

ESTRUCTURA DEL PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL¹

Darío Bazzani Montoya

Un análisis de la nueva estructura del proceso penal, según el texto aprobado por la Comisión Primera de la Cámara, con ocasión del trámite legislativo del Proyecto de Ley 01 de 2003 Cámara, mediante el cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal, arroja una primera conclusión: el legislador ha pretendido desarrollar una estructura acorde con el sistema acusatorio que, no obstante el esfuerzo realizado por los redactores del proyecto, requiere de ajustes esenciales, de tal suerte que respete el esquema constitucional del proceso y al mismo tiempo constituya un escenario apropiado para el debate oral que consulte la realidad de nuestro sistema judicial.

En este ensayo pretendo formular algunas observaciones en relación con unas instituciones procesales y su desarrollo conforme a la estructura de proceso que se ha propuesto, llamando la atención sobre los problemas que se pueden presentar, tanto desde el punto de vista jurídico como funcional.

En ese orden de ideas me ocuparé de algunos temas que merecen especial atención y en su desarrollo formularé las observaciones al articulado que resulten pertinentes.

1. La base para la elaboración de este documento la constituye un estudio realizado para la agencia MSD, con el objeto de brindar apoyo a la Defensoría del Pueblo en relación con el trámite del nuevo Código de Procedimiento Penal.

I. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ESTRUCTURA DEL PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA

En la estructura propuesta existen tres etapas en el proceso:

La etapa de investigación preliminar que se utiliza en los casos que se den dos supuestos: que no exista imputado conocido y no sea necesaria la limitación de derechos fundamentales en las tareas de investigación.

La segunda etapa es la de vinculación y definición de situación jurídica en donde se formula la imputación, se permite el nombramiento de defensor, se resuelve sobre la imposición de la medida de aseguramiento y se califica la investigación.

Y la tercera etapa es el juicio, compuesto de cinco audiencias, en las que se da a conocer la acusación y la prueba en la que se va a sustentar la misma, se solicitan las pruebas, se realiza el juicio oral con práctica de pruebas con intermediación, se hace el debate, se profiere sentencia y, en caso de condena, se adelanta el incidente de liquidación de perjuicios.

Varios aspectos relacionados con el derecho de defensa en las distintas fases que desarrollan la estructura del proceso, ocupan nuestra atención.

La primera preocupación que aparece es la necesidad de garantizar el derecho de defensa durante toda la etapa de investigación, entendida tanto en sentido material como técnica, tal como lo exige el artículo 29 de la Constitución Política.

El principal problema radica en darse a la primera etapa la naturaleza de reservada, aunado al hecho de no establecerse ningún término máximo de duración para esta fase, salvo el plazo preclusivo natural de la prescripción. Ello cobra especial importancia, dada la especial función que van a cumplir las autoridades que ejercen funciones de policía judicial, durante esta fase de investigación.

Para el efecto, vale la pena recordar que al tenor del artículo 8.º, respecto del cual los ponentes sólo incluyeron propuestas de modificación en su redacción, el derecho de defensa se ejerce a partir de la audiencia de imputación.

Establece la disposición:

El artículo 8.º, quedará así:

Artículo 8.º *Defensa*. En desarrollo de la actuación, una vez formulada la imputación, el imputado tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: [...]

En el mismo sentido los artículos 120 y 126 disponen:

Artículo 120. *Oportunidad*. La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con éste desde la primera audiencia a la que fuere citado.

Artículo 126. *Atribuciones especiales*. En especial la defensa tendrá las siguientes atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
6. Solicitar al juez la comparecencia, aun por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.
9. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

Los textos aprobados por la comisión, salvo modificaciones de redacción, mantienen el mismo criterio:

Artículo 8.º *Defensa*. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a²:

- a. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado.
- b. No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado.
- c. No se utilice el silencio en su contra³.
- d. No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse⁴.
- e. Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.
- f. Ser asistido gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez, en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial; o de un intérprete en el evento de no poder percibir el idioma por los órganos de los sentidos o hacerse entender oralmente. Lo anterior no obsta para que pueda estar acompañado por uno designado por él.
- g. Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades.
- h. Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.
- i. Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer.
- j. Solicitar, conocer y controvertir las pruebas.
- k. Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audien-

2. Aprobado en acta 29 del 16 de diciembre de 2003. Se cambió la expresión “una vez formulada la imputación” y se ajustó la redacción.

3. Ajuste de redacción.

4. Ajuste de redacción.

cia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.

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

Artículo 120. *Oportunidad*. La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con éste desde la primera audiencia a la que fuere citado.

Artículo 126. *Atribuciones especiales*. En especial la defensa tendrá las siguientes atribuciones:

1. Asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él.
2. Disponer de tiempo y medios razonables para la preparación de la defensa, incluida la posibilidad excepcional de obtener prórrogas justificadas para la celebración del juicio oral.
3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado.
4. Controvertir las pruebas, aunque sean practicadas en forma anticipada al juicio oral⁵.
5. Interrogar y contrainterrogar en audiencia pública a los testigos y peritos.
6. Solicitar al juez la comparecencia, aún por medios coercitivos, de los testigos y peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos materia de debate en el juicio oral.
7. Interponer y sustentar, si lo estimare conveniente, las nulidades, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión.
8. No ser obligado a presentar prueba de descargo o contra prueba, ni a intervenir activamente durante el juicio oral.

5. Se elimina la palabra “previamente”.

9. Abstenerse de revelar información relacionada con el proceso y su cliente, conforme a la ley.

Obsérvese que desde el punto de vista del ejercicio del derecho de defensa, dicha estructura no se compadece con las exigencias del artículo 29 de la Carta. La investigación comienza desde el momento en que la policía judicial recibe la denuncia o la querrela y decide investigar. Es decir desde ese momento debe activarse el derecho de defensa.

Lógicamente se trata de un derecho de defensa limitado, en el sentido de no existir controversia probatoria sobre los elementos de la responsabilidad, puesto que no existe prueba como tal. Sólo en los eventos de prueba anticipada e imposición de la medida de aseguramiento existe controversia.

