

EL DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO: EL ALCANCE DE LA LEY 906 DE 2004 *

Eduardo Matyas Camargo**
Corporación Universitaria Republicana

*“La fuerza ha hecho los primeros esclavos,
la cobardía les ha perpetuado”.*
Rousseau¹

RESUMEN

El debido proceso es el conjunto de garantías judiciales, procedimiento y etapas que se le deben garantizar a quien está siendo investigado o juzgado. El debido proceso en Colombia es un derecho fundamental establecido en el artículo 29 de la Carta Política y en materia penal desarrollado en la ley 906 de 2004, que consagra el Código de Procedimiento Penal.

Igualmente, el debido proceso en materia penal tiene raigambre internacional, siendo de especial importancia la consagración en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también conocida con el nombre de Pacto de San José. En este instrumento, el debido proceso se subdivide en una serie de principios y derechos, los cuales deben ser respetados por Colombia al ser signatario de dicho instrumento, adoptado por la ley 16 de 1972 y, a través del bloque de constitucionalidad, establecido en el artículo 93 de la Carta Política.

De conformidad con los anteriores instrumentos nacionales e internacionales, el debido proceso debe ser columna vertebral del proceso penal, por lo que la ley 906 de 2004, para ser constitucional, debe consagrar y desarrollar los derechos y principios de **Libertad, Igualdad, Imparcialidad, Presunción de Inocencia, Defensa, Acceso a la administración de Justicia y Publicidad**, en particular, mientras que en general debe cumplir con las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La ley 906 de 2004 se expidió bajo la pretensión de haber sido diseñada de conformidad con las previsiones del debido proceso; sin embargo, el control constitucional, previa demanda de los ciudadanos y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, evidenció diversas violaciones al respecto que se han venido corrigiendo por estas vías.

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2010. Fecha de aceptación: 15 de abril de 2010.

* Este artículo es producto de la investigación terminada “Los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio”, de la línea de investigación de Derecho penal y política criminal del Grupo de Investigación Derecho Público, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, grupo reconocido y categorizado en D como GRUPO Colombiano de Investigación e Innovación por Colciencias.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con especialización en derecho constitucional en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Contacto: ematyasdih@hotmail.com

1 ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Traducción: Andeben Abeu Alingue. Segunda Edición. Septiembre de 1998. Editorial Panamericana. Bogotá. Pág. 7.

No obstante, el desarrollo legislativo que ha introducido importantes cambios a la ley 906, igualmente ha conllevado un retroceso en los derechos y principios fundamentales y en el respeto al debido proceso. Pareciera que a la ley 906 de 2004 le ha venido sucediendo lo mismo que a la Constitución de 1991: una vez promulgada empezó a ser modificada en un sentido negativo; es decir, a revivir provisiones (normas) y procedimientos restrictivos de los derechos fundamentales.

Con los nuevos desarrollos legislativos de la conservación de la libertad y la presunción de inocencia, dos pilares esenciales del debido proceso, se ha pasado a la privación de la libertad, buscándose sea la regla general, cuando debería ser excepción; y la presunción de inocencia ha venido siendo reemplazada por la presunción de culpabilidad. La Fiscalía ha perdido la *sindéresis* en sus actuaciones como ente acusador y los jueces de garantías en muchos casos se comportan como meros convidados de piedra, desvirtuando su función en la preservación de los derechos fundamentales.

Ante el agravamiento de la situación social, donde el desempleo y el deterioro de vida de los colombianos conlleva al aumento de la criminalidad social, el Gobierno y el Legislativo han pretendido frenar este fenómeno a través de las instituciones penales –nuevos delitos, aumento de penas, pretensión de la imposición de la detención en el mayor número de delitos y aumento de causales– demuestran que la política criminal del Estado es contraria a los postulados garantistas de un Estado Social de Derecho.

En este sentido, el contenido garantista de la ley 906 de 2004 se ha venido desmontando para convertirla en carcelaria y peligrosista. Sin embargo, hay que resaltar el papel de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional, las cuales han morigerado los efectos.

Palabras clave: delito, libertad, sistema penal acusatorio, debido proceso, captura, libertad, código de procedimiento penal.

ABSTRACT

Due Process of Law is the conjunct of legal guarantees, procedures and stages that must be guaranteed to whom is being investigated. Due process in Colombia is a Fundamental Human Right under article 29 of the Constitution and criminal law matter developed in law 906 of 2004 which establishes the Code of Criminal Procedure.

Due Process of Law in criminal matters also has international roots, being of special importance in the consecration of the Interamerican Convention on Human Rights, also known as the Pact of San Jose. In this instrument Due Process of Law is subdivided into a set of principles and rights which must be respected by Colombia to be a signatory to this instrument, adopted by law 16 of 1972, and through the block of constitutionality established in article 93 of the Constitution.

In accordance with previous national and international instruments, Due Process of Law must be the backbone of the criminal process, so that Law 906 of 2004 to be constitutional, must devote and develop the rights and principles of **Liberty, Equality, Fairness, Presumption of Innocence, Right to Defense, Access to Justice Management, Advertising**, in particular, and generally must comply with the judicial guarantees provided for Article 8 of the Interamerican Convention on Human Rights.

The Act 906 of 2004 was issued under the pretense of having been designed in accordance with the provisions of Due Process of Law, but the constitutional control, prior citizens claim, and the development of the jurisprudence, the Supreme Court has highlighted several violations thereon which have been corrected by these means.

However, the development of legislation that has made major changes to the law 906, has also led to a reversal of the fundamental

rights and fundamental principles in the Due Process of Law. It seems that the law 906 of 2004 has been happening as well as to the 1991 Political Constitution, once enacted began to be altered in a negative sense, that is, reviving rules (amends) and Fundamental Rights restrictive procedures.

With the new legislative developments, the preservation of liberty and the presumption of innocence, two pillars of Due Process of Law, it has been passed to deprivation of liberty, seeking to be the general rule, when it should be the exception; and the presumption of innocence has been being replaced by a presumption of guiltiness. The prosecution has lost *synderesis* in its actions as prosecuting body, and judges of guarantees in many cases behave as mere silent witnesses, undermining their role in the preservation of fundamental rights.

Given the worsening social situation, where unemployment and the deterioration of life of Colombians, leads to increasing social crime, the Government and the Legislature have tried to curb this phenomenon through penal institutions –new crimes, enhanced penalties, claim for the imposition of detention in the highest number of crimes, and increasing number in causal– shows that state criminal policy is contrary to that provide guarantees of a Social State of Law.

In this regard, the guarantor content of law 906 of 2004 has been dismantled to become it in jailer and dangerousness. However, we must emphasize the role of the Supreme Court and Constitutional Court which have soften the effects of this.

Key words: crime, adversarial criminal justice system, capture, freedom, criminal procedure code.

INTRODUCCIÓN

“Las relaciones jurídicas, así como las formas estatales no pueden ser comprendidas por sí mismas, ni explicadas por el llamado progreso general de la mente humana, sino que tienen sus raíces en las condiciones materiales de vida...”

C. Marx. 1877²

Después de la vida, el bien supremo del hombre es la libertad. Pero muchas personas siguen ignorando que tienen libertad y en qué consiste. Otras, aunque gozan de la libertad, nunca se detienen a considerar lo que históricamente implicó el logro de la misma. Hasta hace 160 años³ todavía había esclavos en estas latitudes y hubo sociedades primitivas en que gran parte de la población era esclava.

Además de ello, vivimos en una época en que a pesar del desarrollo del derecho constitucional, el Estado intenta frenar las libertades de todas las personas y quiere, cada vez más, intervenir en todos los ámbitos de nuestras vidas. Como diría Rousseau: *“La especie humana esta dividida en rebaños, cada uno con su jefe, quien lo guarda para devorarlo”*⁴.

Para gozar de nuestras libertades es necesario poner límites al poder, cualquiera que él sea, porque de lo contrario caemos en manos de regímenes totalitarios. Ahora bien, en la sociedad primitiva algunos hombres se apoderaron primero de algunos frutos y animales, luego de la tierra y los ríos, bosques

2 MARX, Carlos. “Sobre la Crítica de la Economía Política” en: BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. FCE. Bogotá. 1997. Pág. 255.

3 El 21 de mayo de 1851 en Colombia se aprobó la ley que daba libertad definitivamente a los esclavos a partir del 1 de enero de 1852, eso sí, ¡con indemnización del Estado a los esclavistas! POSADA, Eduardo. *La Libertad de los Esclavos en Colombia*. Imprenta Nacional. Bogotá. 1993. Tomo 1. Pág. 190.

4 ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Traducción: Andeben Abeu Alingue. Segunda Edición. Septiembre de 1998. Editorial Panamericana. Bogotá. Pág. 6.

y demás bienes, y también de sus semejantes, a quienes esclavizaron. De tal manera que algunos se han llamado a sí mismos “los señores, los buenos y los nobles” y han empezado a ejercer dominio sobre otros hombres, tratándolos como si fuesen animales de su propiedad sobre los que pueden decidir.

Para entonces, algunos congéneres no eran personas y carecían de todos los derechos y libertades, mientras otros ostentaban todo el poder sobre la sociedad y otros hombres. La categoría jurídica de persona no existía, pero la organización y desarrollo de las sociedades llevó a la creación del Estado, de la burocracia, del aparato judicial y militar e incluso de la figura jurídica de la persona, todo como un avance histórico y social.

“El Estado –dice Engels, resumiendo su análisis histórico– no es de ningún modo un poder impuesto desde afuera a la sociedad; tampoco es ‘la rea de la idea moral’, ni la imagen y ‘la realidad de la razón’, como afirma Hegel. Es más bien un producto de la sociedad cuando llega a un grado de desarrollo determinado; es la confesión de que esa sociedad se ha enredado en una irremediable contradicción consigo misma, y está dividida por antagonismos irreconciliables, que es impotente para conjurarlos. Pero a fin de que estos antagonismos, estas clases con intereses económicos en pugna no se devoren a sí mismas y no consuman a la sociedad en una lucha estéril, se hace necesario un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque, a mantenerlo en los límites del ‘orden’. Y ese poder, nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella y se divorcia de ella más y más, es el Estado”⁵.

