en la acusación sean los mismos que los que inicialmente llevaron al resto del imputado. Cada vez con mayor frecuencia, en jurisdicciones que han utilizado gran jurado, el gran jurado puede retomar una acusación por cargos que fueron rechazados en la audiencia preliminar de causa probable”.

evidente, porque si se permitiera el derecho de defensa desde el inicio de la investigación, ¿quién sería el titular? ¿Quién es el titular del derecho a la defensa en una investigación que no está todavía focalizada contra alguien?

Por esta razón, la investigación se desarrollará sin derecho a la defensa, hasta tanto no se formulen unos cargos. Ahora bien, desde el punto de vista de los derechos humanos internacionales reconocidos, ¿cuándo deben formularse los cargos? El tratamiento es diferenciado: por la regla general, en la acusación (entendida formalmente) que da inicio a la etapa de juzgamiento, caso en el cual *nada impide que la defensa se active únicamente en esta etapa*, máxime cuando de conformidad con el párrafo del artículo 250, el descubrimiento tiene lugar después de la acusación.

La excepción es el caso de la detención previa a la acusación, ya que la persona privada de la libertad, de acuerdo con los instrumentos internacionales analizados, tiene derecho a conocer los fundamentos de esta privación. La razón es que debe poder discutir la conexión probable que se le atribuye con el delito, y ello es imposible sin conocer el delito investigado. En consecuencia, podemos concluir que *el derecho de defensa debe activarse en la investigación solamente para la determinación de la detención preventiva*, no es otra la obligación que nos impone los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, y así se ha manifestado la Corte Constitucional¹⁰⁵. Es esa la interpretación que debe dársele al mandato del artículo 29 superior referido a la defensa durante la investigación no solamente por ser la regla general del sistema, como mostraré a continuación, sino porque la revelación prematura de información podría poner en peligro a otras personas. Si imaginamos un agente encubierto actuando en el caso de un delito grave, o teniendo que realizar una entrega controlada o vigilada, si antes de la acusación o de la detención se revela información sobre sus actividades, es evidente que su integridad corre peligro e igualmente se ve amenazado el éxito de su misión.

Esa regulación es admitida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En el artículo 55 numeral 2 se prevé que el derecho

“a ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte”,

105 Cfr. sentencia C-096 de 2003, MP MANUEL JOSÉ CEPEDA: “La Corte advierte que los instrumentos internacionales de derechos humanos establece la obligación de informar siempre *a la persona detenida desde el momento de su detención*, ‘de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella’ (...) la regulación de los derechos del investigado en la etapa de la investigación preliminar varían en cada sistema. Se trata de un asunto atinente a la política criminal dentro del respeto a los derechos constitucionales del investigado”. Énfasis suplido.

se activa cuando la persona va a ser interrogada, no antes, y ello, en la mayoría de los casos, ocurren cuando ella es detenida. En concordancia con lo anterior, la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte dicta una detención preventiva, antes de la acusación (art. 58), cuando

“hay motivo razonable para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; y la detención parece necesaria para asegurar que la persona comparezca en el juicio; asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte; o en su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en la misma circunstancia”¹⁰⁶.

Igualmente, así funciona en el Reino Unido:

“la sección 24 de la Ley de Policía y evidencia criminal de 1984 prevé que un oficial de policía puede arrestar a una persona de quien tiene motivo razonable para sospechar que ha cometido, va a cometer, o está a punto de cometer un delito por el cual procede la detención preventiva (...) el arresto debe estar confiado a casos de necesidad para lo cual se han establecido cinco criterios”¹⁰⁷.

Además de estas razones teóricas, hay otras de tipo práctico que animan esta propuesta, y es el potencial de malentendimiento que tiene la institución inicialmente propuesta de la “formulación de la investigación”. En efecto, puede prestarse para que se considere que es el momento en que deben descubrirse los elementos materiales probatorios activando el contradictorio antes de que convenga hacerlo, que es en la etapa de juzgamiento y jamás antes de la acusación. Ello ha ocurrido en varios países de Latinoamérica que han introducido esta institución, y en consecuencia, debe capitalizarse esas experiencias, para corregir el modelo.

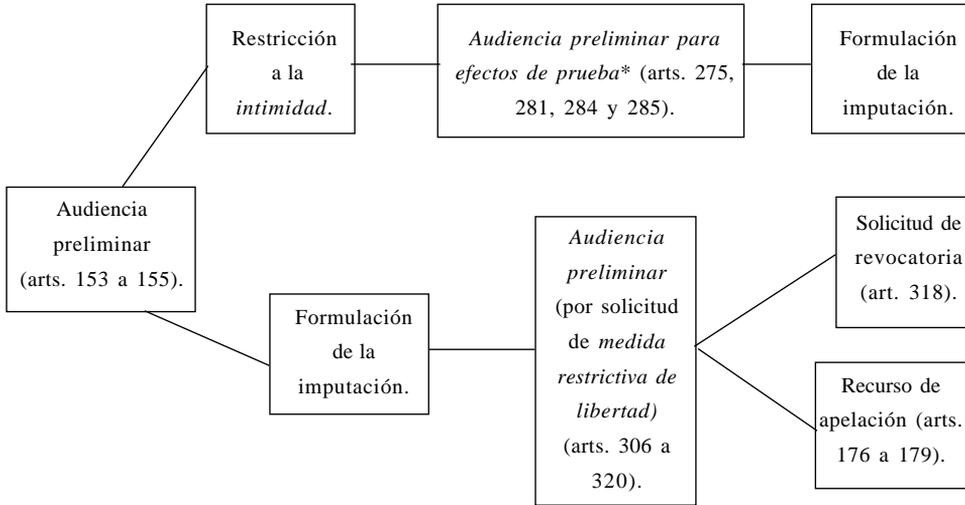
La tesis que defiende consiste, en síntesis, en activar el derecho de defensa a partir de la acusación, por regla general; salvo que se produzca una detención preventiva, ya que con el fin de permitir al detenido defenderse debidamente de la imposición de una medida de aseguramiento, debe informársele los cargos que fundamentan esa detención, permitiendo refutar no solamente la verificación de una finalidad legítima para asegurarlo, sino también su vinculación con el hecho investigado. Ese es el marco de la llamada “formalización de los cargos”.

106 Véase al respecto a IBÁÑEZ GUZMÁN, ANGULO J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2003, págs. 400-404.

107 ASHWORTH, ANDREW, *The Criminal y Process – an Evaluative Study Oxford*, Clarendon Press, 1995, pág. 98. Traducción libre.

2.4.2. Audiencias preliminares

CUADRO 6. Audiencias preliminares



En cuanto a las limitaciones a la libertad, se establece como regla general la permanencia de ella durante el proceso, salvo que confluja la existencia de motivos fundados acerca de dos elementos: el primero de ellos es la conexión del imputado con el delito que se investiga; y el segundo, que se configura una de las necesidades establecidas para su limitación, esto es: que no está garantizada la comparecencia del imputado al proceso; que ponga en peligro el material probatorio, o que se ponga en peligro la comunidad, especialmente las víctimas. Ello se traduce en la imposibilidad de fijar un criterio automático para la imposición de la medida a partir del nombre del delito.

Estas necesidades se incorporaron en el ordenamiento jurídico a través de la norma rectora de la Ley 600 de 2000 (art. 3), luego sus alcances fueron definidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-774 de 2001), y finalmente, fueron recogidas por el Acto Legislativo 03 de 2002¹⁰⁸. De esta forma, la propuesta normativa las desarrolla, fijando una serie de parámetros a partir de los cuales se puede entender que se verifica alguna o algunas de ellas, lo que indudablemente posibilitará facilitar la aplicación judicial de la norma.

108 Véase artículo 250 num. 1.

Del párrafo anterior se desprende un aspecto importante y es que en el caso de imposición de la medida de aseguramiento la competencia radica en el juez que ejerce la función de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, es decir, se cumple cabalmente con lo dispuesto en el texto constitucional, en relación con el control judicial previo para la limitación del derecho a la libertad como regla general.

Ahora bien, se incorporan como medidas de aseguramiento algunas diferentes a la detención preventiva, pues el juez que la imponga deberá hacerlo con fundamento en los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que implica que debe existir un catálogo de medidas que permita la escogencia de la menos gravosa para el procesado.

Como se advirtió en precedencia, la regla general es que el derecho a la libertad se limita previa orden de un juez. Sin embargo, existen al menos dos excepciones a ese principio, las cuales son: la captura en flagrancia y la captura sin orden judicial.

Respecto de la primera, la propuesta fija los eventos que configuran la flagrancia y excluye de los mismos la situación de cuasiflagrancia, que por vía de jurisprudencia se han venido aplicando y que atentan contra la protección del derecho a la libertad, extendiendo indebidamente una excepción constitucional.

En relación con la segunda, se fijan los eventos en los cuales la Fiscalía General puede expedir la orden para adelantar la captura y el procedimiento que se debe seguir para el control judicial posterior de la aprehensión, que es el mismo que se ha de seguir en los casos de flagrancia.

