

PROBLEMAS ACTUALES DEL SISTEMA ACUSATORIO EN COLOMBIA*

Alfonso Daza González**

RESUMEN

Se exponen en este artículo los problemas que se están presentando en el nuevo sistema procesal penal colombiano, que impiden que sea de tendencia acusatoria. Factores que obstaculizan el desarrollo del sistema acusatorio y normas de carácter legal que además de ser inconstitucionales, afectan la implementación del pretendido modelo.

PALABRAS CLAVE

Acto legislativo, reforma procesal penal, sistema acusatorio, policía judicial, jueces, audiencias preliminares, juicio oral, pruebas, jurados de conciencia.

ABSTRACT

This article deals with the most relevant procedural aspects layout by the Legislative Act 03 of 2002 and Law 906 of 2004 considering a system of accusatory cut.

Some of the situations on the new procesal system have been analyzing, this situations can't made the accusatory system don't care and don't they to do it.

Some article are analyzed too, although they are inconstitucionals, so they make wrong the complification of the system.

KEY WORDS

Legislation act, penal process reform, judicial police, ludges, preliminary audiencies, oral judgement, conscience judges.

I. INTRODUCCIÓN

En las conclusiones presentadas en el artículo titulado: “Comentarios a la Reforma Constitucional del Proceso Penal Colombiano”¹ indicábamos que “la

Fecha de Recepción del artículo: 19 de mayo de 2005.

Fecha de Aceptación del artículo: 31 de mayo de 2005.

* Artículo que corresponde a investigación realizada por el autor sobre el sistema acusatorio.

** Abogado Magíster en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre. Candidato a Doctor en Derecho Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador Instituto de Postgrados Facultad de Derecho Universidad Libre.

¹ Véase Alfonso Daza González. Comentarios a la Reforma Constitucional del Proceso Penal Colombiano. Bogotá: “Diálogos de Saberes” Revista del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Junio a Diciembre de 2004, No. 21, Págs. 226 y 227.

reforma procesal penal es el cambio más trascendental y con mayores consecuencias de nuestro sistema de justicia puesto que implica:

- i) Desmontar el sistema inquisitivo, y con ello instituciones que lo han caracterizado como son la indagatoria, la escrituralidad, la consulta, la oficiosidad de los jueces para ordenar pruebas.
- ii) Cambiar el principio de permanencia de la prueba, por el del juicio como principal escenario del debate probatorio.
- iii) Procurar que la detención preventiva sea la excepción, sujeta a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad², y no la regla general.
- iv) Garantizar el principio de igualdad de armas entre las partes acusadora y defensora.
- v) Olvidar la práctica de prueba por comisionado, la declaración por certificación jurada, y del traslado de pruebas de otros procesos.
- vi) Reorganizar el modelo de investigación criminal, ajustar la Fiscalía General de la Nación, para que asuma la investigación y acusación.
- vii) Organizar las oficinas de protección a víctimas y testigos, para que lejos de ser entidades centralizadas, sean descentralizadas y permitan un mayor acceso a la población que requiera de sus servicios.

viii) Fortalecer la Defensa Pública, y ajustarla al nuevo sistema que le exige una mayor investigación.

2. A futuro:

- i) Plantear otra reforma constitucional para que la Fiscalía General de la Nación se convierta en un organismo autónomo e independiente desligado de las Ramas del poder público, y en ella plantear que sus actos tengan control previo y no posterior.
- ii) Esta reforma constitucional debe garantizar la existencia de una segunda instancia en los procesos penales que hoy se conocen como de única instancia que cursan ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- iii) Propender por que únicamente sean apeladas las sentencias condenatorias, y no las absolutorias.
- iv) Suprimir la condena en ausencia, pues constituye una vulneración al derecho de defensa permitir que sean juzgadas personas que no saben siquiera que han sido acusadas o vinculadas a un proceso penal. Además es imposible su defensa y no tiene sentido proferir una sentencia condenatoria contra una persona a quien ésta no se le podrá hacer efectiva”.

De estos aspectos vemos que en la ley 906 de 2004³, se logró desmontar la

² Ver sentencia C- 774 de 2001 de la Corte Constitucional.

³ Artículo 561. *Selección de distritos judiciales*. Con base en el análisis de los criterios anteriores, el Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación decidirán en qué período y cuáles distritos judiciales estarán sujetos al sistema contemplado en este Código, cuyo plazo máximo vence el 31 de diciembre de 2008.

El sistema se aplicará a partir del 1° de enero de 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del 1° de enero de 2006 incluirá a los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, y Tunja. En enero 1° de 2007, entrarán al nuevo sistema los distritos judiciales de Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio.

Los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquellos que llegaren a crearse, entrarán a aplicar el sistema a partir del primero (1) de enero de 2008.

diligencia de indagatoria, la consulta, la oficiosidad de los jueces para ordenar pruebas, la práctica de pruebas por comisionado, la declaración por certificación jurada, el traslado de pruebas de otros procesos y poco a poco se va dando paso a la oralidad.

