

# LOS SUJETOS PROCESALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL<sup>1</sup>

*Alberto Hernández Esquivel<sup>2</sup>*

## I. RELACIONES ENTRE SISTEMA Y SUJETOS PROCESALES

Antes de abordar de manera concreta el tema en el proyecto que cursa en el congreso, vale la pena hacer algunas precisiones sobre si el sistema procesal que se adopte tiene alguna incidencia en la denominación que se le da a quienes intervienen en el proceso y por tanto en las facultades a que cada uno corresponde.

La noción de parte es más adecuada para el sistema acusatorio que desde sus inicios se concibió como el enfrentamiento entre acusador y defensa, que si bien es cierto, en un comienzo obró el primero como particular, poco a poco, fue desplazado por el denominado en esos sistemas como “Ministerio público fiscal”, ente estatal que, finalmente, en la era moderna, asumió, de manera exclusiva, el rol no solo de la acusación sino de la iniciativa probatoria, del contra-interrogatorio y en últimas de las peticiones que fundamentaran la condena.

En los sistemas inquisitivos la noción de partes se debilita, pues el juez constituye el actor principal que tiene como misión la averiguación de la verdad para lo cual asume las facultades plenas de investigador y, obviamente, soporta la carga de la prueba, esto en las etapas avanzadas del sistema inquisitorio que acogió la presunción de

- 
1. Conferencia pronunciada en el *III Foro sobre la reforma al Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26 de marzo de 2004.
  2. Profesor del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

inocencia y profiere la acusación cuando a ella hay lugar. “En este tipo de proceso no se requiere de Fiscalía, porque el juez asume sus funciones junto con las propias”, tal como lo puntualiza ROXIN<sup>3</sup>.

Por estas características es propia del sistema inquisitivo la denominación de sujetos procesales como personas habilitadas por los regímenes jurídicos para intervenir en el proceso penal con una pretensión determinada, como ocurría con la parte civil que pretendía la condena para asegurar la indemnización de perjuicios, o el tercero civilmente responsable que pretendía liberarse de la indemnización, o el procesado y su defensor que pretendían la absolución, pero respecto de todas estas pretensiones el juez ponía a su servicio toda la capacidad probatoria que le había sido dada por el Estado, por manera que, en cierta forma, suplía cualquier deficiencia de los titulares de la pretensión.

En el sistema acusatorio el juez es simplemente un árbitro que no tiene iniciativa probatoria, hay dos partes esenciales en el proceso penal, el acusador y el acusado; el primero representado en nuestro caso por el fiscal y, el segundo por la defensa material y técnica, ellos, en principio son los únicos llamados a aportar la prueba necesaria para demostrar su pretensión claramente definida, y, el juez, después de oírlos, decidirá quién tiene la razón.

En los distintos procedimientos hay, además, algunos intervinientes en el proceso que sin tener la calidad de partes en el ejercicio de la acción penal, lo son en la acción indemnizatoria cuando ésta se adelanta dentro del proceso penal, tal calidad tienen la parte civil y el tercero civilmente responsable. Por último, serán, de igual manera, sujeto procesal la víctima y sin interés particular alguna distinto al de la legalidad, el Ministerio Público.

## II. TRATAMIENTO DEL TEMA EN EL PROYECTO

Del Proyecto inicial presentado por la Fiscalía General de la Nación el 20 de julio de 2003 al Congreso de la República, al aprobado en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, se encuentran cambios importantes, como ha ocurrido con el tema objeto de exposición en este debate, cuál es el de los *sujetos procesales o las partes e intervinientes*.

El título iv denominado “Sujetos procesales”, en el proyecto inicial estaba formado por cuatro capítulos, que correspondían, el primero, a la Fiscalía General de la Nación, el segundo a la Defensa, el tercero al Ministerio Público y el cuarto al imputado.

---

3. CLAUS ROXIN. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 121.

En el proyecto que fue aprobado en Comisión, el título IV se denomina “Partes e intervinientes” y en los mismos cuatro capítulos se subdivide para incluir en el primero a la Fiscalía General de la Nación, en el segundo a la defensa, en el tercero al imputado, y el cuarto a la víctima. El Ministerio Público pasó a ocupar el título III del libro I de disposiciones generales<sup>4</sup>.

Es indudable que, como se verá, la Procuraduría, cuando decide intervenir en un proceso en virtud de la facultad constitucional prevista en el artículo 277, tiene las prerrogativas de un sujeto procesal que pretende que la acción penal se desenvuelva dentro de criterios de legalidad y garantía para las partes.