Infortunadamente, durante el trámite en el Congreso se suprimió la audiencia en reconsideración, lo que va a limitar las posibilidades de la fiscalía de actuar con prontitud si un juez de control de garantías erróneamente niega una solicitud de medida de aseguramiento (véase art. 308 de CPP).

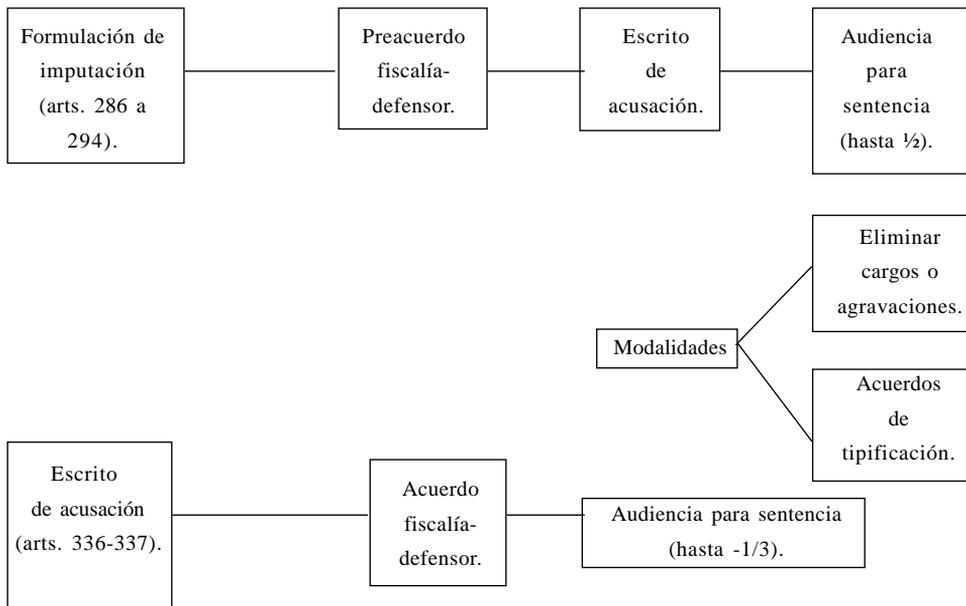
2.4.3. Facultades de quien no es imputado

Por otra parte, constituye un notable desacierto la regulación proyectada de las facultades de quien no es imputado, puesto que no se entiende en qué momento y por virtud de cuáles circunstancias adviene en conocimiento de la investigación (art. 267, inc. 1) y, además, no es posible someter a las reglas de la cadena de custodia a las declaraciones juradas ni otras informaciones (art. 267 inc. final).

Lo anterior no es obstáculo, en todo caso, para que quien intuya que está siendo investigado pueda asesorarse con un abogado y/o contratar los servicios de un investigador privado, con el fin de buscar las fuentes de prueba que estime le sean de utilidad¹⁰⁹ e informar de ello a la Fiscalía General, especialmente si requiere de apoyo técnico para el aseguramiento de las mismas.

2.5. Terminación anticipada en virtud de negociaciones preacordadas

CUADRO 7. Terminación anticipada (arts. 286 a 337)



Lo lógico sería que, presentada la acusación, lo único que puede hacer el acusado es declararse culpable o inocente, pero sin negociar nada.

Resulta perjudicial el carácter casi obligatorio del acuerdo ante el juez de conocimiento, que pierde todo margen de maniobra, aun cuando el Senado incorporó el criterio gradación de “hasta” para algunos eventos (art. 352. inc. 2).

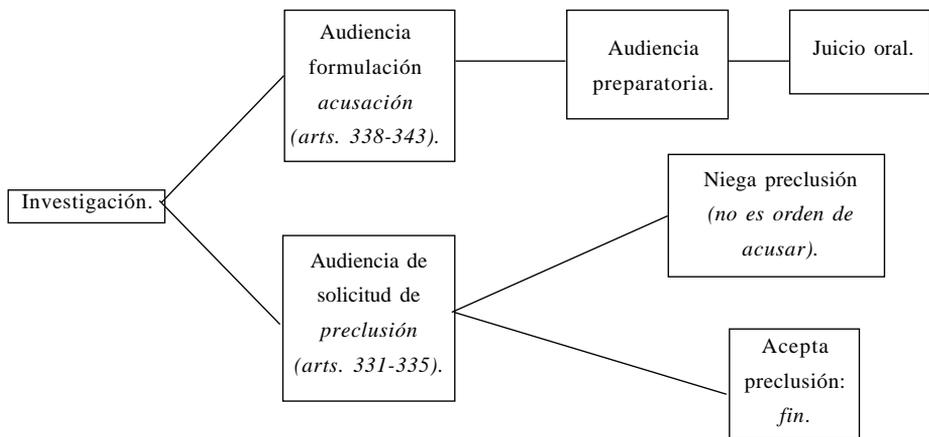
109 Véase al respecto a Lee Bailey, F. Y Rothblatt, H.B., Investigation and Preparation of Criminal Cases, New York, CBC, 1985, págs. 2-11.

Además se limita la posibilidad de acuerdos entre el imputado o acusado con la fiscalía en los delitos en donde se hubiera presentado incremento patrimonial ilícito, para permitir tan sólo aquéllas en donde medie como requisito de umbral el reintegro de al menos el 50% del incremento y se asegure el recaudo del remanente (art. 349).

La reducción por la aceptación de los cargos elevados en la audiencia de formulación de la imputación comporta una rebaja de *hasta* la mitad de la pena imponible.

2.6. Acusación

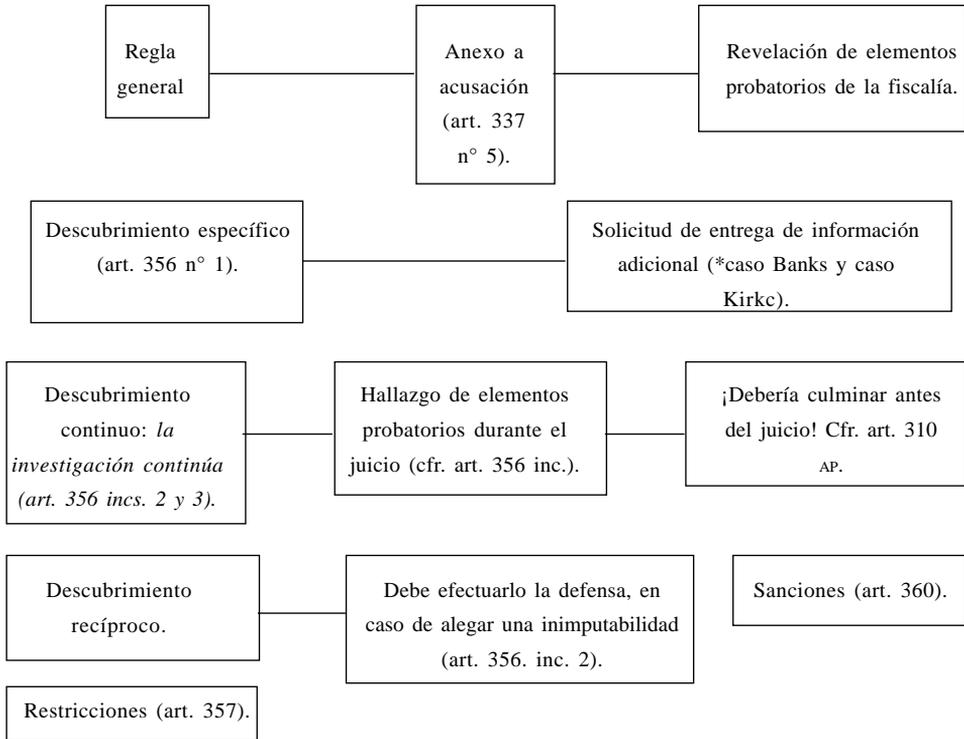
CUADRO 8. Acusación



La acusación contiene los hechos por los cuales se llama a juicio al acusado (art. 337 n° 2). Los hechos contenidos en el escrito limitan la eventual condena (arts. 339 y 343) y no constituye actuación judicial. Por ello, tampoco admite recursos. Necesariamente debe estar acompañado del anexo de descubrimiento de pruebas (art. 250 n° 4 de la CP art. 337 numeral 5).

2.7. Descubrimiento de la prueba

CUADRO 9.



El sistema acusatorio introducido por el Acto Legislativo 03 de 19 de diciembre de 2002 se caracteriza, entre muchas otras cosas, por darle mayor importancia al tema de las pruebas. En efecto, tanto los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como los estándares internacionales y nuestra propia evolución jurídica, se dirigen hacia la abolición de la prueba secreta.

La razón de ser de la unánime prohibición de las pruebas secretas obedece a una circunstancia histórica: La existencia del proceso inquisitivo, en el cual el reo no conocía siquiera los cargos que se le imputaban¹¹⁰.

