

APLICACIÓN DE LA LEY 906 DE 2004: LA DESNATURALIZACION DEL MODELO ACUSATORIO.

Andrea del Pilar Collazos Vesga

María Estefanía Rangel Marín

Artículo para el optar el título de abogado

Universidad Santo Tomas

Resumen: Este artículo explora la manera en que se ha venido desnaturalizando el modelo acusatorio que inspiró la ley 906 de 2004 a causa de la mala práctica y la errada interpretación tanto de legisladores, jueces, fiscales y abogados. La investigación se centra en identificar las falencias que no han permitido que se cumplan los objetivos propuestos en dicha ley, estudiándolos de forma estrecha con la aplicación los principios de acusación, de oralidad e igualdad de armas, para identificar si su práctica es o no coherente con un modelo adversarial. Con base en el derecho comparado y los informes presentados periódicamente por instituciones gubernamentales y no gubernamentales que documentan los avances en la implementación de la nueva ley.

Palabras Clave: Modelo Inquisitivo, Modelo acusatorio, Reforma, Principio acusatorio, Igualdad de Armas, Oralidad, Procedimiento Penal, Transición, Garantías, Derechos Fundamentales.

Summary: This article search the way in which the adversary proceeding model inspired the law 906 of 2004 and how it has vanished and due to the bad procedures and the wrong interpretation from lawmakers, judges, prosecutors and lawyers. The investigation is focused on the weak points that haven't permitted to accomplish the achievements in this law. This article studies closely the adversary proceeding principle, the speech, and the equal party opportunity to identify if they are coherent in the practice with the adversary proceeding model. This article takes into account other countries law's and reports presented by governmental and non-governmental agencies about the advances in the implementation of the new law.

Key Words: Adversary Proceeding Model, Inquisitive Model, Reform, Adversary Proceeding Principle, Equal Party Opportunity, Speech, Criminal Procedure, Transition, Warranties, Fundamental Rights.

INTRODUCCION

CAPITULO I LOS SISTEMAS JURIDICOS DE OCCIDENTE

1.1 DEFINICION SISTEMA JURIDICO PROCESAL

1.2 CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS PROCESALES

1.3 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS SISTEMAS PROCESALES

CAPITULO II ACUSACION, ORALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

2.1 INTRODUCCION

2.2 JUSTIFICACION

CAPITULO III MODELOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO: NORTEAMERICA Y ALEMANIA

3.1 CARACTERISTICAS GENERALES DEL SISTEMA PROCESAL PENAL NORTEAMERICANO EN LA JURISDICCION FEDERAL

3.2 CARACTERISTICAS GENERALES DEL SISTEMA PROCESAL PENAL GERMANO EN LA JURISDICCION FEDERAL

CAPITULO IV EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

4.1 LA LLEGADA DEL MODELO ACUSATORIO A AMERICA LATINA

4.2 TRANSICION DEL PROCESO INQUISITIVO AL ACUSATORIO EN COLOMBIA

4.3 REALIDAD DEL PROCESO PENAL EN LA ACTUALIDAD

4.4 CONCLUSIONES

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como propósito esencial exponer la desnaturalización que ha sufrido el modelo acusatorio con el que fue concebida la ley 906 de 2004, a consecuencia de su errada aplicación. Se debe precisar que el sistema penal Colombiano quiso aproximarse a un modelo acusatorio desde antes de la expedición de esta ley, con el Acto legislativo 003 de 2002 reformando los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de 1991 “*buscando implementar un modelo de justicia penal con elementos como el fortalecimiento de la actividad investigativa a cargo de fiscales desprovistos de funciones jurisdiccionales y la introducción de un juicio verdaderamente oral, publico, concentrado y contradictorio*”¹ y con la expedición del nuevo código de procedimiento penal se buscó consolidar esta pretensión. En pro de este deseo el legislador incluyo (a nuestro juicio de forma ligera) figuras y funciones que no son coherentes con un sistema penal acusatorio puro y que lo alteran en su forma esencial, lo cual junto con la falta de actualización y conocimiento del tema tanto de los funcionarios de la fiscalía como de los jueces y defensores, han hecho que esta reforma se quede únicamente en el texto legal y no haya podido ser traducida en un verdadero cambio cultural.

Esta investigación tiene la finalidad de identificar las falencias que no han permitido que este modelo tenga el éxito esperado, estudiando las deficiencias que han existido en su aplicación, desde el legislador, quien importó este modelo sin tener en cuenta nuestra tradición jurídica inquisitiva, hasta las instituciones que por su bajo nivel de adaptabilidad y planteamiento de metas a corto, mediano y largo plazo no han logrado un verdadero cambio de ideología en sus operadores, quienes aún se encuentran inmersos en el modelo anterior y que en la práctica diaria deforman el proceso para que este se parezca cada vez más a su antecesor.

¹Instituto de Ciencia Política, *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Boletín N° 5. Abril de 2004.

Para lo anterior hemos decidido hacer un recorrido por los principales sistemas procesales de Occidente, explicando sus antecedentes históricos, seguidos de los pilares fundamentales del modelo adversarial como lo son la acusación, la oralidad y la igualdad de armas, valiéndonos del derecho comparado con dos exponentes de este modelo como lo son Estados Unidos y Alemania; se continua con una breve ilustración de cómo llegó este modelo a América Latina, en donde ha tenido éxito en los países que han invertido los recursos económicos y humanos necesarios para la reforma, mientras que en otros se ha hecho necesaria una “re-reforma” tras el fracaso de dicha transición y posteriormente llegamos al caso colombiano donde estudiamos la realidad de la aplicación de la ley 906 de 2004, y finalmente respondemos a la pregunta ¿Es coherente la aplicación de la ley 906 de 2004 con un modelo acusatorio, o por el contrario la mala práctica y errada interpretación la han desnaturalizado?.

1. LOS SISTEMAS JURIDICOS DE OCCIDENTE

1.1 Definición de sistema jurídico

Etimológicamente la palabra sistema proviene del latín *systema* que significa unión de cosas de manera organizada y la palabra jurídico del latín *iuridicus*, compuesto de vocablo *ius* que significa derecho, el cual se deriva del vocablo *yewes* que significa ley, podemos decir entonces que un sistema jurídico es la unión de manera organizada y racional de leyes.

1.2 Clasificación de los sistemas procesales

El profesor FIERRO-MENDEZ, clasifica en cuatro grupos los sistemas procesales de occidente:

“Según su fundamento: Pueden ser Basados en el derecho romano o en el derecho consuetudinario.

Según su estructura y garantía: Pueden ser inquisitivo o acusatorio

Según la formación de sus actos: Puede ser oral o escrito.

Según su combinación: Se pueden combinar los anteriores para crear sistemas puros que son el romano-inquisitivo y el consuetudinario acusatorio o sistemas mixtos como el romano-acusatorio, acusatorio-oral y acusatorio escrito.”²

La utilidad de los sistemas implantados para el juzgamiento penal se ve desde la necesidad que tiene el Estado de impartir justicia material (*poder punitivo*), puesto que esta sirve para hacer efectivo el orden establecido, por tal razón no se puede dejar de lado el objetivo que busca el Estado al adoptar nuevos sistemas en sus legislaciones y teniendo en cuenta la política criminal que se debe armonizar con un modelo de contenido penal.

² FIERRO MENDEZ, Heliodoro, Manual de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio Juicio Oral y Público, Tomo I.

Por otra parte el poder punitivo del estado sin lugar a dudas ejerce una especie de violencia institucional, en razón a que en el recae el poder de restringir derechos Fundamentales, por tal razón es función determinante para cualquier sistema procesal penal la limitación de tal poder, con el fin de proteger al ciudadano de la artillería del estado.

1.3 Antecedentes históricos de los sistemas procesales

Actualmente en el mundo occidental predominan dos grandes sistemas procesales, acusatorio e inquisitivo, ambos tienen sus orígenes en dos grandes momentos históricos del año 1215, el IV Concilio de Letrán y La Carta Magna y se diferencian en tres aspectos básicos *“En el plano histórico el sistema acusatorio es el más antiguo. Se encuentra en la Grecia clásica y en la Roma primitiva y, más tarde, en los pueblos germanos de la Alta Edad Media. El Sistema Inquisitivo tiene su origen en el Bajo Imperio, que sirvió de inspiración a las jurisdicciones eclesiásticas y a los países Europeos del final de la Edad Media. En el plano político, el sistema acusatorio caracteriza a los regímenes democráticos de tipo descentralizado que preconizan una amplia participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y conceden un lugar preponderante al individuo y a sus derechos en sus relaciones con el Estado (aun democráticos). Finalmente, en el plano jurídico, el sistema acusatorio acuerda gran importancia al sentimiento popular e intenta reducir los aspectos técnicos inherentes a la solución del conflicto que opone al individuo y el Estado con motivo de la comisión de un delito.”*³

(i) Antecedentes del sistema inquisitivo

Para entender la importancia del IV Concilio de Letrán es necesario remontarnos al Concilio de Verona de 1184 en donde nace la Figura de la Inquisición, a diferencia de lo que se piensa, la Iglesia de esa época no estaba interesada en la represión de los herejes, sino en su conversión y arrepentimiento con la finalidad de acogerlos nuevamente a la Cristiandad; pero esta filosofía cambiaría drásticamente, con el Papa Inocencio III quien fue el precursor del IV Concilio de Letrán, el cual tenía como propósito realizar profundas

³ RICO, José, Justicia en América Latina penal y transición democrática, pagina 240.

reformas en la lucha contra la herejía, declarando que todo aquello que hasta el momento había sido perseguido como pecado por la Iglesia pasaría también a ser concebido como delito por el Reino y dejando la persecución en manos de La Santa Inquisición, de la cual se deriva el nombre de proceso inquisitivo.

El proceso inquisitivo constaba de tres etapas, la previa, la inquisitiva y la judicial. La etapa previa comenzaba cuando el Inquisidor pronunciaba el sermón de la fe, seguido de la fijación del edicto de gracia que exaltaba los valores Cristianos y exhortaba a todas las personas a vivir bajo las leyes de Dios y a defenderlas; además explicaba en detalle las conductas punibles, para que aquellas personas que encontraran coincidencias entre su actuar o el de algún conocido con estas conductas confesaran voluntariamente o denunciaran a quien hubiera incurrido en ellas, con el beneficio de sufrir únicamente una pena leve.

En esta etapa la Inquisición se podía valer de medios como la visita, el espionaje y los otros reos para perseguir los delitos; las visitas consistían en inspeccionar las viviendas de los ciudadanos en busca de indicios, además de tomar entrevistas a los vecinos y conocidos sobre los hechos, los hallazgos de la inspección y las respuestas dadas en las entrevistas eran consignadas por escrito por un notario y luego enviadas a los Tribunales para su estudio. Las visitas servían también para constatar si las sanciones previamente impuestas a algún ciudadano estaban siendo cumplidas.