Sin embargo, no existe razón para no informar de la existencia de la investigación a la persona desde el inicio de la misma y activar de esa manera el derecho de defensa material y técnica.

En cuanto a la defensa material, bien puede el imputado manifestar su intención de rendir versión con lo cual no sólo se protege su derecho sino que el Estado se puede ahorrar un desgaste innecesario. Piénsese en aquellos casos que la simple versión esclarece la investigación, bien porque el imputado quiere confesar el hecho o porque de su dicho se deduce la inexistencia de delito o se evidencian las equivocaciones en el enfoque de la investigación. Por ejemplo, en caso de un homónimo o en una denuncia abiertamente temeraria; ¿para qué esperar hasta la segunda etapa?

También en cuanto al ejercicio del derecho de defensa técnica no existe impedimento para permitirlo desde un comienzo; todo lo contrario, es una exigencia constitucional acorde con las previsiones de los instrumentos internacionales. El defensor puede ir recopilando las pruebas que va a hacer valer a favor de su defendido. En ese sentido también debe ponerse a su disposición la posibilidad de requerir a medicina legal, la cual debe ser un instituto independiente de la Fiscalía, la práctica de pruebas técnicas que se pueden alterar o perder. Esta actividad además debe ser gratuita y no a cargo del defensor, como lo establece el proyecto, pues esto va en contra del principio de gratuidad que caracteriza la justicia penal. No es decisión del investigado el hecho de que lo investiguen. Además atenta contra el principio de igualdad pues las personas de escasos recursos, que es la mayoría de la población penal, no tendrían forma de correr con los costos de su defensa.

Ahora bien los artículos 277 y 278 establecen:

Artículo 277. Facultades de quien no es imputado. Quien advierta que la Fiscalía adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o éste, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los ele-

mentos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa. Tales elementos y el informe sobre ellos pueden ser utilizados en su defensa ante las autoridades judiciales.

También podrán entrevistar personas con el fin de descubrir información útil que pueda ser empleada en su defensa ante las autoridades judiciales siempre que se garantice la cadena custodia.

Artículo 278. *Facultades del imputado*. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de éste, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.

Los textos aprobados por la Comisión no hacen modificaciones en ese sentido:

Artículo 277. *Facultades de quien no es imputado*. Quien advierta que la Fiscalía adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o éste, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa. Tales elementos y el informe sobre ellos pueden ser utilizados en su defensa ante las autoridades judiciales.

También podrán entrevistar personas con el fin de descubrir información útil que pueda ser empleada en su defensa ante las autoridades judiciales siempre que se garantice la cadena custodia.

Igualmente podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales⁶.

Artículo 278. *Facultades del imputado*. El imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de éste, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo.

Es decir que se reconoce la posibilidad de ejercer atribuciones limitadas en relación con el derecho de defensa material y técnica en los casos en que la persona se entere que está siendo investigada.

6. Aprobada la adición de este inciso en Acta 29 del 16 de diciembre de 2003.

Sin embargo, estas normas merecen tres observaciones:

En primer término, como lo advertimos atrás, no está prevista la obligación de informar a la persona sobre el inicio de la investigación en los casos en que no hay captura. Ello hace completamente nugatorio o, en el mejor de los casos, somete al azar, la posibilidad de hacer efectivo el derecho de defensa.

En segundo lugar, la situación de indefensión se agrava por el hecho de ser indefinida la duración de esa primera fase de la investigación.

Por tal razón, es necesario establecer un plazo máximo razonable para adelantar esta etapa.

Y, en tercer lugar, se traslada la carga económica al defensor y al procesado de asumir los costos del examen de los elementos materiales probatorios por parte de un perito particular. En este sentido el proyecto parte de la base de entregar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dichos elementos para su custodia.

Lo anterior nos envía a la discusión, válida no sólo para efectos de esta etapa procesal sino para todo el proceso, en relación con el equilibrio con que debe contar la acusación y la defensa en todo sistema acusatorio, en el que la práctica de pruebas se rige por el principio dispositivo.

Este aspecto es de vital importancia en el desarrollo de un verdadero sistema acusatorio.

Debe tenerse presente que en el nuevo sistema no existe facultad para el juez de ordenar pruebas de oficio, en razón del equilibrio de las partes y la necesidad de no contaminar al juez de la causa, evitando que tome partido sobre los resultados de la investigación, con anterioridad al debate oral.

En el sistema inquisitivo, no existe obstáculo para justificar las debilidades de la defensa en juicio, pues el juez debe asumir oficiosamente el papel de complemento de la actividad de la defensa, si encuentra que ella omitió la petición de una prueba relevante para el sindicado.

Por lo anterior, debe insistirse en que un sistema acusatorio, en primer término, no puede generar costos de investigación al procesado. Ello violaría el principio de igualdad pues la efectividad de la defensa dependería de su capacidad económica. La fórmula ideal, aun cuando somos conscientes de las dificultades presupuestales y de la infraestructura que dicha propuesta implica, es la de dotar a la defensa técnica de un instituto similar, perteneciente al Sistema Nacional de Defensoría Pública, al servicio del defensor y que no cause erogación alguna ni para éste ni para su representado.

Ahora bien, como no existen en la actualidad los recursos ni el tiempo necesario para crear dicha infraestructura, dicha función la puede cumplir, como en la actualidad, el

Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, pero ello bajo una premisa. Siendo un órgano al servicio de la acusación y la defensa, debe tener origen y naturaleza jurídica autónomos, que le permita ser imparcial; en consecuencia no puede continuar perteneciendo a la Fiscalía General de la Nación.

En ese orden de ideas, sugerimos que el instituto sea un órgano autónomo que dependa funcionalmente del Consejo Superior de la Judicatura. Consideramos que el instituto debe hacer parte de la rama judicial, puesto que no sería conveniente hacerlo depender del ejecutivo en tanto ello se prestaría para injerencias no convenientes en el manejo del presupuesto así como en las políticas que el mismo debe seguir. Así mismo, si de lo que se trata es de garantizar la imparcialidad, lo lógico es que dependa funcionalmente del órgano rector en lo administrativo de la rama judicial del poder público.

