

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO*

Eduardo Matyas Camargo**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

A partir del primero de enero de 2005, el juzgamiento de las conductas delictuosas se realiza a través del Sistema Penal Acusatorio, para lo cual se modificó la Constitución Política mediante acto legislativo en el cual se sentaron las bases del nuevo Código de Procedimiento Penal. En este artículo se aborda el estudio de las modificaciones introducidas a la Constitución por el acto legislativo, en relación con las funciones de la Fiscalía General de la Nación y la nueva institución denominada principio de oportunidad, a través de la cual la fiscalía renuncia, interrumpe o suspende la acción penal.

Palabras clave: derechos fundamentales, acto legislativo, principio de oportunidad, Sistema Penal Acusatorio, Constitución Política.

ABSTRACT

As of January 2005, the prosecution of criminal conduct is carried out through the adversarial criminal justice system, which amended the Constitution through a legislative act which laid the foundations for the new code of criminal procedure. This article deals with the study of changes to the

Constitution by legislative act, in connection with the functions of the Attorney General's Office and the new institution called the principle of opportunity, through which the prosecution resignation, interrupted or suspended criminal action.

Key words: adversarial criminal justice system, constitution, code, legislative, principle of opportunity, prosecution resignation, criminal action.

INTRODUCCIÓN

¿Esta el Nuevo Sistema de Juzgamiento en Materia Penal acorde con el Ordenamiento Constitucional y los Derechos Fundamentales?

A partir del primero de enero de 2005, las conductas delictuosas son investigadas y juzgadas con un nuevo procedimiento denominado Sistema Penal Acusatorio (S.P.A.), impuesto a partir del acto legislativo número 03 del 2002, desarrollado por la ley 906 de 2004, conocida como Código de Procedimiento Penal del sistema acusatorio, e implementado en forma periódica y progresiva, a partir de los distritos judiciales de Bogotá y el Eje Cafetero (Manizales, Armenia y Pereira), finalizando su entrada en vigen-

Recepción del artículo: 3 de mayo de 2008. Aceptación del artículo: 4 de julio de 2008.

* Este artículo hace parte de la investigación "Los derechos fundamentales en el Sistema Penal Acusatorio", de la línea de investigación Derecho Penal y Política Criminal del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con Especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional, investigador de la Corporación Universitaria Republicana. E-mail: ematyasdih@hotmail.com

cia en todo el país a partir del primero de enero de 2008.

El Sistema Penal Acusatorio estuvo precedido del sistema inquisitivo durante el siglo XIX y la mayor parte del XX, caracterizado por la concentración de la investigación y juzgamiento en el mismo operador judicial, instituciones derivadas de la época del colonialismo español; y un sistema denominado mixto, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, con la creación de la Fiscalía General de la Nación, institución a quien se le asignó la investigación penal, pero conservaba funciones judiciales propias de los jueces (como la privación de la libertad, y ordenar y efectuar todo tipo de actuaciones investigativas), acusar o precluir; además si acusaba, las pruebas practicadas en la etapa de investigación o instrucción conservaban plena vigencia probatoria en el juicio, sin que fuera necesario repetir las.

Los altos niveles de impunidad, la demora en los procesos, que en ocasiones llevaba a la prescripción de la acción penal, la concentración de poder y funciones judiciales en los fiscales, fueron los principales argumentos expuestos por el Gobierno, voceros del poder legislativo, y académicos expertos en materia penal, para promover una reforma radical al sistema procesal, e implementar el Sistema Penal Acusatorio vigente en la mayor parte de los países de América Latina, y en Norteamérica, con el cual se pretendía (y aún se pretende) superar los males enunciados.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El nuevo sistema procesal de investigación o juzgamiento, conocido como Sistema Penal Acusatorio, constituye un rompimiento con los anteriores sistemas procesales de juzgamiento sin antecedentes en Colombia, con novedosas instituciones procesales como el Juez de garantías o el principio de oportunidad, el alejamiento de la valoración subjetivista de la prueba en beneficio de un método científico, el juicio oral, único esce-

nario de la prueba judicial, y otras modificaciones, cuya valoración constitucional venía produciéndose a medida que se consolidaba su aplicación en todo el territorio nacional y se resolvían las demandas de inexecutableidad contra las instituciones penales o artículos de la ley 906 de 2004 que implementó el sistema acusatorio. La investigación busca precisar a través de los fallos de constitucionalidad o judiciales, la constitucionalidad y el acoplamiento del Sistema Penal Acusatorio a los derechos fundamentales y los derechos humanos en desarrollo del artículo 93 de la Constitución Nacional.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

A partir de la identificación de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, se realizará un estudio de la ley 904 de 2004 contentiva del Sistema Penal Acusatorio buscando identificar qué instituciones o artículos desconocen la normatividad superior; pero igualmente, se tomarán las diferentes sentencias constitucionales y judiciales emitidas por la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, en las cuales se estudie y se falle la inexecutableidad de las instituciones, en el caso de la Corte Constitucional, y la adecuación o aplicación del sistema en el marco de los derechos fundamentales, por la Corte Suprema de Justicia.