Sin embargo, vemos con preocupación que el Juicio oral, público, contradictorio, con intermediación de las pruebas que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4º⁴ del artículo 2º del Acto legislativo No. 03 de 2002, que modificó el Artículo 250 de la Carta Política, debe ser el principal escenario del debate probatorio, no se ha podido desarrollar como tal, pues por el contrario se quiere conservar el principio de permanencia de la prueba, de pronto por ignorancia, de pronto porque la misma ley lo permite como es el caso de la prueba anticipada⁵, de pronto por una indebida interpretación de la ley como sucede en los casos para imponer medida de aseguramiento⁶ en los que se confunde el término controversia con contradicción de la prueba, o de pronto porque aún no hemos podido cambiar nuestro paradigma, y por eso nos encontramos con audiencias preliminares en las que se practican pruebas.

En ese sentido no entendemos cómo en éste nuevo sistema se habla de la inspección judicial que, si bien se plantea como excepcional, el hecho de conservarla vulnera los principios constitucionales de publicidad y concentración, y además va en contra de los principios que rigen el sistema procesal propuesto, el cual pretende que sea a través de la prueba testimonial como se introduzcan al juicio los elementos materiales probatorios, evidencia e información de las partes.

También vemos con preocupación que todos los elementos materiales probatorios e información de que tenga noticia la Fiscalía incluidos los favorables al procesado, que deben ser descubiertos en el escrito de acusación como lo establece el inciso 3º⁷ del numeral 9º del artículo 2º del Acto legislativo No. 03 de 2002, que modificó el artículo 250 de la Carta Política, se están descubriendo en etapas anteriores a él, y ante juez distinto al de conocimiento, tal vez por ignorancia, o de pronto porque así se ha interpretado para resolver la situación jurídica⁸.

Igualmente se conserva la apelación de las sentencias absolutorias⁹ y la condena en ausencia¹⁰.

⁴ Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:
Artículo 250. (...).

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:
1.- (...).

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

⁵ Al respecto véanse los artículos 15, 16, 274, 284, 285, 290, 337.5.b y 383 de la ley 906 de 2004.

⁶ Véanse los artículos 306, 327.

⁷ Acto legislativo No. 03 de 2002.

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

Artículo 250. (...).

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

9.- (...)

(...).

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

⁸ Véanse los artículos 288, 306, 308 y 327 de la ley 906 de 2004.

⁹ Véase el numeral 1º del artículo 177 de la ley 906 de 2004.

¹⁰ Véase artículo 291 de la ley 906 de 2004.

También nos preocupa que no se haya reglamentado la institución de los Jurados de Conciencia¹¹, y que a la cláusula de exclusión de pruebas se le pretendan crear excepciones¹².

Igualmente debemos indicar que la Ley 906 de 2004 permite a la Fiscalía archivar una investigación sin que exista control por parte de los Jueces que ejercen la función de control de garantías ni por parte de los jueces de conocimiento¹³, cuando el Acto Legislativo No. 03 de 2002 fue claro al indicar que cuando se trata de la aplicación del principio de oportunidad procede el control previo por parte del Juez que ejerce la función de garantías, y cuando se trata de la preclusión el control lo ejercen los jueces de conocimiento.

Por estas razones, en este artículo nos referiremos a las situaciones que se están presentando en el nuevo sistema procesal penal y a la demanda de inconstitucionalidad que presentamos el pasado 1º de marzo de 2005 y adicionamos el 15 del mismo mes y año, contra los artículos 15, 16, 79, 177 num. 1º, 274, 284, 285, 288, 290, 291, 306, 308, 327, 337, 383, 435, 436, 455 y por omisión legislativa frente a los Jurados de Conciencia en la Ley 906 de 2004.

Con esta demanda nos proponemos despejar el camino para que en Colombia se pueda hablar de un sistema acusatorio.

II. PROBLEMAS DETECTADOS EN EL NUEVO SISTEMA DE INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO

Los problemas que hemos detectado hasta la fecha son los siguientes:

- A. En una misma audiencia preliminar –ya famoso combo– se están realizando tres actos: dejar al capturado a disposición del Juez que ejerce la función de control de garantías, formularle la imputación y resolverle su situación jurídica.

Estamos de acuerdo con que exista agilidad en las actuaciones, pero no por ello podemos afectar las garantías del capturado, ni la eficacia del aparato estatal.

Hacemos esta observación porque vemos con preocupación que los actos de dejar al capturado a disposición del Juez que ejerce la función de control de garantías, de formularle la imputación y resolverle su situación jurídica, se están realizando en una misma audiencia preliminar dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura, con lo cual se afectan los derechos del capturado frente a su defensa, y se vulnera la eficiencia del Estado.

1. Garantías del capturado

a. *Derecho de Defensa*

Al realizarse tales actos dentro de las treinta y seis horas siguientes a la

¹¹ Véase artículo 1º del Acto legislativo No. 03 de 2002, que modificó el artículo 116 de la Carta Política.

¹² Véanse los artículos 29 de la Carta Política y 455 de la ley 906 de 2004.

¹³ Véase artículo 79 de la ley 906 de 2004.

captura, se están afectando sus derechos porque no está siendo oído por un abogado, no tiene comunicación privada con él antes de comparecer ante las autoridades, y no se está permitiendo que tenga un tiempo razonable para la preparación de la defensa¹⁴ que le permita al menos determinar si existe alguna viabilidad para aceptar o no los cargos, o para negociar con la Fiscalía.