¹¹⁰ “Una de las peculiaridades del procedimiento inquisitorial ya aludida, y que causó no pocos sufrimientos, fue la negativa a divulgar los motivos de la detención, por lo que los presos podían pasar largo tiempo, e incluso años, sin conocer la razón de su encarcelamiento. (...) Naturalmente, el preso, en situación de forzosa ignorancia, se hallaba tan confuso que ni siquiera podía imaginarse de qué se le acusaba; si era en realidad culpable, quedaba con la duda de que parte de la verdad conocía realmente el Santo Oficio y si no sería todo aquello una argucia para obligarle a confesar” JOSEPH M. WALTER, *Historia de la inquisición española*, Edimat, Madrid, 2001, págs. 408 a 409.

Durante la discusión pública de la reforma, siempre se habló del tema recurrente del fiscal, sujeto interesado en el resultado del proceso, decidiendo sobre la libertad del sindicado. Pero no debe olvidarse que en el sistema inquisitivo también el fiscal practica y valora las pruebas cuya permanencia en nuestro sistema, puede sustentar una sentencia condenatoria¹¹¹. En este sentido, llama la atención que el Acto Legislativo hubiese introducido tantos calificativos referente a la forma en que deben practicarse las pruebas, como los principios de contradicción (art. 250 numerales 3 y 4), publicidad (art. 250 numeral 4), oralidad (ar. 250 numeral 4), intermediación (art. 250 numeral 4) y concentración (art. 250 numeral 4).

Todos estos principios se desprenden de manera imperativa de la adopción de un modelo de procesamiento de corte acusatorio¹¹². El sistema acusatorio se caracteriza por ser más estricto en el recaudo de la prueba. En este sentido, mientras el sistema inquisitivo se ocupa de regular la prueba en su faceta procedimental, el sistema acusatorio se ocupa de su aducción, producción, impugnación y valoración¹¹³. Como resultado de esta exigencia, será necesario introducir sustanciales mejoras en nuestra regulación legal probatoria, con el fin de dejar de lado la reglamentación minuciosa de la diligencia como tal, y pasar a los temas profundos de la credibilidad, la impugnación y la valoración en conjunto.

Pero ésta no es la única diferencia que en materia probatoria existe en el sistema acusatorio; el sinceramiento frente a las garantías fundamentales constitucionales e internacionales impone, entre otras implicaciones que escapan a este breve espacio, un respeto verdadero por la presunción de inocencia¹¹⁴. Es claro que si se presume la inocencia, la primera implicación directa de esa presunción es que la carga de la prueba de la acusación debe estar en cabeza de la fiscalía y que el sistema de fuentes de prueba que se acoja debe respetar esa carga de la prueba¹¹⁵.

111 Cfr. artículo 232 de la Ley 600 de 2000, Conc. Corte Constitucional, sentencia C-609 de 1996.

112 A lo largo de este escrito, las expresiones “sistema acusatorio”, “modelo acusatorio”, “sistema adversarial” o similares, se utilizan en el sentido de un sistema de procesamiento criminal que sigue los lineamientos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos, directivas que sigue, por ejemplo, la Corte Penal Internacional, los tribunales internacionales *ad hoc*, etc. (Cfr. LANGER, MÁXIMO, “La dicotomía acusatoria-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 249.

113 Cfr. GRANADOS PEÑA, JAIME ENRIQUE, “Reflexiones sobre el proyecto de reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, n° 13, Bogotá, págs. 88 y 89.

114 Artículo 29 inciso 3 de la Constitución Política. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, numeral 2. Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8, numeral 2.

115 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Guillermo Maqueda: la presunción de inocencia “construye una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal (...) el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable”.

Hay algunas garantías que se desprenden de esa carga de la prueba, o se armonizan con ella. Por ejemplo, el derecho a guardar silencio,¹¹⁶ en el entendido que si la fiscalía debe buscar la prueba el imputado no tiene por que ser obligado a ayudarlo en esa labor, y por ello no puede constreñirse su confesión. Igualmente, la defensa no puede ser compelida a presentar prueba de descargo, porque su estrategia puede consistir únicamente en desvirtuar las pruebas de cargo¹¹⁷. Además, si la fiscalía falla en satisfacer esta carga probatoria, la sentencia debe ser absolutoria, aunque el defensor no haya presentado prueba alguna. Incluso si existiere duda, deberá resolverse a favor del acusado¹¹⁸.

Dentro de ese esquema, y sin olvidar que el sistema acusatorio supone equilibrio entre la acusación y la defensa, la fiscalía tiene a su disposición todo un aparato de investigación para vencer la presunción de inocencia en el juicio, del cual carece la defensa. En consecuencia, la defensa debe poder beneficiarse de los elementos materiales que recaude la fiscalía y que puedan servir de prueba, porque de lo contrario, se tendría que crear para la defensa una infraestructura similar a la de la fiscalía. Este equilibrio entre la acusación y la defensa no debe entenderse como igualdad, debido a la presunción de inocencia y la carga de la prueba que ella implica *ab initio*. Sólo es posible la búsqueda del equilibrio, en medios que contrarresten las ventajas y desventajas de fiscal y defensor.

Existen básicamente dos sistemas para conseguir este equilibrio. El primero de ellos (que está actualmente vigente en Colombia¹¹⁹), es el principio de investigación integral, que rige también en Alemania¹²⁰. De acuerdo con él, la fiscalía debe investigar el material de cargo (que sustenta la acusación) como el de descargo (que sustenta la defensa).

A mi juicio, este principio (que es bastante ilusorio, por decir lo menos), tiene algún sentido en un sistema inquisitivo, donde el investigador tiene facultades judiciales frente al material probatorio, y ello le impone tratar de ser imparcial. Pero en un sistema acusatorio, desengañado acerca de esa pretendida imparcialidad de quien es parte, resulta ingenuo y poco eficaz frente al equilibrio de las partes adjudicar al fiscal esa obligación de integralidad.

116 Artículo 33 de la Constitución Política. PIDCP, artículo 14, numeral 3, literal g. Pacto de San José, artículo 8, numeral 2, literal g.

117 Cfr. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 67, numeral 1 literal I.

118 La garantía del *in dubio pro reo*, establecida en el artículo 29 de la Constitución.

119 Cfr. artículo 20 Ley 600 de 2000, desarrollo del anterior artículo 250 Superior.

120 Cfr. Ordenanza Procesal Penal alemana, escolio 160, II. Cfr. ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 53.

El segundo sistema, que es el descubrimiento de los medios o elementos de prueba, es el que ha adoptado nuestro Constituyente en el Acto Legislativo 03 de 2002 como mecanismo para lograr el equilibrio entre la acusación y la defensa. Las ventajas que se esgrimieron a favor de la adopción de este sistema pueden resumirse así: la investigación integral paraliza a la fiscalía, detiene, frena o condiciona la forma en que debe diseñar su actividad investigativa¹²¹. Además, el descubrimiento de los medios de prueba evita las desventajas de la investigación integral, al tiempo que capitaliza sus ventajas, porque si la fiscalía encuentra elementos que pueden convertirse en pruebas de descargo en el juicio, debe descubrirlos al procesado en la acusación, y ello se distingue claramente de estar legalmente obligada a buscarlos¹²², más aún si los principios moduladores de la actividad procesal y el de lealtad, (arts. 27 y 12, respectivamente), son también aplicables a la fiscalía.

El descubrimiento de los medios o elementos de eventual prueba implica para la fiscalía la obligación de:

“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”¹²³.

El derecho del acusado a que la fiscalía descubra la prueba se desprende de manera directa del derecho al debido proceso¹²⁴.

En cualquier investigación, no solamente la de tipo criminal, debe investigarse tanto las tesis a favor del que se defiende, como las que se esgrimen en su contra, con el fin de realizar una investigación concreta y poder sustentar la posición personal. Este principio es aplicable a la investigación criminal.

Pero esa técnica no debe convertirse en una obligación, abriendo la puerta para nulidades que obstaculicen el éxito en la persecución. En otras palabras, debe construirse un sistema balanceado que consiga ese equilibrio mencionado entre acusación y defensa, que no comporte excesivas cargas a la fiscalía, y tampoco deje en desventaja al acusado¹²⁵.

121 Cfr. *Reforma constitucional de la justicia penal- Actas de la Comisión Preparatoria y documentos de trámite legislativo*, Corporación Excelencia de la Justicia, Bogotá, 2002, pág. 99.

122 Cfr. ídem, pág. 99.

123 Inciso 3 del numeral 9 del artículo 250 de la Constitución.

124 Cfr. CHIESA, ERNESTO, Aponte. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Forum, Bogotá, 1995, tomo II, pág. 5.

125 BAILEY, F. LEE Y HENRY B ROTHBLATT citan los pasos que debe seguir el descubrimiento, y lo que debe hacer el defensor. *Investigation and Preparation of Criminal Cases*, CBC, New York: 1985, págs. 298 a 305. Los pasos pueden resumirse así: investigar los archivos de la Corte, con el fin de saber si se ha expedido una orden de arresto; explotar al máximo los procedimientos de descubrimiento, en

Varios países¹²⁶ y estatutos de tribunales internacionales¹²⁷ regulan el descubrimiento se activa con la presentación de la acusación¹²⁸. En el escrito de acusación, la fiscalía fija los hechos del proceso, es decir, los actos por los cuales acusa al imputado de haber cometido un delito, junto con esos hechos, la fiscalía debe hacer una relación de los elementos que quiere introducir al debate, con el fin de convertirlos en pruebas.