El espionaje se hacía por medio de una persona cercana al sospechoso para despejar dudas sobre su conducta y por último las denuncias hechas por otros reos delatando a sus cómplices se recibían e investigaban en total secreto a fin de evitar alertar al sospechoso y se confirmaban con las declaraciones de al menos cinco testigos. Estos escritos se enviaban al Tribunal donde los censores determinaban si había o no indicios claros de algún delito, de ser así el fiscal expedía una orden de detención contra el sospechoso quien debía ser arrestado inmediatamente por el alguacil. Al momento del arresto se confiscaban los bienes y se mantenían en secreto los cargos por los cuales se estaba deteniendo al sospechoso,

tampoco se le informaba donde sería recluido ni se permitía que su familia tuviera contacto con él.

Posteriormente el indiciado era interrogado por el Inquisidor en presencia de dos religiosos y un testigo, previo al interrogatorio se tomaba el juramento al reo, quien se identificaba por su nombre y ascendencia religiosa, enseguida se le preguntaba si conocía los motivos de su arresto buscando una confesión y si no aceptaba su culpabilidad se seguía con la fase acusatoria, la cual consistía en la lectura del acta inquisitoria por parte del fiscal al acusado, en dicha acta se le informaba minuciosamente de los hechos y cargos, manteniendo en secreto los nombres de los testigos de la Inquisición para evitar las represalias por parte de los imputados, terminada la lectura el fiscal le explicaba al reo las penas que podía sufrir en caso de ser encontrado culpable y lo inquiría una vez más a confesar.

Dado que en este punto el acusado había insistido repetidamente en su inocencia, el Tribunal consideraba que debía asignársele un abogado y un procurador para ejercer su defensa, el defensor podía ser designado por el reo o de oficio por el Inquisidor. El Procurador podía reunirse con el reo y obtener una copia del acta de acusación con el fin de estudiarla, el defensor y el acusado se reunían únicamente en presencia del Inquisidor y se dejaba por escrito todo cuando se dijera en las entrevistas, es de resaltar que si el defensor descubría que su defendido era culpable debía informar inmediatamente al fiscal y abandonar la defensa; El imputado tenía nueve días para contestar por escrito la acusación, este escrito presentaba una nueva oportunidad para que el reo confesara, de no hacerlo se daba inicio a la etapa probatoria; En esta etapa ambas partes podían solicitar pruebas para defender su posición, en el caso de los testigos, estos eran interrogados únicamente por el Inquisidor en presencia del notario y un oficial del Santo Oficio, y sus respuestas quedaban por escrito. Una vez que el Inquisidor consideraba que tenía pruebas suficientes para demostrar la culpabilidad del procesado, nuevamente lo exhortaba a confesar el delito, si este se negaba, el Inquisidor estaba facultado para aplicar la tortura o tormento.

Enseguida se llegaba a la fase final del proceso con una revisión por parte de los asesores de las actuaciones realizadas dentro este y la emisión de un concepto de culpabilidad o

inocencia, los asesores eran expertos en teología que podían ser o no religiosos, después de esto se presentaban los escritos con las conclusiones del fiscal y de la defensa y luego de que el Inquisidor los revisaba procedía a dictar sentencia y por último se conocía el veredicto.

La figura de la Inquisición en España cobro tal valor que permeo la mayoría de las leyes estatales y el proceso inquisitivo se hizo cada vez más notorio para las investigaciones de carácter civil donde el modelo inquisitivo fue cada vez más evidente, insistiendo en la participación activa del juez y la necesidad de que este conociera la verdad antes de dictar la sentencia. La importancia de la Inquisición española es que por vía de la conquista llego la figura de la Inquisición a América Latina, donde el primer tribunal permanente se estableció en el año de 1570 en Lima, Perú, en México en 1571 y en 1610 en Cartagena de Indias.

La Santa Inquisición en Colombia comenzó sus labores en 1611 y tenía competencia sobre los arzobispados de Santa Fe, Santo Domingo, Santa Marta, Popayán, Venezuela, Puerto Rico y Santiago de Cuba. En sus inicios tenía jurisdicción sobre los cristianos, los practicantes y sus esclavos; Los indígenas se consideraban almas ignorantes de la fe por lo cual no entendían las faltas que estaban cometiendo y los misioneros debían acercarlos a Dios y acogerlos en la Iglesia.

La Inquisición en Europa fue abolida de forma definitiva en 1834 por María de Borbón y en Colombia se logró su expulsión definitiva con la Constitución de 1821 que en su artículo primero además de la abolición del Santo Oficio y la prohibición de que se volviera a establecer en este país, decreto que todos sus bienes y rentas fueran expropiados y se destinaran en aumento de los fondos públicos

A pesar de la aparente separación entre Estado e Iglesia vemos como el modelo inquisitivo quedo grabado en el sistema penal colombiano con las modificaciones que cada época requirió.

(ii) Antecedentes del sistema acusatorio

“La importancia de la Carta Magna radica no sólo en los principios consagrados en ella, sino en la idea central que la inspiró, de gran trascendencia para la posteridad, respecto al hecho de que un gobierno deja de ser legítimo cuando no respeta los derechos de la sociedad”⁴

Como base del proceso acusatorio inglés, encontramos el common law, que era el derecho común, según el cual todos los asuntos que fueran de interés general al reino debían ser conocidos por el rey de Inglaterra además de los que fuesen calificados por el canciller quien era el encargado de expedir el *writ* a quienes estuvieran interesados en acceder a este.

Junto con el *common law*, se desarrolló también la *equito* o equidad, el cual se conocía y utilizaba previamente al common law, pero que se único junto con este en un solo sistema aunque manteniendo procedimientos y técnicas distintas.

El sistema de derecho consuetudinario inglés se comenzó a desarrollar con una acumulación de los distintitos fallos por parte de los jueces sobre los temas de derecho común los cuales vinculaban a los demás jueces por medio de la *stare decitis*, es decir la fidelidad a una sentencia previa.

Es de resaltar que Inglaterra nunca adopto la idea de la Revolución Francesa de que los jueces debían aplicar estrictamente la ley escrita, sin ningún tipo de interpretación, pero esto no quiere decir que el sistema consuetudinario carezca de leyes escritas, puesto que los fallos han sido redactados y permanecen accesibles para su conocimiento e incluso actualmente muchas leyes han sido codificadas en áreas de derecho comercial, penal y en algunas de derecho civil.

(iii) El sistema mixto.

⁴ DELGADO DE CANTÚ, Gloria, El Mundo Moderno y Contemporáneo Volumen I, pagina 58.

De la comparación con el punto anterior se puede concluir que ambos sistemas son opuestos y no puede hablarse de una real convivencia entre los dos, sin embargo el sistema mixto *“se caracteriza por consagrar algunos principios del modelo acusatorio, pero también con claras muestras de reminiscencias de corte inquisitivo Resulta sin embargo caracterizar el sistema de enjuiciamiento mixto por el hecho de existir dentro del marco del mismo una variedad considerable de matices, que atienden a la connotación especial que cada legislación penal le proporcione”*⁵

Dicho esto para poder hablar de un sistema mixto hay dos características necesarias, la primera es que la persecución del delito debe estar en cabeza del Estado, no en manos de los particulares, y segundo la separación entre quien juzga y quien acusa.

2. ACUSACION, ORALIDAD E IGUALDAD DE ARMAS: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO.

2.1 Introducción.

El derecho procesal penal, según ROXIN nace a la vez como obligación y como consecuencia para el Estado por la prohibición a las venganzas privadas, aunque esta facultad del estado como única autoridad encargada de la persecución y sanción de las conductas punibles trajo para los ciudadanos no solamente un aumento de seguridad sino también un riesgo de caer en los abusos del poder cuando se vieran enfrentados a un proceso penal y por lo tanto nació el deber estatal de proteger los derechos de aquellos individuos que estuvieran siendo procesados, es decir, *“los límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas a su libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa (...). Aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio solo será adecuado al ordenamiento procesal, cuando ninguna garantía formal del proceso haya sido lesionada en perjuicio del imputado.”*⁶ . Para garantizar estos derechos se desarrolló el modelo garantista, como

⁵ ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, pagina 112.

⁶ CLAUS, Roxin, *Derecho Procesal Penal*. Ed. Del Puerto. Página 2.

resultado del pensamiento del siglo XVIII, el cual se soporta en los axiomas A7 *Nulla culpa sine iudicio*, A8 *Nullum iudicio sine accusatione*, A9 *Nulla accusatio sine probatione* y A10 *Nulla probatio sine defensione* presentados por FERRAJOLI como una condición sin la cual no es posible afirmar la responsabilidad penal y muchos menos aplicar una pena.

Estos axiomas dan respuestas a las preguntas de ¿Cómo y cuándo juzgar? La importancia en la claridad de los axiomas y en los principios del modelo garantista, radica en que de una correcta interpretación nace una adecuada aplicación, y por el contrario una errada interpretación tiene como consecuencia una aplicación equivocada; en donde a pesar de que la norma contiene garantías propias de un modelo acusatorio, los operadores judiciales mantienen en su aplicación un modelo autoritario, evidenciando una falta de apropiación del verdadero fin de un derecho procesal penal garantista y entremezclándolo con la prevención del delito, la defensa social y demás finalidades que le son ajenas.

MIRANDA ESTRAMPES y CABRERA FREYRE explican que *“En los actuales sistemas democráticos únicamente merece el calificativo de proceso penal aquel en que se respeten las garantías procesales y los derechos y las libertades de los ciudadanos, esto es, aquel que cumple con las exigencias derivadas del proceso debido. Cuando en el ejercicio del ius puniendi no se cumplen estas exigencias no estamos en realidad ante un proceso penal, sino ante un acto de autoritarismo, de significación profundamente antidemocrática, esto es, ante una manifestación de arbitrariedad de los poderes públicos”*⁷, por este motivo muchos países de tradición inquisitiva que hoy cuentan con una Constitución democrática, han buscado hacer la transición hacia un modelo acusatorio y han dejado de lado sus procesos secretos y escritos reemplazándolos por uno donde el juez asuma el papel de defensor de las garantías del procesado haciéndolos públicos y orales. Como veremos más adelante, muchos de esos países se encuentran en la región Latino Americana y han tenido diversos procesos en la aceptación e implementación de los nuevos códigos.