De conformidad con lo anterior, la investigación y el presente artículo utilizan básicamente el método deductivo e inductivo, y lógico institucional que busca establecer la fundamentación constitucional de las instituciones procesales del Sistema Penal Acusatorio, en la lógica del respeto pleno a los derechos fundamentales y los derechos humanos, como se halla previsto y en desarrollo del artículo 93 de la Constitución Nacional.

RESULTADOS

El presente artículo recoge la primera parte de la investigación, en la cual se hace una

introspección e identificación de los derechos fundamentales relacionados con la libertad, el debido proceso y demás derechos fundamentales que tengan que ver con la justicia y el sistema procesal de juzgamiento en materia penal, con un análisis del principio de oportunidad, institución procesal novedosa que releva al Estado del juzgamiento de determinadas conductas penales que pueden afectar derechos fundamentales de las víctimas y a través de ellas a la sociedad, la cual tiene derecho a la reparación, pero también a la verdad y la justicia.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Al plantearse el problema de si el Sistema Penal Acusatorio implantado en Colombia a partir del 1° de enero de 2005 está acorde con los derechos fundamentales previstos en nuestra constitución como garantía de dignidad, libertad, justicia, igualdad y debido proceso, cabe preguntarse ¿cuáles son los derechos fundamentales sobre los cuales debe descansar el nuevo sistema de procesamiento judicial?

Esto, porque los derechos fundamentales son la base de las garantías sociales y de los derechos civiles y políticos del Estado social de derecho proclamado desde el artículo primero de la Carta Política de 1991, y el entronque de la incorporación de los Derechos Humanos al destino de Nación respetuosa de los tratados y el derecho internacional.

Los derechos fundamentales son hoy el referente constitucional del cúmulo de derechos humanos proclamados en más de un centenar de declaraciones, tratados, conve-

nios, protocolos internacionales aprobados en el sistema interamericano o internacional, ratificados y vigentes en Colombia, a través de leyes que los incorporan al orden jurídico nacional, o por extensión, a través del llamado bloque de constitucionalidad previsto en el artículo 93 de nuestra Carta Política.

El concepto constitucional de derechos fundamentales como categoría jurídica sólo aparece en nuestro país a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, tomando el concepto de las constituciones española y alemana, que en buena parte inspiraron a los constituyentes nacionales en el ejercicio legítimo de extraer lo mejor de las fuentes del derecho comparado, pero sin entrar a definirlos como se halla en ellas, y sin hacer una enumeración taxativa de los mismos.

Si bien en la Carta Política se enuncian los derechos fundamentales en el Capítulo 1 del Título II, no se entra a definir en qué consiste esta categoría de derechos, y por vía reglamentaria¹, doctrinaria y jurisprudencial se ha establecido que allí no se agota el catálogo de tales derechos, que se encuentran establecidos en otros títulos de la misma Carta; e incluso, no se ha agotado su generación derivada de nuevas realidades sociales, políticas y económicas, como tampoco se agota el ámbito de derechos derivados del universo que se abre a través del artículo 93 de la Carta.

Los derechos fundamentales previstos en nuestra Carta Constitucional –y la normatividad internacional de DD.HH.–, constituyen un denso cuerpo de cláusulas programáticas que se constituyen en un límite a los poderes del Estado, por lo que cualquier decisión que desconozca esta Carta de Derechos, bien sea de orden legislativo, administrativo o judicial, genera inconstitucionalidad de tal decisión.

1 Decreto No. 2591 de 1991. “Artículo 2. **Derechos protegidos por la Tutela.** La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente en la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.