El defensor puede solicitar conocimiento de esos elementos para preparar su defensa. En este sentido, existen dos tipos de solicitudes de descubrimiento¹²⁹: la solicitud general, en la cual la defensa solicita a la fiscalía que diga cuál será su conjunto de elementos probatorios; y la solicitud específica, en la cual se solicita una pieza particular del material que tiene la fiscalía. La diferencia básica está en la sanción. Si la solicitud fue genérica, y no se efectuó el descubrimiento, no es tan probable que esa omisión pueda sustenta una excarcelación, porque para ello debe establecerse que:

“la evidencia omitida crearía una duda razonable, que de otro modo no habría, sobre la culpabilidad del acusado”¹³⁰.

Esa probabilidad de revocación aumenta, si la solicitud fue expresa y específica, porque en este caso solamente se exige demostrar que la omisión:

“pudo haber afectado el resultado del juicio”¹³¹.

particular de cara a mociones de supresión de evidencia; Analizar cuidadosamente la evidencia presentada en la audiencia preliminar; Establecer la forma en que la fiscalía presentará su caso; preguntar a los testigos de la defensa si han sido interrogados por la fiscalía; analizar todas las declaraciones hechas por el acusado; inspeccionar la evidencia física; procurar el descubrimiento, lo antes posible, de los testigos que llamará la fiscalía, e investigar sus características, etc..

126 *Nicaragua*: Código Procesal Penal, arts. 269, 273, 274, 275; *Paraguay*: Código de Procedimiento Penal, Ley 1, 286 de 1998, art. 352; *Chile*: Nuevo Código Procesal Penal, por Ley 19.696, del 12 de octubre de 2000, arts. 182, 227, 272, 333; *Argentina*: Código Procesal Penal de la nación, 21 de agosto de 1991, art. 354; *Guatemala*: Código Procesal Penal, decreto 51-92 de 1999, arts. 340, 347; *Puerto Rico*: Reglas de Procedimiento Criminal, 1995, reglas 95, 95 A, 95 B.

127 Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 67 numeral 2; Reglas de Procedimiento y Evidencia, Tribunal *Ad Hoc* para la Antigua Yugoslavia, Revisión n° 22 de diciembre 13 de 2001, reglas 66, 67, 68 y 69, 71.

128 Cfr. AL 03 de 2002 artículo 250, numeral 9, inciso 3.

129 Esta clasificación es del sistema estadounidense y puertorriqueño, cfr CHIESA, ERNESTO, ob. cit., págs. 9 a 12.

130 CHIESA, ERNESTO, ídem, pág. 12.

131 CHIESA, ERNESTO, ídem, pág. 12, explicando *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963).

En otras palabras,

“la solicitud específica de información alivia, por así decirlo, el estándar de materialidad exigido a la defensa para lograr que se revoque la convicción”¹³².

En todo caso, el descubrimiento no obliga al fiscal a permitir al defensor acceso irrestricto a su material sobre el caso¹³³, sino que, si el defensor solicita uno de los elementos que se encuentra en poder de la fiscalía y que ésta ha sugerido introducir en el juicio, la fiscalía debe permitirle inspeccionarlo, copiarlo o fotocopiarlo¹³⁴.

Estos elementos que deben descubrirse deben incluir tanto la información que pueda servir para impugnar la evidencia de la fiscalía, como la información exculpatoria.

“No hay por qué tratar en forma distinta la ocultación de evidencia exculpatoria y la ocultación de evidencia de impugnación, desde el punto de vista del debido proceso de ley”¹³⁵.

En los sistemas jurídicos en que se regula de manera exacta la información, en síntesis, debe ser descubierto: declaraciones juradas¹³⁶ del acusado, declaraciones juradas de los testigos y sus antecedentes penales, las pruebas científicas, documentos relevantes a la defensa, antecedentes penales del acusado, informes de policía en relación con el acusado y elementos exculpatorios¹³⁷.

No debe olvidarse que ninguno de estos elementos es prueba, ni puede sustentar decisiones judiciales, hasta tanto no se haya ejercido su contradicción. Se trata, simplemente, de información en poder de la fiscalía, que se pretende introducir al juicio para sustentar la acusación.

132 CHIESA, ERNESTO, ídem, pág. 12. Para un análisis detallado del alcance práctico de esta materia en el escenario internacional. Véase recientemente el caso KRSTOC, ICTI, Appels Chawber, decisión del 19 de abril del 2004, págs. 55-70.

133 Cfr. *United States v. Bagley*, 473 US 667, 675 (1985). Citado por CHIESA, ERNESTO, ob. cit., pág. 8. En el mismo sentido se manifiesta la Regla 95 de Evidencia del ELA, literal d): “No están sujetos a descubrimiento o inspección de la defensa los escritos de investigación legal, informes, memorandos, correspondencia u otros documentos internos que contengan opiniones, teorías o conclusiones del Ministerio Fiscal”.

134 Cfr. Regla 95 de Evidencia del ELA de Puerto Rico.

135 CHIESA, ERNESTO, ídem, pág. 13.

136 Este concepto se refiere tanto a declaraciones juradas extraproceso, como a la versión que voluntaria y espontáneamente haya hecho el imputado a la policía, una vez apercibido del derecho a guardas silencio y asistencia de abogado.

137 Cfr. Regla 95 de Evidencia del ELA de Puerto Rico.

Los elementos de prueba que se descubran deben quedar a disposición de la defensa al menos unos días antes del juicio¹³⁸, con el fin de que ella pueda preparar todos sus argumentos de acuerdo con esa prueba descubierta. No debe entenderse que este procedimiento remplace la necesaria investigación previa a esta fase que debe realizar la defensa en el sistema acusatorio. El descubrimiento es una herramienta que ayuda a fortalecer la defensa, y suple la circunstancia de que ella no tenga a su servicio un cuerpo de policía judicial, como sí lo tiene la fiscalía. Pero la defensa no puede pretender armar su caso únicamente con lo que le pueda suministrar la fiscalía.

En el modelo anglosajón, a diferencia del modelo latinoamericano, es inusual que las pruebas practicadas antes del juicio oral sean admitidas. Esas pruebas, han sido practicadas en audiencia aunque sea fuera del juicio, y sometidas a la contradicción de la defensa, razón por la que no incluyen en el descubrimiento, al suponerse conocidas. El problema es hasta qué punto el descubrimiento de prueba de descargo, la que sustenta la defensa, puede ser solicitado por la fiscalía, sobre todo en casos en que se alega la inimputabilidad¹³⁹, tal y como lo plantea la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal (art. 356, numeral 2).

Como puede verse, el descubrimiento comporta las ventajas de la investigación integral, sin incorporar sus desventajas. Equilibra debidamente la acusación y la defensa, porque mientras no obliga a la fiscalía a investigar a favor de la defensa, de alguna manera permite que la defensa aproveche la investigación de la fiscalía.

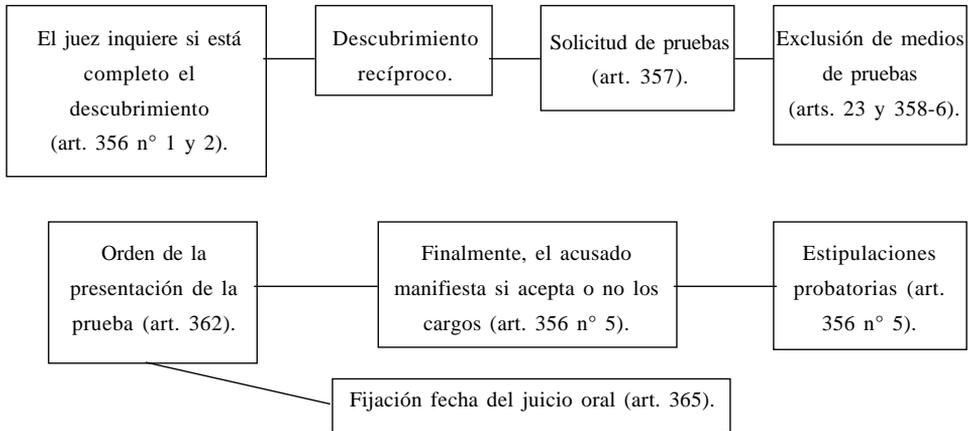
No debe olvidarse que la actividad investigativa de la fiscalía es mucho más intensa que la exigida a la defensa. Mientras la fiscalía debe satisfacer la carga de la prueba que la presunción de inocencia le impone, la defensa debe sembrar una duda suficiente para conseguir la absolución. Es suficiente la duda que lograr crear un vacío en la teoría de la fiscalía, y claramente para introducirla, no hace falta tanta investigación. En síntesis, la fiscalía debe investigar más que la defensa, porque tiene la carga de la prueba, lo cual es una desventaja, pero tiene a su disposición la policía judicial, y en este sentido está en desventaja la defensa. Entonces, el descubrimiento permite que la defensa aproveche la labor de la fiscalía, sin obligarla adicionalmente en su exigente labor investigativa, y tratando de impedir por esta vía que, sin entorpecer la investigación, se llegue a los horrores del pasado inquisitivo.