La acusación, la oralidad y la igualdad de armas son la base del mencionado modelo acusatorio, estos principios se corresponden con lineamientos internacionales integrados a

⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel y CABRERA FREYRE, Alonso. *Temas de derecho penal y procesal penal*. Editorial: APECC. Página 8.

los textos Constitucionales de los Estados, así lo explica ALARCON GRANOBLES, mencionando por ejemplo La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 26 que dispone: *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y publica, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con las leyes preexistentes y que no se le impongan penas crueles, infames o inusitadas”* o el artículo 8.2.f del Pacto de San José de Costa Rica donde se plasma el derecho de la defensa a contrainterrogar los testigos presentes en el tribunal, lo cual evidentemente debe hacerse de manera oral durante el juicio.

2.2 Justificación.

La Enciclopedia Italiana de Derecho, define el sistema acusatorio, como aquel que responde a la ideal fundamental de todo juicio de ser una contienda entre dos partes opuestas, resuelta por un juez, inspirado en determinados principios; Se evidencia entonces que a partir de los principios se cimientan los sistemas, aunque en muchas ocasiones estos dos términos se utilizan sin la precisión requerida y por tanto se crean confusiones en la mente de los operadores judiciales, que hacen inexacta la norma y consecuentemente la práctica. *“la confusión tiene su origen en que todo sistema acusatorio lleva implícita la aplicación de un modelo acusatorio, sin embargo, esto no ocurre a la inversa, es decir, no todo sistema en el que rige el citado principio puede considerarse como acusatorio. El principio es una parte del sistema y éste representa el todo. Pero existen otras notas que son independientes y no siempre lo acompañan.”*⁸

El mencionado principio se evidencia dentro del proceso en los estadios que mencionaremos a continuación.

(i). Separación entre instrucción y decisión.

El consenso general sobre el principio acusatorio es la clara separación entre quien juzga y quien instruye con el objeto de garantizar la imparcialidad del juez.

Sin embargo JUAN LUIS GOMEZ y JOSE LUIS GONZALEZ plantean que esta regla obedece a una incompatibilidad de funciones más que a cualquier otra cosa, es decir, *“el*

⁸ GONZALEZ NAVARRO. Antonio Luis. *La acusación en el sistema penal acusatorio*. Ed. Leyer. Página 349

*que un juez haya instruido no supone que el mismo tenga «interés» en que la sentencia se dicte con un sentido determinado; el instruir no afecta a la parcialidad (esto es, a decidir con prevención a favor o en contra de una de las partes), sino que comporta la realización de dos actividades que son incompatibles atendida la forma regular del proceso. El haber investigado los hechos, no permitirá al juez limitarse después en el juicio oral a verificar los mismos con los medios de prueba propuestos por las partes, pero ellos no guarda relación con la parcialidad”*⁹ consideramos importante este aporte ya que en la actualidad la parcialidad del juez se ve afectada por diferentes motivos como la presión de los medios de comunicación o las expectativas de la sociedad, más que por haber conocido del proceso con anterioridad y por lo tanto esta distinción se explica de manera más adecuada por la incompatibilidad de funciones que por otras causas.

(ii). Quien juzga no puede acusar.

Esto resulta indudable no solo para el proceso acusatorio sino para cualquier tipo de proceso, en este punto se puede decir que el Estado se desdobra para cumplir con la función de acusar (Fiscalía) y la de juzgar (jueces). En nuestra legislación aparece desde el orden constitucional esta distinción de manera clara, ambas pretensiones están delimitadas en sus facultades y obligaciones.

(iii). EL juez no puede dirigir materialmente el proceso.

La dirección material se refiere al límite que encuentra el juez frente a las pruebas, ya que solamente debe decidir sobre aquellas que llegan a su conocimiento por medio de la acusación; *“El órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ellos comportaría que esta estaría convirtiéndose en acusador”*¹⁰

(iv) No hay proceso sin acusación.

⁹ GOMEZ, Juan Luis y GONZALEZ, José Luis. *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Editorial: Tirant Lo Blanch. Página 327

¹⁰ GOMEZ, Juan Luis y GONZALEZ, José Luis. *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Editorial: Tirant Lo Blanch. Página 330

Sin la existencia de una acusación no es posible que se dé siquiera inicio al proceso penal, ya que es en este escrito donde el Fiscal expone los motivos facticos y jurídicos por los cuales considera necesario llevar al imputado a juicio, este escrito tiene la particularidad de contener los indicios que han llevado al acusador a solicitar que la “culpabilidad” sea debatida en juicio y al mismo tiempo contiene las pretensiones del Estado para caso en concreto.

La acusación reviste tal importancia dentro del proceso que en nuestro caso, separa las etapas pre-procesales de las procesales y es entendida como un acto complejo, escrito y sustentado oralmente en juicio, que marca el final de la investigación y abre la etapa de juzgamiento.

“En el sistema acusatorio la acusación distinto al sistema mixto no es una actuación judicial, no tiene la categoría de providencia jurisdiccional en efecto no admite recursos y esto se debe a que el fiscal no tiene funciones judiciales en el tema, pues se trata de la pretensión punitiva del Estado que la Fiscalía va a defender en el juicio oral, pero no puede ser mirada como una actividad judicial, sino como la propuesta del abogado litigante del Estado (el fiscal), y la misma será marco factico y jurídico para el debate, obviamente la pretensión punitiva condensada en la acusación como acto complejo tendrá que ser sometida al ejercicio de un debate probatorio y ella subsistirá en la medida que la Fiscalía sepa y tenga los argumentos precisos para convencer al juez en que hay responsabilidad penal, si superan la duda los argumentos de la Fiscalía soportado en el debate de pruebas, por ende el resultado esperado debe ser la declaratoria de responsabilidad. .”¹¹

Seguidamente de la acusación, planteamos la oralidad como cimiento del modelo acusatorio, puesto que dicho modelo gira en torno al juicio oral, por ser este el escenario *natural* de la prueba. La oralidad significa que el juez o jurado solamente puede basar su fallo en las alegaciones fácticas presentadas en juicio, siendo esta exigencia de suma importancia para la legitimidad del proceso, ya que hace posible que este sea

¹¹ GOMEZ, Juan Luis y GONZALEZ, José Luis. *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Editorial: Tirant Lo Blanch. Página 386

verdaderamente contradictorio, al permitir la refutación de las pruebas presentadas por una y otra parte, GOMEZ COLOMER señala en este principio una diferencia clave entre modelo inquisitivo y acusatorio, puesto que en el sistema inquisitivo también tienen vocación de prueba las actuaciones realizadas durante la investigación.

La aplicación de este principio se ve reflejada dentro del juicio oral en la exclusión de las declaraciones escritas como fundamento de las sentencias; esto quiere decir que las personas que sirven como testigos dentro del juicio deben declarar personalmente, aunque existen excepciones en las cuales se permite las lecturas de las actas que contienen las declaraciones, para ROXIN, estas son: a) la ausencia inevitable de los testigos b) la declaración de un testigo puede ser leída de un acta cuando el fiscal, el defensor y el acusado están de acuerdo en ello, de igual manera aplica para las actuaciones de los peritos o los coimputados pero para que esta lectura proceda se requiere auto judicial fundado. c) cuando los testigos se encuentren presentes, solo se puede recurrir a la lectura del acta para recordar o verificar contradicciones, lo mismo aplica en el caso de los peritos y d) en el caso de confesión del acusado para contrastar su anterior declaración con la nueva. Y en la exclusión de fuentes de conocimiento fuera del juicio oral, es decir que el juez no puede fundamentar la sentencia en hechos que tenga conocimientos de manera privada, si quiere poner en conocimiento estos hechos, debe hacerlo dentro del juicio oral. Tampoco puede procurarse nuevos conocimiento durante las deliberaciones, es decir queda prohibido reunirse en privado con peritos o testigos.

Por ultimo planteamos la igualdad de armas como un requisito esencial para el ejercicio al derecho de la defensa del imputado; En un sistema adversarial el principio de igualdad de armas cumple un papel muy importante, pues tanto la fiscalía como la defensa deben contar con las mismas herramientas y garantías de acudir al juez sin privilegios ni desventajas, como lo dejo plasmado la Corte constitucional en la sentencia C 1194 de 2005 cuyo magistrado ponente fue el doctor Marco Monroy Cabrera.

La igualdad de posiciones también hace referencia al acceso a las diferentes instituciones, muchas de ellas estatales, para la obtención de elementos materiales probatorios, por ejemplo medicina legal; Es decir que cada una de las partes debe tener la posibilidad de solicitar elementos probatorios sin distinciones, con el fin de llegar a una posición de

igualdad al momento de controvertir cualquier situación que involucre la responsabilidad del ciudadano procesado. El principio de igualdad de armas se materializa para garantizar el descubrimiento de pruebas.

En el ámbito nacional, este principio tiene su fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, al avalar el acceso de todas las personas a la administración de justicia en igualdad de condiciones pero como vimos este estadio es solamente un abre bocas de lo que realmente implica este principio, complementado con el artículo 4 de la ley 906 donde se encuentra la obligación del servidor público de hacer efectiva la igualdad de condiciones de los intervinientes en el proceso penal y la protección de cada persona sin importar su condición.

Evidentemente este es un principio que busca blindar a los ciudadanos que se enfrentan al estado dentro de un proceso penal y por lo tanto es uno de los pilares que sostiene la función del derecho penal de proteger al ciudadano de los abusos del estado en la búsqueda y juzgamiento de los hechos punibles.

3. MODELOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO: NORTEAMERICA Y ALEMANIA

3.1 Características Generales del sistema procesal penal norteamericano en la jurisdicción federal.

“El padre inmediato del derecho norteamericano es el inglés, que los colonos británicos llevaron consigo al Nuevo Mundo durante los siglos XVII y XVIII, y que fue “recibido” oficialmente, después de la Revolución Norteamericana, por los distintos estados de la Unión, como base de su propio derecho. Esta aceptación del derecho inglés contribuyo a

salvar la continuidad del derecho norteamericano con el patrimonio legal común recibido de Occidente.”¹²

La Constitución de Estados Unidos es la columna vertebral de todo el sistema judicial y establece las competencias para el gobierno federal y el estatal. El sistema federal está organizado de forma piramidal y lo integran las Agencias Federales, La Acusación Penal Federal, Los Tribunales Federales y La Oficina Federal de Prisiones. Las agencias federales de investigación están compuestas por todos los Fiscales Federales que hacen parte del Departamento de Justicia además de la Oficina Federal de Investigaciones (FBI), la Oficina Federal de la Administración de Drogas (D.E.A), La Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego, el Servicio Secreto y también el Servicio de Aduanas y los Alguaciles Estadounidenses (U.S Marshall) quienes se encuentran bajo la supervisión del Procurador General.