Sobre la aceptación de cargos y la negociación, debemos señalar que son dos figuras distintas¹⁵, la primera –*guilty plea* (confesión de culpabilidad)- implica la aceptación de todos los cargos formulados por la Fiscalía, y la segunda –*plea bargaining*- si bien implica aceptación de cargos, no lo es de todos los que formule la Fiscalía, sino de aquellos que se negocien entre la Fiscalía y la Defensa. Sin embargo, en Colombia no se está llevando a cabo el segundo, sino únicamente el primero: aceptación de cargos.

En tales condiciones consideramos que el acto de dejar al capturado a disposición del Juez que ejerce la función de control de garantías, formularle la imputación y resolverle la situación jurídica, se puede ade-

lantar en dos o hasta en tres audiencias distintas, dependiendo del caso y del número de capturados.

Así en una audiencia preliminar se dejará al capturado a disposición del Juez que ejerce la función de control de garantías, para que éste determine si la captura fue legal, necesaria, ponderada y de corrección en el comportamiento¹⁶.

Una segunda audiencia preliminar dentro de los cinco días siguientes¹⁷ a la fecha en que el capturado fue puesto a disposición del juez que ejerce la función de control de garantías, para formularle al capturado la imputación.

Ya para este momento el capturado habrá tenido la oportunidad de entrevistarse con su defensor y de comenzar a diseñar la teoría del caso.

También la fiscalía habrá tenido la oportunidad de perfeccionar un poco más la investigación preliminar y tendrá mayores argumentos para formular la imputación.

En esta misma audiencia, pero preferiblemente en una siguiente, efectuada dentro de los cinco días

¹⁴ Artículo 8°. *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 a:

e) Ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado;
g) Tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades;
i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. (...).

¹⁵ Al respecto véase a Bernd Schunemann. ¿Crisis del procedimiento Penal? En temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2002. Pág. 289. 2002: " De acuerdo con la estructura de un proceso de partes, el acusado puede prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de la culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el principio se declara culpable. Su guilty plea (Confesión de culpabilidad) sustituye entonces la determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena. De esta forma se ha desarrollado en los Estados Unidos, desde hace unos cien años, un nuevo modelo de procedimiento: el plea bargaining. En éste se negocia entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado de antemano, es decir, que de cierta forma se compra a través del reconocimiento de culpabilidad una considerable reducción de la pena que determina la fiscalía, de manera formal o informal, con el tribunal.

¹⁶ Artículo 27 Ley 906 de 2004. *Moduladores de la actividad procesal*. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia. (Subrayas mías).

¹⁷ Artículo 159 de la Ley 906 de 2004.- Término judicial. El funcionario judicial señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco (5) días. (subrayas son mías).

siguientes¹⁸ el Juez que ejerce la función de control de garantías resolverá la situación jurídica del imputado.

Para este momento la defensa habrá tenido la oportunidad de recolectar los elementos requeridos para indicar que no es necesaria la imposición de la medida de aseguramiento, o que los fines de la detención preventiva se encuentran superados.

Esta fórmula nos parece acertada porque: i) garantiza los derechos del capturado, ii) permite el perfeccionamiento de la investigación preliminar de la Fiscalía, previa a la formulación de la imputación, iii) permite al juez que ejerce la función de control de garantías determinar si es necesaria o no la imposición de la medida de aseguramiento¹⁹, iv) se encuentra prevista en la norma procesal, ya que le permite al funcionario judicial señalar términos en los eventos en los que no se indique, y v) no afecta el derecho a un plazo razonable²⁰, porque los términos son mínimos y se está garantizando el derecho de defensa.

b. *Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado-capturado*²¹

Sobre los acuerdos está claro que la Fiscalía y el imputado pueden llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación desde antes de la audiencia de formulación de imputación -no dice después de la imputación, aunque si así lo dijere debería aplicarse la prevalencia del derecho sustancial²², obviamente en favor del capturado- hasta antes de ser presentado el escrito de acusación.

Este acuerdo busca que el imputado se declare culpable o acepte un cargo relacionado con una pena menor, a cambio de que el fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico, o que en su alegato de conclusión el Fiscal tipifique la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena²³.

Luego, si no ha existido comunicación entre el capturado y su defensor, pues no existe oportunidad para que él negocie con la Fiscalía. Igual-

¹⁸ Artículo 159 *ibídem*.

¹⁹ Artículo 27 Ley 906 de 2004.

²⁰ Sobre el plazo razonable véase a Daniel Pastor, *El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung – Ad hoc, 2002, Pág. 47: "Plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible (...)"

²¹ Artículo 126 de la ley 906 de 2004. *Calificación*. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriera primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado. (Subrayas son mías).

²² Artículo 29 de la Constitución Política. (...) Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (...) (Subrayas son mías).

²³ Artículo 350 de la Ley 906 de 2004. *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.

mente el defensor se encuentra en una situación en la que no puede hacer nada, y sólo puede limitarse a ver cómo su defendido simplemente acepta en su integridad los cargos imputados.

