

MÓDULO DE FORMACIÓN PARA FISCALES EN:

“ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL”

Versión preliminar para trabajo

Bogotá D.C. , noviembre 2007



FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario Germán Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Guillermo Mendoza Diago
Vicefiscal General de la Nación

Mariana Gutierrez Dueñas
Secretaria General

Sonia Stella Romero Torres
Directora Nacional Administrativa y Financiera

Marilú Mendez Rada
Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación

Alicia Ledesma Zapata
Directora Nacional de Fiscalías

Francisco Javier Echeverri Lara
Director de Asuntos Internacionales

Ramiro Alonso Marín Vásquez
Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia



ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES

Jeaneth Niño Farfán
Directora (e)

EMBAJADA NORTEAMERICANA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

Paul Vaky
Director Regional
Oficina de Capacitación en Sistemas Procesales para América Latina
OPDAT

FISCALES EN COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DE
MATERIALES EDUCATIVOS Y CAPACITACIÓN EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Jaime Ángel Londoño

Pedro Oriol Avella Franco

Luís Fernando Bedoya Sierra

José Alfredo Jaramillo Matiz

Néstor Armando Novoa

Piedad Lucia Vanegas

Adriana Villegas Arango



MÓDULO DE ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

TABLA DE CONTENIDO

Objetivo general

Capítulo I

1. Modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002 al Procedimiento Penal Colombiano
 - 1.1. Objetivos Específicos
 - 1.2. Naturaleza constitucional del procedimiento penal colombiano
 - 1.3. Modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política
 - 1.3.1. Artículo 116
 - 1.3.2. Artículo 250
 - 1.3.3. Artículo 251

Capítulo II

2. Características del Sistema Penal Acusatorio
 - 2.1. Objetivos Específicos
 - 2.2. Generalidades
 - 2.3. Sistema Continental Europeo
 - 2.4. Sistema Anglosajón
 - 2.5. Conclusión

Capítulo III

3. Principios Rectores y Garantías Procesales
 - 3.1. Objetivos Específicos
 - 3.2. Generalidades
 - 3.3. Normas de Naturaleza o de Contenido Fundante
 - 3.4. Normas de Naturaleza o de Contenido Garantista
 - 3.5. Normas de Naturaleza o de Contenido Funcional



Capítulo IV

4. Instituciones Básicas del Sistema Penal Acusatorio
- 4.1. Objetivos Específicos
- 4.2. Generalidades
- 4.3. Distinción entre funcionarios que investigan y acusan y los que juzgan
- 4.4. La función de control de garantías
- 4.5. Juicio Público, oral, contradictorio y concentrado
- 4.6. Supresión del principio de permanencia de la prueba
- 4.7. El principio de oportunidad

Capítulo V

5. Proceso Penal Colombiano
- 5.1. Objetivos Específicos
- 5.2. Fases del proceso Penal Colombiano
- 5.2.1. Indagación
- 5.2.1.1. Límites y términos de la indagación
- 5.2.1.2. Funcionarios que intervienen en la indagación
- 5.2.2. Investigación
- 5.2.2.1. Límites y término de la fase de investigación
- 5.2.2.2. Funcionarios que intervienen en la Investigación
- 5.2.3. Juicio
- 5.2.3.1. Límites y términos del juicio
- 5.2.3.2. Funcionarios que intervienen en el Juicio

Capítulo VI

6. Audiencias Preliminares
- 6.1. Objetivos Específicos
- 6.2. Audiencias preliminares



Capítulo VI I

- 7. Audiencias del juicio
- 7.1. Generalidades
- 7.2. Audiencia de Formulación de Acusación
- 7.3. Audiencia Preparatoria
- 7.4. Audiencia de Juicio Oral
- 7.5. Incidente de Reparación Integral
- 7.6. Audiencia de Sentencia

Capítulo VIII

- 8. Formas de Terminación del Proceso Penal
- 8.1. Generalidades
- 8.2. Formas de Terminación del Proceso Penal
- 8.2.1 El archivo
- 8.2.2 La conciliación
- 8.2.3 Los preacuerdos
- 8.2.4 El principio de Oportunidad
- 8.2.5 La Absolución Perentoria
- 8.2.6 La preclusión

Capítulo IX

- 9. Providencias Judiciales, Notificaciones y Recursos
- 9.1. Providencias judiciales
- 9.1.1. La Sentencia
- 9.1.2. Los Autos
- 9.1.3. Las Órdenes
- 9.1.4. Requisitos de las decisiones
- 9.1.5. Prohibición de transcripciones
- 9.1.6. Bases de datos
- 9.2. Notificaciones en el Proceso Penal
- 9.2.1. Formas de notificación
- 9.2.2. Citaciones
- 9.3. Recursos Ordinarios



9.3.1. Recurso de reposición

9.3.2. Recurso de apelación

9.3.2.1.Trámite

9.3.2.2.Recurso de apelación contra autos

9.3.2.3.Recurso de apelación contra sentencias

9.3.2.4.Efectos

Capítulo X

10. Estructura de la Persecución Penal

10.1. Objetivo Específico

10.2. Diagrama de Flujo del Procedimiento Penal







Objetivo General

Que el discente conozca la estructura del sistema procesal penal introducido por el acto legislativo número 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004 reformada por la Ley 1142 de 2007, de manera que esté preparado para cumplir sus funciones como fiscal delegado ante los jueces de garantías, los jueces de preclusión y los jueces de conocimiento.

Capítulo I

1. Modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 03 de 2002 al Procedimiento Penal Colombiano

1.1. Objetivos Específicos

1. Estar en capacidad de distinguir los cambios que el acto legislativo introdujo al procedimiento penal colombiano.
2. Que el discente pueda aplicar las innovaciones constitucionales del acto legislativo número 03 de 2002 en las actividades que le corresponde desarrollar en el ejercicio de sus funciones

1.2. Naturaleza constitucional del procedimiento penal colombiano

Los desarrollos jurisprudenciales, especialmente los que tuvieron lugar a partir de la Carta de 1991, dejaron manifiesta la constitucionalización del sistema de enjuiciamiento penal colombiano.

El acto legislativo número 03 de 2002¹, introdujo una marcada tendencia acusatoria del proceso penal, que si bien de una parte tiene por objeto la protección de bienes jurídicos de alta consideración, en procura de obtener un orden social justo², de otra,



FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

se fundamenta en la protección y la garantía de los derechos fundamentales del implicado y de la víctima.³

Bajo tales premisas el procedimiento penal actual limitó las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación a eventos eminentemente excepcionales. Frente a los actos de investigación que pudieren afectar derechos fundamentales, estableció controles de legalidad que deben surtirse ante los jueces, guardando el equilibrio necesario entre la eficiencia del procedimiento y el respeto a los derechos del inculcado y de la víctima, materializando de esta forma el bloque de constitucionalidad.

La base del sistema acusatorio colombiano se encuentra en los principios y normas rectoras que integran su estructura. Son los mismos de contenido prevalente, y a través de ellos se reflejan las pretensiones democráticas del Estado Social y de Derecho, especialmente las garantías de dignidad humana, libertad e igualdad, con lo que se impone una interpretación constitucional de las instituciones de orden procesal.

En otras palabras, las normas rectoras incluidas en el título preliminar explican su razón de ser desde una perspectiva esencialmente constitucional, es decir, su contenido permite afirmar la naturaleza constitucional del proceso penal, en la medida en que marcan los derroteros filosófico y teleológico de los derechos y garantías fundamentales, con lo cual además, se constituyen en parámetros esenciales en la interpretación y aplicación de sus normas.

Analizado el sistema penal colombiano desde el enfoque procesal constitucional, se concluye que la ley fundamental resulta determinante de su estructura, en tanto fundamenta todas las instituciones que de él hacen parte.

Con todo, es necesario tener presente que el acto legislativo 03 de 2002, produjo cambios “en ciertos artículos de la parte orgánica más no en la dogmática y, por tanto, se hace necesario interpretar las modificaciones por él introducidas teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución”⁴, lo que equivale a que las normas del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), deben comprenderse y aplicarse conforme a los derechos fundamentales y a los principios consagrados en la Constitución⁵.

⁴ Sentencia T-091/2006, página 12

⁵ SU 062 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, citada por la T-091/2006



1.3. Modificaciones a los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política

Resulta pertinente referir de manera particular a las reformas normativas introducidas por el Acto Legislativo a la Ley Fundamental.

1.3.1. Artículo 116

Lo novedoso de esta modificación es la facultad atribuida a los particulares para actuar como jurados en las causas criminales, incluyéndolos en la categoría de quienes administran justicia de manera transitoria.

Reflejo de ese dispositivo es el contenido del numeral 8, artículo 31 de la ley 906 de 2004.

Por manera que si bien en la actualidad no se encuentra reglamentada la intervención del jurado en el proceso penal, las disposiciones comentadas permiten vislumbrar la posibilidad de su futuro establecimiento.

1.3.2. Artículo 250

Las variaciones que el Acto Legislativo introdujo a este artículo se concretan en lo siguiente:

1.3.2.1. Se mantiene en la Fiscalía General de la Nación la función de adelantar el ejercicio de la acción penal y en consecuencia le corresponde investigar los hechos que tienen características de un delito, identificar sus autores y partícipes, y promover la acusación ante los jueces competentes.

1.3.2.2. Crea la figura del juez con función de control de garantías.

1.3.2.3. Aunque la persecución penal sigue siendo una obligación constitucional para la Fiscalía General de la Nación⁶, se introduce la posibilidad de suspender, interrumpir



o renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del principio oportunidad, cuando así lo permitan circunstancias de política criminal, de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del Código de procedimiento Penal, atendiendo las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación (art. 330 Ley 906 de 2004)⁷, previo control formal y material del juez de garantías⁸.

1.2.3.4. Las funciones judiciales de la Fiscalía General de la Nación se restringieron a eventos excepcionales, específicamente determinados en la Constitución y la ley. En ejercicio de las mismas, le corresponde asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, solicitando al juez que ejerce funciones de control de garantías la adopción de las medidas de aseguramiento a que haya lugar.

Esta norma constitucional, prevé la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación excepcionalmente pueda realizar capturas con los límites y en los eventos indicados en la ley. Tal facultad se desarrollaba por los artículos 2 y 300 de la Ley 906 de 2004, disposiciones que fueron declaradas inexequibles por las sentencias C-730, C-799 de 2005; y C-1001 de 2005, respectivamente.

Sin embargo, la Ley 1142 de 2007, por su artículo 1º, reformó el 2º de la Ley 906 de 2004 modificando su inciso tercero, de tal manera que queda abierta la posibilidad de captura excepcionalmente ordenada por la Fiscalía General de la Nación al decir que en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la misma al juez de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes⁹. Igualmente, por el artículo de la mencionada ley se revivió el 300 de la Ley 906 de 2004, con lo cual se reestableció la facultad excepcional para que el Fiscal General de la Nación o su delegado pueda expedir orden de captura, escrita y motivada, en los eventos en que proceda la detención preventiva y en las circunstancias particularísimas que describe la norma, en la pretensión de ajustar la facultad de ordenar aprehensiones por parte

⁶ Arts. 250 de la C. P. y 66; 322 de la Ley 906 de 2004

⁷ Resoluciones Nos. 0-6657 y 0-6658 del 30 de Diciembre de 2004

⁸ Ver C-979/05 MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño

⁹ Por cuenta de este mandato, que además tiene categoría de "principio" rector, se estima que aún en los casos en los que se decreta libertad por el fiscal, es menester llevar a efecto audiencia de control de legalidad respecto de la captura ante el juez de garantías, manera por la cual queda zanjada discusión que antes de la aludida reforma se presentara al respecto.



del ente acusador, a las directrices constitucionales plasmadas en las providencias que se citaron en el párrafo anterior.

1.2.3.5. El ente acusador está facultado para ordenar, en el curso de las investigaciones, registros, allanamientos, incautación de bienes e interceptación de comunicaciones, sometiendo a control judicial posterior los motivos fundados que sirvieron de base para decretarlas, junto con la orden y los resultados, dentro de las treinta y seis horas siguientes.

1.2.3.6. La Fiscalía General de la Nación deberá asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. De ser necesaria la imposición de medidas adicionales que afecten los derechos fundamentales, se debe obtener la autorización del juez de control de garantías.

1.2.3.7. Con el escrito de acusación se inicia la fase del juicio, caracterizada por la oralidad, la contradicción, la concentración y la inmediación de las pruebas.

1.2.3.8. A solicitud de la Fiscalía General de la Nación, presentada en cualquier momento, le corresponde al juez de conocimiento precluir las investigaciones cuando no exista mérito para acusar. Durante la etapa de juzgamiento y solo por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal e inexistencia del hecho investigado, la defensa y ministerio público podrán hacer la misma solicitud.

1.2.3.9. Le corresponde al juez de conocimiento ordenar, a solicitud de la Fiscalía, las medidas judiciales para asistir a las víctimas, disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con la conducta punible.¹⁰

1.2.3.10. El numeral 7º del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, asignó a la Fiscalía General de la Nación la facultad de velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal.

¹⁰ En las fases de indagación e investigación, es el juez de control de garantías quien a solicitud de la Fiscalía, la víctima (C-209/07) o del ministerio público, en audiencia preliminar, tiene la potestad de adoptar las medidas necesarias para la protección de las víctimas y los testigos (Art. 154-2 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007)



Ahora bien, el numeral 6 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, atribuye de manera concreta a la Fiscalía la atribución de velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que pretenda presentar.

Entre tanto la protección de los testigos y peritos de la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la providencia C-592 de 2005, en la al respecto señaló:

“En reiteradas oportunidades, la Corte se ha pronunciado en relación con las finalidades y funciones tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Defensoría del Pueblo. Se ha recordado que el Constituyente diseñó el marco general de acción para cada uno de estos órganos, asignó funciones y atribuciones expresas para garantizar la efectividad de las funciones que cada uno cumple. Esto no significa, sin embargo, que las funciones constitucionales atribuidas a cada uno sean las únicas que pueden desarrollar estos órganos, como quiera que de acuerdo con los numerales 9 del artículo 250 y 8 del artículo 282 de la Carta, la ley puede conferirles nuevas atribuciones. El análisis del artículo 282 superior lleva a la conclusión que el numeral 8° de esta disposición señala claramente que la enumeración de las atribuciones de la Defensoría del Pueblo realizada por el Constituyente, no es taxativa, pues se permite al legislador otorgarle competencias adicionales a las que allí se señalan. En tanto al Defensor del pueblo compete orientar e instruir en el ejercicio y defensa de sus derechos a los habitantes en el territorio colombiano y a los colombianos en el exterior, no resulta para nada alejado del cumplimiento de dicha función la asignación de competencias en materia de protección de testigos y peritos que una persona pretenda hacer valer para asegurar su defensa.”¹¹

La función de salvaguardar la seguridad de los miembros del jurado y jueces, le fue asignada, por la norma legal en comento, al Consejo Superior de la Judicatura, con lo cual y a pesar de la aparente contradicción con la norma constitucional, la línea jurisprudencial a que se hizo referencia, también aquí, impone concluir que es entonces al ente rector de la judicatura al que le corresponde aquella función.

1.2.3.11. A diferencia de lo establecido antes de la modificación, no está obligada la Fiscalía General de la Nación a investigar lo favorable al procesado. Con todo, si en el curso de la gestión investigativa encontrare elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida favorable al acusado, es deber del

¹¹ Sentencia de Junio 9 de 2005, M.P. ALVARO TAFUR GALVIS



fiscal del caso mencionarlos en el documento anexo al escrito de acusación (art. 337 ley 906 de 2004).¹²

1.3.3. Artículo 251

El Acto Legislativo introdujo en el numeral 3, la posibilidad de que el Fiscal General de la Nación asuma directamente las investigaciones y procesos, sea cual fuere la etapa procesal en que se encuentren. Le atribuyó la facultad de asignar y desplazar libremente a sus servidores en los casos que adelanten; y, en virtud de los principios de unidad de gestión y jerarquía, la potestad de fijar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados.

1.4 Taller

Ejercicios de auto evaluación:

1. Complete las siguientes frases
2. Los componentes relevantes que intervienen en la modificación al acto legislativo 03 de 2002 son:

Capítulo II

2 Características del Sistema Penal Acusatorio

2.1. Generalidades

Preciso es tomar en cuenta que a través de la historia, los estados han transitado por diversos sistemas de enjuiciamiento penal, que por sus características esenciales

Sentencia C-1154 de 2005n



se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo.

Respecto del segundo, debe significarse su adopción por estados de condiciones antidemocráticas, dictatoriales y despóticas, que utilizaron el sistema penal como herramienta para la perpetuación del poder, matizado esencialmente por la circunstancia de ser el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que ejercía las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución.

La escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba y entre éstas la de confesión lograda mediante la tortura, en los famosos juicios de Dios, eran las notas diferenciadoras.

Por el contrario, desde las antiguas Grecia y Roma, en donde tuvo sus orígenes, el sistema acusatorio se aprecia en estados democráticos, y de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones.

Junto a la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, son las condiciones más connotantes del sistema acusatorio.

Se impone reconocer que en nuestro país imperaron sistemas de corte inquisitorial, que fueron cediendo espacio, precisamente por el constante reconocimiento de derechos fundamentales establecidos en la Carta, que debían reflejarse en el proceso penal, hasta concluir, especialmente por vía jurisprudencial, en la constitucionalización del proceso penal.

Fue así como con ocasión de la entrada en vigencia de la Carta de 1991, se perfilaron sistemas procesales (D. L. 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000) con alguna tendencia acusatoria hasta arribar a la modificación sustancial que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo código de procedimiento penal, adoptándose un sistema con preferente adscripción acusatoria.



Para entender la estructura del sistema penal acusatorio, es necesario considerar las características básicas de los sistemas procesales penales de origen anglosajón y continental europeo, como quiera que varios de los institutos que lo fundamentan, se inspiraron en ellos.

Es importante recordar, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que “... en la interpretación del nuevo Código de Procedimiento Penal, se debe partir de la premisa de que la estructura del mismo adoptada mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 no corresponde exactamente a ningún modelo puro. La anterior aseveración encuentra respaldo adelantando un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo, que resalta las características propias que presenta nuestro sistema procesal penal, sistemas extranjeros que podrán ser tenidos en cuenta solo como un elemento de juicio, de apoyo o de conocimiento para la comprensión del nuevo sistema procesal penal”.¹³

2.2. Sistema Continental Europeo

Respecto a las características de este sistema la Corte Constitucional en la citada sentencia C-591 de 2005, manifestó:

“...los modelos procesales penales de ascendencia continental europea, si bien presentan ciertas particularidades, se rigen por ciertos principios comunes del sistema acusatorio, como pasa a explicarse.

a. En algunos países, la Fiscalía hace parte de la rama judicial. En Alemania, por el contrario, es una autoridad independiente, es decir, no hace parte de la rama ejecutiva ni de la judicial¹⁴. De allí que, como afirma Roxin¹⁵, la Fiscalía no puede ser equiparada, de manera alguna, a un juez; pero tampoco es una autoridad administrativa. Así pues, dado que se le confía la administración de justicia penal, su actividad, al igual que la del juez, no puede estar orientada a las exigencias de la administración, sino que se

¹³ Sentencia C-591 de 2005

¹⁴ Claus Roxin, *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Bogotá, 2004

¹⁵ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, Pág. 53



encuentra vinculada a los valores jurídicos, esto es, a criterios de verdad y justicia. En consecuencia, un fiscal no puede ser obligado por su superior jerárquico a sostener una acusación o a dejar de perseguir a un sindicado.

b. En consonancia con lo anterior, el fiscal no es técnicamente una “parte procesal”. De allí que no sólo debe reunir material de cargo contra el imputado, sino que es su obligación “investigar las circunstancias que sirvan de descargo”¹⁶.

c. De igual manera, la Fiscalía, en principio, está obligada a acusar ante la ocurrencia de hechos punibles, en virtud del principio de legalidad. En consecuencia, es el principio de legalidad y no criterios de conveniencia, el que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal. De igual forma, aquél sólo puede terminar anticipadamente en los casos en que así expresamente lo señale la ley, sin que tal decisión pueda depender de la discrecionalidad de funcionario alguno¹⁷. No obstante, en países como Alemania, con fundamento en el principio de oportunidad, la Fiscalía puede decidir sobre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aún cuando la investigación conduzca, con cierto grado de probabilidad, al resultado de que el sindicado cometió un delito. Con todo, es la ley, la que establece los casos en los cuales resulta aplicable el mencionado principio¹⁸.

d. Existe una clara distinción de las funciones de acusación y juzgamiento en órganos distintos. Así, el sistema se estructura sobre una contienda entre dos partes, acusador y acusado, resuelta por un funcionario judicial independiente e imparcial.

e. Uno de los principios básicos del sistema acusatorio de corte europeo, es aquel de la “igualdad de armas”, encaminado a asegurar que acusador y acusado gocen

¹⁶ *Ibidem*, p. 53

¹⁷ Faustino Cerdón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002, p. 21

¹⁸ La StPO de 1987 (Ordenanza del Proceso Penal) establece las siguientes causales de procedencia del principio de oportunidad cuando (i) el reproche por el hecho es insignificante y no existe interés alguno en la persecución penal; (ii) el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; (iii) el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal; y (iv) existen intereses estatales prioritarios



de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, “que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”¹⁹.

f. El juicio está regido por los principios de oralidad, publicidad y celeridad. Así, todo lo que sucede en el proceso, bien sea el interrogatorio del testigo, la producción de la prueba o los alegatos, deben ser llevados a cabo oralmente. De igual manera, la etapa de juzgamiento es pública, con determinadas restricciones, con el propósito de consolidar la confianza de la ciudadanía en la administración de justicia; e igualmente, el juicio se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que un proceso penal afecta severamente los derechos fundamentales del sindicado, y asimismo, la efectividad de los medios de prueba disminuye con el transcurso del tiempo²⁰.

g. En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

h. En lo que concierne a los juicios en ausencia, el Código Procesal Penal Alemán, en su artículo 276 dispone “Un inculpado se considera ausente si su residencia es desconocida o si reside en el extranjero y su comparecencia ante el tribunal competente no es factible o apropiada”, y más adelante, el artículo 285 reza “Contra el ausente no tendrá lugar ninguna vista oral”²¹.

¹⁹ Tribunal Constitucional Español, STC 90/ 1994

²⁰ Claus Roxin, *ob. cit.* p. 116

²¹ Código Penal Alemán StGB y Código Procesal Penal Alemán StPO, Emilio Eiranova Encinas (Coord.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2000, p. 186



2.3. Sistema Anglosajón

En cuanto a este sistema, la misma Corporación señala sus aspectos más importantes, así:

“a. Los fiscales federales son funcionarios del poder ejecutivo que dependen directamente del Fiscal General de los Estados Unidos o “Attorney General”, quien fija las pautas básicas que van a orientar a sus subalternos en la persecución de delito²² y responde políticamente por las actuaciones del órgano de investigación²³. Se trata, por tanto, de una estructura rígida y jerarquizada.

b. Las órdenes de arresto son emitidas por un juez con base en una “causa probable”, la cual, según exigencia de la Cuarta Enmienda constitucional, debe estar apoyada en una declaración jurada. Una vez la persona es capturada, en el menor tiempo posible, es llevada ante el juez para la realización de una vista preliminar, durante la cual es informada de sus derechos constitucionales, se le hace saber que tiene derecho a reclamar la realización de una audiencia preliminar, el fiscal o “prosecutor” expone los motivos que justifican privar de la libertad al ciudadano, y finalmente, el juez decide si concede o no, bajo fianza, la libertad al indiciado²⁴.

c. Dentro del término de 15 días se debe realizar una audiencia preliminar o “preliminary hearing”, cuyo objeto consiste en que el fiscal someta a consideración del juez los cargos que considera suficientes para llevar al ciudadano a juicio. Al término de la audiencia, el funcionario judicial decide si el Estado ha satisfecho o no el requisito de demostrar, prima facie, que existen razones para considerar al imputado responsable del delito en cuestión, caso contrario ordenará retirar los cargos y la inmediata libertad de aquél.

d. Antes del juicio, la defensa tiene el derecho a requerirle al fiscal que descubra las pruebas exculpatorias, figura conocida como “discovery”²⁵, con el propósito de

²² Paul W. Tappan, *Criminal Procedure*, Boston , 1990

²³ E. Hendler, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996

²⁴ Robert Carp, *Judicial Process in America*, Universidad de Houston, 1990

²⁵ A partir del caso *Brady vs. Maryland*, la cláusula constitucional del debido proceso obliga al fiscal a revelarle a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, así sea favorable al acusado. Ver al respecto, Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Brady vs. Maryland*, 373, U.S. 83 (1963)



garantizar la vigencia del principio de igualdad de armas. De igual manera, el fiscal puede realizar concesiones o “plea bargaining” al sindicado, a cambio de la aceptación de su responsabilidad, lo cual implica renunciar a su derecho a un juicio. Los beneficios suelen consistir en una rebaja de pena o en la imputación de menos cargos. Una vez acordada la negociación debe serle comunicada al juez.

e. La siguiente etapa procesal, es decir, el juicio oral y público, tiene su fundamento en la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y Distrito donde se haya cometido el delito”. Este derecho se extiende no sólo al acto del juicio propiamente sino a otras etapas procesales similares a éste²⁶; pero, desde hace más de un siglo ha quedado establecido que dicha cláusula constitucional no se aplica para delitos menores o “petty crimes”²⁷.

f. El juicio se inicia con los alegatos del fiscal y continúan con aquellos de la defensa. Se trata, simplemente, de presentarles al juez y a los miembros del jurado, el respectivo caso. Posteriormente, cada una de las partes aportará sus pruebas, tendrá derecho a conainterrogar o “cross examination”, y además, de conformidad con la Enmienda Sexta constitucional “en todos los procesos criminales el acusado disfrutará del derecho a carearse con los testigos”.²⁸ Cabe señalar que el juez preside el debate, ya que se entiende que son las partes quienes deben presentar sus pruebas y argumentaciones. Luego de la rendición del veredicto²⁹, el juez pronunciará inmediatamente su fallo, en el sentido de absolución o culpabilidad.

g. Se trata de un proceso adversarial o “adversarial system”³⁰ entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un acusador, quien pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia.

²⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Waller vs. Georgia*, U.S. 39 (1984)

²⁷ Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Edit. Forum, 1995, p. 187

²⁸ Ver al respecto, Corte Suprema Americana, asunto *Chambers vs. Mississippi*, 410 U.S. 204 (1973)

²⁹ Reid Hastie, *La institución del jurado en los Estados Unidos*, Madrid, Civitas, 1983

³⁰ William Pizzi, *Trials without Truth. Why our system of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*, Tecnos, 1999., p. 60



h. En materia probatoria, la iniciativa queda en manos de las partes y se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio³¹, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con ésta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol envenenado o “fruits of the poisonous tree”, la cual ha venido siendo atenuada en casos de vínculo atenuado³², fuente independiente³³ y descubrimiento inevitable³⁴.

i. En lo que concierne al principio de oportunidad, en el sistema americano el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, por razones tales como la causa probable, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido³⁵.

2.4. Conclusión

El máximo Tribunal Constitucional, luego de la comparación de los esquemas continental europeo y anglosajón respecto del sistema acusatorio adoptado por el Acto Legislativo 03 de 2002, mediante la ley 906 de 2004, concluyó:

“(…) la realización de un parangón entre los modelos acusatorios americano y continental europeo evidencia, una vez más, que el nuevo modelo procesal penal colombiano no se adscribe a ninguno de los anteriores sino que por el contrario presenta numerosas e importantes particularidades, que es preciso tener en cuenta al momento de interpretar la Ley 906 de 2004”.

Con todo, bueno es decir, que el proyecto presentado a la Comisión Permanente

³¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *United States vs. Calandra*, 414, U.S. 338 (1974)

³² Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nardone vs. United States*, 308, U.S. 388 (1939)

³³ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Silverthorne*, 251 U.S. 385 (1920)

³⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos, asunto *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)

³⁵ Claudio Vitalone, *La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad*, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005, p. 143



Constitucional que sirvió de base para sus trabajos y luego para la expedición de la Ley 906 de 2004, fue basado en el Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico cuya tendencia es anglosajona.