Los Tribunales Federales tienen atribuciones de revisión judicial y su competencia esta en el Artículo III de la Constitución (por lo cual se les conoce como tribunales del artículo III); La organización de estos Tribunales atiende a una jerarquía conformada por tres órdenes de forma territorial de la siguiente manera: (i) Tribunales Federales del Distrito es la Corte Primaria, o también Corte del Distrito, en la escala jerárquica esta es la de menor rango, lo podríamos llamar juzgados de primera instancia y de jurisdicción ordinaria tanto en asuntos Penales como Civiles, operan en los noventa y cuatro Distritos Judiciales Federales, dependiendo de lo extenso del territorio o del número de su población, y aunque puede variar el número de jueces en cada uno de ellos es importante aclarar que solo uno preside. (ii) Tribunales Federales del Circuito de Estados Unidos o Tribunales de Apelación de Estados Unidos, en estos tribunales es donde se resuelven la mayoría de los casos, en caso de que alguna de las partes dentro del litigio considere que el juez cometió un error de derecho que fue determinante en su situación jurídica puede recurrir al tribunal de apelaciones con el objeto de que se resuelva en forma justa, en cuanto los errores de hecho no son apelables. (iii) La Corte Suprema de los Estados Unidos o Tribunal Supremo de Estados, está compuesta por nueve jueces y es la de más alta jerarquía en el poder judicial

¹² BERMAN, Harold J., *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, página 8

federal, sus jueces conocen de causas falladas por los tribunales federales de apelación, sin embargo pueden reunirse con el fin de argumentar su propia opinión respecto al caso referido, en asuntos penales no se puede apelar ante esta corte, pero se puede solicitar una revisión sustentando las razones de la inconformidad y la importancia del asunto jurídico que amerita ser revisado, esta solicitud es llamada petición de auto de *certiorati*. Esta corte en primera instancia conoce de controversias entre dos estados, Estados Unidos y un estado, en estado contra un ciudadano, de un estado con un extranjero, embajador o cónsul.

En cuanto al proceso penal norteamericano, este se caracteriza por ser lo más garantista posible con las libertades del ciudadano desde el momento mismo en que este entra al sistema, y para ello cuenta procedimientos e instituciones que lo caracterizan y que son el producto de la larga tradición que ya conocemos; Dicho proteccionismo es evidente desde el inicio del proceso, y es por eso que primer derecho del que goza todo aquel que se enfrenta a un juicio de carácter criminal es el derecho a la intimidad, este derecho está consagrado en la Constitución Federal y en las Constituciones Estatales de todo el territorio y protege a los ciudadanos contra registros sin una orden expedida por una autoridad competente en su cuerpo, domicilio, documentos, correo, etc..., además de ser una protección es una obligación que se le impone a las autoridades de no violar la intimidad de las personas salvo la autorización expresa de un juez que este razonadamente fundamentada en cada caso particular, exceptuando los casos taxativamente considerados como flagrancia.

Los siguientes derechos en la lista son la libertad y la dignidad, los cuales son inviolables y deben ser respetados en todo momento por cualquier autoridad, las limitaciones a estos derechos han sido objeto de distintos pronunciamientos y solo puede detenerse a quien tenga una causa probable en su contra o haya sido sorprendido en flagrancia.

A continuación se encuentra el debido proceso, consignado como un derecho en la sexta enmienda de la Constitución, según el cual *“está prohibido el encarcelamiento prolongado sin una audiencia o vista judicial previa. El detenido tiene que ser llevado ante un juez sin demoras innecesarias, porque tiene derecho a que se le oiga inmediatamente en juicio para*

determinar si hay causa probable en su contra"¹³ y en caso de que así sea, tiene derecho a libertad bajo fianza (excepto para delitos que tengan contemplada la pena de muerte), la cual no debe resultar excesiva al detenido, en todo caso, si este no tiene los medios económicos para pagarla se le deben presentar distintas opciones jurídicas para que pueda salir en libertad, tales como quedar bajo la custodia de un guardián que asegure su presencia durante el proceso. Este derecho también le garantiza al ciudadano la asistencia de un abogado para que pueda ejercer su defensa, incluso en los casos de delitos menores y es que su importancia es de tal magnitud para el debido proceso, que el Estado debe proporcionar abogados gratuitos a quienes no tienen la posibilidad de costearlos y darles el tiempo suficiente para preparar el caso; a su vez el acusado por gozar de este derecho está sujeto a la prohibición de rechazar la defensa por razones de carácter personal.

Durante el proceso criminal también se busca minimizar el daño al buen nombre del ciudadano por lo cual no se puede juzgar a un hombre sin que antes se halla acusado de un delito concreto bajo juramento, si esto no ocurre el ciudadano puede solicitar que un gran jurado (compuesto por conciudadanos suyos) comparezca ante el juez para que este decida si hay causa probable o no.

Ya dentro del juicio, el principio de imparcialidad está garantizado por las leyes que regulan los compromisos emocionales y el expresar su posición personal frente al proceso de manera pública como motivos para descalificar al juez; y la selección de los jurados conjuntamente por el fiscal y la defensa para evitar ciudadanos que se dejen influenciar por la opinión de la prensa o por sus propios prejuicios.

Además el juicio debe ser público (a diferencia de la audiencia frente al gran jurado para determinar la causa probable) esto quiere decir que quien lo desee puede asistir a las audiencias dentro del proceso y la relación llevada por el secretario está a disposición de quien la solicite, *“la experiencia nos ha enseñado la dura lección de que los jueces, los jurados, los fiscales y los testigos suelen comportarse mejor en público. Si no lo hacen, al*

¹³ BERMAN, Harold J., *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, página 63

divulgarse su mal proceder, pueden corregirse mejor sus defectos."¹⁴ , sin embargo este principio no puede violar el derecho al buen nombre de los individuos, y es por esto que cuando la naturaleza del caso es tal, que crea un revuelo público que pone en peligro la correcta administración de justicia, la ley permite que se aplaze el juicio hasta que se calme la opinión pública o que se traslade a otro estado.

De igual manera, la presunción de inocencia no puede ser menoscabada, sino hasta que haya sentencia condenatoria, pues es el Estado quien tiene la obligación de demostrar la culpabilidad del individuo sin dar lugar a duda razonable, al menos en los doce miembros del jurado, tal es su importancia que el fiscal no le puede pedir al acusado que aporte pruebas, ni el no aportarlas puede ser tenido como un indicio en su contra durante el juicio, además si decide interrogarlo durante el proceso debe darle el mismo trato que a cualquier testigo, y en virtud de este principio está prohibido al fiscal ocultar pruebas, testigos o hechos que le sean favorables al acusado.

Al momento de dictar sentencia y por tratarse de un proceso en el que se da prioridad al respeto por los derechos fundamentales, se prohíben los castigos crueles e inhumanos ya que la finalidad es la de resocializar al reo y no la de castigarlo.

Además, la ley norteamericana ha buscado que estos principios no se queden únicamente en la teoría, es por esto que cuando la defensa considere que no se han cumplido a cabalidad puede pedir la apelación ante los tribunales que pueden revocar los fallos por faltar a estas normas.

Pero así mismo existen instituciones que marcan una diferencia tajante entre este proceso y los procesos latinoamericanos, una clara diferencia es la forma de llegar al cargo entre los fiscales estadounidenses y los latinoamericanos, puesto que en el sistema federal los fiscales del distrito son elegidos por el presidente, además otros cuarenta y cinco fiscales de distrito son elegidos popularmente (muchos de ellos vienen de ser abogados defensores sobresalientes) y van escalando de cargo de acuerdo a sus capacidades, en lo que se

¹⁴ BERMAN, Harold J., *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, página 67

denomina carrera administrativa; La elección popular de los fiscales abre un amplio camino para que exista un control público de sus funciones, así las cosas, los fiscales están frente a un control constitucional por parte del Ministerio Público y un control social por parte de sus votantes; Este control es vital para el buen funcionamiento del proceso y revalida la confianza de la sociedad en sus instituciones, puesto que el fiscal tiene a su cargo la elección de los casos que llevara a juicio y los que no, es decir, su criterio representa al Estado y el actúa como abogado de la sociedad;

El *prosecutor* además, cuenta con una serie de funciones y atribuciones (limitadas claro está por la Constitución y teniendo en cuenta los derechos de los investigados), una de ellas es la dirección en cuanto a las evidencias para la acusación del sospechoso y en ese contexto de igual forma, dentro del marco legal decide por que delitos iniciar la investigación. Dentro de sus atribuciones además está la posibilidad de negociar con el abogado defensor con el fin de presentar ante el juez una serie de evidencias que beneficien al acusado en la decisión final.

El acusador público es entonces quien tiene el deber de acusar y direccionar en la etapa inicial la investigación con el objeto de proteger a la sociedad y con miras a una justicia efectiva.

Además de esto, el sistema norteamericano es un sistema real de partes adversas, debido a que existe una clara distinción dentro de las funciones de las partes que intervienen en el litigio (abogado, juez y jurado) esto con el fin de que se pueda garantizar un juicio justo e imparcial a los ciudadanos. Al juez le pertenece la causa, esto quiere decir que su fallo debe ser lo más objetivo y libre posible y no puede emitir un juicio sino hasta haber escuchado y valorado los argumentos de las partes, no puede dejarse llevar por el ímpetu con que se le presenten los argumentos y al contrario debe valorarlos sin permitir que la vehemencia de las partes afecte su función.

De esta misma manera se encuentra regulado el papel del abogado cuyo objetivo es el de persuadir al juez y al jurado a favor de su cliente *“tan importante es la función del abogado encargado de la defensa que, cuando el acusado no puede encontrar o pagar a uno que le represente, es práctica procesal que el tribunal le designe uno de oficio. Según nuestro*

*sistema constitucional, si el tribunal no lo hiciera así podría quedar invalidado su fallo adverso”*¹⁵ el rol del abogado dentro del proceso es vital para garantizar el espíritu del juicio puesto que es el quien concurre a defender los intereses de su cliente como si fueran propios pero armado con la formación necesaria para enfrentar de manera convincente a un tribunal, juez o jurado y es aquí donde apreciamos la esencia del sistema de partes adversas.

Y por último otra diferencia la encontramos en una de las instituciones típicas norteamericanas, y que a pesar de estar plasmada en varios textos suramericanos aún no se ha sabido implementar en nuestra región, esta es la institución del jurado, que consiste en un grupo de doce ciudadanos, elegidos entre los votantes inscritos, quienes son convocados e interrogados por el juez y los abogados de ambas partes para garantizar su imparcialidad, (esto es que no tengan relación con las partes ni prejuicios sobre la causa).