En Grecia y Roma las sociedades democráticas diferían de las actuales en cuanto a que se

limitaba la categoría de personas para quienes ostentaran la calidad de ciudadanos. Los derechos se clasificaban por la cuantía de los bienes de fortuna. De modo tal que los plebeyos, mujeres y esclavos no tenían derechos o los tenían restringidos. *“En la mayor parte de los Estados históricos, escribe F. Engels, los derechos concedidos a los ciudadanos se gradúan con arreglo a su fortuna, y con ello se declara expresamente que el Estado es un organismo para proteger a la clase que posee contra la desposeída”⁶.*

En un principio, el estatuto de las penas o código penal no existía y en muchas sociedades dependía de la voluntad del más poderoso el aplicar penas y sanciones a otras personas, ejerciendo una violencia que si bien podía ser organizada jerárquica y militarmente, tan solo obedecía al interés o capricho de quien ostentaba el poder. El primitivo Estado ejercía la violencia para conservar el orden y mantener la paz social; violencia, que sin reglas claras, se ejercía en forma arbitraria, lo que generaba resistencia y nuevas violencias.

De lo anterior surge la necesidad de reglamentar el ejercicio del poder y, como parte de él, las instituciones penales, lo que confiere cierta legitimidad a la fuerza. *“Las leyes son las condiciones –escribe el contractualista Beccaria–, con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por ello una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo propietario”⁷.*

El poder omnímoto del gobernante fue cuestionado y restringido, pues *“el más fuer-*

5 ENGELS, Federico. “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”. En: *Obras Escogidas en dos tomos*. Tomo II. Editorial Progreso. Moscú, S.F. Pág. 317.

6 ENGELS. Pág. 319.

7 BECCARIA, Cesare. Altaya. Barcelona. 1994. Pág. 27.

*te nunca es tan fuerte como para ser siempre amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber*⁸. Es entonces cuando se da el paso de las monarquías absolutas a las aristocracias y, posteriormente, también a las democracias.

En la Edad Media, siglos antes del devenir de la Ilustración en Inglaterra, se empezaron a crear las condiciones para lograr lo que hoy en día conocemos como el debido proceso. Las personas querían que el poder jurisdiccional tuviese límites o que le fuere quitado al rey. Además, que las decisiones judiciales obedecieran a leyes generales y abstractas, las cuales tuvieran tipificadas las conductas que serían consideradas como delitos antes de la comisión de las mismas. Es así como se dicta el Estatuto de Juan Sin Tierra, se inicia la creación del debido proceso y nace la jurisdicción, apartada del poder ejecutivo. (Se debe aclarar que en Grecia y Roma ya había surgido una separación de poderes en tal sentido).

*“La primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad se encuentra en el artículo 39 de la magna charta inglesa de 1215: ‘ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra el, ni mandaremos a otros a serlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país’. En esta formulación clásica, el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales: a) el **habeas corpus**, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) **la reserva de jurisdic-***

*ción en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al ‘juicio legal’ de un sujeto imparcial e independiente; c) **la presunción de inocencia**, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un ‘juicio legal’ y antes de que éste concluya*⁹.

Posteriormente en la Europa continental, específicamente en Francia, se siguieron desarrollando tales postulados y sería un italiano, Cesare Beccaria, quien lo sistematizaría en su obra *“De los Delitos y las Penas”*. En dicha obra se establecieron tres principios claves inmanentes a lo que hoy consideramos Debido Proceso, de acuerdo con los cuales la ley penal debe ser *“scripta, stricta y certa”*.

El primer principio implica, no tanto el hecho de que la ley conste o no por escrito, pues en los sistemas anglosajones por regla general no está escrita, sino que todos los ciudadanos sepan de antemano cuáles son las conductas que se consideran punibles, acabando de esta manera con el arbitrio del gobernante, quien decidía, después de las conductas, cuáles castigaba y qué castigos imponía.

El principio de *stricta* hace referencia a la pena que debía ser impuesta por la conducta penal cometida en cuanto a que todos tenían conocimiento, de antemano, de cual sería la pena por el delito cometido.

El último principio hace referencia a que la ley penal debe ser clara y a que el tipo penal debe ser por excelencia cerrado, es decir, que no puede dar lugar a dudas en los asociados respecto a qué es lo penado, pero sí da lugar a ello y de una norma se puede llegar a colegir qué conductas que no se refieren en la

8 ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Traducción: Andeben Abeu Alingue. Segunda Edición. Septiembre de 1998. Editorial Panamericana. Bogotá. Pág. 8.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid, 2000. Pág. 539.

misma no pueden ser castigadas, es decir, el juez no podrá acoger dicha interpretación sino que tendrá que estarse a la que resulte más beneficiosa para el inculpado. Es por ello que Beccaria decía que el juez tenía que ser tan solo la boca de la ley. Y agregaba: "...un código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son o no conformes a la ley escrita"¹⁰.

El debido proceso forma parte de los principios esenciales de la democracia y "...la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia. En el mismo momento en que un régimen democrático pierde de vista ese principio inspirador que le es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos"¹¹.

Estos principios vinieron a ser recogidos en las Declaraciones de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Carta Interamericana de Derechos Humanos, en la forma de Debido Proceso.

El objetivo de esta investigación es determinar si la ley 906 de 2004 consagra las instituciones del debido proceso y, por ende, pasa la prueba de constitucionalidad al ser comparada con los principios constitucionales que establecen tales principios, además de con el Sistema Interamericano, parte integrante de nuestro ordenamiento superior a través del artículo 93 de la Carta¹².

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El presente artículo constituye el resultado de la investigación sobre la consagración normativa del derecho al debido proceso en la ley 906 de 2004 y su análisis comparado frente a la Constitución Política de Colombia y la Convención Americana de Derechos Humanos, todo ello a través de las jurisprudencias nacionales e interamericanas.

El artículo busca establecer hasta dónde existe una consagración normativa real del debido proceso en Colombia a través de la ley 906 de 2004 y/o hasta dónde está limitado el derecho al debido proceso normativamente.

La investigación busca aclarar los siguientes problemas:

- a. ¿La ley 906 de 2004 respeta el debido proceso tal y como está consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y los instrumentos internacionales, en especial la Convención Interamericana de Derechos Humanos?
- b. ¿Cuáles son las normas de la ley 906 de 2004 que limitan el derecho al debido proceso y su posible contradicción con la Constitución y los instrumentos internacionales?
- c. ¿La ley 906 de 2004 tiene coherencia normativa con la Constitución y los instrumentos internacionales o, por el contrario, el desarrollo normativo posterior le ha hecho perder la mencionada coherencia?

10 BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Altaya. Barcelona. 1994. Pág. 32.

11 BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. FCE. Bogotá. 1994. Pág. 136.

12 Para estos efectos nos referimos a la ley 906 de 2004, corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004 y a las modificaciones sufridas por la misma e implementadas por las leyes 937 de 2004, 985 de 2005, 1028 de 2006 (que aunque es una ley reformativa del Código Penal –ley 599 de 2000– debe tenerse en cuenta para la interpretación del artículo 35 del C.P.P.; ley 1121 de 2006, ley 1142 de 2007, ley 1257 de 2008, ley 1273 de 2009 y ley 1312 de 2009.

- d. ¿Existe una política estatal y de gobierno de limitación del derecho al debido proceso y una pérdida de las garantías judiciales mínimas a que deberían tener derechos los asociados?

METODOLOGÍA

Se asume una lectura sistemática de la ley 906 de 2004 con la intención de ubicar las normas que de manera más expresa se refieren al debido proceso penal y se comparan luego las normas identificadas con la Constitución Política de Colombia y las normas internacionales, en especial la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior con el objetivo de establecer hasta dónde está consagrado normativamente en Colombia el Derecho al debido proceso legal y si la mencionada consagración es coherente con las normas constitucionales e internacionales sobre el tema, utilizando para ello, además de las normas referidas, la Jurisprudencia Nacional e Internacional en torno al debido proceso legal con apoyo en la doctrina existente sobre el tema.

1. EL DEBIDO PROCESO PENAL. CONCEPTO

El debido proceso penal puede definirse como la serie de garantías consagradas le-

galmente para que dentro de un sistema penal de investigación y enjuiciamiento se respete el derecho de las personas que son investigadas y enjuiciadas a tener un juicio justo, llevado a cabo por un juez imparcial, dentro de un término razonable, conservando el derecho a no auto incriminarse, a gozar de la libertad durante el proceso y la presunción de inocencia, todo ello en relación directa con su derecho a la defensa, a la contradicción de las pruebas y con la posibilidad de acceder a una segunda instancia que verifique la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo en primera instancia. Teniendo en cuenta que en ningún caso la persona podrá ser juzgada con leyes anteriores al delito que se le imputa, ni tampoco se le podrán imponer penas que no hayan sido previamente establecidas y que el juez y la competencia deben establecerse de manera previa al juicio.

La Corte Constitucional¹³ ha tratado en extenso el concepto del debido proceso; sobre el particular ha dicho:

“La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo

13 Son numerosos los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional que se refieren al debido proceso. Entre otros, están los siguientes:

“El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo”. (C-339 de 1996).

“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”. (Corte Constitucional, Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales. Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein).

año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características"¹⁴.

2. LAS RAMIFICACIONES DEL DEBIDO PROCESO

Extendiéndonos mas allá del concepto del debido proceso, es necesario mencionar que

éste se puede subdividir a su vez en otra serie de derechos y/o principios que hacen parte del mismo, y que también pueden o no consagrarse normativamente en las leyes internas y en los instrumentos internacionales. Una enumeración no taxativa de tales derechos, podría incluir los siguientes: **Libertad, Igualdad, Favorabilidad, Imparcialidad, Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa, Acceso a la administración de Justicia, Publicidad del Proceso, Doble instancia y Respeto a las etapas y formas del juicio.**

Autores como Ferrajoli¹⁵ hablan de garantías orgánicas y procesales, entendiendo por las primeras a aquellas que se aplican a todo tipo de proceso, y garantías procesales a las que específicamente se aplican a los procesos penales, mencionando entre las primeras, las siguientes: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación¹⁶, juez natural y obligatoriedad de la acción penal; mientras que como garantías procesales enumera: acusación, carga de la prueba, principio de contradicción, formas de interrogar y

"El debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso. Lo anterior garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. Por ello los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones administrativas y judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso." (T- 078 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara).

"La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.

El debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela". (T- 280 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-460 del 15 de julio de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 FERRAJOLI. Op. Cit. Páginas 539 y 540.