Sobre la aceptación de cargos debemos distinguir dos situaciones: una que contra la surtida ante el Juez que ejerce la función de Control de Garantías, sin que hubiese existido comunicación entre capturado y defensor, procede nulidad constitucional y legal por vulneración del derecho de defensa, la que debe ser declarada por el Juez de Conocimiento²⁴ o solicitada en sede de casación²⁵. Y la otra situación es la que se presenta ante el juez de conocimiento, en la que si se presenta desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, el Juez rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese existido una alegación de no culpabilidad²⁶.

Si bien no compartimos en principio el hecho que advirtiéndose desconocimiento o quebrantamiento de garantías no procede inmediatamente la nulidad, sí debemos precisar que en este caso no se afectaría de una manera tan clara el derecho de defensa como sucede ante el Juez que ejerce la función de con-

trol de garantías cuando la formulación de la imputación se hace dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura, sin la comunicación previa con el defensor.

Por esta razón el Juez que ejerce la función de control de garantías y el Ministerio Público asumen un papel importante frente a la pasividad de la defensa, porque deben insistir en que el capturado manifieste si existió o no comunicación con su defensor, y si de tal comunicación se pudo trazar una estrategia de defensa, o por lo menos se hizo la advertencia sobre los efectos jurídicos de la aceptación de cargos.

2. Efectividad del sistema

- a. La audiencia de Formulación de la Imputación no es una audiencia para descubrir los elementos materiales probatorios, ni la evidencia física, ya que esto se hace con la presentación del escrito de acusación (ver inc. 3º num. 9º Art. 2º del Acto legislativo No. 03 de 2002) y tampoco es una audiencia para practicar pruebas (ver num. 4º Art. 2º Acto Legislativo No. 03 de 2002).

La audiencia de Formulación de la imputación es una audiencia en la que el Fiscal hace una imputación al

²⁴ Artículo 457 de la Ley 906 de 2004. *Nulidad por violación a garantías fundamentales*. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales.

²⁵ Artículo 181 de la Ley 906 de 2004. *Procedencia*. El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por:

1. Falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

2. Desconocimiento de la estructura del debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes.

²⁶ Artículo 368 de la Ley 906 de 2004. *Condiciones de validez de la manifestación*. De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.

De advertir el juez algún desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales, rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad.

capturado sobre hechos jurídicamente relevantes²⁷, sin que ello implique el descubrimiento de elementos materiales probatorios, ni evidencia física²⁸ ni práctica de pruebas.

No sabemos de dónde salió la teoría de que la audiencia de formulación de la imputación es una audiencia para descubrir elementos materiales probatorios o evidencia física y para practicar pruebas. Sin embargo, ello es lo que en la práctica judicial se está haciendo.

El descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física se inicia por regla general para la Fiscalía con el escrito de acusación²⁹ y termina en la audiencia preparatoria³⁰, para ser practicadas las

pruebas en el Juicio oral público, contradictorio y con intermediación.

Sobre el juicio como principal escenario del debate probatorio el numeral 4³¹ del Artículo 2º del Acto Legislativo No. 03 de 2002, que modificó el Artículo 250 de la Carta Política, es claro al indicar que el juicio oral es público, contradictorio, con intermediación de las pruebas y con todas las garantías, y por eso su reglamentación en el juicio³². De allí se desprende que el Juicio sea el principal escenario del debate probatorio, lo que implica que solo se puede dictar sentencia con la prueba practicada, controvertida y conocida en el juicio³³, y no con el material recaudado en la etapa anterior, pues estas diligencias, incluida la prueba anticipada³⁴, carecen de valor

²⁷ Artículo 287 Ley 906 de 2004. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica (...). (Subrayas son mías).

²⁸ Artículo 288 Ley 906 de 2004. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1.- (...).

2.- Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía (...). (Subrayas fuera de texto).

²⁹ Acto legislativo No. 03 de 2002.

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

Artículo 250. (...).

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

(...)

9.- (...)

(...).

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

³⁰ Artículo 357. Solicitudes probatorias. Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

Artículo 358. Exhibición de los elementos materiales de prueba. A solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados. (Subrayas son mías).

³¹ Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. (...).

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

1.- (...).

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

³² Artículo 374. Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.

Artículo 377. Publicidad. Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código.

Artículo 378. Contradicción. Las partes tienen la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.

Artículo 379. Inmediación. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional.

³³ Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. (Subrayas fuera de texto).

³⁴ Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.

2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.

3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

(...)

Parágrafo 3º. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral. (Subrayas fuera de texto).

probatorio. Por esta razón se eliminó el principio de permanencia de la prueba, en virtud del cual con la prueba recaudada desde la escena del delito se podía dictar sentencia.

- b. Declaraciones ante el Juez que ejerce la función de control de garantías.

Igual situación se presenta con la solicitud de capturas, en las que al tenor de lo establecido en el inciso 2º del artículo 297 ídem³⁵ se faculta al juez de control de garantías para que interrogue directamente a los testigos, peritos y funcionarios de policía judicial, sin que ello se entienda como una audiencia pública en la que se empleen las técnicas de interrogatorio, contrainterrogatorio y objeciones.

- c. Términos de la investigación.

Debemos insistir en indicar que los actos anteriores al juicio son preparatorios o de investigación, no judiciales, y por eso en esas etapas anteriores lo único que hacen fiscalía y defensa es investigar los hechos de manera independiente, para que en el momento de la audiencia preparatoria puedan solicitar las pruebas que requieren según su teoría del caso.