138 En Puerto Rico (Regla 958 literal b) y en Nicaragua (art. 275 CPP) son diez días.

139 Por ejemplo, cfr. *William v. Florida*, 399 us 78 (1970) en donde el acusado alega una coartada, y la fiscalía objeta la admisión de esa alegación, con base en que el acusado no descubrió ese elementos antes del juicio. El acusado alega que haberlo descubierto atentaría contra su derecho a no autoincriminarse, y la corte niega admisibilidad de evidencia sobre la coartada, por falta de descubrimiento.

2.8. Fase intermedia: audiencia preparatoria

CUADRO 10.



Esta fase busca ser un filtro de los casos que llegan a juicio, de modo que cuando inicie el juicio oral, estén depurados los eventuales vicios o deformidades del procedimiento, e igualmente sean claros los hechos del caso, los hechos debatidos y los que requieren prueba. También busca permitir que las partes desarrollen las conversaciones tendientes a acordar algunos hechos que requieran prueba (estipulaciones probatorias) o a aceptar la culpabilidad.

Esta etapa está compuesta por dos audiencias. La primera de ellas como ya se vio es la audiencia de lectura de la acusación, en la cual los asistentes conocerán los hechos que la fiscalía estima constitutivos de delitos, por los cuales lleva a juicio al hasta entonces imputado. Esta acusación no contiene una calificación jurídica ni una tipificación de las conductas, dentro de los cuales debe enmarcarse estrictamente tanto el juicio oral como la condena. Los hechos externos a la acusación no pueden tenerse en cuenta en el fallo, a menos que sean de carácter exculpatario, ya que en este caso los haría conocer la defensa.

Lo que se busca evitar a través de la acusación fáctica es la violación al principio de congruencia, que dispone que la acusación debe ser coherente con la sentencia. En el sistema de la Ley 600 de 2000, se permite variar la calificación jurídica de la acusación una vez practicadas todas las pruebas, y ello viola el derecho de defensa y desconoce la lealtad procesal. Pero debe contemplarse una solución para los casos en que hay una calificación jurídica incorrecta, con el fin de que un error de este tipo no produzca una absolución a pesar de las pruebas. Por ello, lo más correcto

es que la acusación sea fáctica, con lo cual se evita la absolución por error en la calificación jurídica, y se respeta el principio de congruencia, ya que la sentencia no puede imponer pena alguna por un hecho que no consta en la acusación.

Junto con el escrito de acusación, como ya se expuso en el acápite anterior, la fiscalía debe presentar el descubrimiento de la prueba, que es el remplazo funcional de la investigación integral. No pretende desconocerse que en cualquier investigación, no solamente la de tipo criminal, deben investigarse tanto las tesis a favor de la que se defiende, como las que se esgrimen en su contra, con el fin de realizar una investigación completa y poder sustentas la posición personal. Este principio es aplicable a la investigación criminal.

Con fundamento en la acusación y hasta el inicio del juicio oral, la fiscalía y la defensa pueden adelantar las conversaciones tendientes a lograr una alegación preacordada de culpabilidad. Ésta consiste en que la defensa, ante la contundencia de la prueba ofrecida por la fiscalía, y de manera asistida e inteligente, prefiere declararse culpable que ir a juicio, a cambio de que la fiscalía, por ejemplo, excluya algunos de los hechos de la acusación, que considera constitutivos de un agravante o un delito menor. En líneas generales, permite evitar que se lleven a juicio algunos casos, estimulando una buena investigación, para conseguir que la defensa prefiera no ir a juicio¹⁴⁰.

Las disposiciones que regulan esta fase intermedia buscan también regular las estipulaciones probatorias. Como ya se expuso, la acusación contiene los hechos que van a juicio, requieran o no prueba. Es decir, la acusación puede contener un hecho notorio, un hecho no controvertido, etc. El escrito de acusación no limita la prueba, sino la sentencia, desde el punto de vista fáctico.

Lo que limita la prueba que se lleva a juicio es lo que ocurre en la fase intermedia. El primer límite se encuentra en el descubrimiento, ya que los elementos materiales probatorios que no se mencionen de conformidad con el procedimiento de descubrimiento, no pueden ser aducidos ya al juicio.

El segundo límite se encuentra en los hechos que no requieren prueba, como los hechos notorios, las negativas indefinidas, etc. Ellos tampoco se consideran relevantes desde el punto de vista probatorio, aunque sí frente al fallo.

140 Para un análisis profundo del tema, y un panorama del derecho comparado en la materia, véase GUERRERO PERALTA, ÓSCAR JULIÁN, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

Pasados estos dos filtros, quedan los hechos que requieren prueba, son relevantes para la acusación, cuyos medios de prueba fueron descubiertos. Y a ellos se les introduce un filtro final, y son las estipulaciones probatorias, que son acuerdos entre la fiscalía y la defensa, destinados a que los hechos no controvertidos no sean discutidos probatoriamente en el juicio (art. 372 num. 4). En otras palabras, si las partes están de acuerdo en alguno de los aspectos que, de conformidad con las reglas anteriores, requiera ser probado, pueden oficializar ese acuerdo ante el juez a través de una estipulación probatoria, y así el hecho se considerará probado en los términos de la estipulación y el juez no decretará pruebas sobre él.

El momento correcto de hacerlo es en la audiencia preparatoria. La finalidad es permitir que las partes tengan un término posterior al descubrimiento de la prueba, para realizar estos acuerdos. Por ello, se dispone que primero tenga lugar la lectura de la acusación, con ella el descubrimiento de la prueba (al menos en su mayoría), y se permita a las partes, en esos días que transcurren entre esta audiencia y la preparatoria, conversar con el fin de estipular prueba.

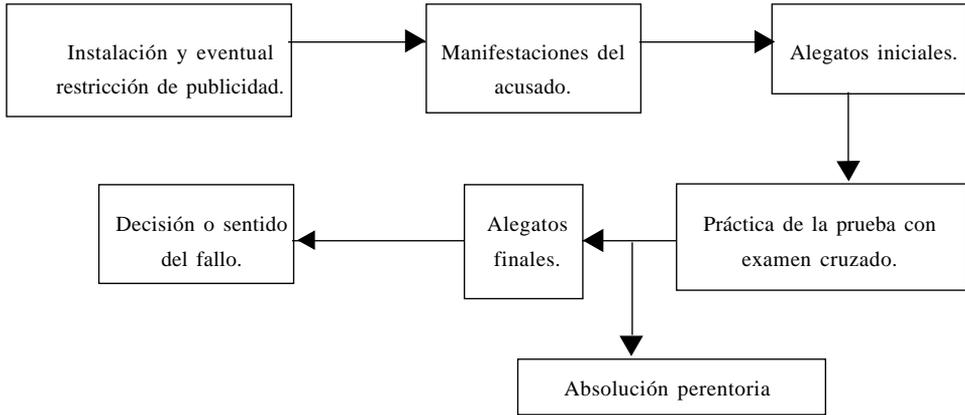
De esta forma, al iniciar la audiencia preparatoria, las partes tendrán la oportunidad de plantear la existencia de alguna nulidad¹⁴¹, en su criterio, y el juez lo decidirá. Luego, expondrán al juez las estipulaciones probatorias a que hayan llegado, para que el juez excluya estos hechos de los que requieran prueba.

El código, además, contempla que sea el juez quien determinará el orden de presentación de la prueba (art. 362); estimo que el texto no es afortunado, dado que podría interpretarse que el juez se encuentra facultado para determinar la manera como las partes van a conducir el debate. Debería interpretarse sencillamente que el juez ordenará que las pruebas pedidas por la fiscalía sean evacuadas primero y luego las de la defensa, salvo lo relativo a la impugnación de la credibilidad de los testigos y peritos.

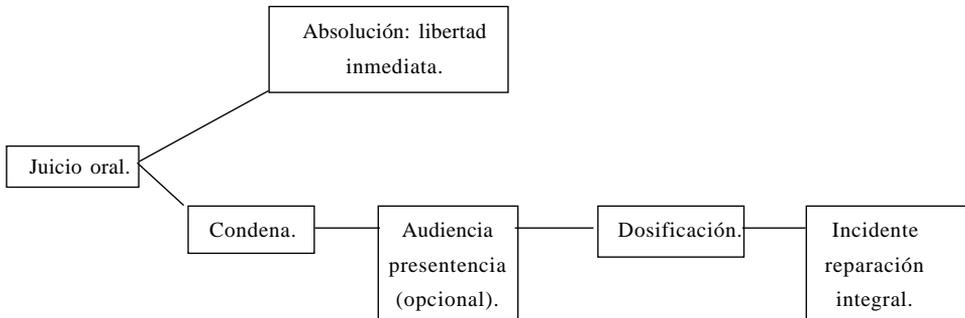
141 Se plantean como causales de nulidad la incompetencia, las violaciones del debido proceso, del principio de concentración o del de publicidad.