Como el Ministerio Público no tiene una pretensión determinada dentro de la relación sustancial penal y su intervención no es indispensable en todos los procesos sino sólo en aquellos en que se considere necesario, no podía integrar el título IV que se refiere a quienes tienen una pretensión propia –acusación, defensa y búsqueda de indemnización y de justicia–, por lo cual, la Comisión decidió incluirlo en un título separado.

A pesar de no representar un problema más allá de lo formal, vale la pena tratar de precisar la distinción que existe entre partes, sujetos procesales y simples intervinientes en el proceso.

Por cuestión metodológica cuando se haga alusión al proyecto y se citen artículos nos referiremos al aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

#### A. SUJETOS PROCESALES, PARTES E INTERVINIENTES

La determinación si se trata de *sujetos procesales, partes e intervinientes* depende, como doctrinariamente se ha sostenido, del tipo de procedimiento penal que haya sido escogido por el legislador, pues es obvio que en el sistema inquisitivo, donde el juez no es árbitro neutral, no tiene sentido hablar de partes adversas. Lo mismo ocurre en los sistemas mixtos que mantienen un sumario o fase preparatoria escrita.

Pero en los sistemas donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo, la concepción de partes es plenamente vigente, en el entendido de que lo será todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otras partes. En estos sistemas hay que diferenciar las partes respecto de la acción penal y las partes respecto a la acción civil, cuando esta última es ejercida dentro del proceso penal.

---

4. En sesión de 27 de noviembre de 2003, Acta 23, se aprobó trasladar el articulado correspondiente a las víctimas al título IV “Partes e intervinientes”. El reemplazo se incorporará cuando sea autorizada la reenumeración del proyecto, en relación con el cambio que se efectuó de acuerdo al Ministerio Público, que pasó a ocupar el título de las víctimas.

GIOVANNI LEONE sostiene que “parte es aquel que tiende a una decisión judicial frente a otro sujeto y aquel frente al cual se pide dicha decisión judicial”<sup>5</sup>. Y bajo este criterio lo serían, en la acción penal, la Fiscalía de un lado que tiene el monopolio de la acusación y del otro la defensa integrada por el defensor y el imputado.

Y serían intervinientes la víctima y el Ministerio Público, pero en el incidente de reparación la posición de la primera será la de parte por cuanto es la titular de la pretensión indemnizatoria (arts. 103 y ss. PCPP).

## B. LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Como lo dispone el artículo 66 del proyecto, el Estado por intermedio de la Fiscalía General de la Nación está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revisten las características de un delito, de manera oficiosa o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones consideradas en la Constitución y en la ley.

Esta prerrogativa, propia del sistema acusatorio, que se ha denominado “la titularidad de la acción penal”, también se manifiesta de manera contraria en la potestad que tiene la Fiscalía de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en aplicación del principio de oportunidad el que está sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

En el artículo 112 del proyecto se establecen las *atribuciones* de la Fiscalía General de la Nación, derivadas de la función constitucional asignada al ente instructor, como son las de investigar y acusar a los presuntos responsables, la aplicación del principio de oportunidad, dirigir y coordinar las funciones de policía judicial, velar por la protección de las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso, presentar la acusación, solicitar la preclusión de las investigaciones ante el juez e intervenir en la etapa del juicio, interponer y sustentar los recursos, solicitar las nulidades si a ello hubiere lugar.

Además, en cabeza del fiscal general también se fijaron atribuciones especiales.

Si se ha hecho mención de manera general a las atribuciones, es preciso recalcar que la función de investigación y acusación, así como todas las que han sido citadas y las contenidas en el proyecto, encuentran el límite en los principios rectores y garantías procesales, cuyo referente constitucional no es otro que los derechos fundamentales, y más allá de ellos, por vía del artículo 93 de la Carta Política, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido incorporados a nuestra legislación interna.