Significa lo anterior que lo único que debe hacer la Fiscalía, insistimos, antes de formular la respectiva imputación al capturado, es determinar que los hechos investigados son jurídicamente relevantes, y después de ello seguir investigando, inclusive, en el juicio oral, público y contradictorio³⁶.

Hacemos esta precisión porque como se piensa que a la audiencia preliminar de formulación de la imputación se debe llegar con la investigación perfeccionada, se está exagerando y exigiendo que en el término de treinta y seis horas se adelante toda la investigación, y ello simplemente es inconstitucional.

- d. Informes técnicos.

Con fundamento en lo anterior, debemos precisar que vemos con preocupación que a los peritos se les esté exigiendo informes técnicos en el lapso de treinta y seis horas, y si bien ellos deben presentar un informe preliminar, el definitivo deben presentarlo, preferiblemente, antes que el fiscal presente el respectivo escrito de acusación.

El informe final, salvo la excepción mencionada³⁷, debe presentarse de manera obligatoria en la audiencia

³⁵ Artículo 297. *Requisitos generales.* Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano (...) (Subrayas fuera de texto).

³⁶ Artículo 344. *Inicio del descubrimiento.* (...)

(...) Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba. (subrayas mías).

³⁷ Ver inciso final del artículo 344 ley 906 de 2004.

preparatoria, para su conocimiento y para hacer las estipulaciones respectivas³⁸.

El informe debe estar listo antes de la presentación del escrito de acusación, porque el fiscal tiene que saber si los hechos investigados son jurídicamente relevantes, pero él no está obligado a aportarlo como anexo, ya que solo está obligado a indicar los nombres de los peritos, pero no a aportar sus informes³⁹.

El informe puede ser exhibido en la audiencia de formulación de la acusación si así lo solicita la defensa; de lo contrario se entiende que no se debe exhibir⁴⁰.

Se entiende entonces que los peritos no deben estar corriendo en la preparación y elaboración de informes antes de la audiencia de formulación de imputación, sino que deben realizar estudios preliminares y reservar el informe para el momento en que se lo indique el Fiscal antes de presentar el escrito de acusación.

En todo caso tales informes deben estar listos y ser presentados en la audiencia preparatoria donde se va a solicitar su práctica formal en juicio o simplemente se van a estipular

para no ser declarados en juicio, sino introducidos por y a través de la declaración del perito.

e. Motivación del auto que resuelve la situación jurídica.

Nos preocupa que los Jueces de segunda instancia de los Jueces que ejercen las funciones de control de garantías estén declarando la nulidad del auto que resuelve la situación jurídica del imputado, bajo el prurito de falta de motivación de la providencia, en el análisis y valoración de las pruebas, cuando este requisito solo se le exige a la sentencia⁴¹.

Nuevamente debemos señalar que para imponer medida de aseguramiento el juez que ejerce la función de control de garantías debe observar que los hechos indicados por el Fiscal son jurídicamente relevantes -que contra ellos procede medida de aseguramiento- basados en evidencias, elementos materiales probatorios, e informaciones obtenidas legalmente, que él ha mencionado, pero no descubierto, y por esa razón -el Juez- ha inferido razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga⁴².

³⁸ Artículo 356. *Desarrollo de la audiencia preparatoria.* En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

(...)

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto. (Subrayas fuera de texto).

³⁹ Artículo 337. *Contenido de la acusación y documentos anexos.* El escrito de acusación deberá contener:

(...)

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.

d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.

⁴⁰ Artículo 344. *Inicio del descubrimiento.* Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

⁴¹ Artículo 162 de la ley 906 de 2004. Requisitos comunes. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1.- (...)

4.- Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

⁴² Artículo 308. *Requisitos.* El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

Por esa razón el auto que resuelve la situación jurídica sólo puede contener los siguientes aspectos⁴³:

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.
 2. Lugar, día y hora.
 3. Identificación del número de radicación de la actuación.
 4. (...)
 5. Decisión adoptada.
 6. Si hubiere división de criterios, la expresión de los fundamentos del disenso.
 7. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y la oportunidad para interponerlo.
- f. Consideraciones finales.

También nos preocupa el hecho de que en las Unidades de Reacción Inmediata (URI), se encuentren funcionarios del Instituto Nacional de Medicina Legal recibiendo entrevistas, primero porque no son funcionarios de policía judicial⁴⁴, segundo porque no se van a reunir con el fiscal para desarrollar el programa metodológico, que no es otra cosa que la definición de la teoría del caso, y tercero porque el éxito de la entrevista radica, no solo en escuchar al deponente, sino en conocer el lugar de los hechos y observar las condiciones en las que el testigo percibió

los hechos. Luego la entrevista realizada en tales condiciones no sirve para nada. No tiene ningún efecto.

La entrevista la deben adelantar los funcionarios que ejercen funciones de policía judicial, y sirve, como lo mencionamos, en la indagación preliminar e investigación para desarrollar el programa metodológico, luego en la audiencia preparatoria para indicar los testigos que se van a llevar a juicio y el orden en que se van a presentar, y en el contrainterrogatorio en la etapa de juzgamiento para descalificar al testigo, cuando se logra demostrar que la versión rendida en juicio es distinta a la rendida en la entrevista.