Es igualmente necesario recordar que frente a específicos temas como el de la cláusula de exclusión, la propia Corte Constitucional ha reconocido que nuestro sistema procesal ha tomado fuente en la jurisprudencia norteamericana.³⁶

Otro tanto ocurre frente al tema del descubrimiento de evidencia y la posibilidad de recaudarla y hacerla valer en juicio por parte de la defensa, tal como lo describe la Corte Constitucional en la sentencia C-1194/05 en la que a pie de página sobre el particular expresa “La doctrina especializada ubica el origen de la figura en el diseño procesal norteamericano, particularmente en el proceso *Roviaro Vs United Status*, del que conoció la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ante la necesidad de que la defensa tuviera oportunidad de producir evidencias a su favor, la Corte Suprema estableció que, en aplicación del principio de justicia procesal (fairness), la Fiscalía estaba obligada a revelar la identidad de un testimonio que adujo como prueba de cargo. Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia ha extendido los alcances del principio buscando que la Fiscalía revele información y evidencia relevante para el proceso, siempre y cuando la misma no esté sujeta a una reserva específica. Entre las decisiones más importantes en la materia figuran *Money Vs Holohan* 294 U.S. 103 (1935); *Brady Vs Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) y *United Status Vs. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976) Ver, “Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal”. Oscar Julián Guerrero Peralta, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 282”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sobre el particular ha expresado lo siguiente:

“Tal parangón posibilita de inmediato reconocer que el modelo de justicia bajo el régimen acusatorio insertado en la realidad procesal nuestra parece tener un predominante origen en aquellos sistemas continentales europeos, como que sigue siendo ostensible el predominio del principio de legalidad ejercido por el juez, que

³⁶ SU 159 de 2002, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa



se hace manifiesto en la determinación del cambio de radicación de un proceso, la definición de la conexidad y de competencia, el decreto de medidas cautelares sobre bienes, el control de las medidas asegurativas y sobre la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, o sobre el escrito de acusación, mediando en el descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas, o interrogando a los testigos, o en relación con la aprobación de los preacuerdos y negociaciones celebrados entre Fiscalía y acusado que puede rechazar si advierte vulneración de “garantías fundamentales”, además de decidir sobre la pertinencia y admisibilidad de pruebas que se han de llevar al juicio, asistiéndole inclusive la posibilidad al juez de control de garantías –no así al de conocimiento-, de decretar pruebas de oficio en defensa de los derechos y garantías (C-396 del 2.007).”³⁷

De manera que si bien, la estructuración de algunos institutos permite deducir alguna tendencia al sistema continental europeo, como por ejemplo el principio de oportunidad reglado, queda claro que también encuentra fuente en el sistema anglosajón.

Capítulo III

3. Principios Rectores y Garantías Procesales

3.1. Objetivos Específicos

3.1.1. Que el alumno obtenga una aproximación a los conceptos de regla, principio, valor y norma rectora; se inquiete por la actualidad doctrinaria y jurisprudencial de la temática en mención, así como respecto de la llamada constitucionalización del Proceso Penal.

3.1.2. Que los destinatarios comprendan que los principios o normas rectoras y las garantías procesales, constituyen disposiciones superiores trascendentales

³⁷ C.S.J. Cas. Julio 27 de 2007, Proceso 26468 M.P. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO



para la interpretación y aplicación de las restantes previsiones del Código de Procedimiento Penal.

3.2. Generalidades

A diferencia de lo escogido por el Legislador de 2000³⁸, que prefirió llamar su título preliminar, “Normas Rectoras”, el código³⁹ que desarrolló la implementación del sistema de enjuiciamiento con marcada tendencia acusatoria que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2003, optó por denominarlo “Principios Rectores y Garantías Procesales”.

Las precisiones conceptuales, que no son el propósito específico del presente trabajo, referidas a las categorización de los principios, las reglas, los valores, las normas y las normas rectoras, es temática que ha merecido dedicados estudios y elaboradas discusiones respecto de su naturaleza, clasificaciones, contenidos y alcances, en tanto respecto de las que se proponen como tales se aduce que no se corresponden con el concepto general y básico de norma, bajo su comprensión estructural, porque no comportarían un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica⁴⁰; frente a lo cual se refuta que, a diferencia de lo asumido por esa postura, aquellas (las contenidas en la denominada parte dogmática del código) efectivamente enuncian un supuesto de hecho y que la consecuencia, así no esté presente en el mismo artículo, a manera de reenvío se refleja en las repercusiones de su cumplimiento o su inobservancia, según el caso, por las previsiones contenidas en los subsiguientes desarrollos de la respectiva regulación (parte orgánica o instrumental). Desde el punto de vista del cumplimiento de la exigencia normativa podrían considerarse las declaraciones de legalidad, cuando un acto de investigación ha respetado los postulados dogmáticos y las limitaciones a los derechos fundamentales se han ajustado en su orden, trámite y resultados a la Constitución y a la Ley; y, en lo que hace a los efectos negativos determinados por la oposición a sus previsiones, se concretarían como declaraciones

³⁸ Ley 600

³⁹ Ley 906 de 2004

⁴⁰ Un estudio sobre el particular, puede leerse en FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL. Conforme con el Nuevo Código de Procedimiento Penal. Carlos Mario Moreno Arrubla. Editorial Leyer. Enero de 2002. Págs. 11 y ss



de ilegalidad, inexistencia de actos procesales, determinaciones de nulidad, o rechazos y exclusiones probatorias, en vía de ejemplo.

Desde otras perspectivas, se aduce que en el entendimiento de que las normas contienen mandatos, prescripciones o prohibiciones, las rectoras en realidad comportarían aquel carácter en la medida en que de manera implícita en algunos casos contienen verdaderos mandatos (respetar la dignidad humana), en otros comportan prohibiciones (no limitar la libertad, salvo en los eventos, por los motivos y con los requisitos previstos en la Constitución y la Ley) o permisiones o autorizaciones (como el ejercicio integral del derecho de defensa).

De otra parte, en la diferenciación entre principios y reglas, se alude entre otras condiciones, a la de ser generales los primeros (universales) y particulares o especiales las segundas, o finalmente, contrastes de orden cualitativo y cuantitativo, por sus alcances y la naturaleza de unas y otras, pero en fin que ambos son especies del continente constituido por la norma.

En relación con la temática Alexy expone⁴¹:

“(…) Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es una distinción entre dos tipos de normas.”

Y en la comparación entre principios y normas, de los primeros se invoca su condición de precedentes y generales, en tanto de las segundas, concreción de algunos de aquellos, además de forma positivizada, por lo cual tienen un carácter vinculante y coercible, pero restringido.

⁴¹ *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Robert Alexy. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. Pág. 83



En medio de los principios, las reglas y las normas rectoras, especial atención merecen igualmente los valores, pues que si bien suelen catalogarse como meras aspiraciones ideológicas e incluso como expectativas utópicas, no puede perderse de vista que los mismo en un Estado moderno y garantista, se constituyen en la esencia dogmática, ideológica y política de las pretensiones sociales y democráticas del mismo, y tienen que permear todo el sistema penal, si al mismo se le atribuye como una de sus funciones, la de lograr un orden justo y la convivencia pacífica, frente a las cuales el procedimiento penal, que lejos está entonces de ser “adjetivo” como se calificó en una concepción ya superada, se torna eminentemente sustancial y esencialmente constitucional.

Vale la pena la cita in extenso, de lo ilustrado al respecto por Yesid Ramírez Bastidas y Raquel de Ramírez en *PRINCIPIALISTICA PROCESAL PENAL*⁴², obra que se constituye en un hito sobre la materia en la doctrina nacional, y que en nuestra manera de ver, es de obligatoria consulta y estudio sobre el particular. Específicamente respecto de los valores, se lee:

“Son el soporte del fundamento y la finalidad de la organización política y se señalan como superiores por constituir la moralidad del poder y del Derecho en el paradigma político de la modernidad, a la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica, bajo el presupuesto que la dignidad humana se realiza a través de la vida social⁴³”

“La convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz están plasmados en el Preámbulo de la Constitución; la solidaridad, el respeto por la dignidad humana, el pluralismo político (art. 1); el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación..., del art. 2; la diversidad étnica y cultural, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás...”

⁴² *Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ Bogotá D. C. 2002*

⁴³ “Gregorio Peces-Barba, *Ética, poder y derecho*, México, BEFDP, 2000, pág.61”



“Esa condición de valores fundantes del orden político y de la paz social, les otorga una enorme generalidad y por tanto una textura interpretativa abierta dentro de la cual caben varias fijaciones de sentido que dependen de una elección correspondiente al Legislador teniendo en cuenta que su carácter programático significa un conjunto de propósitos que deben irradiar todo el tramado institucional, permitiendo inclusive a la jurisprudencia valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones⁴⁴,...”

Respecto de los principios generales del derecho propiamente tales, tanto en la obra citada en el párrafo anterior, como en otros estudios de derecho procesal penal⁴⁵, se conviene en admitir que “... son normas jurídicas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.”⁴⁶

Los principios rectores tienen alcances de orden sistemático y hermenéutico, en la medida que se constituyen en el eje dogmático, programático, ideológico y en la esencia política de la regulación normativa que preceden y presiden; por lo cual, tal como lo ordena la propia Ley 906 de 2004 en su artículo 26, sus previsiones “... son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”

Afortunada fue entonces la determinación finalmente asumida al interior de la Comisión Constitucional Redactora, cuando en las discusiones del proyecto de Código triunfó la postura que prefería la inclusión de tales previsiones como título preliminar, pues manifestaciones hubo en contra, con la tesis de que resultaría “... innecesario que el código de procedimiento penal contenga un capítulo de principios rectores idénticos a los consagrados en la Constitución Política⁴⁷” con lo que sería suficiente (“necesaria”) la norma de integración.

⁴⁴ “Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional*, Barcelona, Edit. Ariel, 1998. pág. 76. Y, Corte Constitucional, Sent. T-406 de 1992.”

⁴⁵ *FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL. Conforme con el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Carlos Mario Moreno Arrubla. Op. Cit.

⁴⁶ *MONOARQUICA, PRINCIPIALÍSTICA JURÍDICA O LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO*. Hernán Valencia Restrepo. Editorial Temis, Bogotá, 1999. 2ª ed. Pág. 54.



Ilustrativa explicación sobre la utilidad e importancia de la incorporación de los principios rectores en el ordenamiento legal, es la que ofrece Martínez Rave:

“Los principios rectores son aquellos que consagran la filosofía y orientación que el procedimiento penal tiene en cada país. Por eso generalmente se encuentran en la Constitución Política, señalados en forma expresa o tácita. Este ha sido el motivo por el cual muchos tratadistas consideran que es necesario incluirlos en el Código de Procedimiento Penal por cuanto al estar consagrados en la Constitución deben aplicarse en todos los estatutos procesales...”

“(…), estimamos acertada la inclusión expresa en el Código de Procedimiento Penal por cuanto las características propias de ese procedimiento, por estar dirigido a consagrar excepciones o limitaciones a los derechos reconocidos, da la posibilidad a los funcionarios de abusar de ellos. Creemos que así no solo los funcionarios que deben aplicarlos sino las demás personas que intervienen en los procesos los recuerdan más fácilmente y se impide su desconocimiento, sirviendo a la vez de pauta de interpretación normativa y probatoria”.⁴⁸

Ahora bien, igualmente se distingue entre principios y normas rectoras, bajo el entendido que los primeros son precedentes a las segundas, en tanto comportan “valores fundamentales vigentes en una sociedad”, y que estas en realidad son la positivización de los primeros.

“La norma rectora –dicen Yesid Ramírez y Raquel de Ramírez⁴⁹– no crea el principio sino que lo recoge y positiviza para destacarlo con mayor fuerza; esa rectoría normativa le otorga el poder de imponerse a contenidos normativos de valor opuesto, de manera que la validez de las otras normas depende de la observancia del sentido de los valores fundamentales que allá se contienen, cuya integridad deben custodiar los jueces como promotores generales del ‘imperio de la ley’ (arts. 228 y 230 C. P.),

⁴⁷ *Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Luis Camilo Osorio y Gustavo Morales Marín. Ediciones Jurídica Ibáñez. Bogotá, 2004. pág. 122.*

⁴⁸ *Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1994. Octava Ed. Pág. 11.*

⁴⁹ *PRINCIPIALÍSTICA Procesal Penal... Op. Cit.*



que es la convivencia en medio de las leyes producidas dentro de la Constitución por voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos fundamentales”

La expuesta diferenciación establecida entre los principios y las normas rectoras⁵⁰, específicamente en cuanto hace a la condición ex ante que se atribuye a los primeros, mientras que las segundas les siguen en el tiempo y se concretan por su positivización, parece no materializarse estrictamente en la nomenclatura preferida por el Legislador de 2004, pues si bien en el epígrafe del Título Preliminar prefirió, tal como se dejó reseñado ab initio, la denominación de “Principios”, parece que lo hace sin distinción de la otra categorización, tanto que al disponer su aplicación prevalente, en el Art. 26 del mismo, utiliza la expresión “normas rectoras”.

Todo así, lo trascendente es la reafirmación del carácter ontológico del Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal desarrollado por la Ley 906 de 2004, en tanto el mismo concreta los postulados superiores previstos en la Carta y aun aquellos que integran el llamado bloque de constitucionalidad⁵¹, con lo cual se materializa y enfatiza la llamada constitucionalización del proceso penal, en la búsqueda democrática de lograr la eficiencia del sistema de control social último, procurando celosamente la perfecta tensión de sus aspiraciones de justicia y convivencia pacífica, con la exigencia del respeto sublime de las garantías procesales superiores, en las que cabría enumerar postulados como el de las formas propias del juicio, su legalidad previa, cierta y estricta; el principio de juez natural, independiente e imparcial; la dignidad humana y la presunción de inocencia, la libertad, la igualdad; en fin, todos aquellos axiomas que reflejan la condición social, democrática y de derecho del sistema de enjuiciamiento que se proponga como método para el ejercicio del ius puniendi.

⁵⁰ La doctrina (Hart, Dworkin, Alexy, Raz) establece diferencias conceptuales entre principios y normas, por razones que reflejan sus posturas dogmáticas, y que se explican en la perspectiva que cada escuela asume conforme con el desarrollo filosófico que la inspira.

⁵¹ Por mandato del artículo 3º de la Ley 906 de 2004, en “la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad.”

⁵² Consúltense, entre otras, las sentencias C-372-02 y C-152/04.



Dijo desde antaño la Corte Constitucional⁵²:

“Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.”⁵³

Por todo lo dicho, tal como lo propone Mario Nicolás Cadavid Botero⁵⁴, en sus conferencias dentro del seminario “Técnicas del juicio Oral en un Sistema Acusatorio”, las normas rectoras, tienen un “carácter hermenéutico general”, son “orientadoras de la actividad procesal”, son “de obligatorio cumplimiento” y de “contenido prevalente”.

Se constituyen en el faro que ilumina la interpretación y aplicación de los demás institutos previstos en las restantes normas del Código de Procedimiento Penal, con lo cual ante dificultades hermenéuticas, surgirá impositivo preferir la interpretación que más se ajuste a sus postulados, aun si se trata de divergencias entre normas procesales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, incluso atendiendo la cláusula *pro homine*, es decir la que favorezca la efectividad de los derechos humanos de los ciudadanos o su mejor ejercicio⁵⁵.

⁵³ Sentencia C-038/95 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁴ Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, autor, catedrático y formador de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía general de la Nación.

⁵⁵ Ver las sentencias y C-406 de 1996 y 14 y C-251 de 1997.



En los casos en que dos principios rectores entren en tensión, el asunto se resolverá aplicando los test de proporcionalidad, de razonabilidad y de ponderación, conforme lo aclara incluso uno de los postulados más innovadores y trascendentes de la propia Ley 906 de 2004 en su artículo 27.

Finalmente dígase que Cadavid Botero, expone una clasificación de las “normas rectoras” del Código de Procedimiento Penal, que además de facilitar su estudio, explica de manera suficiente y adecuada la naturaleza de las mismas, atendiendo a su contenido deontológico, axiológico y filosófico, así:

- **Normas de Naturaleza o Contenido Fundante**
- **Normas de Naturaleza o Contenido Garantista**
- **Normas de naturaleza o Contenido Funcional**

3.3. Normas de Naturaleza o de Contenido Fundante

Explican la razón de ser del sistema, de tal forma que su contenido o esencia, independientemente de la estructura externa, permiten afirmar si el mismo se fundamenta en la denominada “Seguridad Nacional” o en la denominada “Seguridad Individual”.

Marcan el derrotero filosófico y teleológico del sistema procesal penal, como mecanismo de represión o como herramienta para administrar justicia.

El tratamiento preferente a la dignidad humana, refleja la imposición de sostener a ultranza el carácter antropocéntrico del Estado Social y Democrático de Derecho, cuya razón de ser es precisamente el ser humano, considerado en su esencia y su trascendencia.

Son normas de contenido fundante, las referidas a:

Dignidad Humana (Artículo 1°)



Libertad (Artículo 2º)
Prelación de los tratados internacionales (Art.3º)
Igualdad (Artículo 4º)
Restablecimiento del derecho (Artículo 22)
Principio de imparcialidad (Artículo 5º)
Principio de Lealtad (Artículo 12)
Moduladores de la actuación (Art. 27)

3.4. Normas de Naturaleza o de Contenido Garantista

Se constituyen en herramientas eficaces, para que cualquier interviniente pueda no sólo rogar jurisdicción sino igualmente sacar adelante su pretensión, dentro del marco de la realización de justicia material y de la tutela judicial efectiva.

Sirven para equilibrar el conflicto intersubjetivo de intereses resistidos. Comportan garantías sustanciales, procesales y de ejecución.

Son normas de contenido garantista:

Legalidad (Artículo 6º)
Presunción de inocencia (Artículo 7º)
Derecho de defensa (Artículo 8º)
Derecho de las víctimas (Artículo 11)
Gratuidad (Artículo 13)
Derecho a la intimidad (Artículo 14)
Derecho de contradicción (Artículo 15)
Inmediación (Artículo 16)
Publicidad (Artículo 18)
Juez natural (Artículo 19)
Doble instancia (Artículo 20)
Cosa Juzgada (Artículo 21)
Cláusula de exclusión (Artículo 23)
Ámbito de la Jurisdicción común (Artículo 24)



3.5. Normas de Naturaleza o de Contenido Funcional:

Son normas de contenido técnico, que permiten el normal desarrollo de la actuación. Se relacionan con el principio de estricta legalidad de las formas; pero además comportan igualmente, referentes obligatorios de respeto a los valores superiores y los derechos fundamentales, en tanto obligan al acatamiento de los ritos procesales, pero no por una mera genuflexión al procesalismo, esto es del cumplimiento de la forma por la forma misma, sino en la medida en que hagan efectivos los fines ónticos de los respectivos institutos procesales, es decir, su razón de ser, conforme lo exigen la fases históricas del procedimentalismo y de la jurisdicción.

Son normas de contenido funcional.

Actuación Procesal (Artículo 10)

Concentración (Artículo 17)

Oralidad (Artículo 9°)

Tampoco es del caso desarrollar, en este trabajo, cada uno de los principios rectores y las garantías procesales, en la medida en que sobre el tema de derechos fundamentales, se cuenta con módulo particular, en el cual de manera puntual se estudian los contenidos axiológicos de las normas rectoras, mismas que como se dejó explicado, son precisamente principios y valores superiores positivizados.

Todo así, se impone reiterar que el sistema de enjuiciamiento penal adoptado por la Ley 906 de 2004, propugna por ajustarse de mejor manera a los contenidos garantistas a que aspira el Estado Social y Democrático de Derecho que pregona la Constitución Política de 1991.



Capítulo IV

4. Instituciones Básicas del Sistema Penal Acusatorio

4.1. Generalidades

Dentro de las características esenciales del sistema acusatorio, se identifican instituciones que se constituyen en su columna vertebral. La incorporación en el proceso penal colombiano de específicos institutos jurídicos, permite afirmar, como lo ha reconocido la jurisprudencia, una clara tendencia acusatoria del sistema judicial adoptado por el Acto legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004.

Por lo anterior, es preciso aludir de manera específica a conceptos que distinguen el nuestro como un sistema ajustado al principio acusatorio: la distinción entre funcionarios que investigan y acusan, de aquellos a los que corresponde la fase de juzgamiento; la función de control de garantías; la supresión del principio de permanencia de la prueba; la creación del principio de oportunidad; el reconocimiento especial de las víctimas; y la reafirmación del juicio público, oral, contradictorio y concentrado.

4.2. Distinción entre funcionarios que investigan y acusan de los que juzgan

No obstante que la Fiscalía General de la Nación sigue adscrita a la Rama Judicial del Poder Público⁵⁶, y conserva excepcionales facultades para limitar derechos fundamentales como las de ordenar allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones y capturas, sus funciones no son de carácter judicial, toda vez que están esencialmente concernidas con la actividad investigativa que desarrolla a través de los organismos de policía judicial, y se concreta en la recolección de elementos

⁵⁶ Título V, Capítulo 1, Art. 116, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002



materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que le permitan sustentar sus pretensiones ante los jueces de garantías o de conocimiento, al formular imputación, obtener las medidas precautelativas que resulten necesarias, formular acusación y solicitar un fallo de culpabilidad.

Es la policía judicial, bajo la dirección, coordinación y control del fiscal del caso, la encargada de materializar los actos de investigación encaminados a la recolección de la evidencia, que permita alcanzar y fundamentar los grados de persuasión que se requieren en cada momento procesal, inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable.

Todo en desarrollo de la gestión averiguatoria que se planea en equipo y se traduce en el programa metodológico, herramienta que tiene por objeto organizar y explicar la investigación adelantada con el fin de identificar los medios cognoscitivos para demostrar, más allá de duda razonable, la ocurrencia del delito y la identidad del autor o partícipe.

La estructura procesal fue modificada entonces de manera trascendental por el Acto Legislativo y la ley que lo desarrolló, se mantuvo la distinción entre la fase de investigación y la de juzgamiento, se preponderó la importancia de ésta última, en la que en realidad se construye la prueba, con estricto cumplimiento de los principios propios del sistema acusatorio, esto es, oralidad, publicidad, celeridad, concentración e inmediación, con respeto de las garantías fundamentales, especialmente la de dignidad humana.

4.3. La función de control de garantías

De manera amplia sobre el particular, expuso la Corte Constitucional:

“Una de las modificaciones más importantes que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la



Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicas (sic) por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.”⁵⁷

La creación de la función de control de garantías, también explicita la característica acusatoria esencial consistente en la separación de las labores de investigación de las funciones de contenido jurisdiccional. De esta manera se establece la separación funcional del ente que detenta la facultad de persecución, de aquel al que le corresponde verificar que los actos tendientes al recaudo de evidencia, a su aseguramiento, al restablecimiento del derecho y la reparación, o la comparecencia del procesado a juicio que comporten limitación a derechos fundamentales, se ajusten a los requerimientos constitucionales y legales.

El control de garantías fue asignado a los jueces penales municipales. Con todo, en las localidades en las que no se cuente con los mismos, tal función puede ser ejercida por funcionarios de otra especialidad, previa asignación por parte del Consejo Superior de la Judicatura. Se instituye además que su ejercicio, determina impedimento para actuar como juez de conocimiento.

Adicional a lo anterior es necesario precisar que si bien el artículo 39 de la ley 906 de 2004, impone que la función de garantías deba cumplirla el juez del lugar de los hechos, es claro que el factor territorial, no puede ser determinante de una competencia que está referida a la naturaleza de la función de control constitucional y legal de los

⁵⁷ Sentencia C-591 de 2005



actos que limiten derechos y garantías ciudadanas. Siendo esto así, surge razonable que la misma pueda cumplirse por el juez penal, promiscuo municipal, o el que haga sus veces, de cualquier lugar del país.

Mediante el artículo 3º la Ley 1142 de 2007, reformó el 39 de la 906 de 2004, en cuanto introdujo la posibilidad de que la función de control de garantías pueda ejercerse por el juez penal municipal del territorio donde se realizó la aprehensión, o por aquel donde por razones de urgencia o seguridad, haya sido recluido el capturado, esto, así la captura se haya producido en lugar distinto al de la comisión de la conducta punible.

De igual manera, ante aquel juez distinto al del lugar de la ocurrencia del delito podrá formularse imputación, solicitarse la imposición de medida de aseguramiento o realizarse cualquiera otra solicitud dentro del mismo asunto, posibilidad que se introdujo por la reforma a que se ha hecho referencia.

Es oportuno anotar que la citada ley 1142 de 2007 creó la figura del juez de control de garantías ambulante, para que actúe en los sitios donde solo existe un juez municipal y, además, se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor u otras análogas.⁵⁸

En los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control de garantías es ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-591 de 2005, declaró exequible el parágrafo 1º del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, “en el entendido que se refiere a los casos previstos en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución”. Y agrego:

“Por lo tanto, cuando el legislador dispuso que en los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de juez de control garantías será ejercida por un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, no se viola la Constitución,

⁵⁸ Parágrafo 3º del artículo 3º, que reformo el artículo 39 de la Ley 906 de 2004



por cuanto, esta norma se aplica únicamente para la investigación de los funcionarios a que se refiere el numeral 4 del artículo 235 Superior, para los cuales, como ya se indicó anteriormente, la misma disposición les consagró un fuero sólo para la etapa del juzgamiento.” (Subraya fuera de texto).

Quiere decir lo anterior que tratándose de los servidores con fuero legal señalados en el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, el control de legalidad lo realiza el juez penal municipal con funciones de control de garantías conforme al artículo 39 ibídem.

4.4. Juicio público, oral, contradictorio y concentrado

El juicio se rige por principios de oralidad, publicidad, contradicción y concentración los que, junto a la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como la supresión del principio de permanencia de la prueba, se constituyen en características propias de un sistema acusatorio.

El proceso penal acusatorio discurre a través de las audiencias que lo integran, las que, salvo asuntos excepcionales⁵⁹, son de carácter público y con intervención de quienes tienen interés en las consecuencias jurídicas y prácticas de las decisiones que se adopten por los jueces, integrándose de esta manera componentes de génesis democrática, concretados en la facultad de los asociados de tomar parte en la configuración de las determinaciones que los afecten, así como vigilar y controlar el cumplimiento de la función de administrar justicia asignada al Estado.

Igualmente son propios del sistema los principios de igualdad de armas y de lealtad, que se concretan en la exigencia del descubrimiento oportuno de las evidencias que se van a practicar en el juicio oral, de tal forma que las partes pueden conocer y controvertir los medios de convicción, garantizándose el principio de inmediación y propiciando que el juez pueda tomar una decisión imparcial, fundada en el conocimiento que adquiere de manera directa.

⁵⁹Art. 155 de la ley 906 de 2004



4.5. Supresión del principio de permanencia de la prueba

Antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 003 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004, en los sistemas de enjuiciamiento penal vigentes en Colombia, regía el principio de permanencia de la prueba, en tanto el propio instructor practicaba actos de investigación a los que de manera automática se les atribuía el carácter de prueba, la que desde su propia génesis se constituía en fundamento de decisiones que afectaban derechos fundamentales, incluso, de la propia sentencia que ponía fin al proceso.

En la nueva legislación procesal penal, es mandato de rango constitucional⁶⁰ y rector, según el cual, salvo lo previsto para la anticipada⁶¹, solamente tendrá carácter de prueba y podrá ser valorada como tal "... la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento"⁶², en el juicio oral.

Tan celosamente protege el sistema acusatorio implementado en Colombia el principio de inmediación, que prohíbe la práctica de pruebas a través de comisionado, instituto pacíficamente aceptado en los sistemas anteriores y del cual es preciso reconocer ahora su contraposición con el principio de inmediación. De la misma manera, es necesario resaltar el respeto al principio de concentración, en términos de razonabilidad, pero con tal alcance que el inciso final del artículo 454 de la Ley 906 de 2004 dispone, que en caso de verificarse una suspensión del juicio oral que incida, por el transcurso del tiempo, "en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo de los resultados de las pruebas practicadas, esta será repetida." Igual proceder debe asumirse si "en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar de juez."