El papel del jurado dentro del juicio simboliza la participación del pueblo dentro de la administración de justicia y aunque sus funciones son ampliamente debatidas hasta el día de hoy, el proceso norteamericano ha sabido dar tanto al juez como al jurado competencias propias para que su función dentro del proceso sea complementaria. “ *La intervención del jurado en una causa criminal significa esto: que, antes de arrebatar el estado la vida, la libertad o la reputación a un hombre, es preciso que se vea evidentemente su culpabilidad y el grado de la misma, no sólo por mentes profesionales sino por el hombre de la calle .. O, mejor dicho, por los doce individuos que hablan con una sola voz*”¹⁶ El jurado tiene bajo su cargo el decidir cuál de las dos partes en pugna tiene la razón, basándose en los argumentos y pruebas presentados por los litigantes y los lineamientos impartidos por el juez.

Un claro ejemplo de la importancia del jurado lo podemos encontrar en la sentencia de Jones vs. United States de marzo de 1999, en la cual “*se estableció que las lesiones graves que la ley federal contempla como circunstancia de agravación del delito denominado carjacking, que consiste en el apoderamiento violento de un automotor, no podían ser*

¹⁵ BERMAN, Harold J., Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos, página

¹⁶ BERMAN, Harold J., Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos, página 54

*tomadas en cuenta por el tribunal al fijar la sentencia si no habían sido objeto de acusación concreta referida a dicha circunstancia, ni probadas más allá de la duda razonable ni, finalmente, sometidas a la decisión del jurado. La Corte hizo especial hincapié en la consideración de este último aspecto puntualizando que cualquier disminución de la importancia del jurado por vía de quitarle el control de los hechos determinantes de la graduación legal de la pena tendría reminiscencias de antiguas controversias no resueltas acerca de los alcances de la sexta enmienda de la Constitución.”*¹⁷

*“De cualquier manera lo que interesa advertir es que todas las culturas, en todos los lugares y en todos los tiempos, las de la historia más antigua, las relevadas etnográficamente o las de las sociedades actuales, conocen alguna forma de participación popular en el enjuiciamiento criminal. Esa participación puede canalizarse de una manera institucionalizada: con jurados, escabinos, asesores populares o con otras variantes de esa índole. O puede traducirse en formas bastante caóticas como los vítores y abucheos de la asamblea que rodea a los jueces. Es decir, entonces, que las distintas especies del mismo género pueden ser clasificadas atendiendo su mayor o menor grado de institucionalización.”*¹⁸

El proceso penal norteamericano es de gran importancia, puesto que ha sido el modelo de inspiración para la mayoría de los países suramericanos que quisieron hacer la transición del sistema inquisitivo al modelo adversarial, y en muchos casos el gobierno estadounidense ha servido como observador de los avances de este cambio.

3.2 Características Generales del sistema procesal penal alemán en la jurisdicción federal

¹⁷ Catedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Buenos Aires. *Jueces y Jurados ¿Una relación conflictiva?* Consultado el 8 de junio de 2014 en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=59

¹⁸ Catedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Buenos Aires. *Jueces y Jurados ¿Una relación conflictiva?* Consultado el 8 de junio de 2014 en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=59

El proceso penal alemán se divide en dos etapas: instructora y judicial; El procedimiento judicial se divide a la vez en: procedimiento intermedio y procedimiento principal con vista de causa. La fase instructora se inicia de oficio o por medio de una denuncia y le pertenece a la fiscalía, pues es esta quien dirige las funciones de la policía investigativa, y se termina una vez la fiscalía tiene motivos suficientes para la promoción de la acción pública; Entonces se pasa a la etapa intermedia con la presentación de la acusación frente a un juzgado quien decide si existen suficientes pruebas en contra del sospechoso, y de ser así se da inicio a el procedimiento principal con la resolución de la apertura, la fase más importante en ese procedimiento es la vista de la causa (o juicio oral) en la cual se hace la recepción de la prueba, se proclama la sentencia y se presentan los recursos.

El modelo alemán es de gran importancia y fue escogido dentro de este trabajo, puesto que tiene la particularidad de que a pesar de ser un modelo acusatorio no se basa en el principio del *fair trial* (juicio justo) Inglés; En el sentido de que no contempla la posibilidad un “juicio justo” dada la relación entre ciudadano y Estado, sino que se rige por un principio de “igualdad de armas” entre acusador y acusado que procura la igualdad de sus actuaciones dentro del procedimiento principal, pues como se explicó anteriormente la fase instructora le pertenece únicamente a la fiscalía.

El principio de acusación, se ve reflejado en el modelo alemán puesto que quien se encarga de acusar es el Ministerio Fiscal, que es representado por una persona distinta a la del juez; y el juez se encarga únicamente de juzgar, consecuentemente, el juez no puede proceder nunca de oficio (ni aunque el delito se cometa delante de él) ni tampoco puede ampliar la acusación por otros hechos al mismo autor o por coautoría a personas distintas de las que aparecen en la acusación; La oralidad hace parte de los principios que rigen la vista de la causa y hace referencia a que el tribunal únicamente puede dictar sentencia basándose en el material allí aportado, por lo tanto el contenido de los autos así como el de cualquier otra fuente de conocimiento está excluido de la sentencia así como los testigos de referencia.

4. EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA.

4.1 La llegada del modelo acusatorio a América Latina.

La llegada del modelo acusatorio a los países latinoamericanos no solamente obedece al deseo de dejar de lado siglos de herencia inquisitiva, sino que también se concibió como la respuesta a una serie de problemáticas sociales que son comunes a todos los países de la región, como son las debilidades institucionales, los conflictos armados, los altos índices de impunidad, el aumento en la percepción de inseguridad por parte de los ciudadanos, la corrupción y los fenómenos delictivos como el terrorismo, el narcotráfico y el crimen organizado que ponían en jaque la estabilidad del Estado; Por tanto los objetivos de esta conversión fueron perseguir y sancionar la criminalidad grave, mejorar la calidad de las decisiones judiciales, ampliar el ámbito de protección a la víctima, y lograr una mayor confianza pública en las instituciones penales.

Por este motivo en las últimas dos décadas los países suramericanos han cambiado drásticamente sus legislaciones tomando como referencia los textos Europeos o Norteamericanos; pero como se advirtió desde un inicio, en varios de ellos las falencias en la implementación de estos sistemas han hecho que sea necesaria una *re-reforma* obligándolos a regresar a sus modelos anteriores, o la falta de apropiación y entendimiento del modelo acusatorio hace que en la práctica se esté frente a un *Frankestein* procesal, compuesto por diversos elementos de distintos modelos, creando así una mixtura de etapas, principios y garantías llevando a confusiones y contradicciones.

Un ejemplo de los países que han buscado este cambio, es el Estado Social y Democrático de Derecho del Perú, que promulgo su nuevo Código Procesal Penal en julio de 2004 y que debía ser implementado en un tiempo de 1.8 años; Este nuevo código buscaba reordenar el sistema de enjuiciamiento penal para acercarse a un ideal de justicia pronta y cumplida, por este motivo en su texto legal quiso potenciar la lucha contra la criminalidad, el derecho a la defensa e instaurar un juicio oral y público orientado hacia la igualdad de partes.

En materia de avances cabe resaltar que para el año 2008 La Corte Suprema del Poder Judicial estuvo orientada a fomentar la jurisprudencia, además creo el plan de desarrollo Institucional del Poder Judicial con el fin de dar mayor independencia a los jueces.

Sin embargo aún se está lejos de lograr un verdadero cambio; según un informe presentado por el Centro de Justicia para las Américas (CEJA) para su primera etapa el presupuesto designado a esta transición fue de 256.037.852 soles (US\$ 87.504.392.), pero sin embargo en el año 2006 el nuevo proceso solamente regía en ciertas regiones, mientras que en las demás los asuntos de orden penal se llevaban por tres distintos procesos: sumario, ordinario y especial; Para el año 2007 el presupuesto fue de 896.834.476 soles (US\$ 286.620.160) para el poder judicial, el Ministerio Público 401.087.548 soles (US\$ 128.183.930) y el Ministerio de Justicia 63.011.176 soles (US\$ 20.137.800), con el fin de acelerar la tramitación de procesos judiciales y para el año 2008 alcanzó los 975.872.900 soles (US\$ 333.517.740) para el poder judicial, Ministerio Público 539.536.287 soles (US\$ 184.393.810) y el Ministerio de Justicia 82.257.616 soles (US\$ 28.112.650), sin embargo para ese mismo año existían únicamente 8,3 jueces, 8,8 fiscales y 2,4 defensores públicos por cada 100.000 habitantes y para el año 2009 únicamente se había implementado el nuevo procedimiento penal en apenas 8 distritos judiciales.

El Ministerio de Justicia para los años 2010 a 2014, identifico las principales debilidades del nuevo modelo, siendo estas: la falta de preparación de los funcionarios, los niveles de producción por debajo de los estándares mínimos, la inadecuada carga procesal, el arraigo a las practicas burocráticas, los problema de corrupción en las instituciones y la falta de capacidad de innovación en la cultura; Además el éxito del modelo acusatorio se ve en riesgo por no disponer del presupuesto requerido, el aumento en la entrada de denuncias al sistema que ya lo desborda por un 50%, el alto número de problemas de notificación e inasistencia a las audiencias y la apatía de los operadores por los temas relacionados con el cambio de sistema procesal.

Como solución a los mencionados problemas, se ha diseñado una estrategia de tres niveles para que en el año 2020 el sistema adversarial en Perú sea una realidad, los propósitos son

reducir la carga procesal de los funcionarios, liquidar oportunamente los casos que aún se llevan por el régimen antiguo y por último invertir mayor presupuesto en llegar a todas las regiones que aún no se han familiarizado con este nuevo modelo.

Otro país en busca de un cambio hacia el sistema acusatorio y que debemos mencionar sin lugar a dudas por ser pionero en esta transición es Chile, que de la mano del código de procedimiento penal de 1906 se mantenía sumergido en un modelo inquisitivo, donde el procedimiento no tenía separación de funciones, además de que el secreto y la estructuración en la investigación se concentraban en la policía; Por este motivo, tan notorio cambio nos llama la atención en comparación con otras reformas de la región, dado el retraso que presentaban las instituciones procesales penales del país hasta el momento del cambio.

El nuevo código de procedimiento penal en Chile se promulgó el 16 de junio de 2000 y estaba pensado para ser un cambio paulatino de 5 años, hasta el 16 de junio de 2005. Las bases del nuevo código chileno estuvieron siempre atendiendo a los reclamos en materia de seguridad pública, dejando de lado la columna vertebral que quizás es el éxito del modelo acusatorio: las garantías al procesado, las cuales quedaron en un segundo plano en tal debate.