III. ARTÍCULOS DE LA LEY 906 DE 2004 DEMANDADOS POR INCONSTITUCIONALES

Los artículos demandados son el 15, 16, 79, 177 num. 1º, 274, 284, 285, 288, 290, 291, 306, 308, 327, 337, 383, 435, 436, 455 y por omisión legislativa frente a los Jurados de Conciencia, por estimar que vulneran principios de la Constitución Política de Colombia, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵ y de la Convención Americana sobre Derechos

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (Subrayas son mías).

⁴³ Artículo 162. *Requisitos comunes*. Las sentencias y autos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.

2. Lugar, día y hora.

3. Identificación del número de radicación de la actuación.

4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral.

5. Decisión adoptada.

6. Si hubiere división de criterios la expresión de los fundamentos del disenso. (Subrayas fuera de texto).

⁴⁴ Artículo 205. *Actividad de policía judicial en la indagación e investigación*. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querrelas 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, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. (Subrayas son mías).

⁴⁵ Ley 74 de 1968, fecha de ratificación: 29/10/79, fecha de entrada en vigor para Colombia: 23/03/76, organismo ONU.

Humanos⁴⁶, que dan vida al Bloque de Constitucionalidad⁴⁷.

1. La Ley 906 de 2004 es inconstitucional por omisión legislativa frente a los jurados de Conciencia, en virtud a que ellos fueron creados por el Artículo 1^o⁴⁸ del Acto legislativo No. 03 de 2002, que modificó el Artículo 116 de la Carta Política, pero no fueron reglamentados en la ley. Además se vulneran los artículos 4^o-2^o⁴⁹ y 5^o⁵⁰ del Acto Legislativo No. 03 de 2002, en razón a que el primero dispuso que el Congreso de la República debía expedir las leyes del nuevo sistema procesal creado por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, antes del 20 de junio

de 2004, lo que suponía la inclusión de la institución hoy reclamada. Y el segundo al determinar su vigencia y gradualidad, el cual indicaba la manera como la institución procesal se iba a aplicar.

Así mismo, se vulnera el Preámbulo de la Carta⁵¹ en cuanto estipula que es uno de los objetivos de la Carta garantizar las condiciones necesarias para asegurar a sus integrantes la vida, la justicia y la igualdad entre otros derechos.

2. El artículo 79⁵² de la Ley 906 de 2004, vulnera el primer inciso del artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el num. 2^o⁵³ del Acto legislativo No. 03 de 2002, y

⁴⁶ Ley 16 de 1972, fecha de ratificación: 31/07/73, fecha de entrada en vigor para Colombia: 8/07/1978, organismo OEA.

⁴⁷ Sent. C-225 de 1995: "El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.". También pueden verse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-578 de 1997, C-400 de 1998 y C-1319 de 2001.

⁴⁸ Artículo 1. El Artículo 116 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 116. (...).

(...).

(...).

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

⁴⁹ Artículo 4. *Transitorio*. (...).

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

(...).

⁵⁰ Artículo 5. *Vigencia*. El presente acto legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1 de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. El nuevo sistema deberá entrar en plena vigencia a más tardar el 31 de diciembre de 2008. (Subrayas fuera de texto).

4).- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.-

10).-.....".-

⁵¹ - PREAMBULO: EL PUEBLO DE COLOMBIA.-

En ejercicio de su poder soberano, representado por los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.-

⁵² Artículo 79. Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual conste que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal.

⁵³ Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

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

el numeral 5⁵⁴ al permitir que la Fiscalía archive una investigación sin someter tal decisión al control previo de un Juez.

3. En relación con el Artículo 177 – 1⁵⁵ de la Ley 906 de 2004, frente a la apelación de la sentencia absolutoria, se vulnera el artículo 29⁵⁶ de la

Constitución Política y el numeral 5⁵⁷ del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al permitir la impugnación de tal decisión.

4. Los artículos o sus apartes respectivos 15⁵⁸, 16⁵⁹, 274⁶⁰, 284⁶¹, 285⁶², 290⁶³, 327⁶⁴, 337-5⁶⁵ y

⁵⁴ Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

⁵⁵ Artículo 177. Efectos. La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o absolutoria. (Sólo el aparte subrayado).

⁵⁶ Artículo 29 de la Carta Política. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...

(...)

(...)

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (Subrayas son mías).

⁵⁷ Ley 74 de 1968. Artículo 14. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (Subrayas son mías).

⁵⁸ Artículo 15. Contradicción. Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada. (Sólo el aparte subrayado).

Para garantizar plenamente este derecho, en el caso de formular acusación la Fiscalía General de la Nación deberá, por conducto del juez de conocimiento, suministrar todos los elementos probatorios e informes de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado.

⁵⁹ Artículo 16. Inmediación. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según el caso. (Sólo el aparte subrayado).

⁶⁰ Artículo 274. Solicitud de prueba anticipada. El imputado o su defensor, podrán solicitar al juez de control de garantías, la práctica anticipada de cualquier medio de prueba, en casos de extrema necesidad y urgencia, para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio. Se efectuará una audiencia, previa citación al fiscal correspondiente para garantizar el contradictorio.

Se aplicarán las mismas reglas previstas para la práctica de la prueba anticipada y cadena de custodia.