El asunto de los derechos fundamentales resulta de esta manera bastante complejo e ilimitado, por lo que el ejercicio de esta investigación se limitará a precisar qué derechos fundamentales son los más relevantes y directamente relacionados con el sistema de juzgamiento en materia penal, que se concreta en el Sistema Penal Acusatorio establecido en Colombia a través del Acto Legislativo 003 de 2002 y la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

Los derechos fundamentales no pueden entenderse para este efecto como equivalentes a los derechos humanos, especialmente cuando se consideran estos como derechos morales o como exigencias éticas superiores que se proyectan sobre el mundo del derecho. Por el contrario, haremos énfasis en los derechos fundamentales como valores jurídico-políticos fundantes del orden jurídico, por lo cual adquieren una dimensión objetiva-normativa que los hace exigibles a todos los poderes públicos, e incluso a los particulares; pero que en este último caso no interesa para la investigación.

Los derechos fundamentales sobre los que se hará la auscultación si el Sistema Penal Acusatorio se halla acorde, se referirán a aquellos derechos subjetivos, entendidos como derecho de los ciudadanos en sentido estricto, en cuanto garantizan un estatus jurídico o libertad en un ámbito de existencia.

Al respecto del carácter subjetivo de los derechos fundamentales, y el origen normativo en la Carta, ha manifestado la Corte Constitucional que “*los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos –directa o indirectamente– en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata*”².

Además de las previsiones normativas constitucionales expresas que consagran garantías judiciales, para garantizar los derechos fundamentales, estos no pueden ser asumidos como normas-reglas que imponen deberes cerrados frente a supuestos delimitados sino como normas-principios, es decir como mandatos para que un estado de cosas sea perseguido por el legislador, por el órgano ejecutivo o por el juez, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas del sistema y fácticas del contexto. “*Los principios –ha escrito Chinchilla Herrera– son mandatos de optimización, en tanto que las reglas mandatos definitivos*”³. Por ello, cuando se presentan tensiones o choques entre los principios, estos se deben resolver mediante el método de la ponderación y no por el tradicional método de la subsunción, es decir por la acomodación o comparación de los hechos con las normas, para establecer deberes o garantía; o por el método silogista simple y mecánico⁴.

Al respecto ha precisado el tratadista Chinchilla Herrera que si bien los derechos fundamentales son derechos subjetivos, “*lo son de naturaleza distinta al derecho privado o del derecho administrativo tradicional, por cuanto aquellos no comportan solamente beneficios para el titular del derecho, ni los deberes limitan solamente las ventajas que proporcionan a unos directos beneficiarios de los mismos*”⁵. Suele ilustrarse esta característica con el clásico ejemplo del derecho al sufragio, donde aparte del ejercicio subjetivo hace parte del derecho democrático de toda la sociedad.

En este aspecto se comparte la precisión del Tribunal Constitucional español, cuando manifiesta que “*Los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales*

2 Corte Constitucional, SU -225 de 1998.

3 CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Editorial Temis, Bogotá.

4 CEPEDA, Manuel José. *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis – Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución, Santafé de Bogotá, 1992, pág. 13.

5 CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *Op. cit.*

que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos”⁶.

Por esta vía el propósito es el de resaltar la relevancia del debido proceso y el catálogo de libertades y garantías como el eje fundamental alrededor del cual debe girar el Sistema Penal Acusatorio, como institución constitucional que permite su limitación o restricción, eso sí, pero bajo el lleno de determinados requisitos, sin los cuales dicha restricción resulta contraria a la carta de derechos de la Constitución.

Los derechos fundamentales en este aspecto deben entenderse entonces como el garante de las libertades y garantías constitucionales del individuo frente a ese poder del Estado de juzgarlo por transgresión de las normas penales. No basta con que se proclame el Sistema Penal Acusatorio como el más adecuado o compatible con la democracia, es necesario que en la práctica el sistema respete y se halle en congruencia con las garantías constitucionales. Todo ello, porque *“la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento... Cada persona posee una individualidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad, como un todo, no puede atropellar”⁷.*

Ámbito de protección y propósitos

Una de las características fundamentales de los Derechos fundamentales, además de su origen constitucional, es su protección especial a través de la acción de tutela⁸, median-

te un procedimiento preferente y sumario ante los jueces de la república, con una última instancia de revisión, de carácter discrecional ante la Corte Constitucional, quien actúa como cierre de la jurisdicción constitucional a través de las sentencias de tutela y de control constitucional, y de esta forma garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales y constitucionales, unificando criterios sobre su interpretación y defensa de los mismos.