Durante la etapa de implementación inicial, de 2000 a 2001, el sistema se enfrentó al escepticismo de ciertos sectores, acerca de la posibilidad real de instalar el modelo adversarial en el país, dadas las dudas sobre la capacidad de los actores de apropiarse de sus nuevos roles, puesto que en esta etapa se consideró la reforma como *contraria* a la cultura jurídica chilena, por lo que se trataría de un modelo puramente teórico sin posibilidad de acción real; Esto junto con la falta de infraestructura para la realización de los juicios orales hacían de esta primera fase, una prueba de fuego para la justicia chilena.

La siguiente etapa, de 2002 a 2005 mostró grandes avances en todo el país en materia de protección a los derechos individuales del imputado y tratamiento de las víctimas, además que mejoró en la capacidad de realizar audiencias y disminuyó el tiempo de duración de estas frente a los jueces de garantías; Aun así estos avances chocaban con la cultura jurídica

de los funcionarios más antiguos que aún se encontraban inmersos en un pensamiento inquisitivo y nació el reto de mejorar la calidad del trabajo, tanto de los defensores públicos como de los fiscales.

La tercera etapa de 2005 a 2009, fue la última etapa de implementación donde a consecuencia de la presión política y de los medios de comunicación en 2008, se hizo una nueva reforma llamada “Agenda Corta Contra la Delincuencia”, que se tradujo en una ampliación de las facultades, de la policía y del Ministerio Público para combatir la delincuencia. Con ello se pretendía hacer más efectivo el control de las personas por parte de la policías y en las investigaciones criminales frente a los delitos de mayor gravedad y establecía criterios más específicos para endurecer las penas en casos de reincidencia y para ordenar la prisión preventiva; así como para controlar la identidad de una persona sobre la cual existan indicios de que había cometido un delito; Además se hizo un aumento en el presupuesto destinando para capacitación, infraestructura y personal, sin embargo para este mismo año solo existían 6,5 jueces (contabilizando todas las materias), 3,8 fiscales y 3,0 defensores públicos por cada 100.000 habitantes; problemática a la que se sumó un creciente número de demandas y de insatisfacción en el tema de seguridad ciudadana y que trajo consigo un discurso por parte de la clase política acusando al modelo de ser *blando* con la delincuencia y de ser el factor fundamental de su aumento.

Desde el año 2009 y hasta el día de hoy, se ha visto un avance en el funcionamiento de las diferentes instituciones, en especial del Ministerio Público, que han hecho un esfuerzo notable por modernizarse y capacitar a sus funcionarios, sin embargo, estos esfuerzos aún no se acercan a las metas planteadas por la reforma, identificando problemas similares a los del caso peruano, como los sistemas burocráticos que trabajan por debajo de sus posibilidades, la incapacidad de cumplir con las expectativas sociales y la sobrecarga para los funcionarios públicos.

Como vemos en estos dos ejemplos la aplicación del modelo en los mencionados países ha sido insuficiente para las expectativas que se tenían en su inicio, lo que lleva a innumerables reformas que no permiten que los funcionarios terminen de asimilar un

proceso cuando ya este es reemplazado por otro; además de la falta de presupuesto para infraestructura y capacitación, la insatisfacción social y la presión de los medios de comunicación.

A continuación estudiaremos el caso colombiano para identificar las falencias en nuestro modelo actual y por último presentar posibles soluciones.

4.2 Transición del proceso inquisitivo al acusatorio en Colombia

Cuando España colonizo los territorios que hoy hace parte del espacio nacional, implantó un derecho penal propio denominado derecho indiano y lo instrumentalizó en la reconciliación de indias de 1680 como secundario al derecho de castilla, este derecho perduro aún después de la independencia de los países latinoamericanos conocidos como La Nueva Granada.

Posteriormente en 1837 se promulgo el primer código de procedimiento penal colombiano, en un contexto muy importante para nuestro país, que intentaba formarse como un estado civilista (separando el derecho civil del derecho público); Estos pensamientos liberales e interpretaciones sociológicas no fueron ajenas al derecho penal de la mano de Francisco De Paula Santander y José Ignacio de Márquez, quienes tenían la idea de una república que debía dirigir sus técnicas legislativas hacia un estado más garantista para el pueblo, basándose en la revolución francesa y tomando en cuenta los pensamientos promulgados por Jeremías Bentham, creador de la doctrina utilitarista.

Más adelante con la Constitución de 1886 y teniendo en cuenta las funciones asignadas al Ministerio Publico de perseguir delitos, se podía identificar una tímida intención de adoptar un modelo más cercano al acusatorio y se crearon nuevas instituciones políticas con el fin de fortalecer la ciencia del derecho punitivo en Colombia.

Años más tarde, con la ley 94 de 1938, se expidió un código de procedimiento penal que desarrollaba de forma amplia temas propios del derecho procesal penal; uno de sus avances más significativos fue la apropiación de los principios de oficialidad, obligatoriedad, inmutabilidad, exclusión de la verdad formal y el más importante el de legalidad tomando

como base el artículo 26 de la Constitución Política de 1886 y la sentencia del 13 de noviembre de 1928 de La Corte Suprema de Justicia, donde esta había esbozado para la aplicación de este principio la necesidad de definir la conducta como punible en una ley penal, además del desarrollo de un procedimiento adecuado que garantizara los medios de defensa al ciudadano procesado y la proporcionalidad al momento de la imposición de la pena por parte del juzgador.

El código de 1938, fue modificado mediante el acto legislativo 409 de 1971, el cual tenía grandes rasgos de un sistema inquisitivo o más bien mixto, reflejado en el cambio que se hace del juez de conocimiento y el juez de instrucción, por la triada de fiscal instructor, fiscal acusador y fiscal de conocimiento y unificando la labor del fiscal con la de la policía judicial. Igualmente es en este código en donde encontramos el origen de varias disposiciones que se encuentran vigentes en nuestro código de procedimiento penal actual, tales como la captura en flagrancia (L.906/04 art.302), que en ese tiempo debía ser realizada por un funcionario y con la modificación de que hoy día puede ser realizada por un particular quien en el término de la distancia debe llevar al aprehendido ante la autoridad competente; Además encontramos el origen de la rebaja de pena por trabajo o estudio que se encuentra en vigor en nuestros días.

Diez años después, con el acto legislativo 1 de 1979 que reformaba la Constitución Política y el Código de Procedimiento Penal de 1981, se buscaba ampliar el espectro de las garantías individuales del procesado, así como en materia de principios fue el primer intento por acercar nuestro proceso a un sistema acusatorio, pero en ese mismo año la sala penal de La Corte Suprema de Justicia declaró ambos textos inconstitucionales dejando en vilo la entrada del sistema adversaria a nuestra legislación, el cual tuvo que esperar más de una década para volver a ser debatido en el Congreso Nacional, lo cual ocurrió en las legislaturas de 1988 y 1989 donde se propuso nuevamente la creación de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de centrar todas las labores investigativas en una sola institución, pero este proyecto se hundió por una crisis política llegando solo hasta la segunda vuelta.

Fue entonces en la Constitución política de Colombia de 1991, donde la constituyente dejó claro lo que quería, la misión y visión estaba dirigida hacía un sistema procesal penal de

corte acusatorio y finalmente fue posible la creación de la Fiscalía General de la Nación como órgano dependiente de la rama judicial del poder público.

A pesar de estos esfuerzos, durante el siglo XXI los funcionarios de la rama judicial no daban abasto con la cantidad de procesos a lo que se le sumaba que cada día eran mayores los gastos de toda clase y pensando en alivianar la congestión, un salvavidas se lanzó con la entrada en vigencia el 24 de julio de 2001, de la ley 600 de 2000, pero aun así este recurso no funcionó pues la intención real de los operadores judiciales era llenar y llenar resmas de papel con escritos llenos de buenas intenciones pero no permitían integrar ninguna garantía fundamental para el indiciado.

Cabe resaltar que la ley 600 de 2000, por mandato constitucional, concebía a la Fiscalía General de la Nación, como el ente encargado de la persecución penal, dentro de un sistema procesal llamado formal o mixto con tendencia acusatoria, por este motivo consagraba las funciones de un juez instructor en esta institución, dejando en cabeza de un mismo funcionario los roles de investigar, acusar y juzgar, lo cual es propio de un sistema inquisitivo.

Dada la excesiva congestión judicial, la falta de confianza ciudadana en la administración de justicia, el aumento del crimen organizado y el terrorismo junto con el creciente fenómeno del narcotráfico, la falta de modernización de las instituciones y el atraso del modelo procesal que era incoherente con los estándares internacionales, se hizo evidente que era la hora de un cambio, y no quedó duda en el pensamiento de los legisladores que la solución a todos estos problemas sociales, económicos, judiciales y culturales, era un cambio en el sistema procesal penal.

Por este motivo y en su afán de dar una pronta respuesta a la presión social y de los medios de comunicación, creyeron encontrar en los modelos acusatorios norteamericanos y europeos, la solución que estaban buscando; Es por esto que se dieron a la tarea de importar principios, procedimientos, técnicas y figuras propias de estos sistemas y consignarlas en leyes colombianas sin ningún reparo, lo cual a nuestro juicio se hizo con ligereza y recargó las obligaciones del Estado de crear instituciones competentes, de dar un tratamiento adecuado a las víctimas, de garantizar la seguridad ciudadana y de prevenir el crimen

organizado en el sistema procesal penal, olvidando que este únicamente debe ir dirigido a la protección de las garantías del procesado y confundiendo las finalidades del proceso penal con las de las soluciones que únicamente pueden venir de una adecuada política criminal;

El inicio de la transición del modelo inquisitivo al acusatorio se dio con el acto legislativo 003 de 2002 que buscaba reformar la Constitución Política de 1991, modificando los artículos 116, 250 y 251; En el artículo 116 se abrió la posibilidad de que los particulares administren justicia en condición de jurados en las causas criminales; En el artículo 250 se suprime la facultad de la Fiscalía General de la Nación para dictar medidas de aseguramiento, trasladando esta función al juez de garantías, se establece el control posterior a las diligencias realizadas por la policía judicial, se instituye la cadena de custodia para asegurar los elementos materiales probatorios, se separa la etapa de investigación de la etapa de juzgamiento; se traslada a los jueces la potestad de preclusión y la asistencia y reparación a la víctima, y a la fiscalía la obligación de protegerla; En el artículo 251 se faculta a la Fiscalía General de Nación para asumir la dirección de las investigaciones y para determinar los criterios y jerarquías de estas.