En relación con la eliminación del principio de permanencia de la prueba la Corte Constitucional, en la providencia que se viene citando, resaltó:

⁶⁰ Arts. 29 y 250 de la C. P

⁶¹ Art. 284 de la Ley 906 de 2004

⁶² Art. 16 de la Ley 906 de 2004



“Este es uno de los principales cambios que distinguen al nuevo Sistema Penal Acusatorio, en la medida en que el centro de gravedad gira alrededor de la audiencia del juicio oral, como escenario privilegiado para la práctica, presentación y admisión de la evidencia - física, testimonial, documental y pericial - como prueba.

“Las implicaciones que genera hoy, la producción de la prueba en el juicio oral, son trascendentales en la medida en que a diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior, en las fases de indagación e investigación y en las audiencias previas al juicio propiamente dicho, no se produce prueba alguna, es decir, los elementos materiales probatorios, evidencia física, e información legalmente obtenida y los demás medios de conocimiento no son ya valorados ni tenidos como tal, aún cuando éstos se presenten para sustentar algunas pretensiones en audiencias preliminares ante el juez que cumple funciones de Control de Garantías.”

4.6. El principio de oportunidad

El principio de oportunidad tiene por especial finalidad racionalizar el derecho penal, para concentrar sus esfuerzos en casos que revistan trascendencia a los intereses de la sociedad, renunciando al ejercicio de la acción, en los que si bien sería viable su aplicación, razones de oportunidad y de política criminal, hacen preferible su declinación.

La norma constitucional dispone “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito...”. “No podrá, en consecuencia – continúa la norma –, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías.”

En relación con este tema, la Corte Constitucional expresó:

“(vii) El poder de disposición del proceso también fue modificado en cuanto a su alcance por el constituyente derivado de 2002, ya que se consagró a nivel constitucional



el principio de oportunidad, por oposición al principio de legalidad. El principio de oportunidad ha sido reconocido en múltiples ordenamientos penales del mundo, y se basa en el postulado de que la investigación penal requiere no solo que exista suficiente mérito para acusar por razones fácticas y jurídicas, sino que no existan razones de oportunidad para archivar el proceso, esto es, razones válidas por las cuales el Estado puede legítimamente optar por no perseguir penalmente una conducta, en los ‘casos que establezca la ley’ y ‘dentro del marco de la política criminal del Estado’.

Capítulo V

5 Proceso Penal Colombiano

5.1. Objetivos Específicos

5.1.1. Distinguir las fases que componen el nuevo sistema de procedimiento penal en Colombia.

5.1.2 Ubicar los límites y funcionarios que intervienen en cada una de las fases del sistema acusatorio Colombiano.

5.1.3 Reconocer las audiencias más importantes que delimitan cada una de las fases del procedimiento.

5.2. Fases del proceso Penal Colombiano

El proceso penal acusatorio tiene tres etapas claramente definidas: indagación, investigación y juicio.



5.2.1. Indagación

El ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, que tiene la obligación de realizar las investigaciones cuando se produzcan hechos que revistan características de delito y existan como requisito esencial para adelantar esta pretensión, motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible comisión.

Frente a la naturaleza jurídica de la fase de investigación y sus características, la Corte Constitucional⁶³ se ha manifestado de la siguiente manera:

“La Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial⁶⁴, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la notitia criminis.” (Subraya y resalto fuera de texto).

⁶³ Sentencia C-1194 de 2005

⁶⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos:

1. La Procuraduría General de la Nación
2. La Contraloría General de la República
3. Las autoridades de tránsito
4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario
6. Los alcaldes
7. Los inspectores de policía

Parágrafo. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes



La Policía Judicial al recibir la noticia criminal a través de denuncia, querrela, petición especial, o de manera oficiosa, debe realizar el reporte de iniciación en forma inmediata y por el medio más expedito, momento desde el cual el fiscal asumirá la coordinación, dirección y control jurídico del caso. Aquella desarrollará labores de indagación, adelantando actos urgentes tales como inspección al lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios de conformidad con el artículo 205 de la ley 906 de 2004.

Cumplido lo anterior, mediante el informe ejecutivo que deberá presentarse dentro de las treinta y seis horas siguientes, la policía judicial dará conocer al Fiscal los resultados de su actividad en forma detallada, con el fin de establecer la ocurrencia de un acto delictivo y sus probables autores o partícipes.

El trabajo en equipo se planea, determina, controla y desarrolla mediante el programa metodológico, que es una herramienta de trabajo que permite organizar y explicar la investigación, con el fin de identificar los medios cognoscitivos para demostrar, más allá de duda razonable, la ocurrencia del delito y la responsabilidad de su autor o partícipe.

Es pertinente mencionar que el inicio del programa metodológico no depende del diligenciamiento de un protocolo o de un documento, basta la comunicación pronta, oportuna y eficaz por cualquier medio, entre el fiscal y el equipo de policía judicial, en virtud de la cual se imparten órdenes para el desarrollo de sus propósitos, en procura de establecer si la conducta de la que se tuvo noticia existió, si la misma tiene las características de un delito, quienes fueron sus autores o partícipes; y la obtención de medios cognoscitivos que permitan conocimiento sobre el particular.

Conviene igualmente señalar que el programa metodológico debe ser flexible, en tanto debe ajustarse a medida que avanza la investigación; sirve como medio expedito para controlar la pertinencia y la eficacia de las tareas asignadas; debe ser el hilo que enlaza cada aspecto de la hipótesis delictiva; permite el entendimiento del caso; ayuda a evaluar permanentemente el trabajo de investigación; facilita la intervención del fiscal como sujeto procesal en las diferentes audiencias preliminares y en el juicio, y permite tener una visión integral del caso.



Los elementos materiales probatorios o evidencia física que en cumplimiento de los actos urgentes y en el desarrollo del programa metodológico encuentre la policía judicial, deben ser identificados, fijados, embalados y remitidos al almacén de evidencias o al laboratorio, según el caso, con observación de los protocolos dispuestos para la cadena de custodia, conservando su originalidad, identidad e indemnidad, garantizando de esta manera el principio de autenticidad.

Preciso es entonces resaltar la trascendental importancia de esta fase inicial de la investigación, pues la efectividad de la misma, en la que el fiscal y la policía judicial cuentan con las importantes herramientas de averiguación que le ofrece el Código de Procedimiento Penal, determina las posibilidades de éxito que pudiere alcanzarse, en el ejercicio de la acusación y la obtención de un fallo de culpabilidad.

Actuando bajo parámetros de justicia, con ecuanimidad, objetividad, asistido por el equipo de policía judicial, el fiscal deberá adelantar un trabajo profesional eficiente, que le permita considerar la posibilidad de formular imputación, lo que hará cuando cuente con la base de persuasión requerida al efecto, pero además, prevenido de que en el indisponible término establecido por la ley, deberá formular acusación y luego presentarse en juicio oral para concretar sus aspiraciones procesales. Luego desde el primer momento, debe tener en cuenta la necesidad de encontrar elementos materiales probatorios, evidencia física o información legal que le permitan persuadir al juez de conocimiento más allá de duda razonable, respecto de la existencia de la conducta delictiva y de la responsabilidad del procesado.

5.2.1.1. Límites y términos de la indagación

Esta fase comienza con la noticia criminal a partir de la cual se desarrollan las actividades descritas en párrafos anteriores y su límite final puede ser, bien la formulación de la imputación, caso en el cual se da lugar a la etapa subsiguiente que es la de la investigación, o la prescripción de la acción penal que determinaría el archivo de la actuación.

De conformidad con lo anteriormente expuesto la duración de la indagación estará determinada, en primer orden, por la consecución de elementos materiales de prueba,



evidencia física o información legalmente obtenida, que permitan edificar inferencia en nivel de motivos razonablemente fundados respecto de la existencia de la conducta punible como de la autoría y participación, estadio en el cual lo procedente es la formulación de la imputación, en los términos de los artículos 287 y 288 de la Ley 906 de 2004.

Por el contrario, si la gestión de indagación no arroja el aludido nivel de persuasión, la misma podrá prolongarse hasta que se verifique el vencimiento del término de prescripción de la acción penal, toda vez que a diferencia de lo que ocurre con la fase de investigación, el legislador procesal penal no indicó un término concreto para la fase de indagación.

Se trata de una fase preprocesal y reservada. Lo primero en tanto que solo a partir de la formulación de la imputación se integra el contradictorio, en la medida en que desde ese momento se activa la defensa como sujeto procesal (art. 290). Con todo, si un ciudadano se entera que en su contra se está adelantando una averiguación, puede ejercer actividades investigativas de defensa para lo cual lo faculta el artículo 267 de la ley 906 de 2004.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional, en sentencia C-799 de 2005, sostiene:

“De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aún no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.

Así pues, fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado”.



Ahora bien, es reservada bajo el entendimiento de que en esta fase no existen pruebas y se trata en realidad de un espacio de verificación de información tendiente a establecer si los hechos materia de averiguación constituyen conducta punible y si es así, individualizar o identificar a sus probables autores o partícipes.

En esta etapa la Fiscalía General de la Nación no revela el resultado de sus averiguaciones hasta tanto encuentre elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que le permita inferir la existencia de motivos razonablemente fundados, como se ha dicho, respecto de la existencia de la conducta punible y del compromiso de autoría o participación. Tampoco es exigible a la defensa que entere al ente investigador de las resultas de su actividad de averiguación, para lo cual faculta la ley a quien no tiene aun la calidad de imputado.

En relación con el particular, la Corte Constitucional explicó en sentencia C-1154 de 2005 lo siguiente:

“En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente “pruebas”, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la Fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros.”

5.2.1.2. Intervinientes en la Indagación

En esta fase son protagonistas los funcionarios de policía judicial, el fiscal, el juez de control de garantías y el agente del ministerio público.

5.2.1.2.1. Los funcionarios de Policía Judicial actúan como receptores de noticia criminal y tienen a su cargo la búsqueda, fijación, recolección y embalaje de los elementos materiales probatorios y evidencia física que por cualquier medio encuentren o reciban. Realizan actos urgentes, como inspección al lugar del hecho, inspección al cadáver, entrevistas e interrogatorios y cumplen las órdenes impartidas por el fiscal



asignado al caso, en desarrollo del programa metodológico de investigación.

Cuando sea necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos a la víctima⁶⁵, la acompañará al centro médico respectivo; trasladará los cadáveres al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que se practiquen la necropsia y las demás actividades científicas a que haya lugar.

Cumplidos los actos urgentes presenta, dentro de las treinta y seis horas siguientes, el informe ejecutivo, integra el equipo de trabajo con el fiscal del caso para elaborar el programa metodológico. De sus demás actividades también debe rendir informes y podrá intervenir como testigo en las audiencias preliminares y en la de juicio oral.

En situaciones de extrema urgencia, la policía judicial puede acudir directamente ante el juez de control de garantías con el fin de obtener autorización previa para realizar actos de investigación que impliquen afectación de derechos fundamentales, tal como lo dispone el artículo 246 de la ley 906 de 2004.

5.2.1.2.2. El Fiscal Delegado, cuando sea necesario y antes de elaborar el programa metodológico, dispone la ratificación de los actos de investigación y si encuentra que se han vulnerado, como primer garante de los derechos fundamentales, tiene la facultad de rechazarlos mediante orden motivada⁶⁶.

Asume la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades de policía judicial.

En relación con la actividad del fiscal cuando le sea puesto a disposición un ciudadano capturado, en el manual de procedimientos de la fiscalía en el sistema penal acusatorio se dijo:

“El aprehendido en circunstancias de flagrancia será puesto en forma inmediata, o a más tardar en el término de la distancia, a disposición del fiscal que corresponda quien sin dejar vencer las 36 horas de que tratan los artículos 28, 250 numeral primero (1), inciso tercero (3) de la Constitución Política; 2 y 297 de la Ley 906 de

⁶⁵ Ver sentencia C-822 de 2005

⁶⁶ Art.212 Ley 906 de 2004



2004, contadas a partir del momento de la captura, le solicitará al Juez de Control de Garantías la realización de la audiencia preliminar para legalizarla y verificar la legalidad del procedimiento, a la que acudirá con el funcionario de policía judicial que lo realizó. Sin embargo, si del informe recibido de la policía judicial se desprende que el presunto delito no amerita detención preventiva conforme el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, o la captura fue ilegal, el capturado será liberado por el fiscal con el compromiso bajo palabra de presentarse cuando sea necesario.

En el evento en que se determine que no procede la detención preventiva, se recomienda acudir al Juez de Control de Garantías para que se pronuncie sobre el procedimiento de captura.”⁶⁷

Frente a lo anterior preciso es indicar que la ley 1142 del 28 de Junio de 2007, reformó, entre otros, lo artículos 2, 313 y 297 de la Ley 906 de 2004, por lo cual la temática referida a la legalización de la captura debe ser contextualizada con las innovaciones introducidas al respecto.

Solicita al juez de garantías las audiencias preliminares para obtener autorización previa o para que controle la legalidad formal y material de los actos de investigación que puedan afectar derechos fundamentales. Evalúa periódicamente los resultados de la investigación, para lo cual examina las tareas asignadas para determinar el cumplimiento de los objetivos propuestos y, si es preciso, reorienta la investigación hacia otra hipótesis delictiva.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la Fiscalía General de la Nación conservó importantes funciones judiciales y por virtud de las mismas puede ordenar, de manera directa, actos de investigación restrictivos de los derechos a la libertad, intimidad y la propiedad, como son: capturas (Arts. 2 y 300 de la Ley 906 de 2004, reformados por la Ley 1142 de 2007), registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones (Art. 250-2 C. P.).⁶⁸

⁶⁷ Página 46

⁶⁸ Los artículos 14, 15, 16 y 17 de la citada Ley 1142 de 2007 reformaron los 222, 235, 237 y 238 de la Ley 906 de 2004, normas que se relacionan con la orden, trámite y control de legalidad de los registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones telefónicas y similares y la impugnabilidad de las decisiones del juez de control de garantías, al respecto



El fiscal deberá tener en cuenta que, la afectación de derechos fundamentales a que puedan dar lugar las actividades de investigación, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; debe ser necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin investigativo y, además, si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.⁶⁹ Para tales actos de valoración, así como en la construcción de la argumentación respectiva ante el juez de control de garantías, herramientas de inusitada importancia son los moduladores de la actividad procesal previstos, como principio rector, en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, y la doctrina constitucional referida a los test de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e idoneidad.

Formula imputación cuando de los resultados de la indagación pueda inferir razonablemente la existencia del delito y que el indiciado es su autor o participe.

Tiene el deber de solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, solicitando la declaratoria de ausencia o la contumacia, según el caso; la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

A diferencia de las características más eximias de los sistemas procesales con tendencia acusatoria, el vigente en Colombia, atendiendo a nuestras realidades históricas, sociológicas, criminológicas y políticas, admitió la posibilidad del juzgamiento en ausencia, para lo cual conservó las figuras procesales de la declaratoria de ausencia y la contumacia.

En relación con la declaratoria de persona ausente del indiciado, forma supletoria de vinculación procesal, es preciso señalar que la misma se requiere como presupuesto de la formulación de la imputación, tiene lugar cuando no ha sido posible ubicar al requerido y su trámite es el previsto en el artículo 127 de la Ley 906 de 2004.⁷⁰

La contumacia, por su parte, refiere a la reticencia del ciudadano a comparecer al

⁶⁹ Sentencia C-591/05

⁷⁰ Ver sentencia C-591 de 2005



proceso no obstante haber sido citado, caso en el cual el fiscal solicitará al juez de control de garantías que así le declare y procederá con la formulación de la imputación.⁷¹

5.2.1.2.3. El Juez de Control de Garantías tiene como función esencial controlar que los actos de investigación desarrollados por la policía judicial, en cumplimiento de las órdenes emitidas por el fiscal director de la misma, que impliquen limitaciones a los derechos fundamentales se ajusten a la Constitución y a la ley. Tal atribución se asignó por la norma superior (Art. 250) a los jueces penales municipales y a los jueces promiscuos municipales, salvo las excepciones contenidas en la ley.⁷²

En el evento en que en la respectiva localidad exista un solo juez penal o promiscuo municipal y a éste le corresponda conocer del juzgamiento o concurra en él una causal de impedimento, la función de control de garantías la deberá ejercer otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de éste, uno del municipio más próximo. Como se reitera, la distribución de la función de control de garantías en los jueces penales municipales y promiscuos municipales prevista en el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, fue reformada por el artículo 3º de la ley 1142 de 2007⁷³.

En cumplimiento de esa misión autoriza cualquier medida que implique afectación de derechos fundamentales, ejerce control automático, posterior, formal y material en relación con la aplicación del principio de oportunidad; igualmente, sobre las órdenes y medidas de registro, allanamiento e interceptación de llamadas; respecto de las medidas restrictivas de la libertad; y, decreta medidas cautelares sobre bienes⁷⁴, entre otras.

De conformidad con el artículo 238 de la Ley 906 de 2004, reformada por el artículo 17 de la 1142 de 2007, las decisiones del juez de control de garantías referidas a las órdenes, su trámite y resultados respecto de registro y allanamiento, retención de

⁷¹ Art. 291 Ley 906 de 2004

⁷² Art. 39 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 3º de la Ley 1142 de 2007

⁷³ Cifr. 4.4

⁷⁴ “La decisión de entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al juez de control de garantías.”
Art. 9 de la Ley 1142 de 2007 que reformó el artículo 100 de la Ley 906 de 2004



correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet, serán susceptibles de impugnación y de interponerse el de apelación este deberá ser concedido en el efecto devolutivo, al tenor del artículo 13 de la misma ley reformativa⁷⁵.

Ante el juez de control de garantías, en audiencia preliminar, el Fiscal formula la imputación tal como lo establecen los artículos 154, 288 y ss. de la Ley 906 de 2004.

A estos efectos, puede ocurrir que el ciudadano sea renuente a comparecer, por lo cual podrá el Juez, ante solicitud en tal sentido promovida por el Fiscal, proceder con declaratoria de ausencia o de contumacia, según el caso (Artículos 127 y 291 de la Ley 906 de 2004)

La Corte Constitucional, sobre el particular ilustró:

“De igual manera, en materia de investigaciones y juicios en ausencia el nuevo sistema procesal penal colombiano presenta determinadas particularidades. En efecto, por regla general, no se puede adelantar proceso penal alguno contra una persona ausente; tan sólo en los casos excepcionales de (i) declaratoria de persona ausente, siempre y cuando el Estado, por medio de la Fiscalía General de la Nación, haya agotado todos los recursos efectivos disponibles a su alcance y no haya sido posible dar con el paradero del sindicado, el juez de control de garantías procederá a realizar tal declaración, procediéndose a nombrar un abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública, lo cual no obsta para que durante la etapa de juicio oral el juez de conocimiento verifique si el órgano de investigación ha continuado empleando mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, so pena de decretar la nulidad de lo actuado; (ii) cuando la persona se declara en rebeldía o contumacia; y (iii) cuando el imputado renuncia a su derecho a encontrarse presente durante la audiencia de formulación de la imputación.”⁷⁶

La función de garantías en los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia,

⁷⁵ *Tales decisiones en la normatividad reformada eran inimpugnables*

⁷⁶ *Sentencia C-591 de 2005*



por excepción, la cumple el magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá designado para el efecto.

Cuando existan motivos fundados y de extrema necesidad, para evitar la pérdida o alteración de un medio probatorio, observando las reglas propias del juicio para la práctica de las pruebas, la fiscalía, la defensa o el ministerio público, podrán solicitar al juez de control de garantías que ordene y realice una prueba anticipada.

5.2.1.2.4. La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado, o en su defecto, por aquel que le ha sido asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Se precisó en precedencia que si bien conforme a las disposiciones de la Ley 906 de 2004, la activación del derecho de defensa se identifica con el momento de la formulación de la imputación, su ejercicio es intemporal e independiente de la fase procesal por la que se transite, tal como lo dejó explicado la Corte Constitucional en la sentencia C-799 de 2005.

En síntesis, permanece la garantía de respeto de sus derechos a la dignidad humana, la libertad y la igualdad, por ende, los de guardar silencio y no auto incriminarse.

Como se reitera, si una persona advierte que es investigada, puede asesorarse inmediatamente de abogado para, entre otras actividades, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física, que de ser hallados podrán trasladarse al laboratorio del Instituto de Medicina Legal con la solicitud a que alude el artículo 269 de la Ley 906 de 2004.

Mediante el artículo 47 de la Ley 1142 de 2007 que reformó el 125 de la Ley 906 de 2004, referido a los “Deberes y atribuciones especiales”, de la defensa, se introdujo el numeral 9º a la citada norma, con el siguiente tenor:

“Buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales



probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía General de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales.”

El derecho de defensa del indiciado en la fase de indagación se expresa también en las audiencias preliminares, en las que su apoderado tendrá la potestad de oponerse a las pretensiones de la fiscalía argumentando en contra de sus aspiraciones, pero además impugnando las decisiones del juez que afecten los intereses de su representado.

5.1.1.2.5. Las víctimas. Al tenor del artículo 132 de la Ley 906 de 2004 son víctimas a “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente haya sufrido algún daño (directo) como consecuencia del injusto”.⁷⁷

Bajo el claro presupuesto señalado por la Corte Constitucional que la víctima ocupa un rol protagónico en el proceso penal acusatorio, independientemente de si se le llama parte o interviniente, y en desarrollo de los preceptos constitucionales que garantizan el principio de tutela judicial efectiva (artículos 29, 93 y 229) a través del derecho a la defensa y el acceso a la administración de justicia, los intereses de la víctima han sido elevados a rango constitucional, pudiendo dentro de ese acceso a la administración de justicia a tener derecho a que se le repare integralmente los daños ocasionados con la conducta punible, a que se le proteja y asista de las consecuencias de dicha conducta (artículo 250-6-7 de la Constitución), a conocer la verdad y a que se materialice justicia, por lo que su intervención en todo el proceso penal debe ser plenamente garantizada. Por ello, haciéndolo “de manera compatible con los rasgos estructurales y las características esenciales de este nuevo sistema procesal”⁷⁸, y que la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio, el fiscal del caso, con claridad de ser el titular de la acción penal, debe promover esos derechos y garantizar de manera directa o solicitando al juez lo necesario para ello.

⁷⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-516 de 2007 declaró inexecutable la expresión “directo”

⁷⁸ Sentencia C-209-07



Por mandato del artículo 114 numeral 6º de la Ley 906 de 2004, a la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene la atribución de “Velar por la protección de las víctimas,...”. Por su parte, el artículo 133 de la ley 906 de 2004 establece que el ente acusador, adoptará las medidas necesarias para la atención de las víctimas, la garantía de su seguridad personal y familiar, y la protección frente a toda publicidad que implique afectación de su intimidad, para lo cual por conducto del Fiscal, solicitarán al juez de control de garantías las medidas que sean necesarias.

Ahora bien, el artículo 137 de la misma ley dispone que las víctimas en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen la facultad de intervenir en todas las fases de la actuación, bien a través de representante legal designado por su cuenta o por uno de oficio proveído por la Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía, incluso la policía judicial, tienen el deber de proporcionar información a la víctima sobre sus derechos, desde el primer momento en que ésta entre en contacto, procurándole un acceso pleno al expediente desde el comienzo de las indagaciones, pues sólo así se garantiza el acceso a la justicia, la igualdad ante los tribunales, la defensa en el proceso, la efectividad de los derechos y el carácter bilateral del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, que se mantiene en el nuevo modelo de procedimiento penal. En ese sentido, se condicionó la exequibilidad del artículo 135 de la Ley 906 de 2004.⁷⁹

Por ello, es preciso tener en cuenta que de algunas decisiones debe enterarse a las víctimas (y al ministerio público), verbigracia en caso de archivo provisional por parte del Fiscal y, además, que a ciertas audiencias es menester su convocatoria, como en los casos de solicitud de preclusión ante el juez de conocimiento, trámite que es posible en la fase de indagación, ante la declaratoria de inconstitucionalidad dispuesta en la sentencia C-591 de 2005 de la expresión “a partir de la formulación de la acusación”, contenida en el artículo 331 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ TRAER NOTA AL PIE BONORINO 1.

⁷⁹ Sentencia C-454 de 2006



En situaciones específicas el legislador estableció como requisito de procedibilidad de la acción penal la instauración de querrela por parte del sujeto pasivo del delito, por sus herederos o su representante legal.⁸⁰

Bajo la premisa indisponible del respeto celoso por su dignidad humana, el fiscal y su equipo de policía judicial, deben tener en cuenta que la víctima es una fuente importante de información, y que muchas veces fue protagonista de los acontecimientos que se investigan, será preciso entrevistarla, tomar de ella declaración jurada o convocarla a comparecer como testigo en juicio.

5.2.1.2.6. El Ministerio Público, como lo ha dicho la Corte Constitucional, significa una notoria particularidad de nuestro sistema procesal penal, como quiera que “continuará ejerciendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.⁸¹

El Código de Procedimiento Penal⁸² establece algunas actividades que ejerce en esta fase preprocesal el ministerio público, por ejemplo, señala que los Fiscales y la policía deben enterarlo de las diligencias y actuaciones de su competencia, para que ejerza la defensa del orden jurídico y, especialmente, para que actúe como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

5.2.2 Investigación

Es la primera fase procesal por antonomasia, esto si se acepta que la de indagación es preprocesal, y se caracteriza porque en ella, el fiscal delegado, con el apoyo de la policía judicial, busca fortalecer los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, que sirvieron de fundamento a la formulación de imputación, con el objeto de acusar a los presuntos autores o partícipes de la conducta investigada, solicitar la preclusión, o dar aplicación al principio de oportunidad⁸³.

⁸⁰ Art. 71 de la Ley 906 de 2004

⁸¹ Sentencia C-591 de 2005

⁸² Art. 109, 110, 111 y 112.

⁸³ Manual de Procedimientos de Fiscalía en el sistema Penal Acusatorio



Para formular acusación se precisa que, desde el punto de vista sustancial, los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legal obtenidos, permitan inferencia en grado de probabilidad de verdad, acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad de sus autores o partícipes.

Cuando quiera que se verifique alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el fiscal solicitará al juez de conocimiento que disponga la preclusión de la investigación y en consecuencia el archivo de las diligencias.

El fiscal podrá proceder con la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal, atendiendo las causales previstas en el artículo 324 de la citada ley, efecto para el cual deberá recurrir ante el juez de garantías para que controle la legalidad material y formal de la determinación. Deberá atender igualmente las directrices emitidas por el señor Fiscal General de la Nación, respecto de la aplicación del principio de oportunidad.

5.2.2.1. Límites y término de la fase de investigación

Esta fase comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, sin perjuicio de seguirse realizando actos de investigación en la fase de juzgamiento y aún estando en el juicio oral, toda vez que durante su desarrollo es posible la aparición de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida no conocidos hasta ese momento, que de manera excepcional pueden ser aducidos por las partes durante la etapa probatoria, de conformidad con el inciso final del artículo 344 de la Ley 906 de 2004⁸⁴.

El término de duración de la investigación es limitado y perentorio. A partir de la formulación de la imputación, el fiscal del caso cuenta con treinta días para presentar el escrito de acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad. No precisó el legislador si el término señalado al efecto debe contarse como días hábiles o si, por el contrario, deben ser seguidos o calendario, temática en relación

⁸⁴ Art. 175 de la Ley 906 de 2004



con la cual se ha sostenido dos posturas. Una de ellas aduciendo que en razón de que para las actuaciones penales todos los días y horas son hábiles, se debe entender que son corridos. La segunda, afirma que en la medida en que los jueces de conocimiento, funcionarios ante los cuales se presenta el escrito y se formula la acusación, solamente trabajan en días hábiles, de ese carácter deben ser los que se cuenten para establecer el vencimiento del referido término.