Las leyes que reglamentan estos derechos solo pueden ser expedidas, modificadas o derogadas mediante el trámite especial previsto para las leyes estatutarias⁹, es decir, deberán efectuarse dentro de una sola legislatura, mediante votación de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, y sometido el proyecto a control de exequibilidad previo y automático por parte de la Corte Constitucional, y permitiendo la intervención ciudadana para defenderlo o impugnarlo¹⁰.

El profesor Chinchilla Herrera resalta como características esenciales de los derechos fundamentales, sobre las cuales se sustenta la protección especial:

- Su universalidad, ya que su reconocimiento a favor de todo ser humano no depende de la posición que la asigne el sistema jurídico;
- Su carácter absoluto e incondicionado, en el sentido de que ninguna consideración relativa a otros bienes e intereses del Estado o de la comunidad puede justificar su negación total, aunque sí su limitación, restricción o modulación de ejercicio (prevalecen *prima facie*);

6 Sent. 64/1988, del 12 de abril.

7 RAWLS, *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pág. 20.

8 Artículo 86 y 241-9 de la *Constitución Política*.

9 Artículo 152 de la *Constitución Política*.

10 Artículo 153 de la *Constitución Política*.

- Su irrenunciabilidad o no disponibilidad por el titular¹¹. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado, que “... *los derechos fundamentales no pueden ser objeto de conciliación...*”¹²

Uno de los propósitos de establecer la correspondencia o no de la ley 906 y sus modificaciones posteriores con los derechos constitucionales fundamentales, es la invocación de las excepciones de inconstitucionalidad en el ejercicio cotidiano de la ley por parte de defensores y operadores judiciales; o promover acciones de inexecutableidad ante la Corte Constitucional¹³ buscando la exclusión del mundo jurídico de tales normas o su modificación a través del órgano legislativo.

Porque, como lo expresaba Rawls, “... *una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas...*”¹⁴.

A esa labor debe contribuir tanto el académico como el litigante o el operador judicial.

EL ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002

Las bases jurídicas constitucionales del Sistema Penal Acusatorio fueron establecidas mediante el Acto Legislativo No. 03 del 19 de diciembre de 2002¹⁵, pero en él se reglamentaron constitucionalmente otros aspectos de relevancia en relación con los derechos fundamentales, tales como la competencia para administrar justicia en Colombia, aspec-

to importante en cuanto a la preservación del derecho fundamental del debido proceso y el juez natural y las funciones y competencia de la Fiscalía General de la Nación, entre otros aspectos.

1. ¿Quiénes pueden administrar justicia en Colombia?

Es así, como, mediante la modificación del artículo 116 de la Carta Política, quedó establecido quiénes pueden administrar justicia en Colombia. Estos operadores judiciales, de conformidad con el Acto Legislativo, son:

- La Corte Constitucional.
- La Corte Suprema de Justicia.
- El Consejo de Estado.
- El Consejo Superior de la Judicatura.
- La Fiscalía General de la Nación.
- Los Tribunales administrativos y penales.
- Los Jueces en las distintas ramas del derecho (civil, penal, laboral, administrativo, de familia, de menores, etc.).
- La Justicia Penal Militar.
- El Congreso en determinadas funciones judiciales¹⁶.

Excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. **Sin embargo no les será permitido adelantar la**

11 CHINCHILLA HERRERA, *op. cit.* pág. 50.

12 Corte Constitucional, T-232 de 1996.

13 En ejercicio de la jurisdicción constitucional a través de demandas de inexecutableidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 241 de la *Constitución Política*.

14 RAWLS, *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pág. 20.

15 Diario Oficial No. 45.040, de 20 de diciembre de 2002.

16 Investigar y juzgar a los integrantes del Congreso Nacional, investigar y acusar al Presidente de la República, juzgar a los altos oficiales de la Fuerza Pública y al Fiscal General de la Nación por hechos relacionados con el servicio.

instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Esta prohibición establecida en la Carta de 1991 obedeció, entre otras razones, a la necesidad de prohibir constitucionalmente la posibilidad de que civiles sean juzgados por autoridades administrativas, como sucedió por cerca de 50 años, cuando opositores del gobierno o de los grupos armados (guerrillas) eran juzgados por la justicia penal militar, en ocasiones mediante procedimientos administrativos estatuidos a través de decretos legislativos expedidos en virtud de la declaratoria del “estado de sitio”¹⁷; hasta 1986, cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el juzgamiento de civiles por la justicia penal militar¹⁸.