II. OTROS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA EFICACIA DEL SISTEMA Y LAS GARANTÍAS QUE COMPONEN EL DEBIDO PROCESO

Veamos algunos de los problemas que se pueden presentar teniendo en cuenta la estructura propuesta y sus perspectivas de funcionamiento, para los cuales deben buscarse fórmulas que permitan evitar mayores traumatismos de los que de hecho implica el cambio en el sistema:

A. EL NÚMERO DE INVESTIGACIONES PRELIMINARES Y EL NÚMERO DE PROCESOS

En el nuevo sistema va a aumentar el número de procesos en proporción al número de investigaciones preliminares. Conforme al proyecto, una vez se individualice al presunto autor o partícipe así como en los casos de flagrancia, se debe formular imputación, con lo cual, en términos del proyecto, se inicia la acción penal. En otros términos a partir de la imputación, existe proceso. Es decir que desaparecen las antiguas finalidades de la indagación preliminar porque la única pretensión en esta etapa es lograr la vinculación de la persona en calidad de imputado.

Así lo enseña el artículo 130, el cual no ha sufrido modificaciones, cuando establece:

Artículo 130. *Cualificación.* El carácter de sujeto procesal como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante captura, si ésta ocurriere primero, o desde la formulación de la imputación. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado.

Lo anterior indicaría una reducción considerable del número de investigaciones preliminares y un aumento en el número de procesos formales en los que el fiscal debe asumir la dirección del proceso.

No obstante, como en esa etapa se debe investigar a fin de reunir todos los elementos de prueba necesarios para adoptar la decisión que corresponda en la etapa intermedia y, como quiera que no existe un plazo máximo de duración para dicha etapa, es posible que las investigaciones preliminares se prolonguen innecesariamente con el menoscabo del derecho de defensa del investigado pues, como se advirtió, no está prevista la obligación de informarle la existencia de la investigación.

En relación con el término indefinido durante el cual se puede adelantar esta fase de investigación, ya ha dicho la Corte Constitucional que es contrario a la Carta Política⁷.

Por lo anterior consideramos que una vez prevista la obligación de informar al investigado de la existencia de las diligencias y establecido un plazo máximo para la duración de dicha etapa, se lograría una efectiva reducción de los procesos que se encuentran en la etapa preliminar, lo que permitiría a la Fiscalía concentrar su actuación en la etapa intermedia y en el juicio, lógicamente sin desprenderse de su obligación de coordinar y dirigir la investigación en la fase previa.

B. LAS INVESTIGACIONES PRELIMINARES EN MANOS DE QUIENES CUMPLEN FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL

La policía judicial debe iniciar la investigación una vez reciba la denuncia, inspecciona el lugar, realiza entrevistas, interrogatorios, recoge prueba documental y luego presenta un informe ejecutivo al fiscal. Así lo establece el artículo 199 aprobado cuando señala:

Artículo 199. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, levantamiento de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica, las entrevistas e interrogatorios, y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, éste será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico legal.

7. Corte Constitucional. Sentencia C-412 de 1993, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Del inicio de la indagación se presentará un informe ejecutivo al fiscal competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que asuma su control y dirección.

Si examinado el informe por el fiscal, encuentra que se han desconocido principios rectores o garantías procesales, se rechaza la indagación. Así lo establece el artículo 204:

Artículo 204. *Rechazo de la indagación.* Examinado el informe de inicio de las labores realizadas por la policía judicial y analizados los primeros hallazgos, si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de la indagación e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal.

En todo caso, dispondrá lo pertinente a los fines de la investigación,

Es decir que el reporte de investigaciones preliminares sólo se centraliza en el momento que los funcionarios envían el informe al fiscal y este se pronuncia.

Por esta razón, frente al sistema actual, se pueden reducir sustancialmente los reportes en relación con las investigaciones preliminares y los controles sobre dicha actividad, porque hoy en día se reporta la iniciación desde el momento en que se inician las labores por parte de los funcionarios de policía judicial.

Lo lógico es que se reporte la iniciación de la actividad por parte del funcionario de policía judicial y luego exista un segundo reporte mediante el informe, con lo cual el fiscal puede ejercer verdadero control sobre la actividad de investigación, como constitucionalmente le corresponde y se evita de paso una falsa lectura sobre las investigaciones existentes.

Conforme a la nueva estructura, la policía judicial cumplirá un papel protagónico durante la primera etapa del proceso. Además de llamarse la atención sobre la necesidad de capacitar a dicho personal antes de entrar a regir el estatuto, así como aprovechar la intervención del Ministerio Público para efectos de establecer controles a la actividad de la policía judicial, como lo previó el constituyente, creemos que es absolutamente necesario que el fiscal asuma la verdadera dirección de la investigación desde el momento en que la policía judicial inicie las primeras diligencias. De otra manera, las normas mencionadas no sólo arriesgarían su constitucionalidad sino que generarían una importante fuente de violación de garantías y corrupción.

Por lo anterior consideramos que además de establecerse un término de 36 horas para enviar el informe, tal como lo aprobó la comisión por iniciativa de los ponentes, debe preverse la obligación de informar inmediatamente al fiscal la iniciación de las labores de investigación por parte del funcionario de policía judicial una vez recibe la noticia del delito o resuelve investigar oficiosamente.

C. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE GARANTÍAS

Al juez de garantías le corresponde realizar el control posterior a las capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones y registros, medidas cautelares, medidas de aseguramiento y prueba anticipada.

Según el proyecto esta competencia se atribuye a los jueces penales municipales, salvo en el caso de aforados de competencia de la Corte Suprema de Justicia, donde el control lo realiza el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá. En ese sentido los artículos 39 y 44 establecen:

Artículo 39. De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida, preferentemente, por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.

Si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, ésta le corresponderá al que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos, quien quedará impedido para conocer de ese caso en su fondo.