---

5. GIOVANNI LEONE. *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, p. 242.

En esta limitación es preciso resaltar el *principio de objetividad*, contenido en el artículo 116 del proyecto, que le impone a la Fiscalía General adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

La actuación de la Fiscalía se podría sintetizar de la siguiente forma:

1. El fiscal deberá solicitar la orden de captura ante el juez de garantías, si se encuentra en la etapa de investigación (art. 320 del proyecto) y de manera excepcional podrá expedir la orden de captura sin autorización judicial previa.
2. El fiscal podrá solicitar al juez de control de garantías que decrete la medida de aseguramiento cuando se cumplan los requisitos determinados en el proyecto, mediante audiencia preliminar (art. 340).
3. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios o de la información legalmente obtenida, llegue a la convicción de que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La formulación de la imputación deberá llevarse a cabo en presencia del imputado o su defensor (arts. 357 y ss. del proyecto).
4. El fiscal podrá requerir del juez de garantías la celebración de audiencia preliminar que tiene variadas finalidades, como poner a disposición los elementos recogidos en registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, para el control de legalidad y además se dejó la posibilidad de que allí se resuelvan otras situaciones en las que se pueda ver comprometidos los derechos fundamentales (art. 367 del proyecto).
5. El fiscal presenta la acusación *por escrito* ante el juez de conocimiento, que deberá contener la reseña probatoria, documentos, elementos, testigos y peritos (art. 375 del proyecto).
6. El fiscal, en la audiencia de formulación de la acusación podrá aclarar, adicionar o corregir la acusación, cuando así sea procedente y en la misma diligencia formulará la acusación y requerirá a la defensa para que proceda a descubrir los elementos probatorios (art. 377 del proyecto).
7. El fiscal podrá también en la audiencia preparatoria hacer las observaciones al descubrimiento de las pruebas, requerir a la defensa la presentación de todos los elementos y a manifestar si tiene interés en hacer estipulaciones probatorias (arts. 394 y ss. del proyecto)
8. Con antelación a la presentación y práctica de las pruebas en juicio, el fiscal deberá presentar la teoría del caso (art. 412 del proyecto).

9. Podrá solicitar al juez de conocimiento, a partir de la formulación de la imputación, la preclusión de la investigación, sino existiere mérito para acusar (art. 370 del proyecto).

### C. LA DEFENSA

El capítulo II de la defensa debe ser interpretado y aplicado en concordancia con el artículo 8.º de los principios rectores, en el cual se establecen los derechos *en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal* desde la captura, cuando hubiere lugar a ella o desde la formulación de la imputación o como lo dispone el artículo 117 del proyecto, desde la primera audiencia a la que fuere citado.

La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación *comunica* a una persona su calidad de imputado en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. Es por tanto el acto a partir del cual la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal.

Se resalta la acción de comunicar, porque está limitada la imputación a que la persona conozca la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, mas no de las pruebas, porque el descubrimiento de los elementos probatorios se lleva a cabo en otra audiencia, la de formulación de la acusación, como el inicio del juicio, acto en el cual recibirá copia del escrito de acusación.

La preparación de la actividad procesal, como lo dispone el artículo 361, está limitada en cuanto a la solicitud de pruebas, pues sólo está previsto que requiera del juez de garantías las pruebas anticipadas, de conformidad con las exigencias para su temprana realización (art. 297 del proyecto), de lo contrario, toda la actividad probatoria, como es propio del sistema acusatorio, debe llevarse a cabo en el juicio oral.

En la audiencia de formulación de la acusación se inicia el descubrimiento, el que no es un acto pleno, sino un principio de aproximación al conocimiento de las pruebas que tanto acusador como defensor han logrado acopiar y pretenden hacer valer.

En esta diligencia, la defensa le podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento probatorio específico y el juez podrá acoger esa petición, facultad que también puede hacer uso el fiscal para requerir de la defensa la entrega copia de los elementos materiales incluidos los exámenes periciales si pretende hacer uso de la inimputabilidad (art. 382 del proyecto).

El momento de descubrimiento de la prueba, además de los límites constitucionales y legales también tiene restricciones, como son la preservación del secreto profesional, hechos ajenos que no pueden ser objeto de prueba, apuntes personales o pruebas que afecten el posterior desarrollo del proceso o la seguridad del Estado (art. 383).

Pero además de este momento procesal de descubrimiento de la prueba en la audiencia preparatoria, también existe lo que podría denominarse un “segundo descubrimiento de la prueba”, pues en dicha diligencia las partes podrán manifestar sus observaciones a la presentación inicial y además, descubrir los elementos materiales probatorios y enunciar la totalidad de las pruebas que hará valer en la audiencia del juicio oral y público.

La diferencia entre uno y otro momento procesal no puede ser otra que en la primera audiencia de formulación de la acusación la presentación de la prueba es *rogada* (art. 382) y en la audiencia preparatoria la presentación de la prueba es *voluntaria*, (art. 394) se podrán hacer las observaciones y la enunciación de la totalidad de los elementos probatorios que se van a utilizar.