16 Las garantías orgánicas, dice Ferrajoli, Op. Cit. Página 540, "son generalmente (salvo la de separación de la acusación) exigidas para todo tipo de juicio, aunque no sea penal, y valen para integrar la jurisdiccionalidad en sentido lato; las del segundo, al definir específicamente el modelo cognoscitivo del juicio, integran, por el contrario la jurisdiccionalidad en sentido estricto".

actos de instrucción, publicidad, oralidad, derechos de la defensa y notificación de actos judiciales.

3. CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL DEBIDO PROCESO EN LA LEY 906 DE 2004

Los artículos 156 y 457 C.P.P. hacen referencia directa al debido proceso, pero no debemos olvidar que el Código de Procedimiento Penal en sí mismo es una consagración del debido proceso y que por ende todas sus normas de una u otra forman hacen parte de él.

Nos referiremos por aparte a otras normas que consagran el debido proceso en la ley 906 de 2004, pero enfocándose de manera específica a los principios que conforman el debido proceso.

- **Libertad.** Artículos. 2 y 295 del C.P.P.
- **Igualdad.** Artículos 4 y 8.
- **Imparcialidad.** Artículos 5, 56 a 65, 139 numeral 4, 341 y 342.

· **Presunción de Inocencia.** Artículos 7, 114 numeral 7 y 175.

· **Defensa.** Artículo 8 literales e hasta k, 15, 16, 23, 118 a 125, 130, 143¹⁷, 282, 290, 339, 344 a 347, 371, 442 a 445, 457 y 510.

· **Acceso a la administración de Justicia.** Artículos 13, 28, 29 y 66.

· **Publicidad del Proceso.** Artículo 18.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU DESARROLLO LEGAL EN LA LEY 906 DE 2004¹⁸

De acuerdo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el debido proceso constituye una serie de garantías mínimas que no puede ser suspendida aun en estados de emergencia. Así lo expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva No. 9 de 1987¹⁹. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó la responsabilidad por expe-

17 Este artículo se presenta dentro del acápite denominado defensa, pero no porque permita una adecuada defensa del investigado, imputado, acusado, etc; sino porque limita ostensiblemente la defensa del mismo, al implicar que pueden serle impuestas una serie de sanciones al abogado defensor a las cuales en sí mismas no se les aplica el debido proceso. Así las cosas, las sanciones al abogado pueden traer como resultado directo una seria limitación en el ejercicio del litigio y por ende afectar de gravedad el derecho de defensa del procesado, investigado, imputado, acusado, etc.

A este tema se refirió en distintas ocasiones la Corte Constitucional antes de la creación, promulgación y entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, entre otras en las sentencias T-351 de 1993, C-218 de 1996 y C-620 de 2001.

18 Una explicación doctrinal de lo que son las opiniones consultivas y su objeto puede verse en:

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

-Corte Interamericana de Derechos Humanos. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

19 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9 <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

dición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²⁰.

Para efectos de nuestro trabajo, iremos desglosando el artículo 8 de la Convención Interamericana y comparándolo con la ley 906 de 2004 y la Constitución Política de Colombia.

4.1. Art. 8.1. Convención Interamericana de Derechos Humanos

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

4.1.1. Principio del Juez Natural. Este artículo, al igual que lo establece el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, hace referencia a la competencia, independencia e imparcialidad del Juez que conoce de una causa judicial de cualquier naturaleza iniciada contra cualquier persona. Pero obviamente, para este y todos los efectos estudiaremos sólo lo que se refiere al debido proceso penal. De la misma manera habremos de decir que es evidente también que la norma en cita está directamente relacionada con el principio del Juez Natural, el cual ha definido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“El principio del juez natural o garantía del ‘juez legal’ significa que nadie puede ser juzgado sino por el juez preconstituido y establecido legalmente con los presupuestos que connotan al juez auténtico; esto es, independencia, inamovilidad y responsabilidad, lo cual lleva a la proscripción, en consecuencia, de los jueces ‘ad hoc’, y ‘ex post facto’”²¹.

La ley 906 de 2004, especifica con claridad las normas sobre competencia en sus artículos 28 a 65.

4.1.2. La competencia. La Corte Constitucional ha definido la *competencia* como “la porción, la cantidad, la medida o el grado de la jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)”²².

El artículo 30 exceptúa del conocimiento de la jurisdicción penal ordinaria los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo.

La existencia de dicha norma ha sido ampliamente debatida y en opinión de muchos la norma es violatoria del numeral primero del artículo 8 de la Convención Interamericana en cuanto excluye de la competencia de los jueces ordinarios a los militares so pretexto de que sus conductas delictivas requieren una especial valoración que sólo puede hacerse a través de sus pares militares. Pero dicho argumento es tan absolutamente relativo que muchos ordenamientos no contemplan la existencia de tribunales militares que puedan juzgar a sus miembros.

20CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14 <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

21CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Radicación No. 27041. Sentencia del 23 de enero de 2008.

22CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-040/97, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

La existencia de ordenamientos de excepción afecta el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos, pues lo cierto es que cualquiera podría argumentar que sólo sus pares lo pudieran juzgar por cualquier causa y ello conllevaría la creación de un número infinito de jurisdicciones de excepción.

El hecho de que se diga por parte del código que sólo se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio activo no atempera para nada las críticas, pues en Colombia todos hemos sido testigos de los exabruptos que origina esta norma y hemos podido conocer sentencias de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que dirimen conflictos de competencia en las cuales se ha llegado a decir que una violación o una masacre está relacionada con el servicio, razones por las cuales debería considerarse la eliminación total de la jurisdicción penal militar y la derogación del artículo 30 de la ley 906 de 2004.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido recientemente así²³:

“108. El Tribunal ha establecido que la jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado la conserve, su utilización debe ser mínima, según sea es-

trictamente necesario, y debe encontrarse inspirada en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno²⁴. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar²⁵.

109. Asimismo, la Corte ha considerado que el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso²⁶. Consecuentemente, el Tribunal ha señalado que '[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso', el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia²⁷.

110. En este sentido, para que se respete el derecho al juez natural, el Tribunal ha señalado que no basta con que la ley establezca previamente cuál será el tribunal que atenderá una causa y que le otorgue competencia a éste²⁸. Dicha ley, al otorgar competencias en el fuero militar y al determinar las normas penales militares aplicables en

23CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

24CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne, párr. 132.

25CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie A No. 68, párr. 117; Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 118, y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66.

26CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros, *supra* nota 46, párr. 129; Caso Palamara Iribarne, párr. 125, y Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 143.

27CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petrucci y otros, párr. 128; Caso Tiu Tojín, *supra* nota 88, párr. 118, y Caso Zambrano Vélez y otros, párr. 66.

28CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne, párr. 125.

dicho fuero, debe establecer claramente y sin ambigüedad: a) quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares; b) cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar; c) la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y d) la correspondiente sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar a un militar de un delito, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito”²⁹.

En otro caso³⁰ referido al Juzgamiento de civiles por Tribunales Militares, dijo la Corte Interamericana lo siguiente:

“275. La Corte destaca que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia (supra párr. 247). En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformi-

dad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.

(...)

En el presente caso, no cabe duda que la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, en las que participaron agentes militares (supra párr. 150), no guardan relación con la disciplina castrense. De dichas conductas han resultado afectados bienes jurídicos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Rosendo Radilla Pacheco. Además, en un Estado de Derecho, la comisión de actos tales como la desaparición forzada de personas en contra de civiles por parte de elementos de la fuerza militar nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar”.

4.1.3. Plazo razonable

Desde luego que hablar de este tema en el medio colombiano puede constituir un exabrupto. De un lado se observan libertades masivas por vencimiento de términos en el caso de los ajusticiamientos extraprocerales llamados “falsos positivos”³¹, en los cuales se ven involucrados miembros del Ejército Nacional. De otro lado podemos

29CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne, párr. 126.

30CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

31Llamados falsos positivos, porque son presentados en los informes oficiales de las fuerzas armadas, como guerrilleros o paramilitares dados en combate, los que son reportados para engrosar estadísticas de muertes en combate, como éxitos militares y pago de recompensas.

observar cómo en otros delitos donde la opinión pública está más “sensibilizada” o mejor, diríamos manipulada, los jueces niegan las libertades por vencimientos de términos sin argumentos diferentes a la presión mediática.

En otros casos vemos investigaciones kafkianas interminables contra personas investigadas que difícilmente pueden ejercer su derecho a la defensa dado lo secreto del procedimiento. Sin embargo, lo cierto es que todos tenemos derecho a tener un debido proceso sin dilaciones, pues la dilación misma ha sido considerada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una violación del debido proceso.

Sobre este particular, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“191. El derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en

atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas³², una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales³³. Además, por tratarse de una desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia incluye que en la investigación de los hechos se procure determinar la suerte o paradero de la víctima (supra párr. 143).”³⁴

“244. El artículo 8.1 de la ³⁵ Convención Americana establece, como uno de los elementos del debido proceso, que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. Al respecto, la Corte ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales³⁶ y, d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso³⁷. No obstante, la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias

32 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio Vs. Argentina, párr. 114; Caso Kawas Fernández vs. Honduras, *supra* nota 40, párr. 112, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 124.

33 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 154, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 124.

34 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

35 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.**

36 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 156, y Caso Garibaldi vs. Brasil, párr. 135.

37 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 155; Caso Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 156, y Caso Garibaldi vs. Brasil, párr. 135.

38 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, *supra* nota 133, párr. 171; Caso García Asto y Ramírez Rojas. Excepción Preliminar, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 167, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *supra* nota 44, párr. 156.

particulares³⁸, pues en casos como el presente el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable³⁹. En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto⁴⁰.

4.2. Presunción de Inocencia y Principio de Libertad

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

4.2.1. Presunción de Inocencia

Esta norma también ha sido reproducida por el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia y la misma establece el derecho de todas las personas a que se presuma legalmente su inocencia mientras no hayan sido vencidas en juicio con el pleno de todas las garantías judiciales.

La ley 906 consagró dicho principio en el artículo 7, en el cual se adicionó que la carga de la prueba le corresponde al órgano de persecución penal y que para proferir sentencia debe existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda.

“Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia. Si la jurisdicción

*es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad –al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)– postula la **presunción de inocencia** del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Se trata, como afirmó Luigi Luccini, de un ‘corolario lógico del fin racional asignado al proceso’ y al mismo tiempo, de la ‘primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción **juris**, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario’. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio– la que forma el objeto del juicio”⁴¹.*

4.2.2. Principio de Libertad

La libertad⁴² sobre la que indagamos en esta investigación, se refiere a la libertad física del individuo vinculado a un proceso penal a partir de la audiencia de imputación. Ha destacado la jurisprudencia de esta Corporación que, a falta de normas constitucionales especiales que definan y protejan ámbitos específicos de libertad, el artículo 28 de la Carta Política:

“... a manera de cláusula general, representa la máxima tutela y reconocimiento a la libertad, cuyo núcleo esencial está

39CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs. Perú párr. 149, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, *supra* nota 44, párr. 156.

40CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Anzualdo Castro vs. Perú, párr. 156.

41FERRAJOLI, Op. Cit. Página 549.

42MATYAS CAMARGO, Eduardo. *Régimen de Libertad en el sistema penal acusatorio*, publicado en Revista Republicana, No. 7, Páginas 18 y 19. Bogotá, Diciembre de 2009, Corporación Universitaria Republicana.

*conformado por 'la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios' y comprende también la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente"*⁴³.

La presunción de inocencia⁴⁴ está directamente relacionada con el principio de libertad que ilumina todas las actuaciones penales y al cual nos referimos en extenso en nuestra anterior publicación, en la que se dijo:

"Dentro de los derechos de los procesados sobresale el derecho a permanecer en libertad mientras se es juzgado, derecho que se deriva del mandato constitucional y de los diferentes tratados internacionales de derechos humanos.

*"Sin embargo, en Colombia, pese a los anteriores postulados, dicho principio se ha desvirtuado, primando la privación de la libertad durante el tiempo que dure el proceso para buena parte de los delitos, lo que conlleva una violación a este derecho humano fundamental"*⁴⁵.

En relación con el principio de libertad, compartimos plenamente los postulados garantistas de Luigi Ferrajoli de acuerdo con los cuales, se debe propender por buscar que la libertad sea la regla y no la excepción,

como parece volverse hoy en Colombia, durante el transcurso de los procesos penales.

Al respecto dice el mencionado autor⁴⁶:

"En definitiva, aunque en nombre de 'necesidades' diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva –solo el peligro de fuga, solo el riesgo de obstaculización de las pruebas, ambos peligros a la vez o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de los peligros de naturaleza procesal y los de naturaleza penal–, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico.

"La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a "estrictas necesidades" sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a

43CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-301 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

44FERRAJOLI. Op. Cit. Página 551.

"La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda."

45MATYAS CAMARGO, Eduardo. Régimen de Libertad en el sistema penal acusatorio, publicado en Revista Republicana, No. 7, Página 15. Bogotá, Diciembre de 2009, Corporación Universitaria Republicana.

46FERRAJOLI. Op. Cit. Página 553.

la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida 'procesal', o 'cautelar', y, en consecuencia, 'no penal', en lugar de una ilegítima **pena sin juicio**".

Refiriéndose al principio de libertad, la Corte Constitucional señaló que:

"En consecuencia, en aras del respeto indicado, la propia Constitución determinó los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten en: i. Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii. Ajustado a las formalidades legales y iii. Por motivos previamente determinados por la ley.

"En este orden de ideas, se estructura el límite a la libertad personal basado en mandamiento escrito proveniente de autoridad judicial competente, con el lleno de las formalidades legales y por motivos previamente establecidos en la ley. En efecto, los motivos no pueden ser otros que los autorizados por la ley, y la autoridad no puede ser distinta de aquella que tenga competencia para ordenarla.

"De lo expuesto, es claro que la Constitución establece una **reserva judicial** que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal, debido a la exigencia de los requisitos ya señalados. Así las cosas, sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, al menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente.

"Por ende, dicha **reserva judicial**, no es sino el resultado de la tridivisión del poder

al interior de un Estado Democrático, en el cual se excluye la posibilidad que una autoridad administrativa limite el ejercicio de la libertad personal sin el lleno de los parámetros exigidos por la Constitución. Lo anterior, por cuanto la libertad personal es un derecho fundamental esencial al Estado Social de Derecho como principio fundante del Estado Colombiano.

"En resumen se puede afirmar, que la privación de la libertad, a través de la captura, entendida como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, encuentra fundamento constitucional en el artículo 28 de la Carta Política que, a su vez, determina las garantías que deben rodearla. Es decir, la detención de una persona sólo procede (1) por motivos previamente definidos en la ley, (2) con acatamiento de las formalidades legales y (3) por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Con ello puede concluirse que la Carta establece una estricta **reserva judicial** en materia de libertad personal.

"No obstante, existiendo la reserva judicial mencionada como principio, se presenta la excepción a la exigencia del "mandamiento escrito de autoridad judicial competente": consistente en la captura en flagrancia regulada por el artículo 32 Constitucional"⁴⁷.

Inicialmente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 300 del Código de Procedimiento Penal que autorizaba que la Fiscalía ordenara capturas en forma excepcional por no reunir los requisitos de orden constitucional:

"De las comparaciones que acaban de hacerse se desprende claramente que el desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Consti-

tución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores que los que se exijan al juez de control de garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto”⁴⁸.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-226 de 2008, declaró la exequibilidad del artículo 21 de la ley 1142 de 2008 que restableció la captura excepcional por parte de la Fiscalía, dejando abiertas con claridad las posibilidades de que la Fiscalía ordene capturas de manera directa, aunque posteriormente su legalidad sea revisada por el juez.

La propia Corte Constitucional comparte la criticada permisividad en cuanto a la prisión cautelar y a las posibilidades de que la Fiscalía ordene capturas que deberían de ser del resorte del Juez, al decir:

“La Corte ha advertido también que en algunas ocasiones el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Dicha privación o restricción, empero, no puede ser arbitraria”⁴⁹.

También la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha atentado permanentemente contra el principio de la presunción de inocencia, contra el principio de libertad, e inclusive contra el de *in dubio pro reo*.

“La Sala estima que en el caso concreto, en la instancia procesal actual no hay lugar a aplicar la solución que apuntaría a la absolución, en cuanto se impondría el mandato constitucional y legal de hacer prevalecer la duda probatoria en favor de los procesados.

“En efecto, la tradición jurídica impone al juzgador el deber de resolver las dudas existentes en beneficio del sujeto pasivo de la acción penal. Pero el mandato es condicionado, toda vez que ello debe hacerse siempre y cuando la incertidumbre sea insalvable, esto es, que no haya modo de eliminarla.

“Los artículos 216 y 248 de los Códigos de Procedimiento Penal de 1971 (Decreto 409) y de 1987 (Decreto 050) establecían el imperio del in dubio pro reo, siempre y cuando no hubiera modo de eliminar la duda.

“Que otros estatutos, y específicamente el artículo 7° de la Ley 600 del 2000, no hayan reglado ese condicionamiento, en modo alguno comportan que el mismo no sea aplicable. Por el contrario, esa carga deriva incontestable, como que de mandatos superiores surge como un deber ineludible del juez impartir justicia, lo que le exige que encamine su actividad a establecer la verdad de los hechos, la “verdad verdadera”, porque solo así hay lugar a un fallo equitativo que de a cada cual lo que le corresponde.

“Por modo que si el juzgador cuenta con oportunidades y elementos para dilucidar incertidumbre, debe hacerlo, pues, en últimas, la absolución por duda en estricto sentido no equivale a justicia, pues que ese estado de vacilación impide conocer lo realmente acaecido y, por tanto, debe ser aplicada como remedio extremo, último, toda vez que la víctima ni el procesado pueden quedar plenamente satisfechos, en tanto la declaración hecha no se fundamenta en la certeza, en la plena convicción.

“Así, la duda, como fundamento de la absolución, es admisible única y exclusivamente cuando al juez le es imposible dilucidar probatoriamente lo realmente acae-

48CORTE CONSTITUCIONAL C-1001, del 3 de octubre de 2005, Álvaro Tafur Galvis.

49Sentencia C-1024/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

cido, porque no puede equipararse la exoneración de responsabilidad con fundamento en que el Estado no pudo probarla, a la declaración de inocencia”⁵⁰.

Con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, se han producido diversas leyes que desvirtúan el principio rector de la libertad del procesado mientras no se halle en firme una condena privativa de la libertad, y éste no se haga acreedor a un subrogado penal. Tales leyes son:

Ley 1098 de 2006, que promulga el código de la infancia y de la adolescencia; ley 1121 de 2006, para combatir el terrorismo y ley 1142 de 2007, sobre medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva, de especial impacto para la convivencia y la seguridad ciudadana⁵¹.

La ley 1121 de 2006, para “combatir el terrorismo” es violatoria de los principios de igualdad ante la ley y hace un excepción de los procedimientos establecidos en las leyes 600 de 2000 y 904 de 2004, que consagran los dos últimos códigos de procedimiento penal, excluyendo beneficios por sentencia anticipada o confesión u subrogados penales⁵². Pero su aplicación ha dado lugar a otra grave violación de derechos fundamentales y debido proceso, como es hacer extensivas la prohibiciones a la ley 906, cuando

en el artículo 26 que consagra la exclusión de beneficios no se excluyen, por ejemplo, los preacuerdos, el allanamiento y la aceptación de cargos establecidos en la ley 906, violando el principio de legalidad al hacer extensiva a la ley 906 (sistema acusatorio) prohibiciones establecidas para la ley 600 de 2000.

La anterior situación viola claramente el debido proceso, como lo resalta el Informe TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS, del experto independiente de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, donde se anota:

“H. El derecho al debido procedimiento legal y a un juicio con las debidas garantías. 44. La garantía del derecho de los sospechosos de terrorismo a un juicio equitativo es esencial para asegurar que las medidas de lucha contra el terrorismo sean respetuosas del estado de derecho”. Y a continuación, recuerda que, “las salvaguardias de los derechos humanos de todas las personas acusadas de delitos penales, incluidos los delitos penales relacionados con el terrorismo, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como en las disposiciones correspondientes de los instrumentos regionales de derechos humanos”⁵³.

50 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2008. Radicado 22.983 M.P. Augusto J. Ibáñez G. p: 101 a 103. Citado por Fernando Tribin Echeverry en Reflexiones sobre la presunción de inocencia en Colombia: un caso emblemático. Pág. 143, publicado en La Defensa, Revista de la Defensoría Pública No. 11. Los temas de la Barra Académica.