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

Parágrafo. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por una sala de decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Artículo 44. Competencia excepcional. Cuando en el lugar en que debiera adelantarse la actuación no haya juez, o el juez único o todos los jueces disponibles se hallaren impedidos, las salas administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, o los consejos seccionales, según su competencia, podrán a petición de parte, y para preservar los principios de concentración, eficacia, menor costo del servicio de justicia e intermediación, ordenar el traslado temporal del juez que razonablemente se considere el más próximo, así sea de diferente municipio, circuito o distrito, para atender esas diligencias o el desarrollo del proceso. La designación deberá recaer en funcionario de igual categoría, cuya competencia se entienda válidamente prorrogada. La sala penal de la Corte, así como los funcionarios interesados en el asunto, deberán ser informados de inmediato de esa decisión.

Los textos aprobados por la comisión disponen:

Artículo 39. *De la función de control de garantías.* La función de control de garantías será ejercida, preferentemente, por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito.

Si más de un juez penal municipal resultare competente para ejercer la función de control de garantías, ésta será ejercida por el que se encuentre disponible de acuerdo con los turnos previamente establecidos. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo⁸.

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

Parágrafo. En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por una sala de decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá⁹.

Artículo 44. *Competencia excepcional.* Cuando en el lugar en que debiera adelantarse la actuación no haya juez, o el juez único o todos los jueces disponibles se hallaren impedidos, las salas administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, o los consejos seccionales, según su competencia, podrán a petición de parte, y para preservar los principios de concentración, eficacia, menor costo del servicio de justicia e intermediación, ordenar el traslado temporal del juez que razonablemente se considere el más próximo, así sea de diferente municipio, circuito o distrito, para atender esas diligencias o el desarrollo del proceso. La designación deberá recaer en funcionario de igual categoría, cuya competencia se entienda válidamente prorrogada. La sala penal de la Corte, así como los funcionarios interesados en el asunto, deberán ser informados de inmediato de esa decisión¹⁰.

Creemos que esta estructura es inconveniente porque según las normas transcritas, los jueces penales municipales van a ejercer el control sobre procesos por delitos de competencia de los jueces de circuito, de los especializados y de los Tribunales de Distrito, con lo cual se les entrega una competencia muy amplia y que no consulta los factores objetivo y subjetivo de la competencia.

8. Aprobado en Acta 29 del 16 de diciembre de 2003. Se ajustó la redacción.

9. Se adiciona el parágrafo.

10. Se elimina la palabra “magistrado” y se elimina la expresión “región”.

Este sistema implica aumentar el número de jueces de garantías puesto que la cantidad de funciones que se le han asignado no podrían desarrollarlas los actuales jueces municipales, más si se tiene en cuenta que la competencia se extiende a todos los delitos, pues como se vio, intervienen en todos los procesos, salvo aquéllos que conoce la Corte Suprema de Justicia.

Además nótese que a dichos jueces no se les descarga de su competencia ordinaria como jueces de conocimiento pues según el artículo 37, esta se conserva:

Artículo 37. De los jueces penales municipales. Los jueces penales municipales conocen:

1. De los delitos de lesiones personales.
2. De los delitos contra el patrimonio económico en cuantía equivalente a una cantidad no superior en pesos a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho¹¹.
3. De los procesos por delitos que requieren querrela aunque el sujeto pasivo sea un menor de edad e implique investigación oficiosa.
4. La investigación de oficio no impide aplicar, cuando la decisión se considere necesaria, los efectos propios de la querrela para beneficio y reparación integral de la víctima del injusto.
5. De la función de control de garantías.

También debe solucionarse el problema de los jueces de garantías y de conocimiento en los lugares donde sólo existe un juez porque al asumirse la primera función quedaría impedido el funcionario para actuar como juez de la causa. En este caso quedaría impedido para conocer de los delitos de su competencia, con lo cual se multiplicarían considerablemente los casos en que debería acudir a la competencia excepcional regulada en el artículo 44 y los costos serían enormes.

Lo menos traumático sería conservar el sistema actual del control de legalidad sobre las medidas de aseguramiento en el que el control de garantías lo ejerce el correspondiente juez de acuerdo con los factores de competencia, dejando en claro que ese juez no puede actuar como juez de la causa. Así, el control de garantías de los procesos de conocimiento del municipal lo ejerce otro municipal y de la misma forma en todas las instancias.

11. Se precisa que el salario mínimo legal a aplicar es el vigente para el momento de la consumación del hecho.

En el caso de los municipales donde sólo existe un juez debe asignarse dicha función al juez del municipio más próximo pero no al de otra especialidad como lo señala el artículo 39 del proyecto, porque eso traumatizaría no sólo el sistema penal sino la justicia civil y la laboral.

No obstante las fórmulas propuestas, debe llamarse la atención en el sentido de obtener primero los estudios cuantitativos y de proyección estadística que permitan revisar el tema de las competencias del juez de garantías frente a la carga que asumirán los jueces de la causa.

1. El número de audiencias

El proyecto desarrolla un modelo oral en el que el proceso se desarrolla, en su gran mayoría, en audiencias. No obstante, debe recordarse que en el sistema acusatorio la oralidad constituye un medio y no un fin. Es el instrumento apropiado para garantizar la inmediación y la contradicción, principios que sí son esenciales en un esquema acusatorio. Dicho en otros términos, la oralidad se justifica en tanto persiga como finalidad la garantía de los mencionados principios.

La realidad colombiana impone una serie de limitaciones de orden económico, geográfico y de orden público que no pueden desconocerse, y que van a dificultar la realización de todas las audiencias previstas en el proyecto. Por esta razón debe revisarse la estructura para ver si se pueden suprimir algunas de ellas o unificarse cuando ello sea posible.

En el proyecto existen las siguientes audiencias:

- Las medidas cautelares se resuelven en la audiencia de imputación o con posterioridad a ella si la víctima o el fiscal así lo solicitan.
- Audiencia de control de garantías sobre órdenes de registro, allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones y recuperación de datos en internet.
- Audiencia de control previo sobre limitación de garantías fundamentales en la búsqueda de pruebas.
- Audiencia para solicitar la captura en los casos de no flagrancia o de legalización de la captura, en el último evento.
- Audiencia de medida de aseguramiento.
- Audiencia de reconsideración de la medida de aseguramiento con fundamento en prueba nueva.