De la exposición de motivos del acto legislativo 003 de 2002 y de la ley 906 de 2004, identificamos que con su entrada en vigencia se buscaban seis objetivos claros, (i) hacer más eficiente y eficaz el sistema penal, (ii) luchar contra la criminalidad organizada, (iii) hacer más garantista el sistema penal, (iv) mejorar la atención a las víctimas, (v) fortalecer la justicia restaurativa y (vi) aumentar la confianza de la ciudadanía en el sistema; Para lograr estos objetivos se introdujeron cambios en las competencias y atribuciones en cada una de las instituciones además de medidas de descongestión tomadas de figuras norteamericanas.

Tales innovaciones fueron: la acogida de un juicio regido por la oralidad, la publicidad, la concentración y la inmediación y el cambio de rol de cada uno de los intervinientes dentro del juicio, por este motivo el fiscal ya no practica pruebas y debe valerse de las que recaude la policía judicial, que deben ser descubiertas por ambas partes en la audiencia preparatoria, además de que para darle el estatus de prueba a algún elemento presentado en juicio este debe ser sometido a la contradicción, quitando la permanencia de la prueba que existía en la ley 600 y que permitía que las pruebas practicadas por la fiscalía desde la indagación

tuvieran valides para fundamentar una sentencia y que era un rasgo típico del modelo inquisitivo.

Además de esto creo la figura de un juez de control de garantías, en un intento por no dejar desprotegido al procesado, para que lleve a cabo un examen de todas las medidas de intervención realizadas por la fiscalía sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Otra de las grandes promesas del sistema acusatorio fue la inclusión del principio de oportunidad buscando descongestionar el sistema penal, y la supresión a la Fiscalía General de la Nación de sus funciones jurisdiccionales, de ahí que ya no pueda proferir medidas de aseguramiento ni cautelares, ni dictar preclusiones ni ordenes de captura sin solicitarlas primero ante el juez.

Y por último se cambió el rol de la victima de parte a interviniente dentro del proceso, siento esto un cambio totalmente incoherente con sistema de partes adversas donde los únicos intervinientes deben ser la fiscalía y la defensa.

4.3 Realidad del proceso penal en la actualidad.

Para poder responder a la pregunta problematizadora de este artículo, estudiamos objetivo por objetivo para ver la realidad de su cumplimiento, junto con la identificación de sus falencias.¹⁹

(i)Hacer más eficaz y eficiente el sistema penal:

En materia de avances para el año 2012 el sistema procesal penal, logró estabilizar el número de noticias criminales de las que la fiscalía tenía conocimiento, y se identificó que el de 1.069.734 noticias, el 75% se concentraba en delitos que pueden catalogarse como “menores” o bien como contravenciones al código de policía. Tales como: homicidio, lesiones personales dolosas y culposas, tráfico y porte de arma de fuego, amenazas, violencia intrafamiliar, inasistencia alimentaria, estafa y en mayor porcentaje el hurto.

¹⁹ Para la elaboración de este capítulo se utilizó el texto “Balance SPA 2010-2014” de la Corporación Excelencia en la Justicia, basados en información estadística de los años 2013 y 2014 del INPEC, la Defensoría del Pueblo y Medicina Legal, además de encuestas realizadas por organizaciones nacionales e internacionales de estos mismos años. Respecto a la Fiscalía General de la Nación, la información proviene del SPOA.

Dichos delitos congestionan y desgastan el sistema judicial, cuando por su grado de lesividad a los bienes jurídicos, bien podrían ser llevados por la extinta Ley del Pequeñas Casusas (L.1153 de 2007) y por el contrario las Unidades de Reacción Inmediata se impregnaron de noticias criminales que no ameritaban una investigación formal por parte de la fiscalía, dejando sin tiempo ni recursos humanos delitos que revisten mayor gravedad, en cuya persecución el Estado debería invertir sus recursos; Este fenómeno a apartado el sistema judicial de la verdadera finalidad del proceso penal, puesto que esta no es la lucha contra delitos menores, sino la investigación, acusación y juzgamiento de los actos más lesivos, atendiendo al principio de la *última ratio*.

En cuanto a la salida de las noticias criminales, llama la atención que la mayoría de ellas lo hace por medio de la figura del archivo, aproximadamente un 58%, la cual según el artículo 175 de la L.906 faculta al fiscal para que en un término determinado, desde el momento en que tiene conocimiento de la noticia criminal, pueda ordenar el archivo de las diligencias en los casos que a su consideración halla atipicidad objetiva o inexistencia del hecho, posterior a emitir las ordenen a policía judicial y valorar el informe de campo; Esta facultad es una contradicción con el principio acusatorio, puesto que quien investiga no puede acusar ni tampoco juzgar, en este caso el mismo funcionario, ósea el fiscal, diseña un programa metodológico, imparte ordenes la policía judicial, quienes deben limitarse a recopilar los elementos materiales probatorios solicitados por el fiscal y finalmente las valora para tomar una decisión de fondo.

La orden de archivo además se ha prestado para que haya confusiones con la figura de la preclusión, puesto que en algunos delitos en los cuales se está llegando al término de preclusión, el fiscal opta por el archivo como medio para encubrir su demora en presentar la solicitud ante un juez de control de garantías; Es así como vemos casos que son archivados aun cuando son antijurídicos materialmente, aunque sea de forma muy leve. Esto ocurre porque para el fiscal, a nuestro juicio, resulta más fácil motivar sus decisiones ante sí mismo que ante un juez, quien le solicita un ejercicio de sustentación mucho más profundo.

Para concluir con el primer objetivo, en cuanto a la eficiencia y eficacia del sistema, no se puede dejar de lado el fracaso en la aplicación del principio de oportunidad, el cual fue presentado como una bandera del modelo acusatorio y que se pensó para descongestionar el

sistema y evitar el hacinamiento en los centros carcelarios; El principio de oportunidad es la facultad discrecional que tiene el fiscal para suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, pero que se aplica únicamente en el 1% de los casos, esto debido a que la ley contempla su aplicación exclusivamente cumpliendo criterios taxativos, lo cual ha sido reforzado por la jurisprudencia que ha mantenido el carácter excepcional de este principio. Además de que sus limitaciones se han extendido por vía legislativa como es el caso de la Ley 1098 de 2006, que prohíbe su uso para delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes.

(ii) Lucha contra la criminalidad organizada

En el marco de la lucha contra la criminalidad organizada podemos decir que la cantidad de sentencias absolutorias en este tema, evidencia su fracaso, puesto que se eleva al 89.9%. Este indicador atiende a falencias en la capacitación de los funcionarios en este tema, deficiencia que ha sido señalada por ellos mismos, al solicitar mayor formación en temas de delitos contra la administración pública; además la dificultad en la protección a testigos, su localización y traslado a las audiencias; las fallas en los filtros que reciben las noticias criminales, pues muchas veces lo hacen de forma fragmentada ignorando el contexto común que las articula; la cantidad de documentación presentada en las audiencias que por su volumen hacen que el tiempo y el espacio se queden cortos ante el tamaño de los expedientes, esto como consecuencia de la mala práctica tanto de fiscales como defensores que se dedican únicamente a leer y leer sin presentar ningún avance, lo cual convierte el juicio oral en una retahíla de cifras y datos; Un ejemplo claro de estas deficiencias son los casos relacionados con delitos de contratación estatal.

Podemos decir que todos estos problemas son consecuencia de la errónea aplicación de la política criminal, puesto que se queda corta la típica interpretación de los estadios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y se alejan de la realidad.

Además los cambios en la política criminal que trae consigo cada gobierno en turno, hace que no hallan directrices claras sobre la persecución de estos delitos.

(iii) Hacer más garantista el sistema penal.

Este es el objetivo más importante y a nuestro juicio el único que comulga con un verdadero sistema procesal penal acusatorio, pues como se explicó en los capítulos anteriores las garantías del sistema penal son el arma con el que cuenta el procesado para que no se le vulneren sus derechos fundamentales cuando se enfrenta a la gran maquinaria estatal.

En cuanto a la aplicación de este objetivo, sus fallas se hacen evidentes al revisar el hacinamiento en sistema carcelario del país, esto como consecuencia de la falta de aplicación por parte de los jueces de los mecanismos sustitutivos de la pena, cuya utilización es característica en países como los Estados Unidos, en pro de no violentar el derecho a la libertad de los procesados y evitar la congestión; además la imposición de medidas intra muros por parte de los jueces responde en mayor medida a la presión de los medios de comunicación, que en muchos casos atemorizan al juez al momento de tomar una decisión, violando el principio de imparcialidad del juzgador.

Por vía legislativa se ha tratado de corregir este problema, como es el caso de la Ley 1709 de 2014 que abre la interpretación al ordenamiento de penas alternativas y al régimen gradual de privación de la libertad, pero que se quedaron solo en el texto hasta que nuestra cultura jurídica no se apropie de la función real del proceso penal.

Otra norma que hace parte de la Ley 906 y que es contradictoria con el modelo acusatorio esta consignada en el artículo 179, modificado por la Ley 1395 de 2010, sobre el trámite del recurso de apelación contra sentencias, facultando a la parte recurrente a sustentar su recurso de manera oral en la audiencia de lectura de fallo o de forma escrita durante los cinco (5) días siguientes, esto atenta no solamente contra el principio de celeridad sino abiertamente contra el principio de oralidad, además de estos cinco días, el trámite de la segunda instancia se hace también por escrito y somete al procesado a los términos del reparto, además de los quince (15) días con los que cuenta el juez de segunda instancia para fallar. Si la competencia fuere del Tribunal, no mejora el panorama, puesto que este cuenta con diez (10) días para presentar su proyecto por escrito y adicionalmente la sala cuenta con cinco (5) días para su estudio y decisión. La segunda instancia es entonces una reminiscencia del antiguo modelo inquisitivo, donde los servidores llevan todos sus procedimientos de manera escrita.

(iv) Mejorar la atención a las víctimas.

La inclusión de las víctimas dentro del proceso penal, desnaturaliza el espíritu adversarial del modelo acusatorio, aunque se halla tratado de suavizar este error por vía de darles el estatus de intervinientes.

Estos errores se han cometido desde el legislador como es el caso de la Ley 1448 de 2011, que faculta a la víctima para ser parte en todas las etapas del proceso además de estar a cargo de la Fiscalía General de la Nación.

Pero las mayores contradicciones y atropellos al modelo adversarial, han venido de mano de la jurisprudencia, como lo vemos en: la Sentencia C-047 de 2006 del M.P Rodrigo Escobar Gil, que dispone que “La víctima está facultada para recurrir frente a una sentencia absolutoria”; Sentencia C-454 de 2006 del M.P Jaime Córdoba Triviño donde se dispone que “por medio de representante legal puede realizar solicitudes probatorias en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”. Igualmente existe una vasta jurisprudencia donde se permite a las víctimas acudir directamente al juez para solicitar medidas de aseguramiento como por ejemplo la Sentencia 209 de 2007 del M.P Manuel José Cepeda, al igual que la facultad para: hacer una solicitud de descubrimiento probatorio y rechazar los medios de prueba, hacer observaciones sobre los elementos materiales probatorios y allegar o solicitar elementos materiales para oponerse a la solicitud de preclusión del fiscal. Incluso en la Sentencia C-516 de 2007 del M.P Jaime Córdoba Triviño, se dispone que la víctima pueda intervenir en la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la fiscalía y el imputado y para eso debe ser oída por el fiscal y el juez encargado.