51 Sobre este tema profundizamos en nuestra investigación *Régimen de Libertad en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*, publicada en Revista Republicana No. 7. Páginas 25 a 35.

52 Artículo 26. *Exclusión de beneficios y subrogados*. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz., C.P.P. Bogotá, 2008, 24 Edición. Editorial Leyer. Pág. 1017.

53 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. “Terrorismo y derechos humanos”. En: *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Tomo V, 2006.

4.3. Derecho a la Defensa

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Las normas referidas consagran el derecho de la persona a ejercer su defensa dentro de cualquier proceso penal que se siga en su contra, y en general las mismas normas han sido consagradas y seguidas en la ley 906 de 2004.

Este derecho está relacionado con la existencia misma de los abogados ante las dificultades que implica defenderse por sí mismo de

una causa criminal. Si como lo hemos visto, la detención preventiva del investigado o procesado es algo común, es evidente que quien se quiera defender por sí mismo encontraría serias dificultades para ejercer su defensa, porque, por ejemplo, no podrá acceder a las pruebas con la facilidad requerida, ni movilizarse para investigar aquellos hechos que su defensa pueda necesitar.

Por otra parte, se ha dicho que quien se defiende a sí mismo, “tiene por abogado a un loco”, y la frase está referida al hecho de que llevar una causa en nombre propio genera una desmedida pasión que engeuece al litigante y no le permite pensar con claridad y mantener la debida distancia frente al proceso.

Y como si esto no fuera poco, debe recordarse que el derecho penal y el derecho en general es cada día más intrincado y difícil, tanto que requiere un cúmulo de conocimientos especializado, que hace que la persona que quiera defenderse necesite una cierta pericia, conocimiento y experiencia, sin la cual su defensa sería un desastre.

Es por ello que autores como Swift, hablan de los abogados y de los jueces en los siguientes términos:

“Díjele que entre nosotros existía una sociedad de hombres educados desde su juventud en el arte de probar con palabras multiplicadas al efecto que lo blanco es negro y lo negro es blanco, según para lo que se les paga. El resto de las gentes son esclavas de esta sociedad. Por ejemplo: si mi vecino quiere mi vaca, asalaria un abogado que pruebe que debe quitarme la vaca. Entonces yo tengo que asalariar otro para que defienda mi derecho, pues va contra todas las reglas de la ley que se permita a nadie hablar por sí mismo. Ahora bien; en este caso, yo, que soy el propietario legítimo, tengo dos desventajas. La primera es que, como mi abogado se ha ejercitado casi desde su cuna en defender la falsedad, cuando quiere abogar por la justi-

cia –oficio que no le es natural– lo hace siempre con gran torpeza, si no con mala fe. La segunda desventaja es que mi abogado debe proceder con gran precaución, pues de otro modo le reprenderán los jueces y le aborrecerán sus colegas, como a quien degrada el ejercicio de la ley. No tengo, pues, sino dos medios para defender mi vaca. El primero es ganarme al abogado de mi adversario con un estipendio doble, que le haga traicionar a su cliente insinuando que la justicia está de su parte. El segundo procedimiento es que mi abogado dé a mi causa tanta apariencia de injusticia como le sea posible, reconociendo que la vaca pertenece a mi adversario; y esto, si se hace diestramente, conquistará sin duda, el favor del tribunal. Ahora debe saber su señoría que estos jueces son las personas designadas para decidir en todos los litigios sobre propiedad, así como para entender en todas las acusaciones contra criminales, y que se los saca de entre los abogados más hábiles cuando se han hecho viejos o perezosos; y como durante toda su vida se han inclinado en contra de la verdad y de la equidad, es para ellos tan necesario favorecer el fraude, el perjurio y la vejación, que yo he sabido de varios que prefirieron rechazar un pingüe soborno de la parte a que asistía la justicia a injuriar a la Facultad haciendo cosa impropia de la naturaleza de su oficio.

“Es máxima entre estos abogados que cualquier cosa que se haya hecho ya antes puede volver a hacerse legalmente, y, por lo tanto, tienen cuidado especial en guardar memoria de todas las determinaciones anteriormente tomadas contra la justicia común y contra la razón corriente de la Humanidad. Las exhiben, bajo el nombre de precedentes, como autoridades para justificar las opiniones más inicuas, y los jueces no dejan nunca de fallar de conformidad con ellas.

“Cuando defienden una causa evitan diligentemente todo lo que sea entrar en los fundamentos de ella; pero se detienen, alborotadores, violentos y fatigosos, sobre todas las circunstancias

que no hacen al caso. *En el antes mencionado, por ejemplo, no procurarán nunca averiguar qué derechos o títulos tiene mi adversario sobre mi vaca; pero discutirán si dicha vaca es colorada o negra, si tiene los cuernos largos o cortos, si el campo donde la llevo a pastar es redondo o cuadrado, si se la ordeña dentro o fuera de casa, a qué enfermedades está sujeta y otros puntos análogos. Después de lo cual consultarán precedentes, aplazarán la causa una vez y otra, y a los diez, o los veinte, o los treinta años, se llegará a la conclusión.*

“Asimismo debe consignarse que esta sociedad tiene una jerigonza y jerga particular para su uso, que ninguno de los demás mortales puede entender, y en la cual están escritas todas las leyes, que los abogados se cuidan muy especialmente de multiplicar. Con lo que han conseguido confundir totalmente la esencia misma de la verdad y la mentira, la razón y la sinrazón, de tal modo que se tardará treinta años en decidir si el campo que me han dejado mis antecesores de seis generaciones me pertenece a mí o pertenece a un extraño que está a trescientas millas de distancia.

“En los procesos de personas acusadas de crímenes contra el Estado, el método es mucho más corto y recomendable: el juez manda primero a sondear la disposición de quienes disfrutan el poder, y luego puede con toda comodidad ahorcar o absolver al criminal, cumpliendo rigurosamente todas las debidas formas legales.

“Aquí mi amo interrumpió diciendo que era una lástima que seres dotados de tan prodigiosas habilidades de entendimiento como estos abogados habían de ser, según el retrato que yo de ellos hacía, no se dedicasen más bien a instruir a los demás en sabiduría y ciencia. En respuesta a lo cual aseguré a su señoría que en todas las materias ajenas a su oficio eran ordinariamente el linaje más ignorante y estúpido; los más despreciables en las conversaciones corrientes, enemigos declarados de la ciencia y el estudio e indu-

cidos a pervertir la razón general de la Humanidad en todos los sujetos de razonamiento, igual que en los que caen dentro de su profesión”⁵⁴.

Se ha hecho incluso tan difícil la defensa técnica en los procesos penales, que muchos defensores de confianza han sido desplazados por defensores públicos y defensores de confianza que se agrupan en grandes y poderosos bufetes de abogados que tienen a su disposición investigadores y laboratorios en los que pueden lograr controvertir pruebas, pero a un alto costo.

El derecho a la defensa, si bien está garantizado por la figura del defensor público, ha sufrido un gran detrimento en cuanto a la paridad de armas. Pues sólo quienes tienen dinero logran contratar importantes y poderosos abogados para que los representen como abogados de confianza, y los demás tienen que someterse a tener un defensor público con las dificultades prácticas que ello pueda originar. El nombre mismo lo indica, uno es el defensor público y el otro el defensor de confianza y no es lo mismo la confianza que la necesidad de lo público. Aunque los defensores públicos están sometidos a una permanente capacitación, su idoneidad está relativizada por los mecanismos de selección contractual, al no estar esta vinculación derivada de concursos y que éstos fueran transparentes y realizados por entes independientes como la Universidad Nacional.

Con estas consideraciones previas, abordemos problemas dogmáticos de la defensa penal.

La Corte Constitucional se ha referido al tema de la defensa y la posibilidad de que la misma sea ejercida incluso durante la etapa

de la investigación, previa en los siguientes términos:

A partir de dichos presupuestos, la Corte justificó una interpretación incluyente del artículo 8° de la ley 906, es decir, extendió las garantías de la defensa a la etapa previa a la imputación, a partir de la relación de varias hipótesis en donde se hacía necesaria la participación del indiciado dentro de las diligencias penales. Como consecuencia, esta Corporación advirtió que dichas garantías se activan –inclusive– desde el trámite de la indagación y condicionó constitucionalmente la interpretación y aplicación de la norma rectora, en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa⁵⁵”.

Adicionalmente, vale la pena observar que la sentencia citada no ha sido la única providencia en la que el control abstracto de constitucionalidad efectuado por esta Corporación se ha ocupado de estudiar los alcances del derecho de defensa dentro de la etapa de indagación del sistema penal acusatorio.

También en la sentencia C-210 de 2007 se efectuó un análisis sobre las pautas que de-

54 SWIFT, Jonathan. *Los Viajes de Gulliver*. <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/OtrosAutoresdeLaLiteraturaUniversal/Swift/ViajesdeGulliver/cuarteparte.asp>. Parte Cuarta. Capítulo V.

55 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-920 del 18 de septiembre de 2008, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández.

ben observar la integración y designación de la defensa en cabeza del indiciado. En efecto, en razón a una demanda contra los artículos 118 y 119 de la Ley 906, la Corte se ocupó de estudiar la naturaleza de la defensa técnica conforme a los cambios efectuados dentro del nuevo procedimiento de investigación criminal y, sobre ese asunto, afirmó lo siguiente:

“De hecho, resulta especialmente relevante en el contexto del nuevo proceso penal acusatorio, exigir que el abogado de la defensa tenga a su alcance todos los medios y armas procesales para ejercer su función, de tal suerte que la actividad dirigida a recaudar y controvertir pruebas, a más debe ser diligente y oportuna, es esencial para el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, la Corte dijo que ‘el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable’” (negrilla fuera de texto original)⁵⁶.

Más adelante, la sentencia en comento se ocupó de establecer cuál es la etapa procesal apta para la designación del defensor. En este sentido, la Corte reiteró algunos apartes de la sentencia C-799 –referida– y engranó el ejercicio de la defensa desde el momento mismo en que inicia la investigación penal al «derecho a la igualdad de oportunidades e instrumentos procesales y sustanciales para la defensa” o, como lo ha denominado la

doctrina y jurisprudencia, el principio a la igualdad de armas procesales entre las partes. Sobre este principio, como pauta característica del sistema acusatorio, se acudió a la sentencia C-1194 de 2005 de la cual es importante destacar lo que sigue:

“Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”⁵⁷.