Con todo, frente al principio de oportunidad, es importante considerar la opción de su aplicabilidad antes de formularse imputación y aun con posterioridad a la formulación de la acusación.

Vencidos los treinta días sin haberse adoptado alguna de aquellas determinaciones, el fiscal perderá la competencia y será reemplazado por otro fiscal quien cuenta con igual término para optar por una de las tres posibilidades en mención; de no presentar escrito de acusación en este nuevo plazo se configura una de las causales para la preclusión de la investigación y si existe persona detenida, quedará en inmediata libertad.⁸⁵

Oportuno señalar que frente al dilema ocasionado por la imprecisión de la norma original contenida en el art. 317-4 de la Ley 906 de 2004, en cuanto determinaba como límite para la configuración de la referida causal de libertad la no “presentación de la acusación”, la Ley 1142 de 2007 (Art. 30), determinó que la misma se configura al vencerse sesenta días contados a partir de la fecha de formulación de la imputación, sin que se presente el escrito de acusación. Igualmente la reforma clarificó que los aludidos términos “se contabilizarán en forma ininterrumpida”.

5.2.2.2. Intervinientes en la investigación

5.2.2.2.1. Funcionarios de policía judicial. En esta segunda fase la intervención de la policía judicial busca complementar y adicionar la investigación para lograr los objetivos propuestos en el programa metodológico. Podrá ser presentado como testigo en las audiencias preliminares; y presentará informes adicionales conforme se vaya

⁸⁵ *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el sistema Penal Acusatorio*



desarrollando la investigación; podrá recolectar elementos materiales probatorios, evidencia física o información que sirva de soporte a los motivos fundados requeridos para solicitar allanamientos, interceptación de comunicaciones o cualquiera otra actuación que implique la afectación a los derechos fundamentales.

5.2.2.2.2. El fiscal delegado formula imputación al indiciado, es decir, le comunica su calidad de imputado en presencia del defensor, el ministerio público y el juez de control de garantías; lo individualiza o identifica y presenta una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes. Cumplido lo anterior, le informa el derecho que le asiste de allanarse a los cargos, previniéndole de la posibilidad de obtener rebaja de pena que oscila entre la tercera parte y hasta el cincuenta por ciento de la misma⁸⁶ (Artículos. 288 y ss. y 351 de la Ley 906 de 2004).

De conformidad con la norma original contenida en el artículo 289 de la Ley 906 de 2004, salvo los casos de declaratoria de persona ausente o de contumacia, era indispensable la presencia física del indiciado en la audiencia de formulación de la imputación. La reforma introducida al dispositivo en cita por el artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, prevé la posibilidad de formularse la imputación, requerir la imposición de medida de aseguramiento y hacer las solicitudes que se consideren procedentes, “con la sola presencia del defensor de confianza o designado por el sistema nacional de defensoría pública, cuando el capturado haya entrado en estado de inconciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material...”⁸⁷. Con todo, si el capturado está conciente y en estado de salud que le permita ejercer su defensa material, pero se encuentra recluso en clínica u hospital, el juez de control de garantías a solicitud del fiscal, se trasladará al centro asistencial para efectos de la legalización de la captura, la formulación de la imputación y la decisión de las demás solicitudes de las partes.⁸⁸

Innovación trascendental respecto de las formalidades atendibles en la formulación de la imputación, fue la introducida por el parágrafo tercero del artículo 18 de la citada ley, es la referida a la opción de formularse imputación ante el juez de control de garantías y el defensor (de confianza o del sistema nacional de defensoría pública),

⁸⁷ Parágrafo 1º, *idem*

⁸⁸ Parágrafo 2º *idem*



sin la presencia física del indiciado destinatario de la misma, en los casos “en los cuales por las distancias, dificultad en las vías de acceso, los desplazamientos y el orden público, no sea posible dentro del término de las treinta y seis horas siguientes a la captura trasladar a la persona aprehendida...” ante el mencionado juez. En este caso, manda la norma en comento “deberá legalizarse su captura con la constancia que haga la Fiscalía General de la Nación respecto de los motivos por los cuales se imposibilitó el traslado” y el compromiso de presentar al capturado tan pronto se superen las dificultades. En esas mismas circunstancias se faculta a la fiscalía para formular imputación y solicitar medida de aseguramiento.

En los tres eventos a los que se refieren los párrafos del tan citado artículo 18 de la Ley 1142 de 2007, queda la posibilidad al imputado, cuando las circunstancias se lo permitan, de allanarse a los cargos, para hacerse acreedor a la rebaja punitiva, tal como lo prevé el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

También podrá solicitar al juez de control de garantías la suspensión del poder dispositivo de los bienes incautados u ocupados con fines de comiso; la imposición de medidas cautelares reales; la práctica de prueba anticipada; medidas de protección a las víctimas y sobre la legalidad de la decisión de la fiscalía de aplicar el principio de oportunidad.

De las anteriores actividades especial consideración merece la solicitud de medidas de aseguramiento, para destacar que el fiscal debe tener en cuenta el cumplimiento de los fines de las mismas, su naturaleza, clases, fundamento y forma de argumentación para obtener que el juez disponga las que se estiman necesarias. Precisa considerar que la restricción de la libertad tiene carácter excepcional; la interpretación de las disposiciones que permiten esa limitación debe ser restrictiva y su aplicación atenderá a criterios de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad frente a los contenidos constitucionales (Artículo 296 de la Ley 906 de 2004). No sobra resaltar que la evaluación de los mencionados aspectos es obligada, tanto para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, como para las que no limitan ese derecho.

La finalidad de la restricción de la libertad, como lo indica el artículo 296 de la misma ley, se remite de manera exclusiva a evitar que el procesado obstruya la justicia; asegurar su comparecencia al proceso; obtener la protección de la comunidad y las víctimas; y el cumplimiento de la pena.



Tal como se anticipó, de conformidad con el artículo 307 ibídem, las medidas de aseguramiento pueden ser privativas y no privativas de la libertad y su aplicación dependerá del cumplimiento, además de su necesidad y fines, de los requisitos que exige el procedimiento (Artículo 308). El fiscal deberá argumentar de manera adecuada su pretensión en la respectiva audiencia ante el juez de garantías, precisando la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Asunto que en su momento suscitó alguna controversia, fue el referido a la competencia para disponer órdenes de captura, imponer medidas de aseguramiento, revocarlas o modificarlas, durante la etapa de juicio, al pensarse por algunos que el funcionario con tal atribución debería serlo el juez de conocimiento, por haber asumido la competencia de la actuación desde la presentación del escrito de acusación. Otro entendimiento se dirigía a afirmar que esos trámites debían surtirse ante el juez de control de garantías, en la medida en que determinaciones sobre el particular tomadas por el juez de conocimiento podrían comportar la conformación de un prejuicio que alterara o influyera en su imparcialidad y, por ende, un evento de impedimento o recusación. La controversia se dirime en favor de la última interpretación, esto es, que tales asuntos son de competencia del juez de control de garantías, al entenderse de manera sistemática los numerales 4º y 8º, este último adicionado al artículo 154 de la Ley 906 de 2004, por el 12 de la Ley 1142 de 2007, toda vez que por esa normatividad se dispone que en audiencia preliminar se tramitarán la que “resuelve la petición de medida de aseguramiento.”, y la que decide la solicitud “de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo”.

A propósito de lo anterior, se debe indicar que el vacío normativo del que adolecía la Ley 906 de 2004 respecto de término para la resolución de las determinaciones referidas a libertades, se superó con la reforma que al artículo 160 de la referida norma introdujo el 48 de la Ley 1142 de 2007, al señalar que las decisiones, en general, salvo disposición en contrario, deben tomarse en el acto mismo de la audiencia y que cuando las mismas “... se refieran a la libertad provisional del imputado o acusado.

El fiscal debe ordenar la devolución de los bienes que no sean necesarios para la investigación, así como los recuperados, para hacer efectivo, de manera expedita, el restablecimiento del derecho; autorizar a la víctima o al tercero el uso y disfrute



provisional de aquellos bienes adquiridos de buena fe, que hubieren sido objeto del delito; y reconocer ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas (Artículos. 88 y 99 de la Ley 906 de 2004). Igualmente establecerá la posibilidad que en relación con los bienes incautados proceda acción de extinción de dominio⁸⁹, evento en el cual iniciará las acciones necesarias si tiene competencia o remitirá las comunicaciones a la unidad nacional respectiva.

Otras actividades estarán encaminadas a solicitar al juez de control de garantías la entrega provisional de bienes involucrados en delitos culposos, como vehículos automotores, naves, aeronaves, unidades montadas sobre ruedas y demás objetos que sean de libre comercio, después de cumplidas las previsiones de cadena de custodia, al propietario, poseedor o tenedor legítimo, o al representante legal de la empresa a la cual se halle afiliado un bien de servicio público, quien deberá rendir cuentas de la gestión.

Se impone tener en cuenta que por mandato del inciso final del artículo 100 de la Ley 906 de 2004, reformado por el 9º de la Ley 1142 de 2007 “la decisión de entrega de los bienes referidos en esta norma corresponde, en todos los casos, al juez de control de garantías”. (Subraya fuera de texto).

La doctrina constitucional sentada en la sentencia C-423 de 2006, respecto de las medidas cautelares sobre bienes reales, previene de la obligación de respetarse el debido proceso y la de defensa de sus intereses, a los terceros titulares de los derechos afectados por las mismas (Incluido el tercero civilmente responsable).

El director de la investigación también podrá dar aplicación al mecanismo de la mediación designando, conforme las directrices del Fiscal General de la Nación, un tercero neutral, particular o servidor público, para que promueva un intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado o acusado, tendientes a lograr la solución del conflicto, o acuerdos sobre la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados, o la realización o abstención de determinada conducta, o a la prestación de servicios a la comunidad, o al ofrecimiento de disculpas o perdón y, finalmente, llegar a preacuerdos.

⁸⁹ Ley 793 de 2002, artículo 1º



El Fiscal, establecidos rigurosamente los motivos excepcionales previstos en el artículo 284, analizará la necesidad de practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, sujetándose a las reglas consagradas en la citada disposición. Esta facultad va desde el inicio de la actuación hasta antes de la instalación del juicio oral y debe cumplirse, ante el juez de control de garantías, en audiencia preliminar.

5.2.2.2.3. Juez de Control de Garantías. Autoriza previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación y en algunas ocasiones por petición directa de la policía judicial⁹⁰, esto en casos de urgencia y con los lineamientos jurisprudenciales ilustrados en la sentencia C-822 de 2005, de aquellas diligencias que implican afectación de los derechos a la dignidad humana, a la libertad, a la expectativa razonable de intimidad y a la propiedad.

En otras ocasiones realiza un control previo, formal y material a las ordenes impartidas por el Fiscal Delegado a la policía judicial para la vigilancia de personas y de cosas; o un control posterior a la orden, al procedimiento y a los resultados obtenidos en el registro, allanamiento, retención de correspondencia⁹¹, recuperación de información dejada al navegar por Internet⁹²; por petición de la fiscalía impone medidas de aseguramiento privativas o no privativas de la libertad, siempre que se reúnan los requisitos constitucionales y legales.

Controla la legalidad de los procedimientos de captura y verifica que esta se haya originado en orden previa impartida por el juez, en situación de flagrancia, por captura administrativa⁹³ o, orden excepcionalmente emitida por el Fiscal General de la Nación o su delegado (art. 300 de la Ley 906 de 2004, reformado por el 21 de la Ley 1142 de 2007).

⁹⁰ Art. 246, *in fine*, Ley 906 de 2004

⁹¹ Ver artículos 14, 15 y 16 de la Ley 1142 de 2007

⁹² Mediante sentencia C-336 de 2007 la corte constitucional decidió: Declarar exequible la expresión “cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso” del artículo 14 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que se requiere de orden judicial previa cuando se trata de los datos personales organizados con fines legales y recogidos por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello. De la misma manera, el artículo 244 de la citada ley.

⁹³ Sentencia C-024 de 1994



Le corresponde decidir sobre la petición que hace la fiscalía para afectar bienes con medidas cautelares o la suspensión provisional del poder dispositivo con fines de comiso; controla la aplicación del principio de oportunidad; resuelve sobre la revocatoria de las medidas de aseguramiento o su variación; la concesión de libertades y la procedibilidad de la prueba anticipada y su práctica, entre otras.

En relación con el allanamiento a la imputación su labor se circunscribe a verificar que la manifestación de aceptación se haga de forma libre, voluntaria e informada, para lo cual le prevendrá al imputado sobre los derechos consagrados en el artículo 8º de la Ley 906 de 2004 y las consecuencias de esa aceptación. De igual manera, también en este acto el juez de control de garantías velará por el respeto al debido proceso en general y, en particular, al principio de legalidad.

5.2.2.4. Juez de Conocimiento Le corresponde resolver sobre la procedibilidad de la preclusión de la investigación, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Si bien la norma original limitaba su aplicación “a partir de la formulación de la imputación”, este segmento normativo fue declarado inexecutable⁹⁴, con lo cual es impositivo concluir que tal instituto jurídico procede aun antes de la misma.

Ante aquél se presenta el escrito de acusación que debe cumplir las exigencias del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, y procede cuando los resultados de la investigación permitan inferencia, en rango de probabilidad de verdad, respecto de la existencia del delito y de la autoría o participación. Con su presentación, se da inicio a la fase procesal del juicio.

5.2.2.5. Intervención de la defensa. Como se explicó en precedencia, si bien la defensa procesalmente se activa con la formulación de la imputación, es preciso tener en cuenta que el ciudadano que sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, asesorado de abogado, podrá adelantar actos de investigación con el fin de proveer a su defensa. En tal gestión, es dable que recaude elementos materiales probatorios o evidencia física que podrá hacer examinar por peritos particulares -a su costa- u oficiales, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, los

⁹⁴ Sentencia C-591 de 2005



informes correspondientes y las entrevistas pueden ser utilizados para oponerse a las pretensiones de la Fiscalía.

A la luz del artículo 267 de la Ley 906 de 2004 podrá solicitar al juez de garantías que ejerza control sobre las actuaciones que afecten sus derechos fundamentales.

Le corresponde a la defensa técnica ilustrar en forma detallada al ciudadano a quien se le formulará imputación, de lo que se cerciorará el juez de control de garantías, sobre la naturaleza de ese acto procesal y sus efectos, la posibilidad de allanarse a los cargos atribuidos por la fiscalía y de los beneficios punitivos que la aceptación pudiera significarle.

Considerará las posibilidades de oponerse a la solicitud de medida de aseguramiento que pudiera promover la fiscalía en contra de su representado, obtener que la misma sea de un carácter más benigno que la pretendida por el ente acusador, verbigracia, la privativa de libertad en centro carcelario, por domiciliaria, o interponer recursos en contra de la decisión del juez.

La ley la faculta a la defensa para solicitar la práctica de prueba anticipada, ajustándose a los presupuestos normativos y exigencias que establece el procedimiento para su realización.

5.2.2.2.6. La víctima⁹⁵. Aunque la Fiscalía General de la Nación debe representar los intereses de la víctima, esta puede intervenir de manera directa de conformidad con el artículo 250 de la C. P.; 11, 132 y ss. de la Ley 906 de 2004⁹⁶.

Con todo, en la sentencia C-454 de 2006⁹⁷, en lo que tiene que ver con las fases de indagación y de investigación, se explica: “... es evidente en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo

⁹⁵ Sentencias C-228 de 2002, C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007

⁹⁶ Sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007

⁹⁷ M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño



del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.”

El fiscal estará pendiente de atender las inquietudes investigativas de la víctima, previendo que no actúe en contravía de su programa de investigación y de su teoría del caso, para evitar que proceda de manera inconsulta frente al manejo de la gestión probatoria, con lo que daría lugar a contradicciones que podrían dar al traste con las pretensiones de un fallo de culpabilidad.

Por lo demás, es necesario tener en cuenta que respecto de actos que signifiquen decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto, se impone, por mandato de norma rectora, considerar sus intereses. De tal manera que la víctima debe ser enterada y convocada a procedimientos que tengan tales implicaciones, entre ellos, la preclusión de la investigación, la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos o negociaciones⁹⁸.

En caso de que la víctima no cuente con medios suficientes para contratar un abogado que la asesore en la actuación, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio, que incluso puede ser un estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada (Art. 137 de la Ley 906 de 2004).

Es necesario precisar que la función de citación para la asistencia a las diferentes audiencias, por ley está asignada al juez⁹⁹, quien podrá, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 172 de la Ley 906 de 2004, disponer del empleo de servidores de la administración de justicia y, de ser necesario, de miembros de la fuerza pública o de la policía judicial. Por lo mismo a la Fiscalía le bastará aportar los datos de quienes deben ser convocados a las audiencias que solicite o a las que dé lugar. Sin embargo, cuando se trate de la citación de la víctima, es importante que valore si para los efectos de su protección, se fije como su domicilio para citaciones y

⁹⁸ Mediante sentencia C-519 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la víctima también podrá intervenir en la celebración de un preacuerdo, para ser oída por el fiscal y por el juez.

⁹⁹ Art. 171 de la Ley 906 de 2004



notificaciones, la sede de la fiscalía y encargarse ésta directamente de hacerle llegar la respectiva comunicación.

5.2.2.2.7. El imputado tiene derecho al ejercicio de todas las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad¹⁰⁰. Por lo mismo, no serán disponibles sus derechos superiores como el de la dignidad humana, igualdad, intimidad y a que su libertad no se restrinja sino en presencia de motivos fundados, y atendiendo a los criterios de excepcionalidad, razonabilidad, ponderación y proporcionalidad.

Como se ha insistido desde párrafos anteriores, a partir de la formulación de la imputación se activa procesalmente el ejercicio de la defensa¹⁰¹ por lo cual el imputado tendrá el derecho, a no auto incriminarse ni a sus parientes; a que no se utilicen como base de incriminación su silencio ni el contenido de las conversaciones dirigidas a lograr un acuerdo de no llegar a perfeccionarse; a estar asistido siempre por un abogado y a tener conversaciones de privacidad con éste antes de comparecer ante las autoridades; a tener un traductor si no puede hacerse entender o expresarse en el idioma oficial o a tener un interprete de existir una limitación en sus sentidos que le impida percibir y comunicarse oralmente; a conocer los cargos que se le imputen; a disponer del tiempo necesario para preparar su defensa; a solicitar pruebas y a conocer las que existan en su contra; a tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial y con inmediatez.

Podrá allanarse a los cargos, o aceptar un preacuerdo con la fiscalía, que una vez aprobado por el juez de conocimiento ponga fin a la actuación penal, mediante sentencia condenatoria, en procura de obtener una rebaja sustancial de la pena imponible, cuyo porcentaje, reglado por la ley y determinado por la fase procesal en que se adopte la determinación, será proporcional a su colaboración con la administración de justicia y con la sociedad.

¹⁰⁰ Art. 3º de la Ley 906 de 2004

¹⁰¹ *Quedó claro que ello no es óbice de las posibilidades de ejercicio de derechos de defensa antes de la formulación de la imputación*



En caso de discrepancia frente a su decisión de allanarse a la imputación o realizar un preacuerdo, prevalecerá lo que decida, aun enfrentando el parecer de su abogado, en contra de la norma general establecida en el artículo 130 de la Ley 906 de 2004.

Podrá colaborar eficazmente en la desarticulación de organizaciones criminales o para evitar la continuidad del delito iniciado, así como la ejecución de otros, bien suministrando información o sirviendo como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes y testificando en el juicio oral; en tal caso podrá aplicarse el principio de oportunidad, para lo cual se atenderán las previsiones normativas pertinentes y las directrices del Fiscal General de la Nación.

5.2.2.2.8. El Ministerio Público, es un órgano de control que participa en el proceso penal, sin tener la calidad de parte o de interviniente, cuando sea necesario para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales.

Bajo tal premisa, las intervenciones del ministerio público que desborden ese marco referencial, de orden constitucional y legal, deben ser controladas por el juez, a solicitud de las partes o intervinientes. Se impone resaltar que el fiscal del caso, debe estar preparado para argumentar con suficiencia su oposición frente a tales situaciones.

Puede solicitar prueba anticipada, porque así lo autoriza el artículo 284 de la Ley 906 de 2004, en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial, cumpliendo los requerimientos de la norma citada.

5.2.3. Juicio

Es la fase final del proceso penal previsto en la ley 906 de 2004. Está integrado por las audiencias de formulación de acusación, preparatoria, juicio oral, y fijación de sentencia. Eventualmente se tramita incidente de reparación integral, que tiene lugar luego de emitido fallo de culpabilidad, y cuya decisión debe incorporarse al mismo.

En el juicio se explicitan de especial manera las características esenciales del sistema



procesal penal, con marcada tendencia acusatoria y adversarial, manifestadas en el reconocimiento de igualdad de armas a las partes. Comienza con la concreción de la función de acusación que constitucionalmente se asigna a la Fiscalía General de la Nación, momento en el cual además se posibilita el reconocimiento y la intervención de las víctimas, enmarcado en la satisfacción de sus aspiraciones a la verdad, la justicia y la reparación. Le sigue un ciclo de transición, destinada a preparar, delimitar y planear el juicio oral, con descubrimiento, enunciado, solicitud y autorización de práctica de pruebas, las que se concretan en el juicio oral el que, cumpliendo los presupuestos de publicidad, confrontación, contradicción, e intermediación, concluye con la definición de la controversia por el fallo de un tercero imparcial representado en el juez de conocimiento, con pleno respeto de las garantías de defensa material y técnica.

5.2.3.1. Límites y términos

Inicia, como se ha dicho, con la presentación del escrito de acusación y se extiende hasta la audiencia de individualización de pena y sentencia. Se adelanta en su totalidad ante el Juez de conocimiento en los tiempos establecidos por el código de procedimiento penal¹⁰².

Dentro de los 3 días siguientes a la presentación del escrito de acusación, el juez de conocimiento fija día y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, la cual finaliza con la determinación de la fecha para adelantar la audiencia preparatoria, la que tendrá que realizarse en un término no inferior a quince ni superior a treinta días, siguientes a la realización de aquella.

Concluida la audiencia preparatoria, dentro de los treinta días siguientes se lleva a cabo el juicio oral que finaliza con el anuncio del sentido del fallo. Si el mismo es condenatorio se entrará a individualizar la pena, para lo cual se concederá el uso de la palabra a las partes con el fin de que “(...) se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable (...)”¹⁰³.

¹⁰² Art. 338, 343 inciso 2, 365, 445 y 447 inciso 3 de la Ley 906 de 2004.

¹⁰³ Art. 447 de la Ley 906 de 2004



Finalmente, dentro de los quince días calendario, contados a partir de la terminación del juicio oral, habrá de señalarse fecha para proferir sentencia, a la que se incorpora la decisión que puso fin al incidente de reparación integral.

5.2.3.2. Intervinientes en el Juicio

5.2.3.2.1. Fiscal Delegado. Le corresponde la formulación de acusación, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, como resultado del desarrollo del programa metodológico de la investigación infiere, con probabilidad de verdad, la existencia de la conducta punible y la autoría o participación del imputado. Presenta el escrito de acusación, en el cual precisa la identificación de éste, expone de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, relaciona los bienes y recursos afectados con fines de comiso, indica los datos de identificación y ubicación de la defensa, finalmente, enuncia los elementos materiales probatorios¹⁰⁴.

En esta audiencia estará listo para proponer o discutir lo referente a las causales de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad que pudiesen presentarse; deberá adicionar el escrito cuando resulte necesario, después de lo cual formulará la acusación al imputado, de manera oral y concreta. Cumplido lo anterior, debe solicitar las medidas de que estime necesarias para la protección de las víctimas y los testigos.

En la audiencia preparatoria deberá exigir que la defensa descubra la totalidad de las pruebas que pretenda hacer valer. Hará de manera completa, indicando puntualmente los fundamentos de pertinencia y admisibilidad, la solicitud de pruebas que sustenten los hechos de la acusación. En relación con las pruebas que pida la defensa para sustentar su pretensión, solicitará al juez de conocimiento la exclusión de aquellas que resulten ilegales o ilícitas; el rechazo de las impertinentes, inútiles, repetitivas, así como las encaminadas a probar hechos notorios y que por otro motivo no requieran prueba. Si bien por su parte no puede usar, en tanto en principio serían inadmisibles, las que se refieran a las conversaciones que haya tenido la fiscalía con el imputado, el acusado o su defensor en cumplimiento de manifestaciones

¹⁰⁴ C. S. J. Cas. 21 de febrero de 2007. M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz. Rad. 25920



preacordadas, suspensiones condicionales, aplicación del principio de oportunidad o de un método alternativo para solucionar el conflicto, no se opondrá a que las mismas sean postuladas por la defensa.

Propiciará estipulaciones con la defensa, para que se tengan como probados algunos hechos o sus circunstancias, sin que tales acuerdos puedan referirse a los dispositivos estructurales de la conducta punible, como sería la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, ni el grado de autoría o participación. Tampoco es procedente acordar la pretermisión de trámites procesales. Puede ser estipulado el objeto material de la conducta, las conclusiones de un estudio pericial, el dicho de un testigo como si hubiera comparecido al juicio, la naturaleza y cantidad de una sustancia, la calidad de cosa mueble, la muerte del sujeto pasivo y su causa, entre otros asuntos.

La consecución de estipulaciones con la defensa es una muy importante estrategia, para hacer más ágil y eficiente el juicio, facilitará y optimizará su trabajo y le permitirá concentrar su atención en asuntos realmente trascendentales.

Tendrá presente que el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, dispone que en ningún caso el juez podrá decretar pruebas de oficio, y que si bien la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 30 de marzo de 2005 con ponencia del Dr. Jaime Lombana Trujillo, admitió la posibilidad de que en casos extremos el director del juicio ordene la práctica de alguna, debe reclamarle la carga argumentativa requerida para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Esta última decisión de la Corte Suprema de Justicia, debe compararse con la ilustración jurisprudencial de orden constitucional que desarrolló la guardiana de la Carta, contenida en la sentencia C-396 de 2007¹⁰⁵, respecto de la prohibición de prueba oficiosa por parte del juez expuso:

(...)

“iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio

¹⁰⁵ Mayo 23 de 2007 MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA



oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria y, como lo advertía la doctrina italiana, en la concepción dialéctica de la prueba, según la cual “el concepto de prueba moderno se ha basado en el orden asimétrico, en el que se privilegia al juez, mediante la formulación de la verdad real que supera la verdad probable”¹⁰⁶

v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado.”

El fiscal, igualmente, podrá interponer los recursos ordinarios contra las decisiones del juez referidas a la exclusión, rechazo, inadmisión o que nieguen la práctica de pruebas.

En la audiencia de juicio oral debe comenzar su intervención con la declaración inicial, esto es, la presentación de la teoría del caso, que consiste en un relato de los hechos de una manera esencialmente fáctica y narrativa, evitando la argumentación.

Culminada la apertura, el fiscal debe iniciar el interrogatorio directo y redirecto de sus testigos, y contrainterrogar a los que ofrezca la defensa, presentará, a través de los mismos, las evidencias físicas y elementos materiales probatorios que pretende hacer valer como prueba¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Calamandri y Ubertis, citados por Díaz Cabiale, José Antonio. *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio: la imparcialidad del juez*. Editorial Comares. Granada. 1996. Páginas 246 y 247.

¹⁰⁷ Art. 275 de la Ley 906 de 2004 y sentencia de casación del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920



Solicitará al juez que se admitan como prueba las estipulaciones probatorias que haya realizado con la defensa, lo que hará de manera contextualizada con los testigos que se refieran al tema de las mismas, para una mejor comprensión del juicio, y para obtener la mayor fuerza persuasiva de aquellas.

Si al final de la práctica de las pruebas encuentra que la conducta por la cual formuló la acusación es ostensiblemente atípica, solicitará al juez la absolución perentoria.

Finalmente, es tarea del Fiscal, exponer los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado acusación y formulará la solicitud de culpabilidad¹⁰⁸.

En el caso que la defensa presente alegatos de clausura, podrá controvertir sus argumentos.