⁶¹ Artículo 284. Prueba anticipada. Durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral se podrá practicar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que sea practicada ante el juez que cumpla funciones de control de garantías.
2. Que sea solicitada por el Fiscal General o el fiscal delegado, por la defensa o por el Ministerio Público en los casos previstos en el artículo 112.
3. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
4. Que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

Parágrafo 1°. Si la prueba anticipada es solicitada a partir de la presentación del escrito de acusación, el peticionario deberá informar de esta circunstancia al juez de conocimiento.

Parágrafo 2°. Contra la decisión de practicar la prueba anticipada proceden los recursos ordinarios. Si se negare, la parte interesada podrá de inmediato y por una sola vez, acudir ante otro juez de control de garantías para que este en el acto reconsidere la medida. Su decisión no será objeto de recurso.

Parágrafo 3°. En el evento en que la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada, al momento en que se dé comienzo al juicio oral, no se haya cumplido o haya desaparecido, el juez ordenará la repetición de dicha prueba en el desarrollo del juicio oral.

⁶² Artículo 285. Conservación de la prueba anticipada. Toda prueba anticipada deberá conservarse de acuerdo con medidas dispuestas por el juez de control de garantías.

⁶³ Artículo 290. Derecho de defensa. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código. (Sólo el aparte subrayado).

⁶⁴ Artículo 327. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno. (Sólo el aparte subrayado).

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. (Sólo el aparte subrayado).

⁶⁵ Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos. El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.

383⁶⁶ vulneran el numeral 4^o⁶⁷ del Artículo 250 de la Constitución Política modificado por el Artículo 2^o del Acto legislativo No. 03 de 2002, porque permite la práctica de pruebas en una audiencia distinta a la del Juicio Oral, Público, Contradictorio, con intermediación y con todas las garantías, ante un juez distinto al de conocimiento.

5. Los artículos 435⁶⁸ y 436⁶⁹ vulneran los principios de publicidad y concentración contenidos en el numeral 4^o⁷⁰ del Artículo 250 de la Constitución Política modificado por el Artículo 2^o del Acto legislativo No. 03 de 2002.
6. Los artículos o los apartes subrayados de los artículos 288⁷¹, 306⁷², 308⁷³ y 327 de la Ley

5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:

- a) Los hechos que no requieren prueba.
- b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo. (Sólo el aparte subrayado)
- c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
- d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
- e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
- f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
- g) Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

⁶⁶ Artículo 383. Obligación de rendir testimonio. Toda persona está obligada a rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite en el juicio oral y público o como prueba anticipada, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad. El juez, con fundamento en motivos razonables, podrá practicar el testimonio del menor fuera de la sala de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5^o del artículo 146 de este código, pero siempre en presencia de las partes, quienes harán el interrogatorio como si fuera en juicio público. (Sólo el aparte subrayado).

⁶⁷ Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedara así:

Artículo 250. (...).

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

1.- (...).

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

⁶⁸ Artículo 435. Procedencia. El juez, excepcionalmente, podrá ordenar la realización de una inspección judicial fuera del recinto de audiencia cuando, previa solicitud de la Fiscalía o la defensa, estime necesaria su práctica dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física, o cualquier otra evidencia demostrativa de la manera como ocurrieron los hechos objeto de juzgamiento.

En ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar.

⁶⁹ Artículo 436. Criterios para decretarla. La inspección judicial únicamente podrá ser decretada, atendidos los siguientes criterios:

1. Que sea imposible realizar la exhibición de autenticación de la evidencia en audiencia.
2. Que resulte de vital importancia para la fundamentación de la sentencia.
3. Que no sea viable lograr el cometido mediante otros medios técnicos.
4. Que sea más económica y práctica la realización de la inspección que la utilización del medio técnico.
5. Que las condiciones del lugar a inspeccionar no hayan variado de manera significativa.
6. Que no se ponga en grave riesgo la seguridad de los intervinientes durante la práctica de la prueba.

El juez inspeccionará el objeto de prueba que le indiquen las partes. Si estas solicitan el concurso de testigos y peritos permitirá que declaren o rindan dictamen de acuerdo con las reglas previstas en este código.

⁷⁰ Artículo 2. El artículo 250 de la Constitución Política quedara así:

Artículo 250. (...).

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

1.- (...).

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

⁷¹ Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. (Sólo el aparte subrayado).
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

⁷² Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. (Sólo el aparte subrayado).

⁷³ Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

906 de 2004, vulneran el inciso 3º⁷⁴ del numeral 9º del artículo 2º del Acto legislativo No. 03 de 2002 porque permiten el descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios e información de que tenga noticia la Fiscalía, incluida la favorable al acusado, en etapa anterior al escrito de acusación y ante juez diferente al de Conocimiento.

De acuerdo con el Acto legislativo No. 03 de 2002, el descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios e información de que tenga noticia la Fiscalía incluida la información favorable al acusado, la debe suministrar la Fiscalía con el escrito de acusación, y ante el Juez de Conocimiento.

7. Los artículos 288-2, 306, 308, 327 de la Ley 906 de 2004, vulneran el inciso tercero⁷⁵ del numeral 9º del Artículo 250 de la Constitución Política modificado por el Artículo 2º del Acto legislativo No. 03 de 2002, porque obliga a la Fiscalía General de la Nación a iniciar el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, en una etapa anterior a la

presentación del escrito de acusación y ante juez distinto del de conocimiento.