Así pues, la Corte procedió a averiguar si la ley 906 de 2004 limitaba la designación de un defensor al momento en que se formulara la imputación –como se desprendía del tenor literal del artículo 119– o si, por el contrario, del propio Código era posible entender que la postulación se podía efectuar en cualquier momento. Para ese efecto se recurrió a la lectura sistemática de las diferentes disposiciones que regulan el funcionamiento del sistema acusatorio y se llegó al siguiente razonamiento:

“Como bien lo afirma la Vista Fiscal, la interpretación sistemática del artículo 119 de la Ley 906 de 2004, muestra que la defensa podrá designar abogado: i) desde el momento en que se adelanta la captura, ii) desde la formulación de la imputación, iii) desde la primera audiencia a la que fuere citado y, iv) desde la comunicación que la Fiscalía hace cuando se inicia una investigación penal”.

“Además de lo anterior, el propio Código de Procedimiento Penal señala casos expresos

56 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

57 CORTE CONSTITUCIONAL. sentencia C-1194 de 2005, Marco Gerardo Monroy Cabra.

en los que, antes de la imputación y sin que sea relevante la captura, se requiere de la presencia del defensor del indiciado en las diligencias preliminares que se adelantan ante el juez de control de garantías, so pena de anulación de la diligencia por violación del debido proceso. Así, por ejemplo, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal autoriza al fiscal a solicitar al juez competente a imponer una medida de aseguramiento y, en lo pertinente para este asunto, dispone que “la presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia”.

“Incluso, respecto de la ‘igualdad de armas procesales’ antes de la imputación, el Código de Procedimiento Penal otorga amplias facultades de defensa en el recaudo y embalaje de la prueba. Nótese que el artículo 267 de esa normativa confiere, a ‘quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra’, las facultades de asesorarse de abogado, de identificar, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares para utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. De igual manera, el artículo 268 del C.P.P. dice que ‘el imputado o su defensor, durante la investigación, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física...’

“26. El anterior análisis sistemático del tema muestra, entonces, que contrario a lo sostenido por el demandante, el ejercicio de la defensa técnica se inicia desde el primer acto procesal con el que el investigado tiene conocimiento de que la Fiscalía inició una investigación por la presunta participación en un hecho punible. En consecuencia, resulta equivocado sostener que, por el hecho reprochado en la demanda, el investigado no tuvo tiempo para ejercer su derecho a la defensa, ni que la norma acusada consagra una desigualdad de trato jurídico respecto

de la oportunidad para ejercer la defensa. Luego, de la lectura integral de la norma acusada se infiere que el cargo de la demanda no prospera”⁵⁸.

4.4. Principio de no auto incriminación

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Esta norma se refiere al derecho a la no auto incriminación, derecho que por supuesto también esta consagrado en la ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

“Artículo 8:

En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
- b) No auto incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*
- c) No se utilice el silencio en su contra.*
- d) No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un*

acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse”.

Como se verá, en concordancia con la Constitución Política de Colombia, el derecho a la no auto incriminación, se acompaña también de la garantía de no incriminar al cónyuge y a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, e inclusive no se obliga a nadie a declarar contra sí mismo, su cónyuge o los parientes ya enunciados.

Esta garantía es un desarrollo específico del derecho a la defensa, pero a la defensa material que ejerce o puede ejercer el propio incriminado de no tener que hacer ciertas declaraciones a las que la ley no le obliga y que puede hacer o no, pero bajo su propia voluntad.

4.5. Doble Instancia

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h) derecho de recurrir fallo ante juez o tribunal superior”.

Partiendo del hecho de que los humanos y las instituciones son falibles, se da la posibilidad a todas las personas de que las sentencias que las condenan por su responsabilidad penal puedan ser controvertidas ante un Juez que es superior jerárquico de quien profirió la decisión en primera instancia. Dicho Juez tiene una categoría superior a la de la primera instancia y también se supone que más

conocimientos y experiencia; incluso en ocasiones el Juez de segunda instancia tiene un carácter colegiado, es decir, es un Tribunal compuesto por varios jueces que en nuestro sistema penal se denominan magistrados.

Aunque el principio de segunda instancia es aplicado en Colombia respecto a decisiones que no ponen fin al proceso (autos), nos referimos aquí principalmente a la doble instancia en cuanto posibilidad del condenado de apelar al superior del Juez para que revise la sentencia de primera instancia que aquel profirió en principio y que si la encuentra errada, la revoque, modifique o adicione, según sea el caso.

No obstante la apelación, para que resulte garantía para el condenado, debe cumplir con un principio denominado *no reformatio in pejus* o *no reforma en perjuicio del apelante*, según el cual, al condenado, no le puede ser modificada la sentencia en segunda instancia si ello implica una pena mayor a la que se le aplicó en primera instancia. Ello, siempre y cuando el condenado sea apelante único.

“La ley 906 de 2004 preserva el principio de que las decisiones judiciales tienen doble instancia, como se halla previsto en el artículo 31 de la Carta Constitucional, derecho fundamental que se halla consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos”⁵⁹.

4.5.1. Principio de doble instancia es general y abstracto

Debe entenderse que el principio de la doble instancia se halla consagrado también en beneficio de las demás partes intervinientes en el proceso; es decir, se halla establecido

⁵⁹ MATYAS CAMARGO, Eduardo. *Régimen de Libertad en el sistema penal acusatorio*, publicado en Revista Republicana, No. 7, Páginas 18 y 19. Bogotá, Diciembre de 2009, Corporación Universitaria Republicana.

también en beneficio del ente acusador y también especialmente de las víctimas. Al respecto cabe resaltar la posición diáfana en este aspecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha pronunciado numerosas veces en los siguientes términos:

“104⁶⁰. Es preciso recordar que esta Corte ha sostenido que, según la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)”⁶¹.

Y que dicha garantía debe garantizarse incluso oportunamente:

“Asimismo, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurarse, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables”⁶².

Este instituto, el de la apelación y la doble instancia, no puede confundirse con el Recurso de Casación, el cual tiene un carácter extraordinario y no implica una nueva ins-

tancia al ser un rito formalista ajeno la mayor parte de las veces al carácter sustancial que debe prevalecer por principio constitucional en el derecho colombiano.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia aclara que la Casación no es un debate de instancia:

“En el entendido que la casación es un recurso extraordinario y, consecuentemente, rogado, creado para denunciar y demostrar errores in iudicando o in procedendo cometidos en la sentencia o al interior del proceso, no es posible presentar personales opiniones ni hacer libres planteamientos que no estén sujetos a las correspondientes causales y conforme a la debida claridad y precisión que la ley ha impuesto y que la jurisprudencia ha desarrollado, dado que no es una prolongación del debate de instancia.

“Caso contrario, se tornaría el libelo en un alegato y, por ende, se desnaturalizarían los fines de la casación, convirtiéndola en otra instancia más, en la medida en que la simple discrepancia de criterios no es susceptible de ser atacada a través de esta vía, además de que ‘el juez de casación, en cambio –como también lo hemos dicho–, tiene limitados sus poderes como tal, y por ello debe restringir su actividad a revisar la sentencia impugnada solamente por las causales que el recurrente invoque y por las razones que exponga, pero no queda a su alcance la renovación del conjunto probatorio, pues este

60 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211. <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 91; Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 103, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 110.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 115, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, párr. 112.

recurso, por su carácter extraordinario, generalmente apunta a la corrección de errores de derecho y no a clarificar la situación fáctica en que se fundamenta la sentencia de instancia”⁶³.

Esta posición ha sido reiterada como podrá verse en la siguiente sentencia:

“Si la Corte optara por contestar a fondo los cargos formulados de esta manera, interpretando, corrigiendo y complementado las falencias de la demanda, convertiría el recurso extraordinario de casación en una instancia más, no obstante que los procesos penales, ordinariamente, deben culminar en la segunda instancia con sentencia ejecutoriada. El acceso a un recurso adicional, extraordinario, no puede sino obedecer a una razón excepcional con una finalidad igualmente especial. Esas características tan particulares del recurso de casación, están taxativamente señaladas en la ley y han sido objeto de reiterada y unificada jurisprudencia de la Corte Suprema.

“Por tales razones es elemental que el recurso deba ser rogado y, además, razonadamente sustentado por el recurrente, de ahí que el escrito que lo contiene no sea de libre formulación, por cuanto requiere de claridad, precisión, lógica y conocimiento de los diferentes aspectos jurídicos que se liberan para quebrantar un fallo que reclama firmeza. Tratándose de un recurso extraordinario, exige un método propio, que se sustenta en el interés jurídico de lo demandado y en el cumplimiento de determinadas cargas procesales para el recurrente que actúa como parte actora del recurso”⁶⁴.

Posteriormente, se ha plasmado:

“Ante todo, es necesario reiterar, una vez más, que la casación no es una tercera instancia, donde en forma libre se pueda hacer toda clase de cuestionamientos a una sentencia que, por ser la culminación de todo un proceso, está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, sino que se está en presencia de un medio de impugnación extraordinario y rogado, en el que sólo es posible acusar los errores de juicio o de procedimiento cometidos por el fallador, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, demostrarlos y evidenciar su trascendencia en la parte dispositiva del fallo.

“Así mismo, que el éxito de la demanda no depende de lo extenso del discurso, ni de la cita de autores, ni de las múltiples críticas procesales y probatorias, sino de la clara y precisa demostración de los desatinos cometidos por el sentenciador”⁶⁵.

4.6. Principio de *Non bis in idem*

Artículo 8.4. Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

La consagración normativa del principio del *Nom bis in idem* efectuada en el Pacto de San José a través de la norma transcrita se halla igualmente consagrada en la Constitución Política de Colombia y en la ley 906 de 2004.

63 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2008. Radicación No. 25709. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

64 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 14083. Sentencia del 24 de octubre de 2002.

65 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 11614. Sentencia del 7 de noviembre de 2002.

Sin embargo, como lo hemos visto anteriormente, al relativizarse el derecho a la presunción de inocencia por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema, también se ha puesto en peligro el principio del *Nom bis in idem*, puesto que una persona podrá ser juzgada dos veces por los mismos hechos dado que la duda no será resuelta a su favor, sino que dará lugar a otro proceso en el que la duda se pueda despejar con el propósito⁶⁶ mentido de obtener “justicia”, pero a costa del mencionado principio constitucional.