Igualmente se estatuyó que “*los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*”¹⁹. Esta previsión obedeció a la necesidad de que quedara incorporada en la Carta la posibilidad de que particulares participen o impartan justicia como jurados de conciencia, o como conciliadores, ya que en el texto original, al no ser incluida esta autorización, llevó a la Corte Constitucional a declarar inexecutable la institución del jurado de conciencia en el Código de Procedimiento Penal²⁰.

2. Funciones judiciales de la Fiscalía

Las funciones y facultades de la Fiscalía General de la Nación, que luego desarrollaría

la ley 906 de 2004 que implementó el Código de Procedimiento Penal, quedaron ampliamente reglamentadas en los artículos 2 y 3 del Acto Legislativo que modificó los artículos 250 y 251 de la Carta constitucional.

El artículo 250 de la Constitución Política establece, en primer lugar, que “*la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo*”.

Aquí el constituyente desarrolla en forma precisa uno de los deberes y facultades esenciales del Estado: el derecho fundamental de la justicia penal, entendida esta como la facultad de represión de aquellas conductas que atentan contra el orden social y jurídico²¹.

El preámbulo de la Constitución Nacional define el ordenamiento constitucional como un Estado social de derecho, es decir, donde se hace preeminencia en que primero está el carácter social del Estado sobre el orden jurídico, en el cual, el ciudadano (como individuo y como ente social) debe ser la razón del ordenamiento jurídico y no un Estado autoritario donde prima la “*razón de Estado*” sobre el individuo o el interés particular del gobernante.

Los ciudadanos entonces quedan “protegidos” en el derecho fundamental a la Justicia

17 Institución prevista en el artículo 121 de la Constitución de 1886, que permitía mediante decreto firmado por el presidente y todos sus ministros, suspender durante su vigencia, garantías fundamentales y modificar el Código Penal para controlar el orden público.

18 Corte Suprema de Justicia, Expediente 1562, sent. 20 de revisión del Decreto legislativo 3671 de 1986, 5 de marzo de 1987.

19 Artículo 116 de la *Constitución Política*.

20 Corte Constitucional, C-226 de 1993, declara inexecutables los artículos 66 y 74 del Decreto 2700 de 1991.

21 En este ensayo no se referirá a la justicia social, económica, política; ni a la justicia administrativa, laboral, etc., sólo a la justicia penal en el marco del acto legislativo 003 de 2002 y la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

en materia penal. Pero esta debe aplicarse en concordancia con los demás derechos fundamentales fundantes del Estado social de derecho. El derecho penal, por su carácter represivo y conservador, pocas veces se aparta de su naturaleza punitiva, reconociendo el origen social de las conductas delictivas, en cuyo caso debería reconocerse la no antijuridicidad, o una razón, fuerza o justificación superior al daño causado, que determine la imposibilidad o renuncia a la persecución penal. La Constitución de 1991 con el principio de oportunidad dio un paso adelante en este aspecto.

El artículo 250 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo en mención, establece en forma precisa las funciones de la Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de los fines institucionales. Es en esta enunciación de funciones, donde se conceden a la Fiscalía algunas atribuciones judiciales propias de la judicatura, en desmedro de un Sistema Penal Acusatorio más garantista, ya que en ocasiones se faculta para afectar derechos fundamentales, aunque con control posterior del juez de garantías.

Al respecto, el acto legislativo establece que:

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

1. *Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.*

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso,

el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura²². En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. *Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, (al solo efecto de determinar su validez)²³.*
3. *Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*
4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*
5. *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*
6. *Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia*

²² La captura excepcional por parte de la Fiscalía fue introducida en el artículo 297 de la ley 906 de 2004, sin haberse previamente reglamentado de conformidad con este inciso 3 del numeral 1º. del art. 20 de la *Constitución Política*, que fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-190 del 15 de marzo de 2006. Posteriormente se revivió esta facultad mediante la ley 1142 de 2007.

²³ La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-1092 del 19 de noviembre de 2003, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. *Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.*
8. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*
9. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

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

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”²⁴.

Además de ser invasivo de las funciones propias de los jueces, resulta nefasto para los derechos fundamentales que se faculte a la Fiscalía General de la Nación a adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin la autorización o control previo del juez de garantías, al igual que realizar capturas, así sea en forma excepcional, ya que con ello se

faculta para evadir el control previo en forma recurrente, volviendo habitual lo excepcional.

Por el contrario, resulta positivo para los derechos fundamentales la obligación que impone a la Fiscalía de suministrar la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito, y la protección a todos los intervinientes en el proceso penal.