Estos fallos son un atropello a la igualdad de armas puesto que no solamente la fiscalía presentaría pruebas en contra del procesado sino también o haría la víctima, dejando al procesado indefenso en una relación de dos a uno. Y reviste a las víctimas de facultades incluso más allá de las que tiene el ente acusador.

(v) Fortalecer la Justicia Restaurativa

Este tipo de justicia, es una alternativa a la justicia tradicional enfocada en el castigo al delincuente, y busca aminorar las consecuencias negativas del delito, sacrificando la justicia material en pro de una adecuada convivencia.

La ley 906 incluyó tres mecanismos para fortalecer dicha justicia, estos son: la conciliación pre procesal, la mediación y el incidente de reparación integral. De estos tres mecanismos el que mayor éxito había tenido era la conciliación, donde el 80% de los casos conciliados correspondían a delitos relacionados con violencia intrafamiliar, pero con la entrada en vigencia de la Ley 1542 del 2012, que le quito el carácter de querrelable a estos delitos, la situación cambio, y este mecanismo disminuyo su porcentaje de uso y éxito.

La mediación es otra evidencia del fracaso del sistema acusatorio, pues en el artículo 525 de la Ley 906 se establece que es el Fiscal General de la Nación es quien debe redactar un manual que direcciona el uso de este mecanismo, y hasta el día de hoy este manual aún no se escribe.

(vi) Aumentar la confianza de la ciudadanía en el sistema

La baja calificación que obtiene el país dentro de las encuestas internacionales sobre la implementación del sistema penal acusatorio hace evidente su fracaso, apareciendo en el número 79 entre los 99 países evaluados a nivel mundial. Además a nivel nacional La Fiscalía General de la Nación ha perdido puntos en cuanto a favorabilidad dentro de la opinión ciudadana dada la alta percepción de impunidad, lentitud y corrupción de esta Institución.

4.4 Conclusiones

La respuesta a la pregunta ¿Es coherente la aplicación de la ley 906 de 2004 con un modelo acusatorio, o por el contrario la mala práctica y errada interpretación la han desnaturalizado? La respuesta es que en la práctica, la Ley 906 de 2004, no es coherente con un modelo acusatorio, y se ha visto desnaturalizada por tres vías que son:

(a)Legislativa: Puesto que desde su inicio los objetivos planteados no corresponden a los del modelo acusatorio, podemos identificar esta misma falencia en Perú y Chile, pues en los tres casos se dejó en segundo o tercer plano las garantías de protección al procesado y se

priorizaron temas como la seguridad pública, el tratamiento a las víctimas, las tasas de impunidad y la lucha contra el crimen organizado; Ninguno de estos objetivos como se vio anteriormente se han logrado cumplir puesto que no le corresponden al sistema procesal penal.

Esto además de las abundantes reformas que se le han hecho al Código de Procedimiento Penal, que hasta el día de hoy suman más de diez y que no permiten que los actores judiciales se apropien de sus roles, o que lleguen siquiera a entenderlos cuando por vía de una reforma se están modificando; Este mismo fenómeno lo encontramos en Perú y Chile y evidencia que la respuesta del Estado a todos los problemas penales es la creación de más leyes.

(b) Jurisprudencial: Como se evidencia en el tratamiento que se le ha dado a las víctimas, cuyas facultades se han ampliado más allá de lo que la ley contempla y que prácticamente las ha vuelto una parte omnipotente dentro del proceso, a costa de los derechos fundamentales del imputado.

Además vemos como se limita la aplicación de figuras propias del modelo acusatorio como el principio de oportunidad, el cual ha quedado rezagado a un uso excepcional y prácticamente inexistente dentro del proceso.

(c) Práctica: En la práctica de la Ley 906 es una mixtura entre modelo acusatorio, modelo inquisitivo, jurisprudencia y procedimientos creados por los distintos operadores dentro del desarrollo de los procesos que ha tenido como consecuencia la inoperancia del modelo acusatorio, tanto así que tan solo diez años después que busca ajustar el modelo procesal corrigiendo los errores que hasta el momento se han identificado.

Sin embargo, ninguna reforma dará frutos desde el texto, se necesita un verdadero cambio de cultura jurídica que abarque a todas las entidades que hacen parte del proceso, que fortalezca todas las instituciones, cuyo atraso no responsabilidad la ley 906 sino que es el resultado de múltiples administraciones que han abandonado la ley procesal penal, que no le han dedicado los recursos económicos ni humanos suficientes, sino que se han limitado a reformarlo sin ningún tipo de consideración olvidando los fines del estado social y democrático de derecho que es Colombia.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCON GRANOBLAS, Héctor Javier. *Garantismo penal en el proceso acusatorio colombiano*. Editorial: Ibáñez Bogotá D.C 2006
- ALVAREZ ALVAREZ, Juan Carlos; NARANJO SERNA, Sebastián; VALENCIA MESA, David Enrique. *El Cuerpo, El Alma y La Víctima*. Universidad de Antioquia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2012.
- AMBOS, Kai. *EL Proceso Penal Alemán y la Reforma en América Latina*. Ediciones Jurídicas: Gustavo Ibañez. Bogotá 1998.
- BERMAN, Harold J. *Diversos Aspectos del Derecho en los Estados Unidos*. Editorial Letras S.A. México D.F. 1965.
- BERNAL CUELLAR, Jaime. *El Proceso Penal, Fundamentos Constitucionales del Sistema Acusatorio*. 1º Edición. Editorial: Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C 2004.
- CAREAGA MONTAÑO, Martín. *La “Santa” Inquisición*.
- CASSEL, Douglas. *El Sistema Procesal Penal de Estados Unidos*. Consultado el 03 de enero de 2014 en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/10.pdf>
- Catedra Hendler. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Buenos Aires. *Jueces y Jurados ¿Una relación conflictiva?* Consultado el 8 de junio de 2014 en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=59.
- Colegio de Abogados Penalistas de Santa fe de Bogotá y Cundinamarca. *Comentarios a la reforma del sistema penal*. Editorial: Ibáñez. Bogotá D.C 1999.

- Corporación Excelencia en las Justicia. *Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana*. Editorial: Legis S.A. Bogotá 2013.
- CHISEA A. Ernesto L. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos tomo I*. Editorial Forum. 1995
- DELGADO DE CANTÚ, Gloria M. *El Mundo Moderno y Contemporáneo Volumen I*. 5° Ed. Editorial: Pearson Educación. México 2005.
- DUCE J. Mauricio. *Diez años de la reforma procesal penal en Chile: apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos*. Consultado el 25 de octubre en : http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/MAURICIO%20DUCE_10yeardeRP%20PenChile.pdf
- ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal, sistema acusatorio*. 6° Ed. Editorial: Ibáñez. Bogotá 2006.
- FEINMAN, Jay M. *Introducción al derecho de Estados Unidos de América*. Editorial Oxford University Press. México. 2004
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Editorial: Trotta. 9° Edición. Madrid 2009.
- FIERRO-MENDEZ, Heliodoro; *Manual de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. 4° Ed. Bogotá. Leyer. 2008.
- FIERRO-MENDEZ, Heliodoro; *Manual de Derecho Procesal Penal Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. 5° Ed. Bogotá. Leyer. 2012
- FIERRO-MENDEZ, Heliodoro. *Sistema Procesal Penal de EE.UU*. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006.
- GOMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal Alemán, Introducción y Normas Básicas*. Editorial: Bosh. España 1985.

- GOMÉZ C. Juan Luis y GONZALEZ C. Jose Luis, *Terrorismo y Proceso Penal Acusatorio*. Editorial: Tirant lo Blanch. Valencia 2006.
- GONZALES NAVARRO. Antonio Luis. *La acusación en el sistema penal acusatorio*. Editorial: Leyer. Bogotá D.C 2013.
- HERRERA HERMOSILLA, Juan Carlos. *Breve Historia del Espionaje*. Ediciones Nowtilus S.L. Madrid. 2012.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jacob. *El martillo de las brujas, para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza. Malleus Maleficarum, traducción de Floreal Maza*, consultado el 16 de marzo de 2014 en <http://www.malleusmaleficarum.org/downloads/MalleusEspanol1.pdf>
- MAUROIS, Andre. *Historia de Inglaterra y los ingleses*. 7° Ed. Editorial Surco. Barcelona. 1954.
- USAID, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Manual General para Operadores Jurídicos*. 2° Edición. Bogotá 2009.
- MAYERS, Lewis; *El sistema legal de los Estados Unidos traducción de Ernesto Weinshelbaum*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1958.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel y CABRERA FREYRE, Alonso. *Temas de derecho penal y procesal penal*. Editorial: APECC Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación. Perú 2008.
- MONTES CALDERON, Ana. *Técnicas del proceso oral en el sistema penal acusatorio colombiano: manual general para operadores jurídicos*. Documento elaborado por la comisión interinstitucional para la implementación del sistema acusatorio. 1° Edición. Bogotá D.C 2005

- MORENO, Doris. *La invención de la Inquisición*. Editorial Marcial Pons, Ediciones de Historia S.A, Madrid. 2004.
- MUÑOS NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Editorial: Legis. 1º Edición. Colombia 2006.
- PHILIP, James, *Introducción al derecho inglés*, Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá.1996.
- PI YAGÜE, José Joaquín. *Religiosidad Medieval La Inquisición Española*, consultado el 10 de marzo de 2014 en <http://www.arteguias.com/inquisicionespanola.htm>.
- QUINTERO OSPINA, Tiberio. *Tratado de procedimiento penal colombiano tomo I*. Editorial: IUSTITIA. Bogotá D.C 1998.
- RICO, José María. *Justicia Penal y Transición Democrática en América Latina*. Editorial siglo veintiuno editores de España s.a. Madrid. 1997
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25º Edición de Gabriela E. Cordoba y Daniel R. Pastor. Editorial: Del Puerto. Buenos Aires. 2003
- ROXIN, Claus. *Politica Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Editorial: Hammulabi. Consultado el 29 de Octubre de 2014 en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/10/doctrina02.pdf>
- ZAMORA GRANT, José. *Derecho Victimal La Victima en el nuevo sistema Penal Mexicano*. 2º Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México D.F. 2009