Al respecto, se ha escrito desde la doctrina:

“Bajo el planteamiento de la Corte el in dubio pro reo desaparece o por lo menos su consagración es un sofisma. La existencia de duda siempre permitirá retrotraer la actuación a una etapa procesal probatoria en la que se intentará dilucidarla y, así de manera repetida, se generarían procesos interminables so pretexto de una probabilidad de adquirir certeza de inocencia o culpabilidad. El camino de la nulidad o de la anulación de lo actuado con la mera pretensión de continuar investigando en busca de certeza, constituye sin duda una horrorosa ofensa a garantías judiciales y convierte el proceso en digno exponente Kafkiano”⁶⁷.

Al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido conceptualmente el principio del *Non bis in idem* en los siguientes términos:

“Esta genérica expresión latina de una institución seguramente de origen griego, se traduce como no dos veces sobre lo

mismo o no dos o más veces por la misma cosa.

“Comprende varias hipótesis.

“Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

“Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

“Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

“Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

“Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina Non bis in idem material”⁶⁸.

Este principio se halla establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

66 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2008. Radicado 22.983 M.P. Augusto J. Ibáñez G. p: 101 a 103. Citado por Fernando Tribin Echeverry en Reflexiones sobre la presunción de inocencia en Colombia: un caso emblemático. Pág. 143, publicado en *La Defensa*, Revista de la Defensoría Pública No. 11. Los temas de la Barra Académica.

67 TRIBÍN ECHEVERRY, Fernando. En: Reflexiones sobre la presunción de inocencia en Colombia: un caso emblemático. Pág. 143, publicado en *La Defensa*, Revista de la Defensoría Pública No. 11. Los temas de la Barra Académica.

68 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de marzo de 2007 con Radicado No. 25629. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

ticos, en su artículo 14 N° 7 y en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8 N° 4, recogidos en el derecho interno de Colombia por medio de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, y a través del bloque de constitucionalidad establecido en el artículo 93 de la Carta Constitucional.

La importancia de esta garantía ha hecho que la Corte Suprema la haya desarrollado en numerosas e importantes providencias:

“... es la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin importar el pretexto de una denominación jurídica distinta, porque así lo definen claramente los artículos 9° del Código Penal y 15 del Código de Procedimiento Penal. Esto significa dos cosas a la vez: primero, que no es posible revivir una acción penal ya agotada y, en segundo lugar, que respecto de un mismo hecho no es viable la persecución penal simultánea por autoridades judiciales distintas, ni siquiera por razones de competencia, porque para evitar la coetaneidad en el ejercicio de la acción penal se han trazado claras reglas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (C. P., arts. 80 y 97).

“Se pregunta: ¿Cuándo se da la doble persecución penal? La doctrina propone tres identidades como fórmula abstracta para la solución de los casos concretos. Se habla entonces de la identidad de la persona juzgada; identidad del objeto del proceso y de identidad de la causa de la persecución penal.

*“Sin entrar en filigranas semánticas, sí es importante destacar que tanto en la Constitución como en los Códigos, el principio del **Nom bis in idem** está reafirmado por la prohibición de juzgar dos veces a una persona “por el mismo*

hecho”, y no se refieren los textos, como en otras legislaciones, al “mismo delito”. Pues bien, ello indica que la imputación concreta debe basarse en el comportamiento históricamente determinado, cualquiera sea su significación jurídica o el nomen iuris empleado por el funcionario judicial para calificar el hecho.

“Ahora bien, como es indudable que en Colombia la carga de la investigación y de la prueba le corresponde al Estado-jurisdicción, y éste debe agotarla en ciclos preclusivos, también es cierto que la imputación se hace sobre una conducta concreta e históricamente ocurrida, hipotéticamente afirmada como existente, hasta el punto de que es pura y única responsabilidad de la jurisdicción consumir todo el conocimiento posible en busca de la verdad, sin perjuicio de la vigencia de las garantías fundamentales (Const. Pol., arts. 29 y 250; C. P. P., arts. 24, 249 y 448). De modo que no es posible intentar otras investigaciones posteriores o simultáneas, con el ánimo de agregar elementos o circunstancias a la conducta central ya investigada, siempre que se establezca que es igual el comportamiento básico que fue objeto de conocimiento y decisión.

*“La Corte asume en una dimensión doble el principio del **Nom bis in idem**, en el sentido de que, por un lado, una sentencia ejecutoriada impide revivir la acción penal por el mismo hecho, pero, por otra parte, también significa que respecto de un mismo hecho no es posible la persecución penal coetánea por autoridades judiciales distintas”⁶⁹.*

4.7. Principio de Publicidad

Artículo 8.5. Convención Interamericana de Derechos Humanos:

69 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de enero del 2001. Radicación número 14.190. Citado en la Sentencia del 26 de marzo de 2007 con Radicado No. 25629. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

El principio de la publicidad consagrado en tratados y convenciones de derechos, es una garantía esencial que se opone a la reserva y a los juicios secretos, en boga en la edad oscura de los juicios de la temible Inquisición.

Ya Cesare Beccaria en su texto clásico *“De los Delitos y las Penas”* había repudiado este tipo de procesos que violan flagrantemente el derecho a la defensa y resultan propios de Estados débiles constitucionalmente y totalitarios, a través de los cuales se sostiene el tirano:

“¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del secreto, escudo el más fuerte de la tiranía?”⁷⁰.

Este principio de la publicidad se halla establecido en el artículo 29 de nuestra Carta Constitucional y recogido igualmente dentro de los principios rectores de la ley 906 de 2004 en el artículo 18, donde se establece tajantemente que “la actuación procesal será pública”, y no sólo para los intervinientes en el proceso, sino también para los medios de comunicación y la comunidad en general. Se recoge igualmente la reserva establecida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuando se ponga en peligro la seguridad nacional o la salud psicológica de las víctimas menores de edad. Igualmente, se protege esta garantía a través del artículo 3 del Código de Procedimiento Penal que remite a la observancia de los tratados in-

ternacionales, en concordancia con el artículo 93 de la Carta Constitucional.

En Colombia, que hasta hace poco tuvimos los jueces y Fiscales “sin rostro”, gracias a que la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la ley 104 de 1999⁷¹, que mantenía la posibilidad de reserva de identidad de los fiscales y los testigos, la detención preventiva como única medida de aseguramiento posible, la duplicidad de términos en las etapas procesales y para obtener libertades, declaró inconstitucional las normas que protegían la reserva de identidad de testigos y funcionarios judiciales, puso fin a esta arcaica institución medieval con sentencia que excluyó del mundo jurídico a los testigos sin rostro por violar precisamente el derecho constitucional a la defensa, luego de numerosos casos en que se evidenció el abuso por parte de los fiscales de estos testigos falsos pero que protegidos en el anonimato declaraban contra los sindicados en diversos procesos, e incluso aparecían como diversos testigos en operaciones llamadas como clonación de testigos⁷².

El rechazo de los juristas a la existencia de una justicia especializada ha sido general, lo que ha generado a la existencia de numerosos estudios que dejan en evidencia la iniquidad de esta justicia secreta:

“La justicia sin rostro también se caracterizó por desconocer el principio de la presunción de inocencia; la única medida de aseguramiento era la detención preventiva. No se realizaban audiencias públicas, sino que el trámite procesal era puramente escrito, permitió la legalización de la tortura a través de las llamadas ‘versiones

70 BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y las Penas*. Altaya. Barcelona. 1994. Pág. 51.

71 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-392 del 6 de abril de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

72 EL TIEMPO. “Anomalías con testigos sin rostro”, 18 de abril de 1997. En esta noticia publicada en el diario El Tiempo, se informa que el procurador General de la Nación Dr. JAIME BERNAL CUELLAR le solicitó al Fiscal General de la Nación, Dr. Alfonso Valdivieso Sarmiento tomara medidas en el proceso contra varios ingenieros de Ecopetrol que estaban siendo juzgados con falsos testimonios de testigos secretos.

libres y espontáneas', facilitó privaciones de libertad arbitrarias, estableció una desigualdad manifiesta ante la ley; por ejemplo, al duplicar términos para algunas etapas procesales y para la obtención de libertades. En fin, la justicia sin rostro es el ejemplo patético de lo que es un sistema puramente inquisitorial. Este mal remedo de justicia estuvo marcadamente influenciado por el poder militar, pues muchos de los fiscales tenían su sede en las instalaciones de la fuerza pública y de seguridad del Estado, situación que los convertía en firmes de órdenes de interceptaciones telefónicas, de allanamientos; inclusive se conocieron casos en los que los fiscales sin rostro participaron en allanamientos, uniformados con prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares. También ocurrieron situaciones inauditas, como permitir que personas civiles detenidas en las instalaciones de la fuerza pública participaran de operativos militares. Además, ésta reunía un conjunto de facultades que en la práctica se constituían en las autoridades judiciales: investigaban, pasaban los informes, detenían, interrogaban, practicaban pruebas, intervenían en el proceso, muchas veces manipulando a testigos secretos, etc.

"Este 'modelo de justicia' nació con el pretexto de luchar contra el narcotráfico, pero la verdad es que por su estructura legal y por su funcionamiento, en la práctica fue un instrumento esencialmente contrainsurgente y un mecanismo efectivo para criminalizar la protesta popular y social que se desarrollaba dentro de los cauces constitucionales y legales"⁷³.

Sin embargo, a través de la ley 104 de 1999 se crearon los llamados *jueces penales de circuito especializados*, los que conservaron la competencia para juzgar los mismos delitos que conocían los jueces sin rostro. Pese a lo antijurídico de la institución, la ley 906 de 2004 mantuvo la existencia de los jueces es-

pecializados de jurisdicción, los que atentan contra el postulado de la igualdad ante la ley, pese a haber entrado en vigencia la reforma constitucional que establece un régimen procesal acusatorio, público y controversial.

Pero además, ante las recientes libertades por vencimiento de términos de procesados juzgados por jueces especializados, el Ejecutivo ha manifestado su interés en modificar los términos procesales para duplicarlos como en la ley 104, con lo que estaría violando principios constitucionales como el de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el derecho a la libertad, y el de una pronta justicia.