Antes de la práctica de las pruebas en el juicio oral y público, la defensa, en equilibrio con la actuación de la Fiscalía, podrá presentar si lo desea, la teoría del caso (art. 412).

#### 4. EL INDICIADO Y EL IMPUTADO

Para mayor precisión terminológica el proyecto de código denomina *indiciado* a la persona contra la cual existe algún motivo para realizar una averiguación en su contra por la posible comisión de una conducta punible. Así lo señala por ejemplo, en materia de allanamientos y registros (arts. 211 y 215), para el procedimiento en caso de flagrancia (art. 221) y en la retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones (arts. 225 y 227), entre otros. En cambio será *imputado*, tal como lo señala el artículo 124 del proyecto, desde la vinculación a la actuación mediante captura, si esto ocurriere primero o desde la formulación de la imputación.

Además de la enunciación general sobre los derechos del imputado que aparece en el artículo 8.º del proyecto y que son un desarrollo de normas constitucionales y tratados internacionales ampliamente conocidos, tales como, entre otros, el derecho de no auto incriminación, el que no se utilice el silencio en su contra, el contar con abogado, el derecho de contradicción y otros que podrían englobarse dentro de la lealtad e igualdad de los sujetos procesales, aparecen a lo largo del proyecto normas que apuntan a la adecuada tutela, señalando la oportunidad en que debe realizarse.

El proyecto declara que el carácter de parte, como imputado, se adquiere desde la captura o desde la formulación de la imputación (art. 124 del proyecto) y a partir de ese momento se pueden ejercer todas las atribuciones asignadas a la defensa, tal como establece el artículo 128.

La inquietud mayor que surge con el nuevo sistema es la de la igualdad que debe existir entre acusación y defensa, pues no se advierte, en el estado en que se encuentran las cosas ni en las posibilidades reales del Estado, que puede lograrse a través de una defensoría pública lo suficientemente vigorosa que sea capaz de enfrentar al titular de la acción penal.

El nuevo sistema parte del presupuesto según el cual, el que tenga conocimiento que la Fiscalía adelanta una averiguación en su contra, puede asesorarse de un abogado, empezar a recoger sus propias evidencias y obtener, a su costa, el concurso de peritos particulares para su examen (art. 275); igualmente podrá solicitar ante el juez de garantías que ejerza el control sobre actuaciones que hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

No podrá, antes de adquirir la calidad de imputado, valerse de los laboratorios forenses oficiales (arts. 276 y ss.) y tampoco solicitar la prueba anticipada ante el juez de garantías (art. 281).

Es indudable que bajo la óptica de un sistema acusatorio el fiscal es una verdadera parte dentro del proceso penal y para recoger las evidencias que han de servir para promover una acusación o solicitar la preclusión, obra bajo múltiples controles de los jueces, tratamiento que introduce un criterio de igualdad, pues en el nuevo sistema las decisiones que afecten los derechos fundamentales estarán sometidas a controles previos o posteriores del juez y aquellos actos que implican toma de decisiones trascendentes para el proceso, el fiscal solo puede pedirle al juez –de garantías o de conocimiento– que lo realice, tales como la prueba anticipada, la orden previa para limitar ciertos derechos fundamentales o el control posterior y, a juicio nuestro, el principio de oportunidad. En otros términos, la normatividad esta hecha para asegurar la igualdad entre quienes son titulares de la pretensión de acusación y de defensa.

Ahora bien, en tratándose del principio de igualdad, la doctrina ha reconocido la que emana del tratamiento normativo –igualdad ante la ley– que tiene por destinatario al organismo encargado de expedirla, y la igualdad en su aplicación, concepto que apunta a las condiciones materiales reales que permitan un verdadero equilibrio entre quienes hacen parte del denominado proceso adversativo.

Así la Fiscalía haya perdido algunos poderes que le eran propios y le permitían oficiar como un juez en la etapa de investigación, de todas formas debe reconocerse que se trata de un organismo gigantesco, con excelentes laboratorios y refinadas técnicas que le permitirán, en ocasiones, enfrentarse en un proceso de partes, a una defensa en la mayoría de las ocasiones débil y sin recursos ni acceso a los laboratorios que le permitan recoger las evidencias que le van a servir para oponerlas a las que obtuvo la fiscalía y que hará valer en el juicio oral.