Igualmente resulta garantista en el texto constitucional, el deber que tiene la Fiscalía de dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley, ya que estos organismos, en la práctica, vienen en forma recurrente actuando en sus labores de investigación e “inteligencia” en forma independiente de la Fiscalía, pero subordinados a la Dirección de la Policía Nacional a través de sus organismos especializados de la Digin y Sijin, del Ejército y demás cuerpos armados de la fuerza pública, todos subordinados al Ministerio de la Defensa Nacional, por lo que la previsión constitucional no se cumple.

3. Funciones del Fiscal General de la Nación

Como complemento a las funciones investigativas y judiciales que tiene la Fiscalía General de la Nación, mediante el artículo 3º. del Acto Legislativo (modificadorio del artículo 251 de la Constitución) se establecieron las funciones especiales del Fiscal General de la Nación en los siguientes términos:

- “1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

²⁴ Parágrafo declarado exequible, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-966-03 de 21 de octubre de 2003, magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.
3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.
4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto²⁵.
5. Otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.
6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público”.

Algunas de las funciones atribuidas al Fiscal General resultan poco garantista de derechos fundamentales de los ciudadanos y los servidores de la Fiscalía, lamentablemente con el aval de acto legislativo. Entre estas están:

- La de nombrar y remover los servidores bajo su dependencia, a pesar de la salvedad que hay dentro de la ley, ya que, a más de 15 años de haberse creado, aún no rige el estatuto de la carrera administrativa dentro de la Fiscalía General de la Nación.
- La de asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos.
- La de asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren.
- La de determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir en sus actuaciones y procesos, en virtud de presuntos principios de unidad de gestión y de jerarquía, restándole autonomía a los fiscales delegados que solo deberían estar obligados a actuar de conformidad con la constitución y la ley.

4. Previsiones para la implementación del sistema acusatorio

A través del artículo 4º transitorio se creó una comisión interinstitucional del más alto nivel²⁶ para que elaborara los proyectos de ley que habría de aprobar el Congreso de la república para poner en vigencia el nuevo Sistema Penal Acusatorio, que debería entrar a regir en forma gradual y sucesiva en los distritos judiciales de Bogotá y el Eje

²⁵ A través del artículo 330 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), se le atribuyó al Fiscal General la función de Reglamentar el principio de oportunidad en el que se desarrolle el plan de política criminal del Estado.

²⁶ La comisión estuvo integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidió, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designaron, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primarias, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presentaran a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003 las leyes de implementación del sistema.

Cafetero el 1 de enero de 2005 y hallarse en vigencia en toda la república el 1 de enero del 2008, únicamente para los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca.

Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el Acto Legislativo, se preveía tomar las decisiones que garantizaran la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento, en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo y los organismos que cumplen funciones de policía judicial; y se dispuso que el Gobierno Nacional garantizaría los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública.

En un Estado social y de derecho el servicio de Defensoría Pública es esencial e imprescindible para garantizar el derecho fundamental de una defensa técnica y adecuada de las personas imputadas o procesadas carentes de recursos para proveerse de un defensor de confianza. Por ello la previsión del Acto Legislativo realmente era necesaria, por cuanto en el nuevo sistema quedó abolida la defensa llamada de oficio, en la cual el defensor designado por los operadores judiciales no recibía ningún estipendio por el servicio profesional que debía cumplir, lo que llevaba a estos profesionales a desatender la labor social encargada en detrimento de los procesados y la justicia.

Principio de Oportunidad en el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004

A partir del acto legislativo 003 de 2002, la Constitución incorpora el “*principio de oportunidad*”, una novedosa institución que podría servir de base al surgimiento de un derecho penal más humanista, concorde con los postulados de un Estado social y de derecho. La Constitución establece que la Fiscalía “*no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado*”²⁷. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Aquí se hace evidente el carácter político de las constituciones y de las instituciones penales. Como nunca en Colombia, el derecho penal se ha puesto al servicio del gobernante de turno, no solo regulado a través de la ley 906 (Código de Procedimiento Penal), sino de otras normas sustantivas y procedimentales, tales como la ley 975 de 2004, conocida como la ley de “*Justicia y Paz*”, por medio de la cual se sustituyen las penas previstas en la ley 599 (Código Penal) para los delitos de lesa humanidad, por penas alternativas que van de 5 a 8 años, para los grupos armados o bandas criminales (paramilitares) que se desmovilicen o sometan al Estado²⁸.

La aplicación del “*principio de oportunidad*” por la Fiscalía está sometida al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías²⁹. Las

²⁷ Artículo 250 de la *Constitución Política de Colombia*.