En la audiencia de individualización de pena, estará atento a referir los antecedentes y demás condiciones del culpable, a que alude el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y sugerir la probable determinación de la pena aplicable y las condiciones de su ejecución.

5.2.3.2.2. Juez de Conocimiento. Es el director del juicio. Señala fecha para las audiencias que lo desarrollan y adopta las determinaciones a que haya lugar y decide las solicitudes que formulen las partes y los intervinientes.

En la audiencia de formulación de acusación da trámite a la impugnación de competencia, a los impedimentos, a las recusaciones y decide las peticiones de nulidad; concede la palabra a las partes, intervinientes o ministerio público; incorpora las correcciones a la acusación leída; aprueba o imprueba los acuerdos; suspende el procedimiento para que se resuelva el recurso de apelación y para posibilitar la práctica de negociaciones, aplicar el principio de oportunidad o intentar la mediación entre las partes; ordena el descubrimiento de elementos materiales probatorios específicos y controla que el mismo sea lo más completo posible; impone sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el descubrimiento;

¹⁰⁸ Art. 443 de la Ley 906 de 2004



determina la calidad de la víctima, cuando hay lugar a ello; y adopta medidas de protección para las víctimas o testigos.

Una vez se instale la audiencia preparatoria, el juez solicitará al acusado que manifieste si acepta o no los cargos que se han formulado en la audiencia de acusación, con el fin de atender lo previsto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004; si es así, reducirá hasta en la tercera parte la pena a imponer. Luego concede la palabra a las partes, para que hagan observaciones a cerca del procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial el efectuado por fuera de la formulación de acusación. Podrá ordenar la suspensión por el trámite de la apelación de las decisiones relativas a las pruebas y por fuerza mayor o caso fortuito.

En esta audiencia, ordena el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física que la defensa pretenda hacer valer en juicio, requiere a las partes para que anuncien la totalidad de las pruebas, que manifiesten si tienen estipulaciones probatorias y procederá a decretar la práctica de aquellas que sean solicitadas, excluyendo o rechazando los medios que de conformidad con las reglas del artículo 359 de la Ley 906 de 2004 resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos, ilegales o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba.

Finalmente decidirá el orden en que deba presentarse la prueba, disponiendo en primer lugar las de la fiscalía y luego las de la defensa, salvo lo relativo a la de refutación, en cuyo caso serán primero las ofrecidas por la defensa y luego las de la fiscalía. Con todo, en la audiencia de juicio oral, los testigos deben ser interrogados uno después de otro en el orden establecido por la parte que los haya solicitado.

El día y hora señalados, en la audiencia preparatoria, para la celebración del juicio oral, el juez de conocimiento lo instalará verificando la presencia de las partes, a quienes advertirá sobre las reglas de comportamiento que se deben guardar durante la misma.

A continuación informará al acusado, si está presente, del derecho que le asiste a guardar silencio y a no auto incriminarse, y le concede la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable; la aceptación puede ser total o parcial en relación con los cargos, conforme lo establece el artículo 367 de la Ley 906 de 2004.



Concederá la palabra a las partes para que presenten la declaración inicial, después abrirá el debate probatorio y procederá a la práctica de las pruebas ordenadas en la audiencia preparatoria, en el orden indicado en la misma. En su desarrollo decidirá sobre la admisión de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios, valorando los sistemas de autenticación para verificar su mismidad.

Tomará nota permanente, como mecanismo para facilitar el recuerdo de los asuntos importantes a tener en cuenta en el momento de emitir las decisiones que le corresponden.

Su participación en el interrogatorio cruzado será, como lo dispone el artículo 397 de la Ley 906 de 2004, para conseguir que el testigo responda a las preguntas que le han formulado, pudiendo efectuar algunas complementarias que le permitan el cabal entendimiento del caso. No está facultado para oponerse a preguntas que haga la fiscalía o la defensa en desarrollo de los interrogatorios o contrainterrogatorios, pues este es un trabajo de las partes que responde a la estrategia y preparación que tenga cada una del caso.

Excepcionalmente, durante el juicio, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del mismo, decidirá si admite un elemento material probatorio o evidencia física, muy significativos, que debiendo haber sido descubierto, no lo fue en su oportunidad.

En la audiencia para individualización de la pena y sentencia, concederá la palabra a las partes con el fin de atender las sugerencias sobre su dosificación, y si estima necesario ampliar la información sobre las condiciones individuales, familiares sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, puede solicitar a una institución pública o privada la designación de un experto, para ampliar la información quien deberá responder su petición en un plazo máximo de diez días, luego de lo cual fijará la fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en la que incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Art. 447 de la Ley 906 de 2004



5.2.3.2.3. La defensa. En relación con las audiencias previas al juicio oral, es necesario hacer algunas precisiones. Sea lo primero recordar que la presentación del escrito de acusación, en los términos del artículo 337 de la Ley 906 de 2004 activa la fase del juicio, dá lugar a la asignación de un juez de conocimiento que fija fecha y hora para la realización de la audiencia de formulación de acusación y ordena las citaciones pertinentes.

La defensa y el imputado pueden obtener en el centro de servicios judiciales una copia del escrito de acusación para preparar su intervención en la audiencia de formulación de cargos, en curso de la cual pueden hacerle observaciones; igualmente propondrán causales de incompetencia, impedimento o recusación y las de nulidad que fueren del caso.

Exigirá que el descubrimiento que hace la fiscalía sea completo y podrá pedir el develamiento de todos aquellos que no haya suministrado el ente acusador¹¹⁰ y la exhibición o la entrega de copia de un elemento material, lo que deberá ocurrir en un plazo de tres días. Puede comenzar allí el descubrimiento de los elementos probatorios, evidencias e información legalmente obtenida que se proponga hacer valer en juicio.

Tiene la carga de entregarle a la fiscalía los exámenes periciales que se le hubieren practicado al acusado, cuando piense alegar la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes.

Considerará la opción de concretar acuerdos o negociaciones con la fiscalía que le puedan significar ventajas a su representado, bien por la supresión de cargos, la modificación del grado de coparticipación o una rebaja de la pena (artículo 351 de la Ley 906 de 2004).

En la preparatoria formulará observaciones al proceso de descubrimiento efectuado por la fiscalía, en especial si el que se realizó por fuera de la sede de la audiencia ha quedado incompleto.

¹¹⁰ Sentencias C-1194 de 2005 y la de Casación del 21 de febrero de 2007 citada.



Si no las ha acordado con la fiscalía, puede proponerle al ante acusador estipulaciones probatorias.

Solicita la práctica de pruebas con las cuales sustentará sus pretensiones y debe completar el descubrimiento de las mismas, para evitar su rechazo por el juez en desarrollo del juicio oral. Pide la exclusión, el rechazo o la inadmisión de los medios probatorios, según el caso, y podrá impetrar los recursos ordinarios contra las decisiones del juez que le resulten adversas en esta materia.

Considerará la opción de recomendarle al acusado que acepte los cargos que le han sido formulados por la Fiscalía, con miras a obtener en esta fase una rebaja de la pena de hasta la tercera parte.

Puede optar por presentar o abstenerse de enunciar su teoría del caso¹¹¹, como también alegar de conclusión¹¹² al término de la práctica de las pruebas.

Si lo estima necesario, replica a las alegaciones finales que presente la fiscalía, como quiera que la ley le otorga el último turno de intervención argumentativa.

5.2.3.2.4. El acusado, es uno de los destinatarios de las copias que el fiscal debe entregar del escrito de acusación. En la audiencia de formulación de acusación, podrá realizar preacuerdos o aceptar total o parcialmente los cargos atribuidos por la fiscalía, para procurarse los beneficios punitivos que correspondan en cada caso.

Como se dijo, si existe discrepancia con su defensor en materia de preacuerdos, prevalecerá lo que decida el acusado.

Igualmente podrá aceptar los cargos en la audiencia preparatoria y al iniciarse el juicio oral, para obtener las concesiones punitivas previstas por el legislador en el ámbito de la justicia premial.

¹¹¹ Art. 371 de la Ley 906 de 2004

¹¹² Art. 443 inciso 3 de la Ley 906 de 2004



En el mismo podrá testificar, renunciando a sus derechos de guardar silencio y no auto incriminarse. Al efecto, debe ser advertido de tales prerrogativas constitucionales, incluidas las elaboraciones doctrinales introducidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia C-782 de 2005¹¹³, cuando explicó que:

“No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva inconstitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio.” (Subrayas fuera de texto)

En curso de la fase probatoria, podrá conainterrogar a los testigos de cargo, e interrogar a los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; tiene derecho a obtener su comparecencia, aun por medios coercitivos (Art. 8-k Ley 906 de 2004).

5.2.3.2.5. La Víctima. Adquiere su reconocimiento formal en la audiencia de formulación de acusación y puede solicitarle al juez que acepte a su representante

¹¹³ 28 de julio de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra



legal¹¹⁴. De manera directa, a través de su abogado o a través de la fiscalía, requerirá medidas de protección en los términos del artículo 342 de la Ley 906 de 2004¹¹⁵. Sin embargo, la fiscalía debe procurar que se tomen esas prevenciones, para proteger a la víctima (y a los testigos).

Si la víctima no contare con representación legal, la interpretación concordada de las normas contenidas en los artículos 250-6 de la C. P., 11, literal h, y 340 de la Ley 906 de 2004, permite inferir que en la audiencia de formulación de acusación le puede ser reconocido como su apoderado, el abogado de oficio (o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada) que le fuera designado por la fiscalía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137-5 *ibídem*.

En la audiencia de juicio oral, su participación se hace a través del representante legal quien intervendrá en la clausura una vez lo haga el fiscal, presentando los alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado.

Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, la víctima de manera directa, bien a través del fiscal o del agente del ministerio público, puede solicitar al juez de conocimiento abrir el incidente de reparación integral, tendiente a lograr el restablecimiento de sus derechos. En curso del mismo optará por conciliar con el procesado, o persistir en sus pretensiones, indicando las pruebas que hará valer¹¹⁶. Puede solicitar, si es del caso, se convoque al tercero civilmente responsable al incidente de reparación integral y al asegurador a la conciliación. Téngase en cuenta que cuando la pretensión sea exclusivamente económica, la misma solamente podrá ser formulada por la víctima, sus herederos, sucesores o causahabientes.

Tiene derecho a conocer la verdad, a acceder a la administración de justicia, a la reparación integral, así como a obtener medidas judiciales de protección, sin perjuicio de poder acudir ante la jurisdicción civil ordinaria para obtener la indemnización

¹¹⁴ Art. 340 de la Ley 906 de 2004

¹¹⁵ Ver sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007

¹¹⁶ Art.103 de la Ley 906 de 2004



del daño ocasionado con el delito. La intervención de la víctima en el proceso penal, constituye otra de las particularidades de nuestro sistema procesal penal¹¹⁷.

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-209 de 2007¹¹⁸ sobre el tema expuso lo siguiente:

“El legislador omitió incluir a las víctimas dentro de las partes o intervinientes que pueden ejercer facultades referentes a la solicitud, descubrimiento, exhibición, exclusión, rechazo e inadmisibilidad, práctica y contradicción de pruebas o elementos materiales probatorios.” Y como no existe razón para justificar la exclusión de la víctima en las facultades otorgadas a las partes e intervinientes en el proceso penal, y “ Teniendo en cuenta que esta omisión genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal en las etapas previas al juicio e impide asegurar una garantía efectiva de los derechos de las víctimas a la verdad, a ser oídos y facilitarles el aporte de pruebas, se condicionó la exequibilidad de los artículos 284, 344, 356, 358 y 359 de la Ley 906 de 2004, a que la víctima pueda ejercer también las facultades probatorias previstas en cada caso por estas disposiciones legales”. Igual situación aplica respecto de la posibilidad a que la víctima pueda intervenir en la audiencia de formulación de acusación y pueda hacer observaciones al escrito de acusación que presenta la Fiscalía e, incluso, a manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades, motivo por el cual también condiciona la exequibilidad del artículo 339 de la ley 906 de 2004 y declara la inexecutable de la expresión “con fines únicos de información” del artículo 337 *ibídem*”.

Es necesario tener presente que la titularidad de la acción penal constitucionalmente está asignada a la Fiscalía General de la Nación, por lo cual debe entenderse que si bien la víctima puede hacer observaciones en torno a la calificación jurídica de la conducta, la determinación vinculante es la que asuma el ente investigador, de una parte y, de otra, frente a las aspiraciones probatorias también es preciso considerar que la carga de la prueba para la demostración de la existencia de la conducta y de la responsabilidad del procesado le corresponde igualmente a la Fiscalía General a cuyo cargo está la obligación de desvirtuar

¹¹⁷ Sentencia C-454 de 2006

¹¹⁸ Marzo 21 de 2007 MP. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA



la presunción de inocencia. Tanto es lo anterior así que respecto a la posibilidad de que la víctima o su representante intervinieran de manera directa en la práctica de las pruebas, la corte constitucional en la sentencia que viene de citarse consideró:

“b) ...por el contrario, en el caso de las facultades probatorias otorgadas a la Fiscalía, la defensa, las partes y el Ministerio Público en los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, la exclusión de la víctima no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, toda vez que tales facultades corresponden a la etapa del juicio oral en el cual no participa directamente la víctima, pues con ello se modificarían los rasgos estructurales del sistema penal regulado por la Ley 906 de 2004 y concebido en el Acto Legislativo 03 de 2002, al alterar sustancialmente la igualdad de armas y convertir a la víctima en un segundo acusador o contradictor. Tales facultades se ejercen en esta etapa por intermedio del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Por consiguiente, no prosperan los cargos analizados en contra de los artículos 378, 391 y 395 de la Ley 906 de 2004, que se declararon exequibles.”

5.2.3.2.6. Ministerio Público. En el curso de esta fase procesal, cumplirá con el encargo que le ha hecho el legislador en el artículo 111 numeral primero de la Ley 906 de 2004, de ser garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

Intervendrá en la audiencia de formulación de acusación haciendo observaciones al escrito de cargos, planteando la estructura de causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades; podrá igualmente solicitar medidas de protección para la víctima y para los testigos.

En la audiencia preparatoria, excepcionalmente agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si tuviere conocimiento de una no pedida por éstas, podrá reclamar su práctica, siempre que la misma tenga esencial influencia en los resultados del juicio.

Durante la práctica del interrogatorio cruzado puede hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso¹¹⁹. Igualmente, si así lo decide, presentará alegatos de clausura¹²⁰.

¹¹⁹ Art. 397 de la Ley 906 de 2004

¹²⁰ Art. 443.2 de la Ley 906 de 2004



Capítulo VI

6. Audiencias Preliminares

6.1. Audiencias preliminares

Explicado quedó, que uno de los más importantes cambios de paradigma implantados por el sistema penal con tendencia acusatoria, de los introducidos por el Acto Legislativo 03 de 2002 desarrollado por la Ley 906 de 2004, fue precisamente la limitación a eventos eminentemente excepcionales, de las facultades judiciales de la Fiscalía General de la Nación, por lo cual la norma general impone que las determinaciones que implican compromiso de los derechos fundamentales de los ciudadanos, deben ser adoptadas por un juez de la República, especialmente destacado para emitir ordenes en tal sentido.

En curso de las actividades de investigación se realizan actos que, como se insiste, implican afectación de los derechos fundamentales, por lo cual, es preciso recurrir al juez de control de garantías, para que en cumplimiento de la competencia que le asigna la Constitución y la ley, controle los motivos fundados, la orden, el cumplimiento o procedimiento de ejecución o los resultados de la misma, con el fin de establecer si tales gestiones se ajustaron a los procedimientos establecidos en la norma superior y en la legal.

En los precisos casos en que la fiscalía conserva la facultad de emitir ordenes a policía judicial, para que ejecute actos de investigación tendientes al cumplimiento de sus funciones de investigación y acusación, que den lugar a limitaciones a los superiores derechos, la orden y los resultados de su cumplimiento, como se dejó enunciado, deben someterse a escrutinio por parte del juez de garantías, quien en últimas determina si se cumplieron las reglas que regentan tales procedimientos.

En fin, son audiencias preliminares, aquellas que se realizan ante el juez de control de garantías, durante la indagación, la investigación o el juicio¹²¹, para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones, que involucren



garantías de orden superior y que no se adopten en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral.

Se clasifican, según su naturaleza, en audiencias de autorización judicial previa (inspección corporal, de registro personal, etc.); de control judicial de órdenes emitidas por fiscal (vigilancia y seguimiento de personas y vigilancia de cosas); de verificación (formulación de imputación); de decisión (imposición medida de aseguramiento, orden de captura, suspensión del poder dispositivo, etc.); de control de la orden y del resultado (registros y allanamientos, interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en base de datos, etc.) y de segunda de instancia sobre autos emitidos en audiencia preliminar.

Algunos asuntos que deben tramitarse en audiencia preliminar son los siguientes:

- La orden de allanamiento y registro de inmuebles, nave o aeronave y los resultados
- La orden de interceptación de comunicaciones y los resultados
- La solicitud de expedición de orden de captura
- Control de la legalidad de la captura en flagrancia
- La formulación de imputación
- La solicitud y práctica de la prueba anticipada¹²²
- Las medidas de protección a víctima y testigos
- La solicitud de imposición de medida de aseguramiento

¹²¹ Como se anotó la Ley 1142 de 2007, por artículo 12 reformó el 154 de la 906 de 2004, adicionando un numeral (el 8º) según el cual “Las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo” se deben tramitar en audiencia preliminar

¹²² Ver sentencia C-591 de 2005 que declaró inexecutable el numeral 2º del art. 154 de la Ley 906 de 2004



FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

- La solicitud de sustitución de medida de aseguramiento
- La solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento
- La solicitud de medidas cautelares reales
- La decisión de aplicar el principio de oportunidad
- La reconsideración en caso de negación de la solicitud de prueba anticipada
- La revisión de legalidad de incautación y ocupación de bienes con fines de comiso
- La solicitud de suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso, o para el levantamiento de la medida
- La solicitud de suspensión y cancelación de la personería jurídica
- La solicitud del cierre temporal de establecimientos abiertos al público
- La prohibición de enajenar bienes sujetos a registro; de autorizaciones especiales para operaciones sobre bienes sujetos a la prohibición; o de la protección de derechos de terceros de buena fe
- La suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente
- La solicitud de declaratoria de persona ausente
- La solicitud de declaratoria de contumacia
- La argumentación en el recurso de apelación contra autos
- La autorización de ejecución de órdenes de vigilancia y seguimiento de personas
- La de autorización de ejecución de orden de vigilancia de cosas



- El control de operaciones encubiertas
- El control de operaciones de entrega vigilada
- El control de búsqueda selectiva en base de datos
- El control de cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado
- La autorización judicial previa para inspección corporal
- La autorización judicial previa para registro personal
- La autorización judicial previa para la obtención de muestras que involucren al imputado renuente
- La autorización judicial previa para exámenes de lesionados o víctimas de agresiones sexuales cuando se muestran renuentes
- Eventos similares a los anteriores

Capítulo VII

7. Audiencias del juicio

7.1. Generalidades

La fase del juicio cobró especial relieve en el nuevo procedimiento penal colombiano, en la medida en que se acentuó la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, ejercidas la primera por un funcionario que pretende demostrar la solidez probatoria de unos cargos criminales a un acusado, quien cuenta en su favor con la presunción de inocencia, contexto en el cual tiene la facultad de enfrentar la



acusación; y la segunda, por un tercero neutral que tiene a su cargo la obligación de tomar la decisión de culpabilidad o de inocencia, según corresponda. Es en su desarrollo en donde tiene lugar la práctica de las pruebas, con pleno cumplimiento de las garantías de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción, en un enfrentamiento dialéctico caracterizado por la igualdad de armas y la lealtad.

Cuando el sentido del fallo es de culpabilidad, puede tener lugar el incidente de reparación integral cuya decisión se incorporará a la sentencia de responsabilidad penal, emitida igualmente en audiencia.

En relación con su naturaleza y características de esta fase procesal la Corte Constitucional en sentencia C-1194 de 2005, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, expreso:

“La presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la misma es depurar el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado.” (negrilla y subrayas fuera de texto)

7.2. Audiencia de Formulación de Acusación

La formulación de acusación se constituye en el procedimiento por medio del cual se concreta la función de acusación, constitucional y legalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Es el acto dispositivo a través del cual, aquella materializa formalmente la acción penal ante el juez de conocimiento¹²³.

El rango de persuasión exigible para proceder a acusar se remite a probabilidad de verdad inferida a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o

¹²³ Arts. 250 de la C. P. y 336 de la Ley 906 de 2004



información legalmente obtenida, recaudados durante la investigación, respecto de la existencia de la conducta delictiva y el compromiso de responsabilidad que se atribuye al imputado de ser su autor o partícipe, conforme lo establece el artículo 336 de la Ley 906 de 2004.

En esta etapa además, inicia el procedimiento de descubrimiento de la prueba, en tanto es en este momento procesal cuando la fiscalía exhibe a la defensa, en presencia del juez, los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral.

La acusación es un acto complejo que se integra por (i) la presentación del escrito de acusación y (ii) la formulación de la acusación.

El escrito de acusación fue definido por la Corte Constitucional como el instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente, mediante el cual acusa formalmente a una persona a quien considera “le cabe responsabilidad penal”¹²⁴ por la autoría o participación en el delito por el que se procede.

Mediante este documento y dentro de los treinta días siguientes a la formulación de imputación, se informan al juez de conocimiento los hechos que constituyen una conducta delictiva, en los cuales ha participado una persona contra quien formula cargos como autor o partícipe, con fundamento en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, a partir de los cuales, como se ha indicado, se implementa inferencia razonable en rango de probabilidad de verdad.

El escrito de acusación debe contener la individualización del acusado, con indicación de su nombre, los datos que permitan identificarlo y su domicilio para las citaciones; una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, la imputación fáctica y jurídica de la conducta que se le endilga, describiendo de manera sintética las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el hecho se realizó y su adecuación típica; una relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso; el nombre y ubicación del defensor de confianza o del designado por el

¹²⁴ Sentencia C-1194 de 2005



Sistema Nacional de Defensoría Pública; y el descubrimiento de las pruebas, efecto para el cual se presenta un documento anexo.

En este último se incluyen: los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas; nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicita en el juicio; los elementos materiales probatorios y evidencia física que se quieran aducir en juicio, junto con el nombre de los testigos por medio de los cuales se acreditarán.

Igualmente se indican los eventuales testigos o peritos a favor de la defensa, junto con las direcciones y otros datos personales, cuando la Fiscalía los ha advertido en el ejercicio de la actividad investigativa; así como los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información favorable al acusado y que la fiscalía tenga en su poder.

Aspecto esencial en el que fuera modificado el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, que reafirma su tendencia acusatoria en la medida en que se le asigna un carácter esencialmente matizado por su condición adversarial, es la abolición del llamado principio de investigación integral, que imponía a la Fiscalía General de la Nación la obligación de investigar, con igual celo, lo favorable como lo desfavorable al procesado, en tanto su obligación preferente es la averiguación que le permita cumplir con la función de acusación. Por manera que ante la presencia de una conducta con características de delito, su compromiso estará concentrado prioritariamente en la demostración de la existencia de la misma y el resquebrajamiento de la presunción de inocencia de sus autores y partícipes. Con todo, si en el discurrir de su gestión encuentra medios de convicción que puedan favorecer al procesado, no obstante estar persuadido el fiscal del caso de su responsabilidad, como una manifestación de objetividad y transparencia¹²⁵, debe develarle esa información a la defensa.

Sobre el tema explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005 que se viene citando, lo siguiente.

¹²⁵ Arts.16 y 115 de Ley 906 de 2004



“Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa¹²⁶. En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga

¹²⁶ Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico, tomando asiento en la doctrina adoptada en el caso *Brady Vs Maryland*, y en aplicación de los rudimentos del sistema acusatorio norteamericano y del principio del *fair trial*, prescribe que el ente acusador está en la obligación de transmitir a la defensa cualquier evidencia exculpatoria de que tenga conocimiento, aún sin que medie solicitud expresa al respecto. Sobre dicho particular, el Tribunal citado asegura, tras citar fallos pertinentes al caso, que: “De la jurisprudencia citada se colige que el ministerio fiscal tiene la obligación legal de revelar a un imputado de delito cualquier tipo de evidencia exculpatoria que tenga en su poder o cualquier vicio de falsedad que pueda afectar su prueba. [15] Esta obligación ha sido recogida en el Inciso (b) de la Regla 95 de las de Procedimiento Criminal, ante, al disponerse que “[e]l Ministerio Fiscal revelará toda aquella evidencia exculpatoria del acusado que tenga en su poder.” (...) Es importante recalcar que esta obligación no depende de que exista o no una previa solicitud por parte de la defensa o que se trate de una solicitud específica o general. Si el ministerio fiscal tiene en su poder prueba exculpatoria, o evidencia relevante a la inocencia o castigo del acusado, tendrá que entregarla a la defensa pues, al no hacerlo, incurre en una violación al debido proceso de ley; [16] ello independientemente de la buena o mala fe que haya tenido el ministerio público al así actuar. *Brady v. Maryland*, ante; *Giles v. Maryland*, 386 U.S. 66 (1967); *Moore v. Illinois*, 408 U.S. 786 (1972); *U.S. v. Agurs*, ante. Ciertamente, no es la intención del fiscal lo que cuenta para determinar si se ha ofendido el debido proceso de ley, sino la posibilidad de daño al acusado. *Pueblo v. Hernández García*, ante, a las págs. 508-09 (citando a *Giglio v. United States*, ante. (...)) Dicho de otra forma, el ministerio fiscal tiene el deber de revelar cualquier indicio de falso testimonio y de descubrir evidencia exculpatoria cuando tal falsedad o carácter exculpatorio es, o debió ser, conocida por éste. Véase: Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. II, ante, a la pág. 32. Ello, naturalmente, sin necesidad de una previa solicitud por parte de la defensa y sin importar si las Reglas de Procedimiento Criminal proveen o no para tal descubrimiento en la etapa específica de los procedimientos en que se encuentren. El no hacerlo podría acarrear la revocación de la convicción y la celebración de un nuevo juicio. Ello dependerá de la relevancia y materialidad de la evidencia suprimida; esto es, si la supresión de la evidencia de que se trata socava la confianza en el resultado del juicio. Esto deberá ser analizado a base de un estándar de “probabilidad razonable”. [17] *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419, 434 (1995); *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 678 (1985)” 2003 DTS 157 PUEBLO V. ARZUAGA RIVERA 2003TSR157, en el Tribunal Supremo de Puerto Rico el Pueblo de Puerto Rico *Recurrido v. Victor Arzuaga Rivera, Félix de Jesús Mendoza*



a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.”

Presentado el escrito de acusación, se señala fecha y hora para la celebración de la audiencia de formulación de acusación por parte del juez de conocimiento quien procede de la siguiente manera.

- Luego de instalar la audiencia verifica, para efectos de la validez de la misma, la asistencia del fiscal, del defensor y del acusado si está privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado. Controlará igualmente que se haya realizado una efectiva citación a la víctima¹²⁷. La inasistencia de ésta o de los demás intervinientes no afecta la eficacia de la audiencia.

- A continuación dispone el traslado¹²⁸ del escrito de acusación a la defensa, a la víctima y al ministerio público, les concede la palabra para que de encontrarlo necesario expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimento, recusación o nulidad y para que formulen observaciones al escrito de acusación si consideran que no reúne los requisitos del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal para que, si fuere del caso, el fiscal lo aclare, modifique o corrija.

Los impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia se resuelven de plano por el superior jerárquico del juez que se declara impedido o es recusado; o el respectivo superior común de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en la Ley 906 de 2004, si se trata de impugnación de la misma¹²⁹. El juez también puede manifestar unilateralmente su falta de competencia y así lo hará saber a las partes, en cuyo caso dispone el envío de la actuación al funcionario que deba resolver el asunto, quien decidirá dentro de los tres días siguientes, lapso durante el cual se suspende la actuación¹³⁰.