Por otra parte, el gran doctrinante del garantismo penal Luigi Ferrajoli, resalta la importancia de esta institución de la publicidad haciéndola extensiva a la personificación de los operadores judiciales que conlleva aparejada igualmente la responsabilidad institucional y personal frente a las decisiones, que las hace transparentes, responsables y permite, por otra parte, advertir sobre la existencia de causales de impedimentos y recusaciones que pueden llevar a producir decisiones judiciales incorrectas o viciadas:

"Es obvio que esta forma de responsabilización de los jueces requiere una serie de presupuestos sociales e institucionales. Los presupuestos sociales son los generales de la democracia: la maduración civil y política de los ciudadanos en torno a las cuestiones de la justicia; su atención y participación constante en la vida pública; su conflictividad social y su solidaridad civil y política con los derechos lesionados; la plenitud, la independencia y la corrección de la información judicial por parte de la prensa; el compromiso civil y el hábito de oposición de la cultura jurídica. Los presupuestos institucionales son más simples pero no menos esenciales: sobre todo, la

obligación de la **motivación** analítica de toda resolución judicial, sin la que, como escribía Carrara, “esta vigilancia será del todo imposible”; en segundo lugar, la supresión de cualquier forma de señalización de la libertad de **crítica** y de censura en relación con los magistrados, como es todavía en Italia la previsión del delito de desacato contra el orden judicial; en tercer lugar, la generalización del principio de **publicidad** a todas las fases del proceso a la abolición o, al menos, la máxima limitación del secreto sumarial.

“Por último, una cuarta condición institucional de la responsabilización social de los jueces es la **personalización** de todas las funciones judiciales sean decisorias o de acusación: a través de la institución del juez monocrático de primer grado y la consiguiente supresión de la distinción entre tribunales y preturas y, por otro lado, mediante la introducción de la obligación de dar cuenta en todas las decisiones colegiadas, del eventual disenso de uno o varios componentes del tribunal y de sus votos particulares. Porque, en efecto, uno de los principales factores de la irresponsabilidad de los jueces, es el anonimato en el que a veces se esconde su actividad. Con la personalización de las funciones judiciales, la paternidad de los juicios no estaría referida a entidades anónimas como el Tribunal, la Corte de Apelación, la Corte de Casación, la Sección Instructora, la Magistratura y otras abstracciones similares, sino a los magistrados concretos que toman las decisiones, o que participan en ellas, y que, así, quedarían expuestos personalmente al juicio y a la crítica de la opinión pública. Especialmente, el voto particular de las decisiones colegiadas comporta la corresponsabilización de todos los integrantes del órgano colegiado, sin posibilidad para ninguno de instalarse cómodamente en las decisiones de la mayoría o bajo la cobertura de la mi-

noría. Y, sobre todo, es un decisivo factor de ruptura de la coartada del puro ‘tecnicismo’ y ‘neutralidad’ de la decisión, al hacer posible que salga al exterior, no, como ahora sucede, una sola ‘verdad’ —es decir, una sola interpretación de la ley y una sola valoración de los hechos y de las pruebas— sino verdades distintas y en contraste, capaces de suscitar la atención, el debate, la crítica informada y, de ese modo, el control público sobre las actuaciones de los jueces”⁷⁴.

4.7.1. La publicidad como derecho de las víctimas

La transparencia de los procedimientos es una necesidad de la sociedad que por esta vía puede examinar el proceder de la policía local, de la policía judicial, del investigador, del fiscal y desde luego del mismo juez, como garantía de que el estado obra con imparcialidad no solamente frente a los procesados, sino frente a las víctimas, derecho que se halla recogido, no sólo en el artículo 11 de los principios rectores del Código de Procedimiento Penal, sino también en los artículos 82, 14 y 111 de la ley 906 de 2004, a través de los cuales se le permite solicitar pruebas y tramitar el incidente de reparación para el resarcimiento de perjuicios causados con la conducta ilícita.

Sobre el principio de publicidad en estrecha relación con el derecho de las víctimas, son numerosas las sentencias en que la Corte Interamericana ha resaltado la importancia de que los procesos sean públicos:

“252. Al respecto, el Tribunal estima que el acceso al expediente es requisito sine qua non de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna. Si bien la Corte ha considerado admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas

durante la investigación preliminar en el proceso penal⁷⁵, para garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal. La potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso, de ser el caso, debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas."

"258. Tomando en cuenta lo anterior, y en aplicación del artículo 29 b) de la Convención Americana, la Corte considera que debe entenderse que el derecho de las víctimas en este caso a obtener copias de la averiguación previa conducida por la Procuraduría General de la República no está sujeto a reservas de confidencialidad, en tanto que la misma se refiere a la investigación de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. De esta manera, las víctimas en el presente caso deben tener derecho al acceso al expediente y a solicitar y obtener copias del mismo, ya que la información contenida en aquél no está sujeta a reserva"⁷⁶.

CONCLUSIONES

El debido proceso es una institución consagrada en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y vigentes en Colombia y está establecido como un derecho fundamental en el artículo 29 de la Carta Constitucional.

La ley 906 de 2004 que implementa el Código de Procedimiento Penal establece el debido proceso en sus principios rectores, especialmente en el artículo 6 de la norma que establece que "*nadie puede ser juzgado sino*

conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos y con las normas propias de cada juicio".

El debido proceso se halla amparado de una forma extensiva a través del artículo 3º, que da prevalencia a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos vigentes en Colombia y a través del artículo 93 de la Carta Política, que igualmente establece la vigencia suprallegal de dichos tratados a través del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, en la práctica, pese a la existencia de una normatividad fundamentalmente garantista, el debido proceso sufre ataques permanentes por los operadores judiciales, a través de los siguientes procedimientos:

1. El debilitamiento de la presunción de inocencia, que ha sido reemplazada por una presunción de culpabilidad, lo cual es originado por un rezago de la mentalidad inquisitiva de la cual no se logran liberar ni siquiera los jueces de las altas cortes.
2. De la mano con la presunción de inocencia desapareció también el principio del *non bis in idem*, pues la Corte Suprema estableció que una absolución por duda equivale a injusticia y que por ende, un juicio que origine duda debe rehacerse hasta que se logre la certeza de la culpabilidad o la inocencia del procesado.
3. De la misma manera se ha debilitado también el *in dubio pro reo*, pues la duda ya no favorece al acusado, sino que lo mantiene *sub judice* hasta que se compruebe su culpabilidad o su inocencia.
4. El principio de libertad del procesado se ha limitado de tal manera que la de-

75 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 54 y 55.

tención es la regla general; esto se hace evidente en la gran población carcelaria del país y en las reformas legislativas que buscan el recorte del derecho a la libertad.

5. El derecho a la defensa es relativo, pues si bien existe un sistema de defensoría pública, los altos costos del litigio impiden que la población del común pueda contar con defensores de confianza, a los cuales sólo tienen acceso las personas con altos ingresos o las organizaciones sociales.
6. El Principio del Juez natural ha sido relativizado en Colombia por la existencia de jurisdicciones especializadas y tribunales militares que apartan del conocimiento de la jurisdicción ordinaria los principales juicios y muchos de los miembros de las fuerzas armadas violadores de derechos humanos, so pretexto de que cometen delitos relacionados con el servicio, siendo por ende necesario para la obtención de justicia eliminar la jurisdicción penal militar y la jurisdicción especializada.
7. En Colombia se está afectado el derecho al plazo razonable de duración de los procesos, a la igualdad ante la ley, a la protección de sectores vulnerables establecido en el artículo 13 de la Constitución Nacional y en lo relativo a los términos y procedimientos judiciales, el acatamiento de éstos dependen de la presión política, de los medios y del interés del Estado.
8. Las garantías judiciales que establece el artículo 8 de la Carta Interamericana de Derechos Humanos son relativas en Colombia, como relativo es el debido proceso; por lo tanto, el Estado colom-

biano se verá avocado a más condenas internacionales por parte de la Corte Interamericana, dadas sus prácticas legislativas, por no hablar de las otras atentatorias al debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. *Código penal y de procedimiento penal anotado 2008*. Vigésima Cuarta Edición. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las Penas*. Barcelona: Altaya, 1994.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Bogotá: FCE, 1994, pág. 136.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Bogotá: FCE 1997, pág. 255.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Temis, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992 (M.P. Jaime Sanín Greiffenstein).

CORTE CONSTITUCIONAL, T-1263 del 29 nov. 2001, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. C-1194 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. C-210 de 2007, del 30 de abril de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 185 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040/97, M.P. Antonio Barrera Carbonel.

76 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1024/02, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-237/05, M.P. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-301 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-392 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-446, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-301 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-460 del 15 de julio de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-920 del 18 de septiembre de 2008, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. T-078 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. T-280 DE 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bulacio vs. Argentina. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. *Fondo*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie A No. 68, párr. 117; Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 118 y Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 66.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209 <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y

otros vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9 <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14 <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 11614. Sentencia del 7 de noviembre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 14083. Sentencia del 24 de octubre de 2002.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 27041. Sentencia del 23 de enero de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Radicación No. 25709. Sentencia del 30 de enero de 2008. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de Julio de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 18 de enero del 2001. Radicación número 14.190. Citado en la Sentencia del 26 de marzo de 2007 con Radicado No. 25629. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid. Editorial Trotta, 2000.

MARX, Carlos; ENGELS, Federico. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", en: *Obras Escogidas en dos tomos*. Moscú, S.F.: Editorial Progreso.

MATYAS CAMARGO, Eduardo. *Régimen de libertad en el sistema penal acusatorio*, en: *Revista Republicana* No. 7. Bogotá, 2009.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. "Terrorismo y derechos humanos". En: *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá. Tomo V. 2006.

PERSONERÍA DE BOGOTÁ. *Compilación de Normas y Tratados Internacionales vigentes en Colombia*. 1998.

POSADA, Eduardo. *La Esclavitud en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1933, Tomo 1.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social o principios del derecho político*. Traducción: Andeben Abeu Alingue. Bogotá. Editorial Panamericana. Septiembre de 1998. Segunda Edición. Página 6.

SWIFT, Jonathan. *Los Viajes de Gulliver*. <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/OtrosAutoresdeLaLiteraturaUniversal/Swift/ViajesdeGulliver/cuarteparte.asp>. Parte Cuarta. Capítulo V.

TRIBIN ECHEVERRY, Fernando. *Reflexiones sobre la presunción de inocencia en Colombia: un caso emblemático*. Páginas 133 a 151, publicado en *La Defensa*, Revista de la Defensoría Pública. No. 11. Los temas de la Barra Académica. Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, Diciembre de 2009.