2.9. Juicio oral

CUADRO 11.



CUADRO 12.



Esta es la etapa más importante del proceso penal, ya que en ella realmente se debate el fondo del proceso. Es aquí donde se practican las pruebas, el aspecto más importante de todo proceso judicial.

El juicio debe desarrollarse de conformidad con los principios que para el efecto previó el Acto Legislativo. En primer lugar, de manera oral, sin transcripciones y sin suspensiones para decidir, además, públicamente. No se debe restringir la entrada de nadie, salvo que existan razones que lo ameriten y la restricción se decreta dentro de las previsiones destinadas a regularla. En tercer lugar, de manera concentrada, esto es, el juez no podrá atender otro asunto, hasta que no termine el juicio del cual se está ocupando. En cuarto lugar, respetando el principio de

inmediación, que impone que quien dicte el fallo sea físicamente el mismo juez que presencié toda la práctica de la prueba. Y finalmente, permitiendo la contradicción de la prueba, lo cual se logra practicándola de la manera que veremos a continuación.

El juicio oral empieza con la alegación inicial del acusado, quien manifestará, frente a los hechos de la acusación, si se considera culpable o no. Si no hace alegación, se considerará que es de no culpable. Igualmente, hasta este momento se pueden hacer valer los acuerdos de culpabilidad a que hubieren llegado la fiscalía y la defensa.

Posteriormente, la fiscalía, y si lo desea la defensa, harán su presentación de la teoría del caso, en los alegatos de apertura. Una vez hecho eso, iniciará la práctica de las pruebas.

Todas las pruebas se presentarán de manera oral y pública, en desarrollo del principio de contradicción, mediante el examen cruzado de los testigos. Es decir, si el elemento que quiere aducirse no es un testigo, sino un documento, debe declarar alguna de las personas que lo suscribió, o contribuyó en su elaboración, o fue testigo de su suscripción. Si lo que quiere aducirse es un elemento sujeto a la cadena de custodia. Debe aducirse a través de testigos que la acrediten. Estos testigos que se utilizan para aducir evidencia física se llaman testigos de acreditación. A través de ellos deben presentarse todos los elementos físicos que se quieran aducir.

El examen cruzado consiste en que el testigo es entrevistado, en primer lugar, por la parte que lo llamó como testigo, y este interrogatorio directo o examen directo es el que limita el *thema probandum*, sobre lo que declarará el testigo. Luego, en segundo lugar, la contraparte efectúa el llamado contrainterrogatorio, que se dirige a impugnar el dicho o la credibilidad de ese testigo, con el fin de que la audiencia y el juez le den el justo valor al testimonio. En tercer lugar, tiene el turno nuevamente la parte que llamó el testigo, para rehabilitar el dicho del mismo, en el examen redirecto o interrogatorio redirecto. Y finalmente, tiene la palabra de nuevo la contraparte, para efectuar un nuevo contrainterrogatorio que se denomina recontrainterrogatorio. De esta manera se interroga a todos los testigos (incluyendo los de acreditación), e igualmente a los peritos, que deben declarar en el juicio para que quede aducido su dictamen.

En principio rige la regla de la mejor evidencia, por virtud de la cual si existe el testigo presencial, o el documento original, debe presentarse él, en lugar de su copia o relato, respectivamente. Esta previsión se introduce como un desarrollo del principio de inmediación, ya que técnicamente el testimonio “de oídas” es una prueba de referencia, no se hace delante del juez. Sin embargo, la prueba de referencia y la regla de la mejor evidencia tienen excepciones reguladas en el Código de

Procedimiento Penal (art. 438) , con el fin de que la vigencia exagerada del principio de inmediación no obstruya el conocimiento judicial.

Por otra parte, con el fin de construir un juicio lo más transparente posible, se regulan la prueba admisible. Esta regulación tiene dos facetas: la primera de ellas son los llamados privilegios, esto es, conversaciones sobre las cuales no puede versar la prueba, me refiero al contenido de los diálogos entre abogado y cliente, entre cónyuges, entre médico y paciente, psiquiatra y paciente, etc. Con el fin de fomentar la confianza entre estas personas, sus conversaciones no pueden ser objeto de prueba en el juicio, salvo que el titular del privilegio renuncie a él. Con todo, el trámite del Congreso hizo una mixtura entre el anteproyecto y la tesis tradicional de las excepciones del deber de rendir testimonio (art. 383).

Además, se introduce en la regulación legal la conocida doctrina de los frutos del árbol envenenado, con fundamento en la cláusula de exclusión probatoria¹⁴² contenida en el inciso final del artículo 29 Superior, que es común en el derecho comparado¹⁴³. La razón es que los derechos humanos imponen un límite de averiguación estatal a pesar de que la persecución penal es plenamente legítima, los medios a través de los cuales se consigue la aprehensión y prueba de la responsabilidad deben ajustarse a derecho¹⁴⁴. En este sentido:

142 Desde su creación en el derecho anglosajón, la regla o cláusula de exclusión ha tenido detractores. Por una parte, se encuentra la posición mayoritaria, que se refiere a que la sanción para los agentes del Estado que violan el debido proceso y sus garantías, con el fin de conseguir pruebas para el juicio, debe ser la exclusión de esa prueba, porque esa sanción es la que justamente ataca el motor de su conducta, con el fin de que en el futuro, los agentes se preocupen por cumplir la ley, en la conciencia de que si no lo hacen, la prueba que obtengan de todos modos no les servirá. Pero los detractores de la posición mayoritaria arguyen que, mientras que al agente que ha efectuado la violación no le sucede nada, excluir la prueba puede traer la consecuencia de dejar libre a un delincuente, con lo cual la sociedad sufre doblemente. Cfr. CHIESA APONTE, ERNESTO, ob. cit., t. I, pág. 185.

143 Así, la han reconocido el derecho alemán, argentino, español y norteamericano, entre otros, como se expondrá a continuación. Igualmente lo reconoce el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 69 numeral 7, en concordancia con la Regla 63 de Procedimiento y Prueba, numeral 3.

144 “Como rama del derecho público que es, el derecho penal enfrenta al individuo autor de conducta punible con el Estado, parte lesa, quien le exige responsabilidad con base en la tutela que ejerce sobre la sociedad mediante la norma. De ahí que en la relación procesal penal ambas partes se encuentren en pugna: por una parte el Estado, en defensa de su interés legítimo de mantener el orden social y, por otra el individuo, en protección de su derecho a no ser intervenido arbitrariamente en el celoso ejercicio del Estado del derecho a castigar”. RESUMIL DE SANFILIPPO, OLGA ELENA, “En nombre del debido proceso de ley... La garantía constitucional de los derechos individuales a través del derecho penal sustantivo y la etapa investigativa del proceso penal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. LVIII, San Juan, 1989, num. 1, pág. 140.

“el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en sentencia de 14 de junio de 1960, afirmaba, en frase recordada frecuentemente por la doctrina moderna, *que en el proceso penal la investigación o averiguación de la verdad no puede realizarse a cualquier precio*”¹⁴⁵.

En otras palabras, hay unos límites impuestos a la persecución penal en general, y a la investigación en particular, que no pueden ser rebasados en una sociedad democrática. Y si son rebasados los tribunales no pueden ser cómplices de los órganos estatales que violan las leyes. Por esta razón, se ha constituido la regla de exclusión de las pruebas obtenidas en violación del debido proceso¹⁴⁶.

La exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente es el único remedio eficaz. En efecto los métodos prohibidos seguirían utilizándose, si las pruebas por ellos conseguidas tuvieran validez y pudieran ser valoradas. En esos casos, el análisis de los funcionarios investigadores podría ser, si bien pueden llegar a ser sancionados, de todos modos conseguirán los fines que su conducta perseguía, a saber, obtener la prueba buscada y usarla en el juicio. Es por ello que el único remedio realmente eficaz es la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida.

Pero ese efecto debe extenderse, no solamente a la evidencia obtenida ilegalmente sino también a la que se obtenga o derive de ella.

“La prohibición de valoración debe alcanzar no sólo a la prueba obtenida ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas que aun obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera”¹⁴⁷. “De otro modo, las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente”¹⁴⁸.

Reconocer que la prueba obtenida ilegalmente es nula, pero las que se derivan de ella tienen validez, equivaldría a:

“reconocer una mera ineficacia formal a la prueba ilícita, sin trascendencia en la práctica, esto es, *la única forma de asegurar que la misma no producirá efectos en el proceso consiste en reconocer efectos reflejos a la prueba ilícita*”¹⁴⁹.

145 MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 53. Énfasis suplido.

146 La evolución de la exclusión de evidencia desde 1960 ha sido muy fructífera, pasando por errores imperdonables como el caso Schenk v. Suiza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el cual el Tribunal se equivoca concluyendo que “el uso de la grabación ilegal como prueba de convicción no le había privado —al demandante— de un proceso justo”. Cfr. MIRANDA, MANUEL, ídem, pág. 57.