¹²⁷ Sentencia C-209 de 2007

¹²⁸ El aludido traslado ha comenzado desde su presentación, porque con el mismo se entregan copias con destino al acusado, al ministerio público y a las víctimas. Inciso final del Art. 337 de la Ley 906 de 2004, Sentencias C-1194 de 2005 y C-209 de 2007

¹²⁹ Art. 32-4, 33-5, 34-5, 36-3, 54 y 55 de la Ley 906 de 2004

¹³⁰ Art. 54 y 341 de la Ley 906 de 2004



El fiscal debe estar preparado para controvertir las pretensiones de la defensa o para interponer los recursos, según el caso, contra las decisiones del juez frente a las demandas de incompetencia, impedimentos o recusaciones o nulidad, bien por que actúe su representante convencido de estar ante situaciones que den lugar a las mismas, o porque sea su planteamiento un mecanismo dilatorio para obtener el vencimiento de términos que pudieran dar lugar, por ejemplo, a la libertad del procesado¹³¹.

- Cumplido lo anterior, autoriza al fiscal delegado para que exponga oralmente los fundamentos de la acusación, lo que debe hacerse desde las perspectivas fáctica¹³² y jurídica, utilizando lenguaje comprensible.

- A continuación el fiscal debe indicar los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que pretenda hacer valer en juicio, con lo que se cumple lo relativo al descubrimiento de la prueba¹³³.

- El juez le concede el uso de la palabra al defensor para que manifieste si quiere que la fiscalía le descubra, exhiba o entregue copia de alguno de los elementos específicos de conocimiento enunciado¹³⁴.

El fiscal, a solicitud de la defensa, descubre las evidencias que de manera específica se le señalen. Tal procedimiento puede cumplirse allí mismo o fuera de audiencia, dentro de los tres días siguientes.

La Corte Constitucional, al condicionar la constitucionalidad del artículo 344, expresa en la sentencia que se viene citando: “...en la audiencia de acusación, la Fiscalía General de la Nación debe suministrar todos los elementos probatorios e

¹³¹ Las causales de libertad están previstas en el Art. 317 de la Ley 906 de 2004, que fuera reformado por el 30 de la 1142 de 2007

¹³² De conformidad con el Art. 448 de la Ley 906 de 2004, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Ver C.S.J. Cas. 20 de octubre de 2005. M. P. Mauro Solarte Portilla. Rad. 24026

¹³³ Sentencias C-1194 de 2005 y Cas. C. S. J., 21 de febrero de 2007. M. P. Javier Zapata Ortiz. Rad. No. 25920

¹³⁴ Sentencia C-1194 de 2005



informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, pero que –adicionalmente- la defensa también podrá pedir el descubrimiento de elementos probatorios específicos y de material probatorio que tenga conocimiento que está en poder de la Fiscalía.”

“Sin embargo, –dice más adelante la citada Corte-, si la defensa lo considera conveniente y provechoso para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, por no haber sido considerados relevantes, no fueron descubiertos.”

El fiscal deberá dejar constancia del descubrimiento de los elementos de conocimiento efectuado a la defensa fuera de la audiencia, para evitar discusión frente al cumplimiento del mismo.

En relación con las solicitudes de la defensa tendientes a efectuar exámenes por parte de peritos a los elementos materiales probatorios en poder de la fiscalía, como quiera que el aseguramiento de los mismos es deber de esta¹³⁵, a quien además corresponde garantizar su cadena de custodia mientras se ejerce la contradicción, se precisa que en la medida de lo posible, los estudios se realicen en presencia de perito o investigador de policía judicial, para evitar, eventuales alteraciones a la evidencia; verbigracia, se requerirá indicación del laboratorio en donde se efectuarán las experticias y luego de verificar su idoneidad, se encargará directamente a la policía judicial que es su depositaria natural y a cargo de la cual están los almacenes de evidencia, que mediante las seguridades del caso, los transporte a aquellos y cumplidos los estudios requeridos, los retorne al respectivo depósito.

- El juez le concede el uso de la palabra a la Fiscalía para que si a bien lo tiene le solicite a la defensa que descubra, exhiba o entregue elementos materiales probatorios de convicción específicos y declaraciones juradas que pretenda hacer valer en el juicio. Igual procedimiento debe cumplirse en relación con los exámenes periciales practicados al acusado, tendientes a demostrar su inimputabilidad.

¹³⁵ Arts. 250-3 C. P., 255 y 358 de la Ley 906 de 2004



Esta exigencia normativa, encuentra su fundamento en el principio de igualdad de armas y en la condición dialéctica que es característica del sistema acusatorio. Tiende a posibilitar el ejercicio de la confrontación y de la contradicción, como condiciones esenciales de la construcción de la prueba en juicio.

El juez debe procurar que el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física sea lo más completo posible, el que se completa en la audiencia preparatoria. Sin embargo, si alguna de las partes encuentra durante el juicio un medio de conocimiento de significativa importancia, que debió ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien después de oír a las partes resolverá si es excepcionalmente admisible, valorando la causa de la no revelación oportuna y el perjuicio que pueda generarse a la contraparte o a la integridad del juicio.

Es preciso considerar lo dispuesto en relación con las restricciones al descubrimiento de prueba, previsto en el artículo 345 de la Ley 906 de 2004¹³⁶

• En esta audiencia¹³⁷ se reconoce la calidad de víctima de las personas naturales o

¹³⁶ El descubrimiento, además de lo expuesto, tiene otras restricciones. Las partes, es decir la Fiscalía y la defensa, no pueden ser obligadas a descubrir: información sobre la cual alguna norma disponga su secreto (conversaciones del imputado con su abogado, por ejemplo); información sobre hechos ajenos a la acusación, especialmente relativa a hechos que por disposición legal no puedan ser objeto de prueba (los credos políticos o religiosos del imputado, o el informe contable sobre incremento patrimonial que finalmente fue justificado, razón por la cual sólo se hizo acusación por un delito de falsedad y no por enriquecimiento ilícito); apuntes personales, archivos, documentos que tenga alguna de las partes, relacionados con la preparación del caso (no referidos a las declaraciones juradas); información que de descubrirse genere perjuicio notable a investigaciones en curso o posteriores, o a la seguridad del Estado en cuyo caso la publicidad debe limitarse a las partes (un ejemplo del primer caso sería: el testimonio de un coacusado que va a revelar información no solo respecto de otros dos acusados, sino en relación con diez personas más que hacen parte de una organización criminal y cuya actividad es todavía objeto de indagación en cuanto aun no se cuenta con elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permita formularles imputación. En cuanto a la otra modalidad, piénsese, por ejemplo, en una grabación de conversaciones legalmente interceptadas por abonados telefónicos, cuyo contenido, independientemente de servir como elemento material probatorio en contra de Juan, persona autora de una conducta de tráfico ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, además revela atentados futuros contra el Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado colombiano)

¹³⁷ Art. 340 de la Ley 906 de 2004



jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del delito¹³⁸, y a su representante legal.

- A solicitud del fiscal, el juez dispone medidas de protección a las víctimas y a los testigos. Los directamente afectados por la conducta delictiva pueden, en su propio nombre, solicitar las referidas previsiones de resguardo, de conformidad con las indicaciones de la Corte Constitucional contenidas en la sentencia C-209 de 2007.

- El juez aprueba o imprueba los acuerdos a que hubieren llegado las partes, caso en el cual se procederá con lo concerniente a la fijación de la pena y la sentencia.

El legislador no previó en el trámite de la audiencia de formulación de acusación que el juez advirtiera al acusado de la posibilidad de aceptar los cargos formulados, sin embargo, es válido que el mismo por iniciativa propia y asistido por su defensor, exprese su voluntad de admitirlos, especialmente luego que se ha descubierto la evidencia con base en la cual la fiscalía formula la acusación, gestión que puede convertirse en mecanismo de persuasión para que, motivado además por las posibilidades efectivas de obtener una rebaja punitiva, aquel prefiera asumir su responsabilidad, con lo que se obtendría un importante ahorro procesal.

Ahora bien, tampoco aparece en la ley procesal un promedio de rebaja de pena aplicable cuando el allanamiento ocurre en este estadio procesal y conforme con los dispositivos legales pertinentes y los derroteros marcados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹³⁹, la rebaja de entre una tercera parte y la mitad de la pena, es aplicable hasta antes de presentarse el escrito de acusación (Art. 350 Ley 906 de 2004). Con todo, ante el hecho de que la aceptación así planteada tendría ocurrencia antes de la audiencia preparatoria, significando un mayor ahorro procesal, sería razonable pensar que la rebaja pudiera ser superior a la tercera parte que es la prevista para el caso en que la

¹³⁸ Art. 132 de la Ley 906 de 2004 (mediante sentencia C-516 de 2007 se declaró inasequible la expresión "directo" que calificaba el daño, en la definición de víctima). Sentencia C-209 de 2007

¹³⁹ C. S. J. Cas. 14 de diciembre de 2005. M. P. Yesid Ramírez Bastidas. Rad. 21347; Cas. 1° de junio de 2006 M... P. Sigifredo Espinosa Pérez. Rad. 24764



misma ocurre en curso de la última audiencia en mención, de conformidad con los criterios moduladores de la actividad procesal (Art. 27 de la Ley 906 de 2004).

Queda además la posibilidad que ante la admisión de los cargos por el acusado, pueda realizarse entre la fiscalía y la defensa acuerdo sobre el monto de la pena, el que entonces sería obligatorio para el juez, siempre que no se afecten las garantías fundamentales.

De otra parte, preciso es tener en cuenta que si bien por regla general, en caso de controversia entre las peticiones o actuaciones de la defensa con las del imputado o procesado prevalecen las del abogado, en los casos de allanamiento a la imputación y preacuerdos la regla se invierte, de tal manera que serán entonces las manifestaciones del imputado o acusado las que se prefieran¹⁴⁰.

- El juez de conocimiento puede suspender el procedimiento, cuando corresponda. Verbigracia en casos de aplicación del principio de oportunidad, para efectos del trámite de la mediación.

La audiencia igualmente puede ser interrumpida, entre tanto se resuelve los recursos de apelación que pueden interponer las partes contra decisiones del juez que admitan tales medios de impugnación, como las que definan solicitudes de nulidad.

- Al finalizar la audiencia de formulación de acusación, el juez fija fecha y hora para la celebración de la audiencia preparatoria, la que deberá realizarse no antes de 15 días, ni después de los 30 siguientes.

7.3. Audiencia Preparatoria

La audiencia preparatoria tiene por objeto planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral. Para adelantarla, es necesario que se haya realizado la audiencia de formulación de acusación.

¹⁴⁰ Art. 354 de la Ley 906 de 2004



En relación con la misma la Corte Constitucional, en sentencia C-1194 de noviembre 5 de 2005 afirmó que “tiene como fundamento la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral”.

Respecto de su trámite se precisa lo siguiente¹⁴¹:

- Si en la audiencia de formulación de acusación no hubo proposiciones de falta de competencia, a pesar de la existencia de factores que así lo indicaban, la asumida por el juez se entiende prorrogada, aun cuando el asunto debiera pasar a uno de inferior jerarquía. Para estos efectos, se entiende que el juez penal del circuito especializado es superior del penal del circuito¹⁴².

A diferencia de lo anterior, cuando a pesar de la falta de declaración o alegación de incompetencia en la audiencia de formulación de acusación, la misma se presenta por el factor subjetivo o porque el asunto corresponde a un juez de mayor jerarquía, el juez de conocimiento enviará el caso al respectivo superior común para que decida de plano dentro de los tres días siguientes¹⁴³.

- Instalada la audiencia por el juez de conocimiento y verificada la presencia del fiscal y del defensor, las que son obligatorias, igualmente la del acusado, el ministerio público y el apoderado de las víctimas, que son contingentes, le concede la palabra a las partes, para que manifiesten las observaciones que tengan frente al procedimiento de descubrimiento de la evidencia efectuado fuera de la audiencia de formulación de acusación.

La falta de descubrimiento injustificado de evidencias comporta su rechazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 344 de la Ley 906 de 2004.

Para demostrar que la fiscalía cumplió con la orden de descubrimiento dispuesta en la audiencia de formulación de acusación, que debía efectuarse fuera de la misma en el plazo indicado por el juez, son útiles las constancias que se recomendaron

¹⁴¹ *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el sistema Penal Acusatorio*

¹⁴² *Art. 55 de la Ley 906 de 2004*

¹⁴³ *Art. 32-4, 33-5, 34-5, 36-3 y 55 de la Ley 906 de 2004*



dejar al respecto en párrafos anteriores y por ello, el delegado estará preparado para argumentar frente a las observaciones en ese sentido propuestas por la defensa.

Igualmente para explicar razonadamente las causas justificantes de la no revelación y para en todo caso persistir, en la admisibilidad del elemento de conocimiento¹⁴⁴.

- El juez le ordena a la defensa que haga el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informaciones que hará valer durante el juicio oral, particularmente de los que no reveló a solicitud de la fiscalía durante la audiencia de formulación de acusación y de los que pudieron aparecer con posterioridad.

- Ordena que la fiscalía y la defensa, enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral.

- Requiere a las partes para que manifiesten si han realizado estipulaciones probatorias¹⁴⁵ o si tienen interés en hacerlo, caso en el cual el juez podrá disponer un receso por una hora para que se reúnan y las concreten. Si al término del mismo las partes acuerdan estipulaciones deberán enunciarlas al juez¹⁴⁶.

Para que aquellas puedan ser valoradas por el juez, no basta con su realización, sino que es menester que sean admitidas como prueba en curso del juicio oral, por parte del juez de conocimiento.

- El juez interroga al acusado para que haga manifestación de responsabilidad o inocencia. En el primer evento, se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer; en caso contrario, se continúa con el trámite ordinario de la audiencia preparatoria.

¹⁴⁴ Art. 344, inciso 1, 346 y 356, numeral 1° de la Ley 906 de 2004

¹⁴⁵ Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias

¹⁴⁶ Conforme al artículo 10, inciso 4 del CPP, en una estipulación probatoria entre la Fiscalía y la defensa, no puede ésta renunciar a la presunción de inocencia. En caso de aceptación de responsabilidad, lo procedente sería allanamiento a los cargos o los preacuerdos y negociaciones, pero estipulaciones probatorias



- A continuación le dará el uso de la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar sus pretensiones. Excepcionalmente, el ministerio público¹⁴⁷, podrá solicitar pruebas que no hubieran sido pedidas por las partes, siempre que demuestre que las mismas puedan tener esencial influencia en los resultados del juicio. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional, estableció que “los representantes de las víctimas en el proceso penal, pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”¹⁴⁸.

Frente a este tópico, es recomendable que el fiscal mantenga comunicación oportuna y constante con la víctima y su representante, para actuar de manera consensuada frente a las potestades probatorias conferidas a aquella, porque eventualmente puede a través de las mismas, truncar o dificultar la estrategia escogida por la fiscalía.

Es que si bien por vía jurisprudencial se reconocieron tales facultades a la víctima, la Corte consideró inadmisibles la intervención de ésta en la práctica probatoria propiamente tal. Al efecto explicó que “(...) la exclusión de la víctima no genera una desigualdad injustificada entre los distintos actores del proceso penal, toda vez que tales facultades corresponden a la etapa del juicio oral en el cual no participa directamente la víctima, pues con ello se modificarían los rasgos estructurales del sistema penal regulado por la Ley 906 de 2004 y concebido en el Acto Legislativo 03 de 2002, al alterar sustancialmente la igualdad de armas y convertir a la víctima en un segundo acusador o contradictor. Tales facultades se ejercen en esta etapa por intermedio del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima.”¹⁴⁹

Preciso es tener siempre presente que la facultad de acusación le corresponde a la fiscalía y que la misma tiene la carga de la prueba, para demostrar más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, por lo cual sus posturas frente a tales materias tiene carácter preferencial.

- Las partes y el ministerio público podrán solicitarle al juez la exclusión, rechazo o

¹⁴⁷ Art. 357 de la ley 906 de 2004

¹⁴⁸ Ver sentencias C-454 de 2006 y C-209 de 2007

¹⁴⁹ Sentencia C-209 de 2007



inadmisión¹⁵⁰ de los medios de prueba que resulten inútiles; impertinentes; repetitivos; ilegales; encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba; y, los que se refieran a las conversaciones que haya tenido la fiscalía con el imputado, acusado o su defensor con ocasión de preacuerdos, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad.

Si en alguna audiencia preliminar de control de legalidad la defensa se abstuvo de intervenir en relación con este tema, podrá hacerlo en el curso de la preparatoria.

- La audiencia podrá suspenderse cuando estén en trámite recursos de apelación relacionados con la práctica o exclusión de medios de prueba, hasta tanto el superior decida; también por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditados que impidan continuarla.

- A solicitud de alguna de las partes el juez debe ordenar a la otra que exhiba los elementos materiales probatorios o evidencia física durante esta audiencia, con el único propósito de conocerlos y estudiarlos.

- Cumplido lo anterior, el juez debe proceder a ordenar las pruebas solicitadas por las partes, atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad¹⁵¹. En esta audiencia, destáquese, no hay controversia probatoria.

El fiscal debe estar preparado para argumentar de manera precisa y suficiente, el fundamento de la pertinencia y admisibilidad probatoria, así como frente a las solicitudes de exclusión y rechazo de la evidencia, bien para persuadir al juez de la viabilidad de sus peticiones o para enfrentar las oposiciones que en tal sentido pueda proponer la defensa y eventualmente el ministerio público. Igualmente para interponer los recursos procedentes contra las determinaciones adversas y para replicar las argumentaciones de la otra parte en caso de que ésta sea la que recurre.

Decidido lo anterior, el juez determina el orden de la presentación de las pruebas en el juicio oral, teniendo en cuenta el siguiente: primero las de la fiscalía y después las de la defensa, sin perjuicio de intercalar las pruebas de refutación de la defensa y la acusación, en su orden.

¹⁵¹ Art. 376 de la Ley 906 de 2004



No quiere decir lo anterior que aquel interfiera en el turno en que van a intervenir los testigos que presente cada una de las partes, asunto que queda clarificado con la interpretación concordada de los artículos 362 y 390 de la Ley 906 de 2004, en tanto este último dispone que los testigos serán interrogados uno después del otro, en el orden establecido por la parte de los haya solicitado. Primero serán interrogados los testigos de la acusación y luego los de la defensa.

- Finalmente, el juez fijará fecha y hora para la audiencia de juicio oral que deberá realizarse en un término no superior a los 30 días siguientes a la terminación de la preparatoria.

- La ley 1142 de 2007 al reformar el artículo 317 de la 906 de 2004, dispuso que hay lugar a la libertad del imputado o acusado, “Cuando transcurridos noventa (90) días contados a partir de la fecha de la presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.”, con lo cual se amplió el lapso que preveía la norma original y se precisó que el mismo comienza a contarse desde la presentación del escrito de acusación y no desde “la fecha de la formulación de la acusación”, formula que dio lugar a discusiones al respecto.

7.4. Audiencia de Juicio Oral

Es el acto procesal más importante del proceso penal acusatorio. En la misma, bajo la dirección del juez de conocimiento, que actúa como un tercero que mantiene la dirección del trámite, para que se respeten las garantías de igualdad de armas entre las partes, así como los principios de publicidad, oralidad, contradicción, concentración, inmediación y controversia, se practican las pruebas. Debe resaltarse que conforme lo establecen las normas constitucionales y los principios rectores que regentan el procedimiento penal, solamente las que hayan sido producidas o incorporadas con pleno cumplimiento de las referidas exigencias, salvo lo previsto respecto de la prueba anticipada, podrán ser valoradas por el juez, pues de manera exclusiva con base en las mismas podrá emitir el fallo que ponga fin al debate¹⁵².

¹⁵² *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el sistema Penal Acusatorio*



Sobre este tema la Corte Constitucional manifestó: “En el juicio oral, el juez escucha la presentación del caso por parte de la Fiscalía y la defensa, los alegatos finales de los intervinientes y practica las pruebas que se ordenaron en la audiencia preparatoria. Finalmente, toma la decisión que se habrá de reflejar en la sentencia.”¹⁵³

El desarrollo de esta audiencia tiene el siguiente orden: declaratoria de culpabilidad o inocencia, presentación de la teoría del caso, debate probatorio, alegaciones conclusivas de las partes e intervinientes y sentido del fallo.

Instalada la audiencia y verificada de la presencia de las partes, especialmente de los representantes de la fiscalía y la defensa, que tienen carácter obligatorio, mientras que el acusado puede decidir si asiste o se abstiene de hacerlo, y la concurrencia del agente del ministerio público, las víctimas y su representante no es impositiva, el juez le concede la palabra al acusado, después de advertirle que le asiste el derecho de guardar silencio y a no autoincriminarse, para que manifieste sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable.

Si acepta los cargos, se procederá con la fijación de la pena y la sentencia, previa verificación de la necesidad de adelantar incidente de reparación integral. La admisión de responsabilidad, en este estadio procesal, le confiere el derecho de obtener una rebaja de la sexta parte de la pena imponible.

La presentación de la teoría del caso refiere al momento procesal en el que cada una de las partes, primero la Fiscalía y luego la defensa si lo desea, exponen ante el juez de conocimiento su particular teoría, fundada en los elementos de conocimiento hasta ese momento existentes. Es una exposición oral y descriptiva que del caso hacen las partes de las circunstancias en que ocurrió el delito. Se trata de una narración histórica y breve de lo acontecido, acompañada de la enunciación, si así se prefiere, de los elementos materiales probatorios que demostrarán la verdad de lo afirmado. Se conoce también como alegato de apertura o declaración inicial que precede el debate probatorio.

¹⁵³ Ver sentencia C-1194 de 2005



A su turno, en el debate probatorio las partes presentan y controvierten los elementos materiales y evidencias físicas que pretenden hacer valer como prueba. Su práctica debe ajustarse a las reglas específicamente previstas al efecto.

Las alegaciones conclusivas son las exposiciones orales que hacen las partes, y eventualmente el representante de la víctima y el ministerio público, ante el juez de conocimiento, con el objeto de presentar las inferencias derivadas de lo demostrado en el debate probatorio en relación con su teoría del caso.

De conformidad con lo establecido en el artículo 443 de la Ley 906 de 2004, en primer término, presenta su alegato conclusivo el fiscal, después el representante de la víctima, si lo hubiere, y el ministerio público y, posteriormente, interviene la defensa si lo considera pertinente, pero sus argumentos sólo pueden ser controvertidos por el fiscal. Si esto ocurre, la defensa puede ejercer su derecho a la réplica -limitada al tema abordado en el alegato del fiscal- y será ella quien tenga el último turno de intervención argumentativa.

Los alegatos de conclusión, incluida la réplica si hubiera lugar a la misma, comportan una inusitada importancia, especialmente si se tiene en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Es precisamente en esta oportunidad cuando se concretan las pretensiones de la fiscalía y por ello, además de la coherencia que debe mantenerse frente a la demostración de la conducta delictiva y el esfuerzo por lograr su respaldo en las pruebas, es imperioso precisar la adecuación jurídica en que se enmarca el comportamiento criminal atribuido al acusado, pues con estos parámetros es que se perfila el principio de congruencia que debe cumplir el sentido del fallo.

Respecto al aludido principio de congruencia, las discusiones que fueron profusas en los anteriores sistemas procesales (Decreto 050 de 1987, Decreto 2700 de 1991, modificado por la ley 91 de 1993 y 600 de 2000, para solo mencionar los últimos) se reviven ahora en vigencia de la Ley 906 de 2004, pasando por las temáticas de imputación naturalística, jurídica y mixta, precisadas en la acusación, en la pretensión garantista de que con las mismas guarde precisa coherencia la sentencia condenatoria, pero aun con el debate en referencia a los alcances y límites de la formulación de cargos



en la acusación y su reflejo en el fallo que pone fin al proceso, según el derrotero que se marca por el artículo 438 de la última ley en cita.

Grafica la anterior situación el fallo que tomó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, el día 27 de Julio de 2007, con ponencia del Dr. ALFREDO GÓMEZ QUINTERO, en el radicado número 26468, en el cual sobre el particular expresó:

(...)

“La congruencia, pues, exige correspondencia o identidad entre la sentencia y los cargos imputados en la acusación, concepto más o menos general y no discutido y sobre el cual existe, en dicha medida conformidad.

No sucede igual cuando se intenta precisar, de una parte, cuál es el elemento jurídico-material condicionante del fallo, esto es, si inexorablemente la acusación señala de manera definitiva sus límites o si ella puede ser susceptible de variación por parte de la Fiscalía, con forzosa incidencia en la sentencia, o si, inclusive, puede el juez apartarse de la acusación y emitir un fallo acorde con lo que determina probado en el debate oral.”

(...)

“Dado que el juicio oral representa la oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación, entiende la Sala que la propia dinámica que es inherente al trámite acusatorio, rechazaría una variación de la calificación en desarrollo de la intervención en el juicio oral por parte de la Fiscalía con desmedro para el imputado, toda vez que ello implicaría en principio una indebida restricción defensiva, como que ya efectuado el descubrimiento de los elementos probatorios por el Fiscal y la defensa, así como enunciadas la totalidad de pruebas que se van a hacer valer, por ministerio de la ley, el juez solamente ha de decretar la práctica de aquellas que se refieran a “los hechos de la acusación”, en forma tal que cualquier variación de los cargos que implique la presencia de una agravante no imputada o un nuevo delito, sorprendería a la defensa haciendo inoperante el ejercicio real del contradictorio que encuentra su mayor aptitud de confrontación a través de las pruebas, lo cual, desde luego, no tendría ya cabida en el juicio, máxime si se toma en cuenta que el deber de



la Fiscalía cuando es su turno para alegar es exponer los argumentos relacionados con el análisis de las pruebas, tipificando en forma circunstanciada 'la conducta por la cual ha presentado la acusación'."

(...)

"No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla - pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto-, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación -siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes,

Clarificado dentro del esquema del Código de Procedimiento Penal vigente y por consiguiente, bajo los principios orientadores del modelo de juzgamiento acusatorio con la fisonomía y características que ha recogido la Ley 906 de 2.004 y la preponderancia otorgada al principio de legalidad que siempre está en manos del juez, no sería jurídicamente válido que se exacerbara su rol y que al propio tiempo quedara desligado de los términos de la acusación -aún dentro de la fluctuación o variabilidad reconocida por parte de la Fiscalía- para entrar a declarar la culpabilidad del imputado por hechos que no consten en la acusación o, con el alcance fijado, por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, pues existe una limitante estricta en la regulación que sobre el particular previó el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un concepto de consonancia estricto -apenas consecuente con el sistema de enjuiciamiento adoptado-, en forma tal que, desde luego, está dentro de las facultades del juez, por ejemplo, reconocer cualquier clase de atenuante, genérica o específica, el delito complejo en lugar de un concurso delictivo, la tentativa, la ira o intenso dolor, etc., entre tanto respete la intangibilidad límite de la acusación, con la variación a que se ha hecho referencia, estándole vedado, desde luego, suprimir



atenuantes reconocidas al procesado, adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación.”

Frente a la decisión mayoritaria antes citada, los magistrados SIGRIFEDO ESPINOSA PEREZ y MAURO SOLARTE PORTILLA, salvaron su voto y con relación al tema de la congruencia es pertinente citar los siguientes apartes:

“Atinente al segundo de los temas trascendentes abordados en la decisión mayoritaria, este sí objeto de necesario pronunciamiento, como quiera que fue precisamente el fundamento de la admisión de la demanda de casación, apenas relevar lo anotado en el proyecto inicial respecto a la forma como hoy, en vigencia la Ley 906 de 2004, se regula el principio de congruencia, a partir del cual sólo es vinculante para el fiscal el apartado fáctico de la acusación, pero si bien, debe también consignar una concreta denominación jurídica de esos hechos, ella puede ser mutada en el alegato de cierre del juicio oral, precisamente por ocasión de lo que arrojen las pruebas, como así se hace ver en la jurisprudencia referenciada, aunque no citada, en el proyecto de la mayoría.