De acuerdo con el Acto legislativo no. 03 de 2002, el descubrimiento de todos los elementos materiales probatorios e información de que tenga noticia la Fiscalía incluida la información favorable al acusado, la debe suministrar la Fiscalía con el escrito de acusación, y ante el Juez de Conocimiento.

Conforme con lo anterior debemos indicar que los artículos mencionados vulneran esta disposición constitucional al obligar a la Fiscalía a suministrar los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia antes de la presentación del escrito de acusación y ante un juez distinto al de conocimiento.

8. Los Artículos 306 y 327 vulneran simultáneamente el numeral 4º y el inciso 3º del numeral 9º del Artículo 250 de la Carta política, modificado por el Acto Legislativo no. 03 de 2002, porque exigen un descubrimiento de los elementos probatorios e información de la Fiscalía antes del escrito de

⁷⁴ Acto legislativo No. 03 de 2002.

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

Artículo 250. (...).

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

(...)

9.- (...)

(...).

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

⁷⁵ Acto legislativo No. 03 de 2002.

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

Artículo 250. (...).

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

(...)

9.- (...)

(...).

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

acusación y ante Juez diferente al de conocimiento, y porque permiten la práctica y contradicción de pruebas en audiencias distintas a la del juicio oral, público, contradictorio, con intermediación de las pruebas, también ante juez diferente al de conocimiento.

9. El artículo 291⁷⁶ de la ley 906 de 2004, frente a la formulación de la imputación en ausencia, vulnera el Artículo 29⁷⁷ de la Carta Política, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14^o numerales 1^o⁷⁸ y 3^o literales a)⁷⁹, d)⁸⁰ y g)⁸¹, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el artículo 8^o numerales 1^o⁸² y 2^o literales b)⁸³, d)⁸⁴ y g)⁸⁵, al no garantizarle al imputado conocer la imputación, estar presente en ella, y ejercer el derecho de

defensa de manera personal, o mediante un abogado de su confianza.

10. El Artículo 455⁸⁶ de la ley 906 de 2004 vulnera el inciso final del artículo 29⁸⁷ de la Carta Política al contemplar excepciones legales a la regla general de exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso contenida en dicha disposición, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

IV. CONCLUSIONES

La reforma del proceso penal colombiano hacia un sistema acusatorio, exige la adopción de normas en ese sentido, y por eso rechazamos la conservación de instituciones procesales de raigambre inquisitiva como la declaratoria de persona ausente, la

⁷⁶ Artículo 291. Contumacia. Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.

⁷⁷ Artículo 29 de la Carta Política. (...).

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente (...). (Subrayas son mías).

⁷⁸ Artículo 14. 1. - Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...). (Subrayas son mías).

⁷⁹ Artículo 14. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a).- A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella. (Subrayas son mías).

⁸⁰ Art. 14. 3. d) A hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. (Subrayas son mías).

⁸¹ Art. 14. 3. g).- A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

⁸² Artículo 8^o Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Subrayas son mías).

⁸³ Artículo 8. 2. b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. (Subrayas son mías).

⁸⁴ Artículo 8. 2. d).- Derecho del inculpado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y comunicarse libre y privadamente con su defensor. (Subrayas son mías).

⁸⁵ Artículo 8. 2. literal g).- derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; (Subrayas son mías).

⁸⁶ Artículo 455 de la ley 906 de 2004. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

⁸⁷ Artículo 29 de la Constitución Política. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

(...)

Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

apelación de sentencias absolutorias, la ausencia de un gran jurado para controlar el escrito de acusación presentado por la Fiscalía, y de un pequeño jurado para el veredicto.

También nos oponemos a que el juicio no sea visto como el principal escenario del debate probatorio y por ello rechazamos las figuras de la prueba anticipada y la inspección judicial.

De otro lado queremos que los intervinientes en el proceso penal

vean el nuevo sistema con ojos acusatorios y no inquisitivos y por eso rechazamos cualquier intento de descubrimiento de elementos materiales probatorios e información antes del escrito de acusación.

Creemos que estos argumentos van a ser muy criticados, pero no plantearlos y someterlos a discusión es peor, porque el gran afectado va a ser el proceso penal, el galantismo, el eficientismo y la comunidad en general.

BIBLIOGRAFÍA

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Comentarios a la Reforma Constitucional del Proceso Penal Colombiano. Bogotá: “Diálogos de Saberes” Revista del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Junio a Diciembre de 2004. No. 21. ISSN0124-0021.

PASTOR, Daniel. El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho, Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung – Ad hoc, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento Penal? En temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.) 2002.

Ley 74 de 1968, fecha de ratificación: 29/10/79, fecha de entrada en vigor para Colombia: 23/03/76, organismo ONU.

Ley 16 de 1972, fecha de ratificación: 31/07/73, fecha de entrada en vigor para Colombia: 8/07/1978, organismo OEA.

Constitución Política de 1991.

Acto legislativo No. 03 de 2002.

Ley 906 de 2004.

Ley 600 de 2000.

Sentencias Corte Constitucional C-225 de 1995, C-578 de 1997, C-400 de 1998 y C-1319 de 2001.