- Audiencia de formulación de la imputación
- Audiencia para adopción de medidas dirigidas a proteger víctimas y testigos.
- Audiencia para práctica de pruebas anticipadas.
- Audiencia para solicitud de preclusión.
- Audiencia de formulación de acusación.
- Audiencia preparatoria.
- Audiencia pública o juicio oral.
- Audiencia para proferir sentencia.
- Audiencia de segunda instancia.
- Audiencia pública de reparación integral.

Si se revisa el objeto de cada una de esas 16 audiencias se concluye que las mismas sólo son estrictamente necesarias en los casos en que existe verdadera controversia, la cual debe darse en condiciones de igualdad para los sujetos procesales, delante del juez. Allí se justifican plenamente por aplicación de los principios de inmediación y concentración.

Somos conscientes de que la oralidad constituye el método apropiado para garantizar verdadera inmediación y concentración de la prueba. No obstante, creemos que la implantación del sistema debe hacerse de manera gradual y en todo caso, consultando la realidad colombiana. La celebración de cada audiencia tiene problemas logísticos en muchos lugares del territorio nacional. Implica el traslado de los intervinientes, pues recuérdese que la sede del juez de garantías, como está concebido el proyecto, no es la misma del juez de conocimiento, como tampoco coincide necesariamente con el lugar donde se encuentran los sujetos que pueden intervenir en dicha diligencia. También es claro que existen costos que debe asumir el Estado para la realización de dichas audiencias, pues como se vió atrás cuando nos ocupamos del tema del derecho de defensa, el sistema debe garantizar el principio de gratuidad.

Por lo anterior proponemos la supresión de la audiencia de imputación y la de lectura de la acusación, puesto que allí simplemente se le va a transmitir una información al imputado sin que exista posibilidad de controversia.

En los casos de control posterior sobre allanamientos, interceptación de comunicaciones, etc., también recomendamos revisar la necesidad de la audiencia puesto que la prueba recaudada en esas diligencias tendrá la posibilidad de ser cuestionada mediante un procedimiento escrito posterior en el que la controversia es limitada y no se

refiere a la responsabilidad sino al presupuesto de la medida a fin de verificar su legalidad, la cual de paso advertimos, puede ser excluida con posterioridad como prueba.

En el caso de la captura, tampoco parece adecuado crear una audiencia independiente de la que se celebra para efectos de decidir si se impone o no medida de aseguramiento, puesto que dada la inmediatez con que debe ponerse a disposición del juez la persona capturada, la legalidad de la captura podría controvertirse al tiempo con la necesidad y fundamentación de la medida.

De otra parte, existen algunas diligencias que si bien justifican la realización de audiencia para facilitar la contradicción podrían unificarse. Así, podrían concentrarse en una misma diligencia la audiencia para medida de aseguramiento y la prevista para la práctica de prueba anticipada, cuando sea posible o la audiencia de juzgamiento con la prevista para efectos de la reparación integral.

2. Las medidas de aseguramiento

El proyecto revive las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. En ese sentido el informe ponencia mantuvo la orientación del proyecto que distingue entre medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad, así:

Artículo 330. *Medidas de aseguramiento*. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

1. Detención preventiva.
2. Detención preventiva domiciliaria.

A. No privativas de la libertad.

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido por el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El texto aprobado, con algunas modificaciones de redacción, es el siguiente:

Artículo 330¹². *Medidas de aseguramiento*. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva domiciliaria.

A. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.

12. Se señala en el numeral 1 que la otra modalidad de detención preventiva será en establecimiento de reclusión. En el numeral 3 del literal B se hace el ajuste de redacción.

8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

En relación con la detención preventiva, el tiempo de duración de la detención se reduce en la primera etapa pero se aumenta en la segunda así:

- 30 días desde la imputación sin acusación.
- 50 días desde la acusación sin que se inicie la audiencia de juzgamiento.

Así lo dispone el artículo 340, el cual no sufrió modificaciones, cuando señala:

Artículo 340. *Libertad*. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación y su revocatoria sólo procederá en los siguientes casos:

1. Cuando los requisitos señalados en el artículo 331 hayan desaparecido.
2. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, se haya precluido la investigación, o se haya absuelto al acusado.

En los delitos señalados en el artículo 336, numeral 1, la libertad se hará efectiva cuando haya sentencia en firme de preclusión o absolución. En todos los demás eventos la libertad se cumplirá de inmediato.

3. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad o preacuerdos.
4. Cuando transcurridos treinta (30) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere formulado la acusación.
5. Cuando transcurridos cincuenta (50) días contados a partir de la fecha en que la Fiscalía General de la Nación presente la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

La garantía de libertad de la persona que está siendo investigada, consecencial a la presunción de inocencia, debe protegerse hasta la sentencia ejecutoriada¹³, con el

13. Viene reconocido este principio desde la Carta Magna de 1215 en su artículo 39; también se incluyó

objetivo de evitar las injusticias que producen las privaciones injustas de la libertad y respetar los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben regir la medida.

El problema más delicado se presenta a partir de la iniciación de la audiencia pública y hasta la sentencia, puesto que no existe causal de libertad y debe tenerse en cuenta que el juicio va a tardar más de lo que acontece actualmente porque la regla general va a ser la práctica de pruebas en esa etapa. Por esta razón debe establecerse una causal de libertad provisional para los casos en que se inicia la audiencia y transcurre un plazo razonable sin que exista decisión por parte del juez.

Lo mismo durante el trámite de la segunda instancia.

Tampoco se ajusta al texto constitucional el inciso segundo de la causal 2 que exige decisión en firme para obtener la libertad en los casos de preclusión o absolución por delito de competencia de los jueces especializados. No resulta ajustado a la Carta mantener en privación de la libertad a una persona respecto de la cual se ha producido una decisión exoneratoria de responsabilidad, puesto que se quebranta la presunción de inocencia.

En relación con los supuestos para imponer la medida de aseguramiento queremos insistir en un punto relacionado con los supuestos de peligro a la comunidad y peligro para las víctimas, los cuales no justifican la privación de la libertad de una persona que se presume inocente.