Es que, de ninguna manera desnaturaliza lo contemplado en la ley 906 de 2004, el que se pueda hacer la variación típica en cuestión, pues, dentro de su carácter eminentemente adversarial y en respeto de principios consustanciales al sistema tales como los de contradicción, intermediación y oralidad, aunque es cierto, como se afirma en la decisión de la Sala, que el fiscal debe contar con elementos de juicio suficientes, en punto del delito y la participación en el mismo del procesado, para arriesgar la formulación de acusación, ello no significa que unos tales fundamentos deban permanecer inalterados cuando, por el contrario, la dinámica propia de esta sistemática implica necesario practicar la prueba en sede del juicio oral y sólo allí, conforme lo presentado y aceptado e incluso, acorde con los elementos de juicio que presenta la defensa -que a diferencia de procedimientos anteriores, cuando ellas ingresaban al proceso con mediación del fiscal, generalmente en la etapa instructiva, sólo son conocidos por la fiscalía en ese momento-, se decanta definitivamente lo ocurrido y su trascendencia.

En este sentido, la decisión de la mayoría plantea problemas de fondo, que no se resuelven. A manera de ejemplo, es necesario que se conozca qué sucede entonces



cuándo efectivamente las pruebas practicadas en el juicio demuestran claramente que el delito, sin modificar sustancialmente los hechos, o mejor, la descripción fáctica que de ellos se hizo en la acusación, no se compadece con esa denominación típica transitoriamente planteada.

Debe el fiscal, apenas para rendir culto al principio de congruencia, sostenerse en su acusación y solicitar condena por un delito que incluso para él es claro, no fue el ejecutado?, o, en seguimiento de una posición más extrema que riñe incluso con claros preceptos de justicia material y por ese camino deja expósita a la víctima, debe solicitar fallo de absolución?

Se matizó, aunque no solucionó, el tópico, señalando la decisión mayoritaria que es posible para el fiscal hacer la variación en el alegato de cierre del juicio, cuando ella resulta favorable para el procesado, esto es, se remite a un delito de menor entidad al propio de la acusación, pero se agregó que ello es posible siempre y cuando “no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes”.

(...)

En suma, el “principio de congruencia estricto” a que alude la decisión de la cual nos apartamos, dice relación, en los términos del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, con los hechos, en su componente fáctico, contemplados en la acusación, que de ninguna manera pueden ser variados, y con la solicitud de condena, necesaria para facultar la declaración de culpabilidad.

Creemos que en la nueva preceptiva acusatoria, al igual que en normatividades anteriores, el juez sí conserva la potestad de condenar por una denominación jurídica diferente a la planteada por el fiscal en su alegato de cierre, cuando ello, como ocurre aquí, lejos de ir en detrimento del procesado, termina por beneficiarlo, al tratarse de una tipificación más leve.”

De otra parte, el sentido del fallo, es el acto procesal por el cual el juez de manera oral y pública, una vez terminados los alegatos finales de las partes, especifica para cada uno de los procesados los cargos por los que lo va a condenar o a absolver. Para ello, si el juez lo considera necesario, dispondrá un receso hasta por dos horas.



Preciso es indicar que el referido acto procesal comporta efectos vinculantes, como quiera que marca la definición de un estadio procesal concreto, al punto que a partir de entonces procede, si es que hay lugar al mismo, el incidente de reparación integral, y sea que se verifique o no el trámite del mentado incidente, a continuación debe producirse la sentencia que será leída en audiencia, luego está regido igualmente por los principios de pretermisión de los actos procesales, de eventualidad y de oportunidad. Define, además, el contexto y la temática que deben ser desarrollados en la sentencia.

7.5. Incidente de Reparación Integral

Emitido el fallo de culpabilidad puede tener lugar el incidente de reparación integral, el que tiene por objeto la reparación de los daños causados a la víctima con la conducta criminal. Se enmarca en los derechos esenciales de la misma a obtener justicia, verdad y reparación, por lo cual tiene arraigo constitucional y su desarrollo legal está en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004¹⁵⁴.

Están legitimados para presentar la pretensión de reparación integral la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes, cuando la reparación tiene exclusivamente carácter económico. Si es de otra naturaleza podrán hacerlo el fiscal o el ministerio público, por solicitud de la víctima.

El tercero civilmente responsable puede concurrir voluntariamente al incidente, o por requerimiento de la víctima, el condenado o su defensor. En el último caso deberá ser citado al iniciarse el correspondiente trámite¹⁵⁵.

El asegurador de la responsabilidad civil amparada por contrato de seguro válidamente celebrado, tiene la facultad de participar exclusivamente en la audiencia de conciliación¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Sentencias C-454 de 2006 y 209 de 2007

¹⁵⁵ Sentencia C-423 del 31 de mayo de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁵⁶ Art. 108 de la Ley 906 de 2004



El incidente se abre inmediatamente se emita el sentido del fallo que declara responsable penalmente al acusado o dentro de los 30 días siguientes¹⁵⁷. Hecha la solicitud, el juez convoca a audiencia pública que se realiza dentro de los ocho días siguientes.

En la primera audiencia de trámite el incidentante formula su pretensión oralmente e indica las pruebas que hará valer. El juez examina la admisibilidad de la pretensión y tiene dos opciones para resolver: (i) la rechaza por falta de legitimación¹⁵⁸, o por pago efectivo de los perjuicios, si la pretensión fuere solamente económica; o (ii) la admite.

Aceptada la pretensión, el juez la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable, ofrece a las partes la posibilidad de conciliación que, de prosperar, pone fin al incidente. En caso contrario, el juez convoca a los intervinientes a una nueva audiencia, dentro de los ocho días siguientes, para intentarla una vez más, con la advertencia al culpable, que en esta nueva oportunidad debe ofrecer sus medios de prueba con los que se proponga oponerse a las pretensiones de la víctima, caso en el cual, dispone la práctica de las pruebas ofrecidas por cada parte y después de escuchar el argumento de sus pretensiones, adopta la decisión que pone fin al incidente, que debe ser incorporada a la sentencia.

La inasistencia injustificada del solicitante a cualquiera de las audiencias, primera de trámite, de pruebas o alegaciones, se entiende como desistimiento de la pretensión y genera el archivo de la solicitud y condena en costas.

Si no comparece injustificadamente el declarado penalmente responsable, el juez dispone la práctica de la prueba ofrecida por el incidentante y, con base en ella, adopta la decisión que corresponda. En cualquier caso quien no comparece queda vinculado a los resultados de la decisión.

¹⁵⁷ Se advierte una inconsistencia entre este término de 30 días para intentar el incidente, y el señalado al juez para dictar sentencia (15 días calendario), los dos contados a partir del fallo de responsabilidad penal, es decir de la terminación del juicio oral. La adecuación de los plazos puede ser ajustada por el juez, acudiendo a la facultad prevista en el Art. 158 de la Ley 906 de 2004

¹⁵⁸ La víctima podrá interponer los recursos ordinarios por previsión especial del inciso segundo del artículo 103, en concordancia con el literal g) del artículo 11, no obstante que en el listado de decisiones susceptibles de apelación no está enunciada. Ha de entenderse que la apelación procede en el efecto suspensivo



En sentencia C-423 de 31 de mayo de 2006 con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional ilustró al respecto: “La expresión demandada simplemente establece, en relación con el tercero civilmente responsable, un efecto jurídico lógico a su incumplimiento injustificado de asistir a la audiencia de pruebas y alegaciones que tiene lugar en el curso del incidente de reparación integral de perjuicios, consecuencia consistente en que, una vez recibida la prueba ofrecida por los presentes, “con base en ella, se resolverá”. Adviértase entonces que no se presenta vulneración alguna del derecho de defensa del tercero civilmente responsable, como quiera que el mismo debe ser debidamente citado para que compareciera a la mencionada audiencia, y por ende, su inasistencia injustificada equivale a una renuncia válida a ejercer su derecho de defensa, se insiste, en relación con aspectos meramente económicos. De allí que, aceptar los argumentos del demandante conduciría a que, en la práctica, la no presencia consciente del tercero civilmente responsable le impediría al juez de conocimiento pronunciarse de fondo en relación con la reparación de las víctimas.”

7.6. Audiencia de sentencia

Cuando el sentido del fallo es condenatorio, el imputado se allana a la imputación o se acepta el acuerdo celebrado con la fiscalía, una vez ha proferido el sentido del fallo, el juez de conocimiento en audiencia de manera oral y pública, precisa las consecuencias jurídico penales de la conducta delictiva por la cual se declaró culpable al acusado.

Al efecto concede la palabra por una sola vez al fiscal y después a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, sociales y familiares, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable y, si así lo consideran necesario, a la probable determinación de pena y a la concesión de algún subrogado penal.

Si para individualizar la pena o resolver sobre la concesión del subrogado el juez estima necesario ampliar su conocimiento, podrá acudir a expertos adscritos a una institución pública o privada para que en el término de diez días hábiles, le presenten un estudio sobre el particular.



Cumplido lo anterior, dentro de los 15 días calendario, señala fecha para proferir sentencia, a la cual, como se dijo, incorporará el fallo del incidente de reparación integral.

Contra esta providencia procede el recurso de apelación.

Capítulo VIII

Formas de Terminación del Proceso Penal

8.1. Generalidades

En el acápite correspondiente se explicó que el proceso penal acusatorio está compuesto básicamente por dos etapas, la de investigación y la de juicio, las cuales a su vez se integran, la primera por la de indagación y la investigación propiamente tal y, la segunda, por una intermedia o de transición que comprende la presentación del escrito de acusación, la formulación de la acusación y la audiencia preparatoria, última que da paso a la audiencia de juicio oral y ésta a la sentencia que si es absolutoria¹⁵⁹, en firme, trae por consecuencia el archivo de la actuación, pero si es de culpabilidad, determina la audiencia de fijación de pena, a la que eventualmente puede anteceder el incidente de reparación integral, todas estas incluidas en la etapa de juicio.

La fase de indagación comienza con la noticia criminal y termina con la formulación de la imputación; la que da lugar a la de investigación en sí, que termina con la presentación del escrito de acusación, con el cual comienza la etapa de juicio.

¹⁵⁹ En otros sistemas procesales, la sentencia absolutoria no es susceptible de apelación, con todo, en el colombiano, se prevé la posibilidad de tal recurso en contra de la misma (Arts.1776 y 177 de la ley 906 de 2004). Mediante sentencia C-047 de 2006, se declaró la exequibilidad de la expresión “absolutoria”, contenida en el inciso 3º del artículo 176 y en el numeral 1º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.



Así entonces, lo previsible será que a la sentencia se arribe luego de agotadas todas las etapas procesales que se han descrito. Sin embargo, puede suceder que se llegue a esa decisión sin la realización de todas ellas y que la actuación encuentre su límite final, que pudiera considerarse por esa razón anticipado, bien porque se produzcan circunstancias procesales que impongan la terminación del trámite con determinación que no implique declaración de responsabilidad, como serían los casos de archivo, conciliación y preclusión; ora, porque eventualmente se dé lugar de manera anticipada a la sentencia condenatoria, sin que se lleven a cabo todos los ciclos descritos, verbigracia cuando el imputado o el acusado se allana a los cargos que le enfrenta la fiscalía, o porque celebren aquellos y la defensa preacuerdos con el ente acusador, que den lugar a la definición abreviada del asunto.

8.2. Formas Anticipadas de Terminación del Proceso Penal

Por las mismas se deben entender entonces, aquellas instituciones jurídicas que dan lugar a la finalización del proceso, sin que se hayan agotado todas las etapas que integran su estructura general, son:

- El archivo
- La conciliación
- El allanamiento a la imputación
- El preacuerdo
- El principio de oportunidad
- La absolución perentoria
- La preclusión

8.2.1 El archivo

Es una de las formas en que se termina de manera anticipada la actuación penal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, hay lugar al archivo de las diligencias cuando se constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indique su posible existencia como tal.



Frente a esta temática, es preciso tener en cuenta que no obstante la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y aunque se encuentra facultada para desarrollar algunas funciones judiciales, en los eventos referidos a las causales de extinción de la acción penal se hace necesario que a través de una valoración adecuada se establezca la real demostración que el hecho ha ocurrido, y realmente algunas de dichas circunstancias específicas ofrecen serias dificultades de orden teórico y probatorio que, a su vez, generan entendibles controversias. Al efecto La Corte Constitucional consideró que en estos casos de extinción de la acción penal, se trata de una medida preclusiva, a través de un acto de contenido jurisdiccional asignado por la Constitución Nacional de manera exclusiva al juez de conocimiento y para evitar que se violen los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación, limitando la opción de que éstas puedan exponer en una audiencia sus argumentos en contra de esa medida, “la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión”¹⁶⁰, en cualquier momento, a excepción de la aplicación del principio de oportunidad cuya competencia radica es en el juez de control de garantías. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Pese a lo manifestado, cuando por parte de la Fiscalía, sin atender a los aspectos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de otras causales de exclusión de la responsabilidad, se tiene sustento suficiente para deducir que desde el punto de vista objetivo la conducta investigada es atípica, es decir, cuando no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, esto es, que se reúnan los elementos objetivos del tipo¹⁶¹, de manera autónoma, procederá a través de una orden debidamente motivada que deberá comunicársele al denunciante, a la víctima y al ministerio público, a ordenar el archivo de la actuación.

El concepto de atipicidad objetiva ilustrado por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-591 de 2005, fue tema de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de sala plena calendada Julio 5 de 2007, con ponencia del magistrado YESIS RAMIREZ BASTIDAS, precedentes ambos que deben ser considerados por los operadores judiciales al resolver sobre la materia. Lo

¹⁶⁰ Sentencia C-591 de 2005

¹⁶¹ Art. 79 Ley 906 de 2004



último además, porque los eventos que ejemplarizan las decisiones que viene de comentarse, deben tenerse en cuenta por los Fiscales, en la medida en que se constituyen en eventos en los que una vez cumplidas las razonables gestiones investigativas pertinentes, y teniendo fundamentos efectivos para tomar tal determinación, lo conveniente será proceder con el archivo de las diligencias en todos los casos en que ello sea posible, como una manera de depurar el sistema y descongestionarlo, en el reiterado propósito de racionalizar los recursos y dedicarse prioritariamente a aquellos asuntos en los que en realidad es viable consolidar el ejercicio de la acción penal, ejercer la función de acusación y concretar las aspiraciones de la administración de justicia.

Vale la pena, traer, in extenso, tan importantes precisiones de la última decisión en cita:

“5. Algunos supuestos en los que la Fiscalía puede aplicar el artículo 79 de la Ley 906 de 2004

Lo puesto en evidencia permite señalar que solamente podrán ser tenidos en cuenta como motivos o circunstancias fácticas que no permiten la caracterización de un hecho como delito o que no es posible demostrar su existencia como tal, quedando con ello facultada la Fiscalía para proceder al archivo de las diligencias, entre otras, en las siguientes situaciones:

5.1. En cuanto a los sujetos:

5.1.1. Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer el sujeto activo de la acción¹⁶²;

¹⁶² Tal precisión de la Corte, permite considerar la posibilidad de archivo en aquellos casos en que por sus especiales características y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, no obstante haberse agotado las labores investigativas suficientes y necesarias, no es posible la individualización o identificación de los autores o partícipes del delito. No resulta razonable mantener activa una indagación, esperando vencimientos de términos prolongados como los sería el de la preclusión de la investigación



5.1.2. Cuando luego de adelantadas las averiguaciones resulta imposible encontrar o establecer quién es el sujeto pasivo de la acción;

5.1.3. Cuando el sujeto se encuentra en imposibilidad fáctica o jurídica de ejecutar la acción. Es el caso del extranjero que no debe obediencia al Estado colombiano y que por lo mismo no puede recibir imputación a título de autor del tipo denominado hostilidad militar del artículo 456 del Código Penal.

Cualquier discusión que desborde los anteriores parámetros, como por ejemplo las que se refieran a la calidad del sujeto activo del punible, impide que las diligencias puedan ser archivadas directamente por parte de la Fiscalía.

5.2. En cuanto a la acción:

5.2.1. Cuando la acción es atípica porque no se observa la acomodación exacta de una conducta a una definición expresa, cierta, escrita, nítida e inequívoca de la ley penal, pero sólo en cuanto a lo que resulte evidente e indiscutible. Sería el caso en que se hace una imputación por homicidio y la víctima no ha sido agredida;

5.2.2. Cuando el hecho no puede ser atribuido a una acción u omisión de un ser humano. Por ejemplo: cuando un rayo electrocuta a una persona.

5.3. En cuanto al resultado:

5.3.1. En los delitos de resultado solamente podrán ser archivadas las diligencias cuando el resultado no se puede verificar ontológicamente;

5.3.2. En los delitos de peligro concreto y peligro abstracto la Fiscalía podrá archivar las diligencias siempre y cuando objetivamente no se haya verificado el resultado. Por ejemplo, cuando en el delito de porte ilegal de armas se constata que el artefacto se porta lícitamente porque existe permiso de porte o tenencia expedido por autoridad competente o el mismo no es apto para ser disparado.



5.4. Otros elementos:

5.4.1. En cuanto a la relación de causalidad en aquellos supuestos en los que de acuerdo al estado de la ciencia resulta imposible señalar que una acción concreta sea la generadora de un resultado;

5.4.2. Cuando se trata de un delito imposible, como sería el caso de atentar contra la vida de otro disparándole con una pistola de agua;

5.4.3. Cualquiera que sean las circunstancias del hecho cuando se refiere a un delito querellable que es objeto de conciliación;

5.4.4. Cuando en un delito de omisión impropia o comisión por omisión es evidente que el sujeto no tiene la calidad de garante.”

Adicional a lo anterior, debe señalarse que la actuación archivada por causa de atipicidad objetiva debe reanudarse si surgen nuevos elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que desvirtúen la consideración que dio origen al mismo, siempre que no se haya generado una causal de extinción de la respectiva acción penal. En el evento en que se comprometan los derechos de las víctimas, es viable la intervención del juez de garantías, a solicitud de ésta, cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, según lo manifestó la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 79 de la Ley 906 de 2004.¹⁶³

También hay lugar al archivo de las diligencias, cuando en los delitos querellables, se produce acuerdo entre quien la formula y el destinatario de la misma, esto es, cuando se concreta la conciliación preprocesal, tema al que aludirá adelante.

Sobre este aspecto puntual la Corte Constitucional sostuvo:

“En tal sentido, por tratarse de delitos querellables y por ende el contenido de justicia afecta solo la esfera de la víctima y en tal medida admiten desistimiento, considero

¹⁶³ Sentencia C-1154 de 2005



el legislador como una medida de política criminal que surtieran una etapa de conciliación, sin que se oponga al nuevo esquema procesal penal que ella se surta ante un fiscal, a fin de que si hubiere acuerdo entre el querellante y el querellado, proceder a archivar las diligencias; y en caso contrario, ejercer la correspondiente acción penal, ...” (Subraya fuera de texto)¹⁶⁴

De otra parte, hay lugar al archivo cuando se reúnen los requisitos que se exigen para proceder a la extinción de la acción penal¹⁶⁵, en caso de muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querella, desistimiento y los demás casos que la ley establece, petición que hará la fiscalía ante el juez de conocimiento. Igualmente por aplicación del principio de oportunidad (en su primigenia forma de renuncia a la acción penal), cuyo control se surte ante el juez de garantías.

8.2.2 La conciliación

Este instituto procesal enmarca en la llamada justicia compositiva, tercera vía, solución alternativa de conflictos o justicia restaurativa, y tiende a búsqueda de la intervención mínima y fragmentaria del derecho penal.

En los delitos querellables, atendiendo razones de política criminal, y no obstante de manera mediata afectan a la sociedad, su ámbito de influencia atañe especialmente a los particulares, el Legislador desplaza la iniciativa de la acción penal, que es monopolio del Estado, al ciudadano titular del bien jurídico afectado por la conducta punible. Por ello, erige en requisito de procedibilidad la querella de parte. Adicionalmente, la Ley 906 de 2004 estableció el agotamiento de la conciliación como presupuesto de la iniciación de la actuación procesal, con lo cual sólo en el evento de presentarse la querella y de fracasar el acuerdo entre los enfrentados, es posible continuar con el ejercicio de la acción penal y una vez reunidos los fundamentos de los motivos razonables necesarios para ello, formular imputación.

La Corte Constitucional ha definido la conciliación como “una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto

¹⁶⁴ Sentencia C-591 de 2005

¹⁶⁵ Arts. 77 y 78 de la Ley 906 de 2004



jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”¹⁶⁶

Como útil mecanismo alternativo de administrar justicia al solucionar los conflictos, la conciliación ofrece a las personas involucradas, la posibilidad de llegar a un acuerdo voluntario, sin la necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica además de la espera de una sentencia, demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial.

Siendo la conciliación una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal y no teniendo en estricto sentido el carácter de actividad judicial, se puede realizar antes o después de la presentación de la querrela¹⁶⁷.

La conciliación preprocesal se puede realizar ante el fiscal que conozca del caso, en centros de conciliación y frente a los conciliadores legalmente reconocidos (notarios, personeros, consultorios jurídicos, defensores y comisarios de familia, jueces, delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, entre otros).

La consecuencia procesal de la conciliación es el archivo de las diligencias, por parte del fiscal.¹⁶⁸

8.2.3 El allanamiento a la imputación

“Como parte esencial del nuevo sistema, el imputado o acusado tiene la facultad de renunciar a algunas garantías, en virtud de la aceptación de los cargos por iniciativa propia¹⁶⁹ o de la celebración de acuerdos con la Fiscalía, con el fin de terminar anticipadamente el proceso y lograr a cambio una rebaja de la pena imponible. Dicha facultad puede ejercerse a lo largo del proceso, desde la audiencia de formulación de la imputación hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del

¹⁶⁶ Sentencias C-160 de 1999, C-591 de 2005 y C-979 de 2005

¹⁶⁷ Sentencias C-591 y C-979 de 2005

¹⁶⁸ Sentencia C-591 de 2005



juicio oral (Arts. 350, 352 y 367 Ley 906 de 2004), de suerte que la rebaja será mayor al comienzo de dicho intervalo y menor al final del mismo”¹⁷⁰

Esta forma de terminación anticipada del proceso, se ubica en las posibilidades de justicia premial, en la medida en que durante la audiencia de formulación de imputación el imputado puede aceptar los cargos, persuadido por los beneficios punitivos que el acto comporta, manera por la cual se propicia la definición del asunto, sin que se precise la realización de todos los ciclos propios del proceso penal.

En principio, la concesión de la significativa rebaja punitiva, que puede ir desde la tercera y alcanzar hasta la mitad de la pena imponible, conferida a quien se allana a la imputación, se sustenta en la contribución que el ciudadano hace a la sociedad en términos de ahorro procesal, la “(...) realización de la justicia material, el efectivo castigo al delincuente y la descongestión judicial.”¹⁷¹

Por lo dicho, la oportunidad procesal para su ocurrencia es la audiencia de formulación de la imputación, una vez el fiscal, en presencia del defensor del imputado, ha procedido con la individualización del mismo, aportado los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones, y procedido con la atribución (fáctica y jurídica) de la conducta delictiva, a continuación de lo cual le presenta al investigado la posibilidad de allanarse y obtener la aludida rebaja de la pena¹⁷².

Si el imputado no acepta los cargos, la actuación continuará su trasunto ordinario, pero si se allana a la imputación, lo actuado es suficiente como acusación, y el trámite

¹⁶⁹ Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal el allanamiento a los cargos imputados tiene carácter de bilateral, bajo el entendido de que el acto sobreviviente a dicha aceptación es el acuerdo de que debe existir entre el fiscal y el imputado, respecto de la rebaja de la pena. (Rad. 21954 de Agosto 23 de 2005, reiterada en casaciones No. 21347 de Diciembre 14 de 2005; No. 24531 de Mayo 4 de 2006, sostiene en esta decisión que la bilateralidad se genera como consecuencia de que el allanamiento es promovido o auspiciado por el fiscal al formular la imputación y que al aceptarla el imputado conviene implícitamente que por esa actitud recibirá una disminución de la pena; No. 25300 de Mayo 23 de 2006, donde, además, agrega que la negociación puede extenderse a las consecuencias de la conducta punible, es decir, sobre la forma de ejecución de la pena incluyendo

¹⁷⁰ Sentencia C-1195 de 2005

¹⁷¹ Cas. C.S.J. 23 de marzo de 2006. M. P. Edgar Lombana Trujillo. Rad. 16648

¹⁷² Art. 287 de la ley 906 de 2004



pasará al juez de conocimiento, quien convocará a audiencia para su revisión, la individualización de la pena y la emisión de la sentencia¹⁷³.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁴, explicó:

(...)

“Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el Juez de conocimiento, en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (i) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento¹⁷⁵, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad.”

Producido el allanamiento a la imputación, el cual de conformidad con la Corte Suprema de Justicia es irrevocable¹⁷⁶, el trámite se abrevia considerablemente en tanto el paso siguiente será la revisión del mismo y la fijación de pena y sentencia.

8.2.4 Los preacuerdos

Ese acuerdo previo entre varias partes, desde el punto de vista de la negociación en la ley procesal penal, se define como “un convenio sobre los términos de la imputación, la aceptación total o parcial de los cargos, o diferente tipificación de la conducta, celebrado entre el fiscal delegado y el imputado o acusado asistido por su defensor, que tiene como objetivo específico la rebaja de la pena y como finalidades generales las siguientes:

¹⁷³ Art. 293 de la Ley 906 de 2004

¹⁷⁴ Cas. C.S.J. 30 de noviembre de 2006. M. P. Mauro Solarte Portilla. Rad. 25108

¹⁷⁵ En la audiencia de formulación de la imputación, este control lo realiza en principio el Juez de garantías (Cfr. Casación 25248 de 5 de octubre de 2006)

¹⁷⁶ C. S. de J., Sentencia de casación de 20 de octubre de 2005, Rdo. 24.026



- Humanizar la actuación procesal y la pena
- Obtener pronta y cumplida justicia
- Activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito
- Propiciar la reparación integral de los perjuicios causados con el injusto
- Lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso¹⁷⁷, en armonía con los principios constitucionales y fines perseguidos con el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria.¹⁷⁸

Condición del acuerdo entre la fiscalía y el imputado o el acusado para que pueda ser aceptado, es que sea libre, voluntario, espontáneo, informado y con la asistencia del defensor.

Al condicionar la exequibilidad de los artículos 348, 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, la Corte Constitucional, en sentencia C-516 de 2005, explicó que la exclusión de las víctimas de los procesos de negociación que culminan en acuerdos y preacuerdos, pone en riesgo sus derechos y significa un incumplimiento de los deberes constitucionales que tiene el legislador, en referencia con las finalidades del proceso, de la humanización de la justicia, su eficacia en la solución del conflicto social y el deber de procurar una reparación integral, así como el respeto a la garantía del derecho de participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan.

Con la presencia de un mínimo de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, de donde pueda inferirse la autoría o participación en la conducta investigada del imputado o acusado y su tipicidad¹⁷⁹, se busca básicamente que éste se declare responsable del delito que la fuera imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que la Fiscalía: i) elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; ii) tipifique

¹⁷⁷ *Manual de procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio*

¹⁷⁸ *Sentencia C-1260 de 2005*

¹⁷⁹ *Art.327 de la Ley 906 de 2004*



la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Dicho preacuerdo, como antes se anotó, puede presentarse desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, ante el juez de conocimiento, bien porque el imputado se declare culpable, caso en el cual obtendrá una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible; o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico; o, tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena; de igual manera el fiscal y el imputado pueden preacordar acerca de los hechos imputados y sus consecuencias, y si hubiere un cambio favorable para éste en relación con la pena por imponer, ello constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

Si la Fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos proyecta formular cargos distintos y más gravosos a los consignados en la formulación de la imputación, los preacuerdos deben referirse a esta nueva y posible imputación.

Asimismo, aquellos se podrán concertar una vez presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, en cuyo caso la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Finalmente, el acusado podrá obtener una rebaja de una sexta parte de la pena aplicable respecto a los cargos que aceptare, si una vez instalado el juicio oral, y ante la advertencia del juez que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y de concederle el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable, éste acepta los cargos.

Los preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado obligan al juez de conocimiento, salvo que advierta quebrantos de las garantías fundamentales, caso en el cual los improbará.