²⁸ El Gobierno Nacional, el presidente y los voceros de los partidos afines al gobierno (Uribeistas: partido de la U, Cambio Radical, etc.), han manifestado el interés de convertir la “*política de seguridad democrática*”, del actual gobierno, en una “*política de Estado*”; es decir, convertirla en una ley de la república o una norma constitucional, que obligue a los demás gobiernos a continuar la política militar y represiva, y de sometimiento, a las demás administraciones que lo sucedan.

²⁹ Originalmente la ley preveía este control al juez cuando se buscaba extinguir la acción penal (art. 327 C.P.P.), pero esto fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-979 de 2005.

causales por las cuales la Fiscalía puede renunciar, suspender o interrumpir la persecución penal, y su trámite, quedaron reguladas en los artículos 321 al 330 del Código de Procedimiento Penal. Dicho control es obligatorio y automático, y se realiza en audiencia especial, en la que la víctima y el Ministerio Público pueden controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la petición. La norma

preveía que el juez resolvía de plano y contra esta determinación no procedía recurso alguno, pero esto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por violar principios como la doble instancia³⁰.

Las causales para dar aplicación al principio de oportunidad quedaron establecidas en el artículo 324³¹, en 17 numerales, la mayoría de los cuales tienen como fundamento la re-

30 Sentencia c-979 del 26 de septiembre de 2005.

31 Artículo 324. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, y además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal.
2. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible.
3. Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal.
4. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero.
5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.
7. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.
8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.
9. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.
10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.
11. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.
12. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.
13. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
14. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.
15. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

nuncia o decadencia del interés de la persecución penal, por mediar intereses propios del Estado, como la extradición o la colaboración con la justicia; otras son aplicación de principios de justicia restaurativa, donde el Estado actúa como un mediador entre particulares; y las menos, por tener las conductas poca trascendencia social o jurídica o por ser el daño menor, pudiendo considerarse normas de tendencia humanizante y acorde con el principio constitucional de *ultima ratio*.

1. Entre las causales eficientistas (9) en beneficio del Estado, están:

- 2ª y 4ª. Extradición, y entrega (3ª) a la Corte Penal Internacional.
- 5ª, 6ª y 16ª. Colaboración y eficacia con persecución delito.
- 9ª. Riesgo a la seguridad del Estado.
- 10ª y 11ª. Costos al Estado.

2. Entre las restaurativas (4), se aplican cuando media la reparación:

- 1ª, 8ª, 14ª y 15ª. Se aplican siempre y cuando medie la reparación.

3. Humanizantes (4) o de menor valor jurídico o de responsabilidad culposa:

- 7ª, 12ª, 13ª y 17ª. La sanción resulta desproporcionada o de merma significativa jurídica y social.

Aun cuando quedó prohibido aplicar el principio de oportunidad a hechos que puedan significar graves violaciones al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de (*acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma*³²), y delitos de narcotráfico y terrorismo, tal prohibición queda desbordada cuando los grupos susceptibles de cometer tales infracciones se acogen a la política de sometimiento al Estado, en consecuencia de lo cual se benefician con las penas alternativas previstas en la ley de “*Justicia y Paz*”, constituyendo una burla al derecho a la justicia, que reclaman las víctimas, porque dichas penas no son proporcionales a la gravedad de los delitos.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos entre los posibles imputados y la Fiscalía, no pueden comprometer la presunción de inocencia, y solo proceden si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

16. Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas. (Declarado inexecutable mediante sentencia C-673 del 30 de junio de 2005).

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

Parágrafo 1°. En los casos previstos en los numerales 15 y 16, no podrá aplicarse el principio de oportunidad a los jefes, organizadores o promotores, o a quienes hayan suministrado elementos para su realización.

Parágrafo 2°. La aplicación del principio de oportunidad respecto de delitos sancionados con pena privativa de la libertad que excedan seis (6) años será proferida por el Fiscal General de la Nación o el delegado especial que designe para tal efecto.

Parágrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.

32 La parte entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-673 del 30 de junio de 2005.

En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal debe tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos debe oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación, quienes deben ser citados a la audiencia de control de legalidad y oponerse a su legalización, si prueban que no han sido indemnizados o reparados los perjuicios.

La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decida, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

De conformidad con la normatividad prevista, el principio de oportunidad se ha aplicado fundamentalmente a delitos contra el patrimonio económico, en pequeñas cuantías, cuando el indiciado o imputado repara los perjuicios ocasionados con el delito, lo que ayuda a descongestionar la justicia y trae beneficios para las víctimas.