En efecto, los artículos 331, 333 y 334, aprobados disponen:

Artículo 331. *Requisitos*. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que de los elementos materiales probatorios recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en el artículo 7.º; también en la Declaración de vecindad del buen pueblo de Virginia, en los artículos 1.º y 8.º; en el *Habeas Corpus Amendhent Act* en el artículo 4.º; artículo 14 de la Constitución de Estados Unidos; también en el artículo 9.º de la Declaración Universal de los derechos humanos; en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos en el artículo 9.º,1; en el artículo xxv de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre; también en los artículos 7.º.4, 7.º.5 y 7.º.6 de la Convención Americana sobre derechos humanos, Pacto de San José; igualmente se consagra en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, artículo 5.º, numerales 2, 3, 4 y 5; Reglas 20 y 21 de las Reglas de Mallorca.

2. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia;
3. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
4. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Artículo 333. *Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad o de las víctimas, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberá tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.

Artículo 334. *Peligro para la víctima.* Se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Como puede observarse, dichas previsiones exceden el ámbito de permisión para restringir la libertad de procesados y violentan el principio de presunción de inocencia.

Ahora bien, la Constitución Política autoriza la imposición de medida de aseguramiento en esos casos, pero no impone que la misma sea privativa de la libertad. Por tal razón, proponemos que en los eventos de protección a la comunidad y peligro de la víctima, sólo se autorice la imposición de medida no privativa de la libertad.

Por otra parte se establecen varias medidas de aseguramiento no privativas de la libertad respecto de las cuales tendrán que establecerse los mecanismos de control: obligación de someterse a mecanismos de vigilancia electrónica; obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución; obligación de presentarse cuando sea requerido; prohibición de salir del país, del lugar donde reside o del ámbito

territorial que fije el juez; prohibición de concurrir a determinados lugares o reuniones; prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas; caución y prohibición de salir del lugar de residencia entre las 6 p. m. y las 6 a. m. ¿quién va a cuidar el cumplimiento de estas medidas?

Ese sistema plural de medidas de aseguramiento no sirve si no existen los mecanismos de control. En ese sentido, queremos llamar la atención sobre la necesidad de dotar a la Fiscalía y al INPEC del personal y las herramientas necesarias para llevar a cabo dicho control y revisar el catálogo de medidas puesto que creemos que algunas de ellas son innecesarias, por ser casi imposible su custodia.

6. La duración del juicio. Inexistencia de comisiones

La duración del juicio se va a extender notablemente. Esto no debe sorprender porque esa es la característica de un proceso de corte acusatorio con plena vigencia de los principios de inmediación y concentración.

Lo que debe advertirse es que este sistema exige unas reglas de organización diferentes, pues debe preverse el aumento de trabajo para el juez de la causa.

Debe igualmente existir una reglamentación de la fijación de fechas para las audiencias de tal suerte que se cumpla verdaderamente la inmediación y no admitirse suspensiones recurrentes que impiden al juez conocer verdaderamente el caso y tomar decisiones de manera pronta. Quizás vale la pena pensar en un sistema diferente de reparto en el que sólo se adjudique el conocimiento de un caso al término del anterior e imponer un término máximo legal de intervención para los sujetos procesales durante las audiencias, con el fin de garantizar la verdadera inmediación.

Por esta razón creemos que al igual que en temas ya tratados como el de la competencia, el Consejo Superior de la Judicatura debe ir preparando los estudios necesarios de impacto y lograr así una reglamentación adecuada que garantice el buen funcionamiento del sistema.

7. El principio de oportunidad

Puede ser la medida más útil, en términos de descongestión. Sin embargo la forma como lo desarrolla el código es sumamente peligrosa. Veamos:

El proyecto originalmente presentado estableció causas sustanciales en las que se aplicaría la oportunidad para diferenciarlas de las causas procedimentales. En relación con las primeras, observamos que no pueden ser controladas por el juez de garantías, pues no existe prueba en ese momento que permita ejercer el control. Es decir, que este es casi inocuo. Veamos:

Artículo 348. *Casos en que procede la abstención.* La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de ejercer la persecución penal:

A. Cuando se presenten las siguientes causales sustanciales:

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

2. Cuando no sea posible reconocer la relevancia excusante de una causal de atipicidad por verificarse un exceso en su ejercicio, pero ante un juicio global de normalidad social de la situación, la misma no amerita una reacción penal.

3. Cuando la creencia de la atipicidad pueda explicarse de manera atendible como una apreciación del imputado en el sentido de haber descartado razonablemente la reacción penal de la comunidad.

4. Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

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

6. Cuando la imputación subjetiva proceda por culpa y la imprudencia resulte insignificante, siempre y cuando no se trate de profesiones, oficios o actividades que requieran especial cuidado y atención, y no causen daño social de mayor relevancia.

7. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea tan mínimo que haga de la sanción penal algo manifiestamente innecesario y sin utilidad social.

8. Cuando se presente un error no suficiente para excluir la responsabilidad penal en aquellos delitos cuyos tipos penales sean abiertos o en blanco y el juicio de reproche de culpabilidad, tenga como soporte la conciencia actualizable de lo injusto, originada en una situación cuya probabilidad de repetirse resulte despreciable.

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

Nótese que en los supuestos enunciados, además de imposibilitarse el control por parte del juez si no se hace una audiencia con presentación de pruebas y contradicción, no se distinguen los delitos por su gravedad, de manera objetiva, con lo cual se reconoce un amplísimo margen de discreción al fiscal que no resulta conveniente.

El informe ponencia fue aprobado en relación con estas normas. Reordena por completo el tema del principio de oportunidad y se preocupa por distinguir la gravedad del delito como un factor objetivo de diferenciación, cuestión con la que estamos de acuerdo. No obstante, no supera la objeción relacionada con aquellos aspectos que tienen que ver con el examen concreto del caso y que por tal razón exigirían una especie de audiencia en contradictorio para que allí se presente la prueba y se puedan constatar los supuestos legales. La propuesta sometida a consideración por parte de los ponentes fue la siguiente:

Artículo 347. *Principio de oportunidad y política criminal.* La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

A estos efectos, el Gobierno nacional y la Fiscalía General de la Nación, previo concepto del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, concertarán un plan de política criminal que garantice la aplicación efectiva de la ley penal y contribuya al restablecimiento y mantenimiento de la paz social.