Aprobados los preacuerdos por el juez de conocimiento, procederá a convocar la audiencia para dictar el fallo; y para mantener el principio de congruencia, éste queda compelido a dictar sentencia condenatoria “de acuerdo con los cargos contenidos en



el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía”¹⁸⁰, o en su defecto podrá rechazar el acuerdo por violación de las garantías fundamentales, sin que pueda modificar la calificación jurídica so pretexto de adecuarla correctamente a los hechos planteados.

Al momento de convenir con el imputado o acusado alguna de las situaciones anteriores, el fiscal no solo debe tener en cuenta que se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan de cada caso en concreto, sino que también debe ajustarse a las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación respecto al tema de negociaciones y preacuerdos.¹⁸¹

Así entonces, por la vía de los preacuerdos se da lugar igualmente a terminación anticipada del proceso, en tanto propicia la producción de la sentencia que será entonces condenatoria, con supresión de los pasos procesales a que haya lugar, según la oportunidad en que se realicen.

8.2.5 El principio de Oportunidad

Entendida como la facultad discrecional, regulada dentro del marco de la política criminal del Estado, pero con el control formal y material del juez de garantías, a través de la cual la Fiscalía General de la Nación puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal conforme a las causales previstas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, se constituye en una forma de terminación anticipada del proceso penal como quiera que a través de su aplicación, se puede extinguir la acción penal de manera directa al renunciar a ella o previa la suspensión o interrupción de la misma.

Por disposición de la ley, el principio de oportunidad solo es aplicable siempre que exista un mínimo elemento material probatorio, evidencia física o información

¹⁸⁰ C. S. J. Cas. Febrero 28 de 2007. M. P. Marina Pulido de Barón. Rad. 20087

¹⁸¹ Directiva No. 001 de Septiembre 28 de 2006



legalmente obtenida, que permita inferir autoría o participación en la conducta objeto de la investigación y que la misma reviste las características de un delito¹⁸².

Cuando la Fiscalía General de la Nación disponga dar aplicación al principio de oportunidad, conforme a los criterios impartidos¹⁸³ y previa evaluación de la conveniencia de ejercer o no la acción penal, suspendiéndola, interrumpiéndola o renunciando de manera directa a ella, en cualquiera de estas circunstancias¹⁸⁴, dentro de los cinco días siguientes deberá acudir ante el juez de control de garantías, para que se lleve a cabo el control de legalidad respectivo, no solo si la orden se ajusta a la causal señalada en la ley sino también, si se protegieron las garantías constitucionales de la persona contra quien se procede, pues, a no dudar, esta clase de medidas afectan derechos fundamentales del individuo investigado y de la víctima que solo se resuelve en el ámbito jurisdiccional.

En la audiencia preliminar especial que se adelanta ante el juez con funciones de control de garantía, tanto la víctima como el ministerio público podrán controvertir los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida que presente la Fiscalía General de la Nación, pero finalmente será el juez quien determine si esa orden se ajusta a la Constitución y a la ley.

La aplicación del principio de oportunidad, en su modalidad de renuncia al ejercicio a la acción penal, determina la extinción de la misma por lo cual pone fin, de manera anticipada, al proceso penal¹⁸⁵.

8.2.6 La Absolución Perentoria

Esta figura opera exclusivamente en la etapa del juicio, dentro de la audiencia de juicio oral, una vez ha concluido el debate probatorio y previo a que las partes presenten sus alegatos de conclusión, y procede, a petición de la fiscalía o de la

¹⁸² Art. 327 de la Ley 906 de 2004

¹⁸³ Resoluciones Nos. 0-6657 y 0-6658 de Diciembre 30 de 2004

¹⁸⁴ Sentencia C-979 de 2005

¹⁸⁵ Sobre el tema ver sentencia C-095 de 2007



defensa, precisamente cuando de las pruebas practicadas en dicha audiencia se infiere la ostensible atipicidad de los hechos base de la acusación.

Se enmarca en los principios de economía, eficiencia y eficacia del proceso penal, en tanto no sería razonable que se continuara con los trámites subsiguientes, cuando es patente la atipicidad de la conducta que dio origen a la actuación procesal.

8.2.7 La preclusión

Es la decisión que, con efectos de cosa juzgada, toma el juez de conocimiento a solicitud del fiscal que adelanta la investigación, presentada en cualquier momento procesal¹⁸⁶, siempre que se cumpla con alguna de las causales contempladas en el artículo 332 de la ley 906 de 2004.

En la etapa de juzgamiento, el fiscal, el ministerio público o la defensa, podrán solicitar la terminación de la actuación anticipadamente, siempre que se establezca la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal o se acredite la inexistencia del hecho investigado.

Sin que implique solicitud ni práctica de pruebas, en el desarrollo de la audiencia pública, será obligación del fiscal que al argumentar su solicitud indique cuáles son los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida, que fundamenta la causal invocada, en los términos del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

De conformidad con los lineamientos de jurisprudencia constitucional contenidos en la sentencia C-209 de 2007, las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal. Con todo, en la referida audiencia no hay lugar a práctica de prueba según lo determina el cuarto inciso del artículo 333 de la Ley 906 de 2004.

¹⁸⁶ Mediante sentencia C- 591 de 2005, la Corte constitucional declaró inexecutable la expresión "a partir de la formulación de la imputación", contenida en el Art. 331 de la Ley 906 de 2004.



La determinación del juez de conocimiento que dispone la preclusión, también pone fin de manera anticipada al proceso penal.

Capítulo IX

9. Providencias Judiciales, Notificaciones y Recursos

9.1 Generalidades

Postura clásica del derecho procesal penal, es aquella según la cual los funcionarios judiciales expresan sus decisiones a través de providencias.

Sin que los propósitos del presente trabajo, reclamen otros desarrollos al respecto, baste decir que la temática a la que aquí se alude reviste vital importancia, en primer lugar porque la exposición motivada de los fundamentos que se constituyen en la base de las decisiones judiciales, bien que estas diriman el conflicto de manera definitiva o que limiten derechos fundamentales, se ha convertido en signo del carácter garantista del respectivo sistema procesal, en la medida en que de esta manera se satisfacen caros principios superiores como los de publicidad, controversia, impugnación y segunda instancia, que son concreción de conquistas democráticas, sociales y de derecho, que se constituyen en barreras que limitan posibilidades de ejercicio arbitrario del ius puniendi.

Tanto es así que su arraigo es constitucional y que, además, se respaldan en tratados relativos a derechos humanos ratificados por Colombia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

9.2 Providencias Judiciales

Las providencias judiciales se clasifican en:



9.2.1 La Sentencia: doctrinal y jurisprudencialmente se ha entendido esta clase de providencia como aquella que define el fondo u objeto del proceso, siendo de dos clases condenatoria y absolutoria, si como consecuencia del sentido del fallo es declarado culpable o no al procesado, pudiendo ser emitidas en primera o en segunda instancia, o en razón de haberse impetrado el recurso de casación o la acción de revisión.

9.2.2 Los Autos: definen un incidente o un aspecto sustancial de la controversia.

9.2.3 Las Órdenes: impulsan el trámite procesal y se establecen en la ley para adelantar la actuación o para evitar su entorpecimiento. Su característica principal es que son verbales pero siempre debe dejarse constancia de la misma en los formatos institucionales creados para ese fin.

Las dos primeras son de exclusiva emisión por parte de los jueces, mientras que las órdenes se toman por parte del fiscal que conozca del asunto y dentro del ámbito de su competencia.

9.2.4 Requisitos de las decisiones

Las sentencias y los autos deberán contener unos requisitos de forma y de fondo como son:

- Nombre de la autoridad que emite la decisión,
- El municipio, el día y la hora,
- El número de radicación (El cual es único y contiene veintidós dígitos, conformado por los códigos de departamento, municipio, entidad -Fiscalía, Policía, DAS-, unidad receptora de la noticia criminal, fecha y consecutivo),
- Los fundamentos de orden fáctico, probatorio y jurídico, detallando los motivos que se tuvieron en cuenta para estimar o desestimar las pruebas recepcionadas en el juicio oral,
- Cuál es la decisión adoptada, señalando, en los casos de corporaciones, los fundamentos que pudieron originar criterios diversos y,
- Indicar expresamente los recursos que proceden contra dicha decisión y la oportunidad para interponerlo.



Respecto a las órdenes tomadas por el fiscal del caso, exceptuando las que refieran a las audiencias, oralidad y recursos¹⁸⁷, también deberán cumplir con los anteriores requisitos en lo que les sea aplicable.

De tal manera que, órdenes como las de archivo, aplicación del principio de oportunidad, la orden de captura excepcional¹⁸⁸ y las similares, deben reunir dichas exigencias.

9.2.5 Prohibición de transcripciones

Para evitar atentar contra uno de los principales principios del sistema como lo es la oralidad y en busca de hacerlo más expedito, las providencias no pueden ser extensas adicionándola de transcripciones de pruebas, alegatos, conceptos, etc., salvo las necesarias para sustentar la decisión.

9.2.6 Registro en bases de datos

Para mantener actualizadas las bases de datos y, especialmente, lo que refiere a las sentencias condenatorias que son consideradas como antecedentes judiciales, estas, una vez ejecutoriadas, deberán ser comunicadas a la Dirección General de Prisiones, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Procuraduría General de la Nación y a las policías judiciales; y en el caso de las sentencias absolutorias a la Fiscalía General de la Nación para que esta entidad establezca si una persona ha sido vinculada a un proceso penal.

Para el ente acusador es importante mantener actualizados estos últimos registros, verbi gracia para efectos de solicitar una medida de aseguramiento con fundamento en su no comparecencia tal como lo prevé el numeral cuarto que le introdujo el

¹⁸⁷ Parágrafo del artículo 161 de la Ley 906 de 2004

¹⁸⁸ Art. 21 de la Ley 1142 de 2007 que reforma el artículo 330 de la Ley 906 de 2004, el cual había sido declarado inexecutable en sentencia C-1001 de 2005



artículo 26 de la Ley 1142 de 2007 al artículo 312 de la Ley 906 de 2004. Igualmente, como elemento de juicio en los análisis de criminalidad.

En el caso de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, las decisiones que afecten la vigencia de una condena o que implique redosificación punitiva, deberá informarse a la Fiscalía General de la Nación de la misma a efecto de mantener actualizada la base de datos.

9.3. Notificaciones en el Proceso Penal

La notificación es la forma de comunicarle a las partes e intervinientes que actúan en el proceso penal las decisiones que se toman por parte del juez. En el caso de la ley 906 de 2004, se ordena notificar tanto los autos como las sentencias.

9.3.1 Formas de notificación

La regla general es que las notificaciones se hagan en estrados y, de manera excepcional, mediante comunicación escrita.

Notificación por estrados: es la forma de comunicación más ágil y busca enterar de manera inmediata, directa y expedita a las partes de la respectiva decisión, así como efectivizar su trámite. Esta notificación produce plenos efectos cuando se han observado y cumplido las exigencias establecidas por el ordenamiento para que el acto proferido sea conocido por el destinatario, así este no tenga efectivo conocimiento del mismo¹⁸⁹.

Esta clase de notificación se extiende a todas las partes que no concurran a ella, siempre que se les hubiere citado oportunamente y quedan ejecutoriadas al finalizar la audiencia si contra la misma no se ha interpuesto recurso alguno (en el evento de que contra la decisión que se tome en la audiencia proceda alguno) y si se trata de una audiencia que se prolonga por varias sesiones, su ejecutoria se materializará al cabo de la última sesión.

¹⁸⁹ Teoría de la recepción, que explica cuando se debe entender surtida una notificación.



Notificación por escrito: es una comunicación escrita dirigida a las partes, intervinientes y a todas aquellas personas que de una u otra forma deban intervenir en la diligencia (testigos, peritos, etc.), que debe ser remitida a través de medios como el telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o a través de cualquier otro que las mismas partes hubieren señalado.

Siendo que los recursos ordinarios se interponen en la misma audiencia en que se toma la decisión por el juez, cuando ella es recurrible, solo de la notificación por estrados se genera entonces la posibilidad de invocarlos. Quiero lo anterior decir que la notificación por escrito no produce u origina derecho alguno de impugnación, sino que debe entenderse como una manera de comunicar o de enterar la decisión.

En los casos de las personas imputadas o acusadas privadas de la libertad que no hubiesen querido concurrir a la audiencia programada, las decisiones tomadas en las mismas le serán comunicadas en el establecimiento donde se encuentren reclusas, dejándose constancia de ello por parte de la persona encargada de hacer esa comunicación bien a través de la oficina de servicios judiciales, ora de la dirección del establecimiento carcelario.

En todo caso el secretario del despacho judicial que ordena la notificación deberá llevar un registro, en el medio técnico más eficaz, de cada una de las notificaciones que se realicen dentro o fuera de las audiencias.

Finalmente, mención especial merece el inciso final del artículo 169 de la ley 906 de 2004, que establece: “Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación”. En realidad, esta clase de notificación tendría absoluta vigencia y sería plenamente válida en el sistema inquisitivo, pero no en el sistema acusatorio en el cual por antonomasia las decisiones se toman en audiencia y a la misma deben concurrir todos los interesados, por lo cual corren el albur de someterse a la ejecutoria de las providencias tomadas en la misma, soportando sus consecuencias sin poder oponerse válidamente a sus designios. Por consiguiente no se le advierte utilidad práctica al referido inciso.



9.3.2 Citaciones

Cuando se convoque la celebración de una audiencia o se deba tramitar algún asunto en especial, indicando la clase de diligencia de que se trate y si requiere asistir acompañado de abogado, y, de ser posible, la clase de delito, fecha de su ocurrencia, víctima y número de radicación, la secretaría del despacho judicial que así lo disponga, deberá citar, por cualquier medio técnico, de manera oportuna, expedita, veraz y eficaz a las partes e intervinientes (si se trata de una audiencias preliminar la citación a estos últimos debe ser ordenada por el juez de control de garantías¹⁹⁰), pero en especial a las víctimas, así como a todas aquellas personas que deben intervenir en el desarrollo de dicha audiencia.

Para lo anterior, si así lo considera, buscando que se cumplan efectivamente las citaciones, el juez podrá ordenar que servidores de la administración de justicia, miembros de la fuerza pública o de la misma policía judicial, la realicen.

Para que la solicitud presentada por el interesado pueda ser admitida y tramitada, quien ruegue la celebración de una audiencia, deberá acompañar copia de la petición dirigida a cada una de las restantes partes e intervinientes.

9.4. Recursos Ordinarios

Los recursos son medios de impugnación, concebidos como instrumentos de defensa, a través de los cuales las partes e intervinientes, conforme al interés que les asiste, buscan que la decisión del juez se reforme, se modifique o se revoque por el mismo que la profirió o por el funcionario judicial que en virtud a la apelación conozca de la segunda instancia.

Son recursos ordinarios la reposición y la apelación.

¹⁹⁰ Inciso final art. 171 de la ley 906 de 2004



9.4.1 Recurso de reposición

Es el medio a través del cual el inconforme con la decisión del juez le solicita de manera argumentada reconsiderare su posición para que la modifique, aclare, adicione o revoque. Por resolverse en la misma instancia ante quien se interpone, se denomina recurso horizontal. Procede contra todas las decisiones, salvo la sentencia, y se debe impetrar, sustentar y resolver de manera oral e inmediata en la misma audiencia. Puede presentarse como único o acompañar de manera subsidiaria la apelación¹⁹¹. Si lo segundo, el juez deberá decidir la reposición y, de ser acorde a lo solicitado por el impugnante, se abstendrá de conceder la apelación; si lo contrario, esto es, no accede a la pretensión impugnatoria de la reposición, deberá conceder el de apelación.

No emepe la ley no contempla la posibilidad de correr traslado de la sustentación del recurso de reposición a los no recurrentes, como si ocurre para el trámite del recurso de apelación de la sentencia, en aras de garantizar los principios del debido proceso, el derecho de defensa, igualdad de armas y especialmente el de contradicción, el juez les ofrecerá la oportunidad de argumentar frente a la postulación. Cumplido lo anterior, el juez deberá tomar la decisión que corresponda debiendo notificarla por estrados. La misma es inimpugnable, salvo que contenga aspectos nuevos.

9.4.2 Recurso de apelación

Es el medio de impugnación interpuesto de manera argumentada, principal o subsidiariamente¹⁹², que le corresponde desatar al superior jerárquico del juez que tomó la decisión en primera instancia, para que la modifique, adicione o revoque. Como quiera que le corresponde decidirlo a dicho superior a este recurso se le denomina vertical. Salvo las excepciones que la misma ley contempla, la apelación procede contra los autos proferidos en desarrollo de las audiencias y contra la sentencia sea ella absolutoria o condenatoria¹⁹³.

¹⁹¹ Ver Tutela No. 28680 de Diciembre 12 de 2006 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

¹⁹² *Ídem*

¹⁹³ Ver sentencia C-047 de 2006



9.4.2.1 Trámite

El procedimiento que se debe adelantar para dirimir el recurso de apelación debe entenderse de la siguiente manera, según se impetire contra autos o contra sentencias.

9.4.2.2 Recurso de apelación contra autos¹⁹⁴

Tomada la decisión por el juez dentro de la misma audiencia y notificada por estrados, de manera oral el inconforme con la misma deberá interponer el recurso de apelación, único o principal o subsidiariamente del de reposición, indicando y argumentando los aspectos fácticos, jurídicos o probatorios de los cuales disiente. El juez, teniendo en cuenta la clase de providencia y el efecto que establece la norma, esto es, suspensivo o devolutivo¹⁹⁵, concederá inmediatamente la impugnación propuesta para ante el respectivo superior.

Una vez se recibe la actuación el juez o magistrado, según corresponda, que deba resolverlo, deberá ordenar que se cite a las partes e intervinientes, incluida de manera especial a la víctima, para que en audiencia que deberá desarrollarse dentro de los cinco días siguientes se presenten a expresar oralmente los fundamentos de hecho y de derecho que originaron su inconformidad.

Llegado el día y hora para desarrollar la audiencia, el juez concederá el uso de la palabra al recurrente para que exprese los argumentos que explican o fundamentan su inconformidad con la decisión recurrida.

Al sustentar los recursos se deben tocar de manera adecuada pero concreta y ordenada, cada uno de los aspectos o razones de orden fáctico y jurídico motivo de discrepancia. Deben guardar estricta pertinencia con el contenido de la providencia impugnada, pues en caso contrario podría tener lugar una oposición por la contraparte o podría ser controlada la intervención en tal sentido por el funcionario de conocimiento. Es

¹⁹⁴ Art. 178 Ley 906 de 2004

¹⁹⁵ Art. 177 de la ley 906 de 2004, reformado por el art. 13 de la Ley 1142 de Junio 28 de 2007



importante que la argumentación elaborada como fundamento de la impugnación complete el círculo lógico, con las conclusiones a que haya lugar y la solicitud de que se tome la determinación a la que se aspira.

Adicionalmente, no debemos olvidar que la interposición del recurso es un derecho procesal de las partes y que se delimita en su contenido, por lo que el superior solo tiene la posibilidad de decidir sobre aquellos aspectos que se impugnan exclusivamente. Nótese como la Corte Suprema de Justicia, al analizar este puntual tema menciona:

“Ahora bien, resulta igualmente claro que el compromiso del sentenciador al desatar el recurso de apelación está circunscrito a responder cada uno de los argumentos de inconformidad presentados por el recurrente o recurrentes, sin que le sea dable incluir aquellos que no han sido objeto de impugnación.

Frente a este último punto, recuérdese que si bien la Ley 906 de 2004 no establece de manera expresa límite respecto a la competencia del superior para desatar el recurso de apelación, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000 en el artículo 204, de todos modos, en virtud de lo consagrado por el artículo 31 de la Constitución Política, que consigna los principios de doble instancia y la prohibición de la reforma en peor, la decisión de segunda instancia sólo podrá extenderse a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación y que éstos no constituyan un desmejoramiento de la parte que apeló.

Lo anterior tiene razón jurídica procesal, en tanto que el nuevo sistema contempla que el impulso del juicio está supeditado a las tesis y a las argumentaciones que los intervinientes aduzcan frente a sus pretensiones, las cuales tienen vocación o no de éxito dependiendo del resultado de la actividad probatoria. Dentro del tal premisa, se impone entonces colegir que el sentenciador de segundo grado, frente a la inconformidad del impugnante, debe circunscribir su competencia a los asuntos que el recurrente ponga a su consideración, sin que le sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que advierta violación de derechos y garantías fundamentales.”¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ver proceso 26128 de Abril 11 de 2007



Exclusividad que encuentra excepción cuando se impugna el valor de una prueba específica, evento en el cual necesariamente para llegar a conclusiones acorde a la Constitución y la ley, se debe efectuar un análisis del conjunto probatorio. Sobre este aspecto la misma alta Corporación indicó:

“En otros términos, en tratándose de inconformidades que radiquen sobre el grado de persuasión otorgado a un elemento de juicio, tal aspecto no puede ser analizado de manera insular frente a las demás conclusiones probatorias, habida cuenta que las pruebas deben ser valoradas con estrictez a las reglas de la sana crítica, es decir, que las probanzas deben ser apreciadas de manera individual y mancomunada con el fin de declarar como probados o no los hechos que se discuten al interior del proceso.

“De ahí que en lo atinente al punto de discusión probatoria, tal situación debe ser examinada por la instancia de manera particular respecto de la ocurrencia del defecto invocado y socialmente en torno con los demás elementos de juicio, a efecto de verificar si el yerro de apreciación probatoria resultó trascendente frente a la masa probatoria.

“Dicho de otra manera, el yerro de apreciación probatoria demandado se debe cotejar con las demás probanzas que se consideran como bien apreciadas con el objeto de establecer su trascendencia, puesto que puede ocurrir que el error de derecho o de hecho denunciado sobre el medio de prueba existe; no obstante, tal circunstancia no lleva fatalmente a concluir que le asista razón al impugnante, toda vez que si el mismo no logra modificar las circunstancias fácticas declaradas como probadas en la sentencia, las decisiones adoptadas en el fallo recurrido permanecen incólumes.¹⁹⁷

Finalmente, la posibilidad de acceso a la segunda instancia se condiciona a que se interponga el recurso de apelación de manera oportuna y a que se sustente en debida forma.

Sobre estos aspectos la Corte Suprema de Justicia, señaló:

“.1. Constituye presupuesto del derecho a la impugnación, el interés jurídico del sujeto procesal que pretende, a través del ejercicio de los recursos, la reparación de

¹⁹⁷ *Ídem*



un desmedro causado con una decisión judicial, por manera que lo que se persigue es, remover, mejorar o atemperar una situación que resulta gravosa, criterio desde luego extensivo y aplicable a la casación.

“2. La jurisprudencia de la Sala ha expuesto reiteradamente, de modo general, que la no interposición o sustentación debida del recurso de apelación respecto de la sentencia de primer grado, es señal de conformidad del sujeto procesal con el contenido de tal providencia, razón por la cual carecerá de interés jurídico para impugnar la de segunda instancia que no reforme aquélla en perjuicio de la situación del no recurrente, quien no puede invocar a última hora un agravio, con el fin de legitimarse en casación.

“En otras palabras: si cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, se ha de entender que se muestra conforme con la decisión proferida y el ad quem no puede, por su iniciativa, entrar a examinar su situación.”¹⁹⁸

Concluida la intervención del recurrente, el juez deberá correr traslado del recurso y de los argumentos a las restantes partes e intervinientes no recurrentes que se encuentren presentes en la audiencia, en especial a la víctima, en procura de garantizarles el derecho a ser escuchados, dentro del rol especial que ésta tiene en el proceso penal.

Para tomar la decisión, el juez o magistrado podrá disponer un receso hasta de dos horas, al cabo de lo cual deberá proferir la providencia que confirma en todo o parte la impugnada, o la revoca, modifica, adiciona o aclara.

De no concurrir el impugnante a la citación que el juez o magistrado efectúe a la audiencia de sustentación, el recurso se deberá declarar desierto y, por ende, la decisión causará ejecutoria.

¹⁹⁸ Ver proceso 24128 de Septiembre 19 de 2005



9.4.2.3 Recurso de apelación contra sentencias¹⁹⁹

Proferida la sentencia de carácter absolutorio o condenatorio por el juez competente, se deberá interponer el recurso de apelación. Como quiera que de las audiencias que se celebren existe la obligación de registrar y reproducir de manera fidedigna y por los medios técnicos idóneos la actuación, con la finalidad, entre otras, de tramitar los recursos, es obligación de la parte recurrente solicitar los apartes de esos registros que considere pertinentes y se refieran a su inconformidad. Igualmente deberán proceder los no recurrentes respecto a los aspectos que pretendan argumentar.

Una vez que la secretaría del juzgado o de la Sala Penal reciba el fallo recurrido y establezca que se han acreditado los registros de las actuaciones antes mencionadas, se deberá citar a audiencia de debate oral por parte del juez o magistrado, la que se celebrará dentro de los diez días siguientes.

Expuestos de manera concreta y ordenada los argumentos que agrupen los aspectos fácticos, jurídicos o probatorios, esto es, los motivos de hecho y de derecho,²⁰⁰ por los cuales disiente el recurrente y atendidas las otras partes e intervinientes que no hubieren interpuesto el recurso y que estén presentes en la audiencia, el juez o la sala correspondiente deberá dictar el fallo para lo cual convocará audiencia dentro de los diez días siguientes.²⁰¹

9.4.2.4 Efectos en que se concede la apelación

La ley 906 de 2004²⁰² contempla dos efectos el suspensivo y el devolutivo.

Conceder el recurso de apelación por parte del juez de primera instancia en el efecto suspensivo, implica que la competencia de éste para seguir conociendo y tramitando el proceso penal, queda interrumpida hasta tanto el superior desate la

¹⁹⁹ Art. 179 de la Ley 906 de 2004

²⁰⁰ Ver Sentencia No. C-365/94

²⁰¹ Sobre este trámite se refiere la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en proceso 26128 de Abril 11 de 2007

²⁰² Art. 177, reformado por el art. 13 de la Ley 1142 de 2007



impugnación, lo cual quiere decir no solo que se suspende el trámite procesal, sino además que aquella inicial decisión no puede cumplirse hasta cuando sea revisada por dicho superior.

De manera expresa la norma establece que en este efecto se conceden las siguientes decisiones:

- La sentencia condenatoria o absolutoria
- El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión
- El auto que decide la nulidad
- El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y
- El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.

El efecto devolutivo tiene como particularidad todo lo contrario al antes mencionado, en el sentido de que no se suspende el trámite del proceso, tampoco la competencia del juez, y el cumplimiento de la providencia recurrida queda supeditado a los resultados del recurso.

Los autos que se otorgan en el efecto devolutivo son:

- El auto que resuelve sobre la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento,
- El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado,
- El auto que resuelve sobre la legalización de la captura
- El auto que decide sobre el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares,
- El auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de la investigación; y
- El auto que admite la práctica de la prueba anticipada.

Es oportuno mencionar que la reforma a la ley 906 de 2004 consistió en adicionar a lo ya existente las posibilidades referidas en las últimas cuatro situaciones y, además,



indicar que puede invocarse el recurso de apelación cuando la decisión se refiere no solo a la imposición de la medida de aseguramiento sino a la revocatoria o a la sustitución de la misma.

9.5 Recurso de queja

La ley 906 de 2004 no previó de manera específica, al reglamentar los recursos, el de queja o hecho que consiste en el medio impugnatorio que estilan los sistemas procesales para controvertir las decisiones que deniegan el recurso de apelación.

Con todo, mediante providencia de tutela No. 28689 de Diciembre 12 de 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. YESID RAMÍREZ BASTIDAS, consideró la posibilidad de interponer este recurso; decisión, respecto de la cual salvó su voto el magistrado ALFREDO GÓMEZ QUINTERO.

10. Estructura de la Persecución Penal

10.1. Objetivo Específico

Identificar cada uno de los componentes de la estructura del sistema Acusatorio Colombiano.

10.2. Diagrama de Flujo del Procedimiento Penal