En donde resulta polémica su aplicación, es cuando se aplica en función de la “razón de Estado”, como es el caso de la política de “seguridad democrática” del gobierno de Uribe Vélez, porque tiende a renunciar a aplicar justicia a grupos criminales autores de delitos de lesa humanidad, o conversos criminales autores de muy graves delitos. Junto a la garantía de impunidad se ofrece grandes sumas de dinero a quienes contribu-

yan a la captura o muerte de cabecillas de las organizaciones guerrilleras, del narcotráfico o paramilitares, lo que constituye el mayor incentivo para la colaboración de sectores o individuos descompuestos, o la traición de sus conmlitantes³³.

Cuando se aplica con este último criterio, se desnaturaliza la justicia en función de unos resultados cuestionables por la moralidad y legalidad del procedimiento. Cabe entonces recordar que el fin no justifica los medios, y que estas políticas traen como corolario la descomposición moral de la comunidad, y provocan señalamientos temerarios e injustificados, y por ende el aumento de la criminalidad que se quiso combatir.

El principio de oportunidad aplicado en beneficio de la “razón de Estado” resulta contrario a los postulados de un Estado social de derecho, por lo que es necesaria su modificación en el futuro, para ponerlo acorde con un derecho penal más humanista, y no instrumentalizado como arma de guerra, en donde se sacrifica la justicia y el derecho de las víctimas.

CONCLUSIÓN

Este es un avance del proyecto de Investigación sobre los derechos fundamentales en el nuevo sistema penal acusatorio implantado en el país a partir del Acto Legislativo 03 del año 2002.

En este primer artículo se analiza la modificación a la Carta Constitucional necesaria

³³ Como en el caso de Pedro Pablo Montoya, alias “Rojas”, autor del homicidio agravado de alias “Iván Ríos”, integrante del Secretariado de las FARC, quien en un acto de barbarie le cortó una mano al occiso como prueba de su delito, para cobrar una recompensa de 5 mil millones de pesos ofrecidos por el Gobierno Nacional. El Fiscal General de la Nación se mostró dispuesto a estudiar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para este delito bárbaro, y pagar la recompensa, como estímulo para que se cometan otros homicidios en beneficio de la política de “seguridad democrática”. A su vez, víctimas de las FARC le solicitan al Gobierno Nacional que la recompensa ofrecida por “Ríos” les sea pagada a ellos, y uno a uno de sus victimarios. Ver diario *El Tiempo*, 7 de abril de 2008.

para establecer el nuevo sistema procesal basado en la separación de las funciones judiciales de las investigativas, con lo que se puso fin al sistema inquisitivo y mixto que había regido desde la instauración de la República, sistema que se reputa de mayor efectividad en la garantía de los derechos fundamentales y más acorde con los postulados de Estado Social de Derecho que proclama la Constitución Nacional.

Se concluye que la modificación al artículo 250 de la Carta Constitucional no afectó derechos fundamentales previstos en el Título II, pero instituciones novedosas como el llamado “principio de Oportunidad”, especialmente en su desarrollo en la ley 906 de 2004 que implementa el sistema en el Código de Procedimiento Penal, dan preeminencia a las razones de Estado en su aplicación, acercando la normatividad a los regímenes totalitarios de la defensa del Establecimiento aun a costa de derechos fundamentales de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. ***Código Penal y de Procedimiento Penal***. Editorial Leyer, Vigésima Cuarta Edición, Bogotá, 2008.

CEPEDA, Manuel José. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Consejería Presidencial para el desarrollo de la Constitución. Santafé, 1992.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio. *¿Qué son y cuales son los derechos fundamentales?* Editorial Temis, Bogotá, 1992.

Corte Constitucional, Sentencia C-226 del 17 de junio de 1993, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, C-673 de 2005, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, C-966 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia -1092 de 1992, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, SU 225 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, T- 232 de 1996, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia, Expediente 1562 de 1986.

Decreto 2591 de 1991, Reglamentario de la Acción de Tutela.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1999.

Ley 1142 de 2007. Para la prevención y represión de la actividad delictiva para la convivencia y seguridad ciudadana.

PÉREZ VILLA, Jorge. *Constitución Política de Colombia comentada*. Grupo Editorial Leyer, Tercera Edición, Bogotá, 2000.

RAWLS. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 64 de 1998.