89. El artículo 348, quedará así: Artículo 348. *La legalidad.* La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los intervinientes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que lleguen a su conocimiento, siempre y cuando haya suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos, excepto la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.

90. El artículo 349, quedará así: Artículo 349. *Intervención especial en los casos de aplicación del principio de oportunidad.* En los eventos de aplicación del principio de oportunidad frente a delitos que competan el patrimonio público, el Ministerio Público podrá solicitar la realización del control de legalidad respectivo en los términos señalados en este código.

91. El artículo 350 quedará así: Artículo 350. *Aplicación del principio de oportunidad.* La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

92. El artículo 351, quedará así: Artículo 351. *Ejercicio del principio de oportunidad.* La Fiscalía General de la Nación podrá abstenerse de formalizar los cargos, presentar la acusación o continuar con la persecución penal antes del inicio del juicio oral, según el caso, cuando:

1. De conformidad con el artículo 251 numeral 3 de la Constitución Política, el fiscal general de la Nación, en el marco de la política criminal ya señalada, determine la ausencia de un interés en el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando el delito tenga una pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de diez (10) años.
2. Se trate de un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a cuatro (4) años y decaiga el interés del Estado en la persecución, siempre y cuando se repare integralmente a las víctimas.
3. Se trate de un delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a dos (2) años y decaiga el interés del Estado en la persecución.
4. La sanción que se pueda imponer en el caso de sentencia condenatoria, no tuviera importancia notable al lado de la sanción impuesta con efectos de cosa juzgada contra el imputado a causa de otra conducta punible.
5. El indiciado fuera entregado en extradición, a causa de la misma conducta punible, a un gobierno extranjero.
6. El indiciado fuera entregado a la Corte Penal Internacional.
7. El indiciado fuera entregado en extradición, a causa de otra conducta punible, a un gobierno extranjero y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia, carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
8. El imputado o acusado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
9. El imputado o acusado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad.
10. El imputado o acusado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
11. En los casos en que se haya perfeccionado una conciliación preprocesal como desarrollo de la justicia restaurativa.
12. En los casos en que proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumpla con las condiciones impuestas.

93. El artículo 352, quedará así: Artículo 352. *Suspensión del procedimiento a prueba*. El imputado o acusado, en cualquier momento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos que ésta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado o acusado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en este código.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado o acusado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

94. El artículo 353 quedará así: Artículo 353. *Condiciones a cumplir durante el período de prueba*. El fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de tratamiento a fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
3. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades en favor de la recuperación de las víctimas.

9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.

10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

12. La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

Durante el período de prueba el imputado deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación.

95. El artículo 354, quedará así: Artículo 354. *Autoridad competente para aplicar el principio de oportunidad.* La aplicación del principio de oportunidad es de competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación. Los organismos que cumplen funciones de policía judicial no podrán, salvo lo dispuesto en el artículo 350, abstenerse de adelantar investigaciones que les competan.

96. El artículo 355, quedará así: Artículo 355. *Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.* A petición de la víctima o del Ministerio Público, el juez que ejerza la función de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo.

97. Se adiciona el artículo 355 A, el cual contendrá lo siguiente:

Artículo 355A. *La participación de las víctimas.* En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas, para estos efectos deberá oír a las víctimas que se hayan hecho presentes en la actuación.

98. Se adiciona el artículo 355 B, el cual contendrá lo siguiente:

Artículo 355 B. *Efectos de la aplicación del principio de oportunidad.* La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del interviniente en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamenta se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás intervinientes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

99. Se adiciona el artículo 355 C, el cual contendrá lo siguiente:

Artículo 355C. Reglamentación. El fiscal general de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno de la entidad para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley.

El reglamento expedido por la Fiscalía General de la Nación deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.

Además de las observaciones formuladas anteriormente en relación con la ausencia de control efectivo por parte del juez, en la medida que no existe prueba ni discusión en contradictorio, surgen otros inconvenientes:

Se establece un control rogado en contra del previsto en la Constitución que es obligatorio. Así se desprende del artículo 355 que establece el control sólo en los casos que la víctima o el Ministerio Público lo soliciten al juez de garantías. Por tal razón, en el procedimiento debe establecerse un control automático, el cual, insistimos, debe hacerse en audiencia y con presentación de pruebas.

De otra forma, tampoco podrían distinguirse los supuestos de aplicación del principio de oportunidad de aquellos en los cuales debe solicitarse la preclusión al juez de conocimiento. En este sentido queremos insistir en que el control debe ser obligatorio y automático.

En cuanto al artículo 355 C debe tenerse en cuenta que el mencionado plan que debe desarrollar la política criminal, no está orientado, en los términos de la Constitución, al fiscal. Dicha orientación según el acto legislativo va dirigida al legislador para efectos de reglar el principio de oportunidad y limitar la discrecionalidad del fiscal. En consecuencia, no creemos que el fiscal general pueda incluir nuevas directrices para aplicar o no el principio de oportunidad, diversas de las que señale el Código de Procedimiento Penal. Tal atribución sería válida en sistemas como el norteamericano en donde no existen limitaciones a la discrecionalidad del fiscal pues la evaluación sobre la pertinencia del ejercicio de la acción es exclusivamente política. En sistemas como el nuestro, donde la aplicación de la oportunidad envuelve una valoración jurídica y no política, pues esta última la ha realizado de antemano el legislador, tal como acontece en algunos sistemas de la Europa continental, no existe discrecionalidad a reglar por parte del fiscal. Los límites se encuentran en la ley y de acuerdo con los mismos es que se realiza el control por parte del juez de garantías.