## E. EL MINISTERIO PÚBLICO

En los distintos foros que se han llevado a cabo con ocasión de la vigencia del Acto Legislativo 03 de 2002, se ha manifestado, por buena parte de la crítica, que el Ministerio Público no cabe dentro de un sistema acusatorio que tiene como característica esencial el ser un proceso de partes y al no tener este una pretensión particular

predefinida, su presencia sólo introduciría factores que desequilibrarían las pretensiones de las partes.

Obviamente que la figura del Ministerio Público no aparece en ninguno de los sistemas procesales, es una institución propia de nuestra tradición y organización jurídica y obviamente no puede ser argumento el que no aparezca en sistemas como el de Estados Unidos, Puerto Rico o los denominados continentales.

Bajo el nuevo sistema, el párrafo del artículo 2.º del Acto Legislativo 03 de 2002, previó que la Procuraduría General de la Nación continuara con la intervención judicial a que se refiere el artículo 277 de la Carta, tanto en la etapa indagación como en el juzgamiento, norma que fue declarada conforme a la Constitución en su trámite, según fallo. Este sería suficiente argumento para descalificar cualquier intento de marginar al Ministerio Público de la intervención en los procesos penales; pues ha de tenerse en cuenta que independientemente de la forma como se establezcan los sistemas acusatorios foráneos, el nuestro tendrá que sujetarse a la Carta Política.

Aparte del argumento eminentemente normativo, parece necesario que el Ministerio Público continúe actuando como interviniente en los procesos penales y por eso no se entiende el por qué se acordó en la comisión de la cámara trasladarlo como un capítulo del ejercicio de la acción penal en reemplazo de la víctima, cuando si bien es cierto no es parte entendida como lo pretenden en el proceso adversarial, su actuación, en aquellos casos que el procurador considere necesarios su intervención, goza de prerrogativas procesales parecidas a las que la ley les reconoce a la verdaderas partes.

De otro lado, si bien puede hacerse un discurso perfecto para defender el equilibrio entre acusación y defensa, lo que se advertirá con el nuevo sistema, es la reiterada desventaja que de la mayoría de los imputados en relación con el ente acusador y esto subsistirá mientras no existe la capacidad del Estado para organizar una eficaz defensoría pública que le permita asistir debidamente a todos los ciudadanos que tengan enfrentamiento con el sistema penal.

La función de la procuraduría, entonces, será conservar este equilibrio con un interés que no es distinto al de la legalidad y la defensa de los derechos fundamentales y el patrimonio del Estado; debe recordarse que antes el juez asumía esta tarea de no permitir el desvío o la desigualdad, ahora que no tiene ninguna vocación probatoria y que sólo oye a las partes, es necesario que se cuenta con un ente que asuma esa tarea que antes cumplía el juez y que abandonó en virtud del establecimiento del nuevo sistema y en bien de la imparcialidad que lo debe caracterizar.

Desde este punto de vista, las facultades que aparecen en el proyecto consultan plenamente las funciones de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales y la calidad de representante de la sociedad, pero no solamente aparecen las declaraciones sobre estas obligaciones sino que enumera actuaciones concretas que

muestran al Ministerio Público como el sujeto procesal llamado a conservar el equilibrio y la legalidad tales como participar en el incidente de reparación de perjuicios (109), oponerse a preguntas en los interrogatorios (426), hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento (428) pedir exclusión de pruebas (398), en el principio de oportunidad (353), entre otros.

El artículo 110 del proyecto consagra la posibilidad para que el Ministerio Público pueda solicitar pruebas anticipadas pero solo en aquellos eventos en los cuales esté ejerciendo o ejerza funciones de policía judicial, lo que restringe su intervención a aquellas actuaciones disciplinarias que se adelanten, pues solo entonces podrá ejercer esta clase de funciones conforme al último inciso del artículo 277 de la Constitución Política. Esta última facultad consulta plenamente el rol que desempeña el Ministerio Público en cuanto a la vigilancia de la gestión pública que bien puede resultar severamente lesionada con actuaciones ilícitas de los servidores públicos.

Igualmente, en la audiencia preparatoria podrá el Ministerio Público intervenir de manera excepcional para requerir del Juez de conocimiento la práctica o el aporte de pruebas que no hayan sido solicitadas (art. 394).

Estas posibilidades excepcionales de intervención probatoria, en vez de romper un equilibrio de las partes, muchas veces inexistente, lo restablece y contribuye a acercar el proceso a una verdad material.

A pesar de que la víctima aparece dentro del título iv “Partes e intervinientes”, no nos ocuparemos de su calidad de interviniente en el proceso, porque dentro de este foro el tema será desarrollado de manera específica y concreta, por otros expositores.