147 MIRANDA, MANUEL, ídem, pág. 107.

148 ROXIN, CLAUS, *Derecho procesal penal*, del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 205.

149 MIRANDA, MANUEL, ídem, pág. 110. Énfasis suplido.

En estos términos, la doctrina de los frutos del árbol envenenado lo que hace es dar plena vigencia a la invalidez de la prueba ilegal. Negarle valor a la prueba obtenida ilegalmente, pero concedérselo a lo que no es más que:

“el fruto de un procedimiento ilegítimo (...) equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medios ilícitos en la persecución penal”¹⁵⁰.

De nada sirve la prohibición de la prueba ilegal como tal, si la información que de ella brota sí puede utilizarse. No se trata tanto de una forma extensiva de la prohibición, sino de un *corolario necesario* de la ilegitimidad de esa prueba.

“De no ser así, es claro que el declarar ilícita una fuente de prueba carecería de toda eficacia práctica, habida cuenta que *siempre podría reproducirse a través de otra fuente de prueba o de un medio probatorio derivados de la fuente ilícita*, de tal modo que resultaría inoperante el efecto disuasivo de la declaración de ilicitud”¹⁵¹.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, sostenido que:

“prohibir el uso directo de estos medios probatorios u tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una *proclamación vacía de contenido efectivo*, e incluso una *incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales* que, indirectamente, surtirían efecto”¹⁵².

Un ejemplo, que clarifica la necesidad de este efecto extensivo, ha sido recurrente en la doctrina:

“si el imputado al que se le suministraron drogas para que hablara reveló el escondite del cadáver, a consecuencia de ello se encuentra el cadáver y se comprueba que los rastros de sangre en él son suyos”¹⁵³.

Aquí, es claro que suministrar drogas a alguien para que confiese atenta, no solamente contra el derecho a guardar silencio, sino contra la dignidad humana.

150 Sentencia de la Corte Suprema argentina, caso Florentino, citado por ALEJANDRO D. CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 240.

151 ASCENCIO MELLADO, JUAN MANUEL, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 89, citado por MANUEL MIRANDA, ob. cit., pág. 110. Énfasis suplido.

152 STS 4 marzo 1997 (R. Ar. 2215). Citada por MANUEL MIRANDA, ídem, pág. 115. Énfasis suplido. En el mismo sentido, cfr. SALTZBURG, STEPHEN, *American Criminal Procedure Chicago*, West, 1988, pág. 357, caso Nardone v. United States, 308 US 338 (1939): [t]o forbid the direct use of methods thus characterized but to put no curb on their full indirect use would only invite the very methods deemed “inconsistent with ethical standards and personal liberty”.

153 ROXIN, CLAUDIUS, ob. cit., pág. 205.

Este atentado haría imposible la utilización de la confesión. Pero si la prohibición probatoria no fuera extensiva, podría utilizarse el cadáver así encontrado y consecuentemente, los rastros de sangre en él hallados gracias a esa confesión, disuadiendo eficazmente la finalidad de la exclusión de esa evidencia.

Evidentemente, la introducción de esta doctrina comporta la dificultad de demarcar un límite de manera exacta.

“La práctica totalidad de la doctrina viene exigiendo la concurrencia de una relación de causalidad entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba lícita que deriva de la anterior”¹⁵⁴,

y puede decirse que esta confluencia de la doctrina se remite a que las pruebas derivadas tengan origen efectivamente en información obtenida con la práctica de la prueba ilícita¹⁵⁵. A pesar de la aludida unanimidad doctrinaria en cuanto a la exigencia, y la claridad conceptual frente al punto, la evolución de la jurisprudencia permite apreciar la dificultad de establecer cuándo una prueba es fruto de otra a efectos de la extensión del efecto prohibitivo.

Por esta razón, y teniendo en cuenta el grave efecto que se genera para el interés en la persecución del delito, la jurisprudencia ha introducido excepciones a la extensión de la exclusión de la evidencia, es decir, casos en los cuales el vicio que afecta una evidencia no se extiende a la que es fruto de ella. Estos eventos se conocen en el derecho norteamericano como las excepciones a la teoría de los frutos de árbol envenenado, y pueden clasificarse en tres eventos principales¹⁵⁶:

- a) *Vínculo atenuado*: es el evento en el cual sí existe un vínculo entre un elemento de prueba obtenido ilegalmente y otro que pretende usarse como prueba, pero esa relación es tan mediata, que no sirve el fin disuasivo de la norma, porque no es probable que los agentes que cometieron la violación estuvieran pensando en la obtención de evidencia en violación de la prohibición. Por lo tanto, al cumplirse el fin principal de la prohibición y su extensión, cual es disuadir a los funcionarios de violar las normas probatorias, resulta excesivo extender la prohibición de aducción o de valoración de esa prueba.

154 MIRANDA, MANUEL, ob. cit., págs. 110 a 111.

155 MIRANDA, MANUEL, ídem, pág. 111.

156 Sobre la formación de esta doctrina, su finalidad y sus excepciones, cfr. CHIESA APONTE, ERNESTO, ob. cit., t. I, págs. 207 a 217. Las citas relacionadas en este escrito permiten advertir cómo esta teoría, a pesar de haber nacido del derecho norteamericano, ha sido adoptada al menos en Alemania, Argentina y España.

- b) *Fuente independiente*: en este caso, no se trata exactamente de una excepción, porque si la fuente es independiente, no estamos ante un *fruto* del árbol envenenado¹⁵⁷, al menos conceptualmente hablando, aunque en el caso concreto sea complejo establecer cuándo un elemento de evidencia sí es y cuando no es fruto de otro.
- c) *Descubrimiento inevitable*: en este caso se trata de un elemento de prueba que sí fue obtenido o conocido gracias a otro, cuya obtención fue decididamente ilegal, pero de todos modos iba a descubrirse, aun prescindiendo de su fuente en el caso concreto. El ejemplo más claro de ello es un caso en el cual:

“la policía obtuvo información ilegalmente del acusado (en violación al derecho a asistencia de abogado) sobre dónde estaba el cadáver de la víctima. A base (*sic*) de esta información los agentes dieron con el cuerpo. La Corte Suprema resolvió que la evidencia era admisible porque inevitablemente se iba a llegar al cuerpo, toda vez que un grupo de 200 voluntarios estaban ya en búsqueda cuidadosamente planificada del cuerpo, que incluía buscar en el lugar donde apareció efectivamente”¹⁵⁸.

Estas tres excepciones han sido recepcionadas en el derecho español, por ejemplo, en un evento en el cual la policía había adelantado unas escuchas ilegales, a partir de las cuales capturó a una imputada de narcotráfico en el aeropuerto a punto de viajar. La condujo a la comisaría y no halló evidencia alguna en su equipaje ni en su persona. Posteriormente se declaró ilegal la detención. Pero el taxista que condujo a la sospechosa a la comisaría encontró un paquete de droga abandonado en su vehículo. El Tribunal Supremo consideró que la obtención de esa prueba era independiente del arresto ilegal, y avaló su admisibilidad¹⁵⁹. Aunque el mismo TS la considera un desarrollo de la fuente independiente, coincidimos con MANUEL MIRANDA¹⁶⁰ en que se trata de una excepción clasificable dentro de vínculo atenuado, porque aunque ciertamente la relación de la droga encontrada con el arresto es remota, la supresión mental del arresto implicaría que esta persona nunca habría abandonado esa evidencia en el taxi, con lo cual el arresto, es causa, aunque bastante remota, de ese hallazgo. De todas maneras, lo que se cuestiona es la clasificación de la excepción, pero para todas las posiciones, es clara su procedencia.

157 Cfr. CHIESA APONTE, ERNESTO, *ídem*, pág. 209.

158 Cfr. Nix v. Williams, 467 US 431 (1984), citado por CHIESA, *ídem*, pág. 211.

159 Cfr. STS 25 enero 1997 (R. Ar. 109). Citada por MANUEL MIRANDA, *ob. cit.*, pág. 118.

160 Cfr. MIRANDA, MANUEL, *ídem*, pág. 119.

También ha tenido aplicación la excepción del descubrimiento inevitable¹⁶¹, a pesar de que la doctrina¹⁶² sostiene que esa tesis solamente es aplicable cuando la finalidad de la exclusión es la disuasión a los funcionarios de cometer actos ilegales (*deferrence effect.*). Me separaron de esta posición, porque esa finalidad es predicable de todo el régimen de exclusión de la prueba ilícita en general, también en el derecho español con fundamento en una de las sentencias citadas del TS, en que se sostuvo que la finalidad es desestimular violaciones a la Constitución. Además, una evidencia que es fruto de otra ilegalmente obtenida, pero que igualmente se habría conseguido, no vulnera el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Porque el resultado de la decisión judicial hubiera sido el mismo, como quiera que la prueba cuya admisibilidad se cuestiona igualmente habría aparecido en el juicio.