Ahora bien, en relación con la valoración que realiza el fiscal sobre los criterios de oportunidad contenidos en el texto aprobado por la comisión, nótese que de una parte, las causales se confunden en el presupuesto subjetivo, no obstante partir de presupuestos objetivos diversos como es la cantidad de pena. Así, en el artículo 351 numerales 1, 2 y 3, se incluye como presupuesto para aplicar el principio la ausencia

de interés del Estado en la persecución penal, cuando en últimas esa es la definición de tal principio. En ese sentido, creemos que el plan de política criminal debe estar contenido en la ley y en su diseño deben participar todos los organismos encargados del diseño de la política criminal.

8. *Los acuerdos de culpabilidad*

El título II se ocupa de regular los acuerdos y negociaciones entre el fiscal y el procesado sobre la culpabilidad de este último. Señalan las disposiciones:

Artículo 386. *Finalidades.* Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Artículo 387. *Preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación.* Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Artículo 388. *Modalidades.* La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el formato escrito de acusación.

También podrán el fiscal y el imputado llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Si hubiere un cambio favorable para el

imputado en relación con la pena por imponer, esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo. Para efectos de la acusación se procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

En el evento que la fiscalía, por causa de nuevos elementos cognoscitivos, proyecte 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.

Los preacuerdos celebrados entre la Fiscalía y el acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales.

Aprobados los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para dictar la sentencia correspondiente.

Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscales e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.

Artículo 389. *Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación.* Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.

Artículo 390. *Aceptación total o parcial de los cargos.* El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad sólo serán extensivos para efectos de lo aceptado.

Artículo 391. *Reglas comunes.* Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. En caso de discrepancia entre éste y el imputado o acusado, prevalecerá lo que aquél decida.

Si la índole de los acuerdos permite la rápida adopción de la sentencia, se citará a audiencia para su proferimiento en la cual brevemente la fiscalía y el imputado podrán hacer las manifestaciones que crean conveniente, de acuerdo con lo regulado en este código.

En la comisión primera se introdujo la siguiente disposición:

Artículo 386 A. *Improcedencia del principio de oportunidad, acuerdos o negociación con el imputado o acusado.* En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá aplicar el principio de oportunidad, o adelantar cualquier tipo de negociación con la Fiscalía o acceder a beneficio, hasta tanto no se reintegre el valor equivalente al incremento percibido.

Tratándose de bienes del Estado, la Contraloría General de la República deberá acreditar la restitución¹⁴.

Según las normas transcritas, los acuerdos de culpabilidad no se fundamentan en prueba sino en lo acordado con el imputado, tal como ocurre en el sistema norteamericano.

Esta concepción desconoce que en nuestro sistema jurídico el ejercicio de la acción penal se fundamenta en la legalidad y no es de tipo político. Tampoco se trata de un evento de aplicación del principio de oportunidad pues en verdad existe ejercicio de la acción penal y condena como resultado de dicho ejercicio.

En ese sentido los acuerdos son válidos siempre y cuando re realicen ante el juez en audiencia y sean el resultado de la prueba sobre la responsabilidad, tal como se ha venido regulando el tema en nuestra legislación a partir del 1987.

En efecto, figuras como el procedimiento abreviado consagrado en el Decreto 50 de 1987, la sentencia anticipada creada en el Decreto 2700 de 1991 o la audiencia especial a que se refería la Ley 81 de 1993, se ajustan al principio de legalidad pues tienen una característica común: la sentencia se fundamenta en prueba de responsabilidad. Es decir que la función del juez, además de verificar la no violación de las garantías del procesado en la negociación, se extiende al control sobre la prueba que soporta el acuerdo. En otros términos, si no existe prueba de responsabilidad el juez no puede dictar sentencia y debe objetar el acuerdo.

Si se examina el proyecto, particularmente en los artículos 387 y 388, es claro que el referente para negociar es el delito investigado y no la prueba sobre la responsabilidad del imputado. Incluso, esta última disposición, señala que los preacuerdos obligan al juez, salvo en los casos de violación de garantías fundamentales.

Es decir, los acuerdos a los que se llegue deben ser el producto de la prueba que obre en el proceso. Incluso pueden ensayarse fórmulas como la prevista en el estatuto italiano que permiten, respetando el principio de legalidad, resolver el proceso en audiencia preliminar, pero en todo caso, respetando el contradictorio y exigiendo que la sentencia se soporte en prueba de responsabilidad.

14. Aprobado en Acta 29 del 16 de diciembre de 2003.

CONCLUSIÓN

Es indudable el esfuerzo realizado tanto por los redactores del proyecto como por la comisión primera de la Cámara en la difícil tarea de diseñar una nueva estructura del proceso penal.

La estructura que se ha propuesto, no obstante el intento por conciliar el esquema acusatorio que surge de los artículos 250 y 251 de la Carta con las exigencias del artículo 29 *ibíd.*, en torno al derecho de defensa, presenta todavía vacíos e inconsistencias que deben ser observados por el Congreso de la República.

También es incuestionable el hecho de que la estructura propuesta y el desarrollo de algunas instituciones como el principio de oportunidad y los acuerdos de culpabilidad, las funciones de policía judicial, para mencionar algunos ejemplos, parecen estar inspirados en el modelo acusatorio norteamericano más que en el de la Europa continental, con lo cual se trata de enfatizar un carácter político más que jurídico del ejercicio de la acción penal. Dicha alternativa no consulta las limitaciones constitucionales que impone un sistema que, como el nuestro, por fortuna tiene profundo arraigo en la legalidad y la imparcialidad.

Finalmente, conviene también revisar la estructura del proceso a las luces de la realidad del sistema judicial. Muchas de las propuestas contenidas en el proyecto, sin duda se mueven por fines altruistas y son dignas de defensa en el plano teórico. Sin embargo, la implantación del sistema debe partir de aceptar que nuestra realidad impone limitaciones a su funcionamiento, las cuales exigen un proceso de implantación gradual. Se trata, en últimas, de construir un proceso penal con el adecuado equilibrio entre garantismo y eficientismo, de suerte que constituya un escenario verdaderamente legítimo para dirimir el conflicto implícito en el ejercicio de la acción penal.