Frente a los antecedentes en Colombia, la única regulación constitucional de la prueba obtenida con violación del debido proceso es el citado inciso final del artículo 29. El antecedente de esta norma es igualmente el derecho a la intimidad, como lo es en las decisiones que con mayor vigor han desarrollado esta teoría¹⁶³. Ello puede demostrarse confrontando el proyecto inicial reformativo de la Constitución de 1991, que no incluía esa exclusión más que para el derecho a la intimidad¹⁶⁴, y fue ampliado a todo el debido proceso, al parecer con la finalidad disuasiva mencionada¹⁶⁵.

La Corte Constitucional, en sentencia de unificación de tutela SU 159 del 6 de marzo de 2002 (MP MANUEL JOSÉ CEPEDA) analiza la aplicabilidad de esta doctrina como corolario del inciso final del artículo 29. En primer lugar, la Corte hace una amplia exposición abstracta, caracterizando de esta forma la cláusula de exclusión constitucional:

161 Cfr. STS 18 febrero 1994 (R. Ar. 2341; citado por MIRANDA, ídem, pág. 119.

162 Cfr. MIRANDA, MANUEL, ídem, pág. 120.

163 Cfr. SALTZBURG, STEPHEN, ob. cit., pág. 337: “*Whether there is an exclusionary rule or not, virtually every problem presented up to this point in the chapter exists, because there is a Fourth Amendment*”, vale la pena aclarar que la enmienda cuarta de la Constitución de Estados Unidos de América es la que plasma el derecho a la intimidad. Cfr. en el mismo sentido CHIESA, ERNESTO, ob. cit., t. I, págs. 184 a 214, desarrolla el tema general de la regla de exclusión de evidencia dentro del capítulo del derecho a la intimidad.

164 “la autoridad judicial debe ser informada dentro de las 24 horas siguientes para que decida si convalida las medidas de policía. *Las pruebas así obtenidas no serán admisibles si no se cumplen los requisitos mencionados en este apartado*”. Bastardilla fuera del texto.

165 Cfr. Presidencia de la República, *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*, (Bogotá, febrero de 1991, pág. 124 “inadmisibilidad de pruebas obtenidas ilegalmente, las cuales no se tendrán en cuenta en el juicio”.

1. El fundamento del inciso final del artículo 29 Superior es:

“incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado o a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles u degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos”.

Es decir, la regla de exclusión colombiana tiene igualmente un propósito disuasivo.

2. La exclusión se produce como consecuencia de:

“cualquier violación de los derechos y garantías establecidas en la Constitución” y no solamente se predica de “declaraciones, sino de cualquier otro medio de prueba”.

3. Esta exclusión que se produce no solamente impide un uso particular de la prueba ilegal, sino que:

“impide al funcionario judicial darle efecto jurídico *alguno* a las pruebas” (énfasis suplido) obtenidas en violación de esos derechos.

4. Debe analizarse cada caso concreto:

“la cuestión (...) no se puede responder en abstracto”.

5. Debe haber una afectación sustancial producida por la prueba ilegal, la sola existencia de la misma no vicia todo el proceso en el cual obra.

6. “Coincide con al tenor de dicha norma —inciso final del artículo 29— la tendencia detectada en dichos países —los que consagran la exclusión— en el sentido de que no deben ser admitidas las pruebas que son el resultado de conductas ilícitas o inconstitucionales”.

De modo que la Corte considera aplicable la teoría de los frutos del árbol envenenado al derecho colombiano, con las características anotadas. Luego la Corte analiza el caso concreto, y es aquí donde nos separamos enérgicamente de la opinión mayoritaria, porque consideramos que es incoherente con la exposición abstracta ya reseñada.

La Corte concuerda en que una interceptación de una comunicación sin orden de funcionario judicial (del fiscal), previa, es inconstitucional, y como tal, sufre el efecto del inciso final del artículo 29 Superior. Igualmente, reitera varias veces que las pruebas que sean consecuencia de esa comunicación estarían igualmente

afectadas por el vicio, y deberían excluirse. Pero luego analiza las pruebas y concluye que no se desprenden de la prueba ilegal excluida, arguyendo que son el producto de una fuente independiente. Veamos:

1. Decide que la comunicación fue excluida por la fiscalía y por el juzgador, y en consecuencia, no fue tomada en cuenta. Si bien ello puede ser así formalmente, de nada le sirve al acusado que se diga que la prueba se excluye, si en realidad sí fue el fundamento de la decisión final.
2. La providencia analiza todas las declaraciones de prensa, valoradas como prueba en el proceso penal, que se produjeron debido al público conocimiento que en su momento se tuvo de la comunicación ilegal, para concluir que:

“su obtención obedeció a la libre y espontánea voluntad de los declarantes”.

Es obvio para cualquiera que, si no hubiese existido la comunicación ilegal, ellos no hubieran hecho esas declaraciones. Por ello no es viable que cada una de ellas

“constituye una prueba independiente y separada de la grabación ilícita”.

3. La Corte arguye que existía prueba independiente (*fuentes independientes*) de la comunicación, a saber:

“las certificaciones de TELECOM. Y de las empresas de telefonía privada que en efecto muestran un patrón de contactos entre las personas mencionadas”.

Esas certificaciones, así como las declaraciones de las secretarías a que alude después la providencia, muestran la *existencia* de las comunicaciones, pero *no su contenido*, con lo cual *no existe una prueba independiente del contenido de las conversaciones*.

Por ello, consideramos que la Corte *falló en aludir a una prueba independiente del contenido de las comunicaciones*, y por ello, *lo único legítimo sería anular todas las pruebas referenciadas*. Unas de ellas, porque *sí son fruto de la conversación ilegalmente obtenida*, como quiera que no se hubieran producido, de no existir el público conocimiento de esas conversaciones. Y las otras, porque no son prueba del contenido de la comunicación, y en consecuencia, no son *prueba* de ese contenido, sino simplemente de la existencia de esa comunicación.

En este sentido comparto los argumentos de los magistrados que salvaron el voto:

“efectivamente la prueba ilícita fue propuesta y producida dentro del proceso penal y algunas de las pruebas recaudadas tanto en el sumario como en el juicio derivaron de la grabación prohibida e ilícita tantas veces nombrada. En este orden de ideas, la grabación de la conversación de los funcionarios públicos fue obtenida por medios ilícitos (...) y una vez propuesta y producida dentro del plenario fue utilizada para producir pruebas con el cumplimiento de las ritualidades legales, *pero que sin duda están viciadas ante la existencia de un nexo de causalidad con aquella* (...).

“La Sala de Casación Penal de Corte Suprema de Justicia *admitió, valoró y fundó, por lo menos parcialmente su decisión, en las pruebas que eran consecuencia de la grabación ilegal descartando la interceptación ilícita pero beneficiándose de los frutos que la misma produjo*”¹⁶⁶.

Por las razones expuestas, el Proyecto ha previsto como norma rectora no solamente la exclusión de la prueba ilegalmente obtenida, sino igualmente de la que se derive de ella (art. 23). En todo caso, creo que debe hacerse una ponderación, dirigida a determinar si la irregularidad o violación fue relevante para la integridad del juicio (la teoría del “entorno jurídico” o “ámbito de derechos”), ya que las personas tienen derecho a un juicio *justo*, no a un juicio perfecto. Si de esta ponderación resulta que la violación fue irrelevante, no se debe excluir la prueba. Sin embargo, a pesar de los claros lineamientos; de los antecedentes, el texto hasta ahora aprobado (art. 471), y causa asombro, *eleva como causal de nulidad por violación del debido proceso, precisamente las excepciones a la exclusión de la evidencia prevista en la versión primigenia del artículo 23 citado del Proyecto*.

Volviendo al trámite del juicio oral, una vez finalizada la práctica de las pruebas, tendrán lugar los alegatos de clausura, en los cuales la fiscalía intervendrá en primer lugar, tipificando los hechos que ha anunciado en la acusación y que considera probados en el juicio. El ministerio público y las víctimas tendrán la facultad de hacer igualmente un alegato, así como la defensa. Después de estos alegatos, el juez podrá decretar un breve receso para adoptar el sentido del fallo, que anunciará a la audiencia al cambio del mismo.

La dosificación de la pena, en caso de que la sentencia sea condenatoria, tendrá lugar en audiencia posterior, con fundamento en un informe elaborado por un

166 Salvamento de voto de la sentencia en comento, suscrito por los magistrados JAIME ARAÚJO RENTERÍA, ALFREDO BELTRÁN SIERRA y RODRIGO ESCOBAR GIL.

profesional que pueda evaluar los factores que la ley sustancial prevé como determinantes de la pena. Luego las partes tendrán la oportunidad de controvertir ese informe, al caso de lo cual el juez impondrá en audiencia la pena que considere necesaria al acusado.

3. UNA REFLEXIÓN FINAL

Para concluir, permítaseme recordar que las normas insertas en los códigos, son como las ideas que se encuentran, al decir de PIRENNE, permanentemente expuestas para que los hombres de buena voluntad acudan a ellas y las conviertan en realidad. Ese es el reto de nuestra generación y es lo mínimo que podemos hacer, para que nuestros hijos hereden un país en donde la justicia no sea sólo una utopía.

