

## EL EJERCICIO DE LOS ROLES EN EL PROCESO PENAL. EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE LOS SUJETOS PROCESALES Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA PUBLICIDAD INTERNA DEL PROCESO

Así como el principio de publicidad en el proceso penal cumple unas finalidades que se concretan en beneficio de los sujetos e intervinientes y a su vez en la sociedad, resultaría imperioso concretar los derechos y garantías que estos tienen en el interior del proceso, para comprender la forma en que opera su comunicación dentro del sistema procesal penal. Ello permitiría entender la trascendencia que tienen los derechos y las garantías a la hora de transmitir informaciones que provienen del escenario judicial y, en especial, el cuidado que debe tener el comunicador al divulgarlas para no frustrar los derechos fundamentales de los participantes.

Ahora bien, el hecho de que los peligros descritos determinen situaciones que ocurren tanto al exterior como al interior del proceso hace pensar que se ha desnaturalizado la esencia de este. Si su traslado origina una reacción social que tienda a generar una presión en su interior para desequilibrar la imparcialidad del operador judicial, inevitablemente se desvirtuaría el cimiento filosófico para el que fue instituido y su finalidad democrática sería irrelevante. ¿Será que el medio de comunicación tiene el poder de irrumpir en el proceso judicial de naturaleza penal de cualquier forma? ¿Será que los sujetos e intervinientes procesales no tienen garantías para desarrollar sus derechos sustanciales en el proceso, de

manera que deben acudir a los medios de comunicación para que sea protegido su interés? ¿O tal vez el proceso penal no cuenta con una normatividad que les dé peso a las pretensiones de los sujetos procesales, que deben hacerlas públicas sin desarrollar los canales procesales específicos para ellos? Estos interrogantes se pueden dilucidar describiendo el papel de los derechos y las garantías de los sujetos e intervinientes en el proceso penal, con la finalidad de demostrar que estos cuentan con los canales efectivos de comunicación creados por el legislador y que el medio de comunicación puede llegar a vulnerar sus derechos al informar situaciones que son propias del proceso o al opinar con relación a situaciones que ponen en desequilibrio los derechos de los sujetos o intervinientes procesales o al sustituir las competencias propias de los funcionarios judiciales.

Es evidente, frente al primer cuestionamiento, que el medio de comunicación no puede irrumpir de cualquier forma en el proceso, tal como fuera expuesto en los capítulos anteriores y especialmente en una de las conclusiones del tercero. Pero con relación a las otras preguntas es preciso determinar que el proceso les da derechos y garantías que hacen posible un ejercicio de acuerdo a los procedimientos legales. En consecuencia, es una mala práctica acudir a los medios de comunicación para filtrar la información, para generar desequilibrio o perjudicar los derechos fundamentales de aquellos que van a ser llevados a juicio o también desmejorando la posición de la víctima. Cosa diferente es que en el interior del proceso se presenten irregularidades de tal entidad que al sujeto procesal no le toque más que denunciarlas a los medios de comunicación para que este ejerza una actividad de control sobre la actividad del Estado, que en últimas es la real finalidad del principio de publicidad: evitar excesos en la no investigación de proceso, generando impunidad o desconociendo las garantías de los sujetos procesales en su desarrollo. La función del comunicación no se concreta en hacer un juicio mediático o paralelo, pero sí en ejercer una vigilancia en el ejercicio de la actividad de la función pública y, en este caso específico, de la administración de justicia.

### *El papel de los derechos (derechos fundamentales y garantías) en el proceso penal*

Así como la cláusula del Estado social de derecho se instituye bajo las características descritas, su principal singularidad se encuentra implícita en el reconocimiento de derechos de diferente índole (derechos individuales, derechos

colectivos, derechos democráticos), dentro de los cuales se determinan procedimientos específicos para su efectivización. La Carta Constitucional se torna, pues, en un instrumento material que hace posible que las personas (naturales y jurídicas) y las instituciones las puedan oponer frente a terceros. Ello concreta la materialidad de la Constitución, ya que no se requiere acudir a una norma de menor rango para hacer efectivo un derecho, sino que basta invocar el mismo texto constitucional para que se garanticen los derechos de los ciudadanos.

Pero si lo genuino de la Carta Constitucional se encuentra establecido en el reconocimiento de los derechos, estos tendrán una función primordial sin la cual el Estado no podrá operar, pues son la base fundamental sobre la que parte toda relación jurídica entre Estado y ciudadano y entre ciudadanos. Ese mínimo de derechos establecidos en la Carta Constitucional es inderogable, haciendo posible que de estos surja el fundamento de respeto sobre la persona y al mismo tiempo el fundamento ético sobre el cual se materialice la actividad estatal. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se encuentran sometidos al respeto de los derechos fundamentales, lo que determina un comportamiento ético por parte del Estado que haga posible que su intervención frente a la protección y garantía de los derechos constitucionalmente reconocidos se concrete en el respeto a la dignidad humana como elemento integrador de estos. Al mismo tiempo, dicha intervención debe estar delimitada (reglada) en la ley, estableciendo un procedimiento específico que determine la forma en que se va a intervenir un derecho fundamental. A ello se le conoce con el nombre de cláusula de reserva legal. (Malarino, 2012; Riso Ferrand, 2011).

Si se parte de la base de que del reconocimiento de los derechos fundamentales surge la concretización de la actividad estatal, se tiene forzosamente que comprender que ellos deben ser respetados al máximo y al mismo tiempo ser intervenidos de manera exigua, de manera que se desarrollen con la mínima intervención estatal y puedan ser gozados por aquellos a quienes les pertenecen. Es así como, en el campo penal, al órgano legislativo no le está permitido intervenir un derecho fundamental de forma desproporcionada, irracional y desigualitaria, lo que plantea la necesidad de justificar de manera profunda y estricta la razón por la cual va a intervenir un derecho. Sin embargo, al mismo tiempo al órgano judicial le compete la vigilancia y respeto por la salvaguarda de los derechos fundamentales, de tal forma que debe inspeccionar la forma como el Estado interviene al

derecho fundamental. Tal constatación debe hacerla frente a la norma legal que habilita la intervención del derecho fundamental y la norma constitucional e internacional que determina su aplicación. A ello se le denomina reserva judicial y se constituye como medio de verificación de la intervención estatal con relación al derecho fundamental de un ciudadano.

La consecuencia que se origina de un procedimiento ilegítimo por parte del Estado se concreta en la ilegalidad o ilicitud del procedimiento estatal, lo que origina una sanción a este y, de igual forma, la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se lograre obtener con la vulneración de los derechos fundamentales. También se pueden presentar ilegalidades e ilicitudes en la forma de desarrollar el debido proceso, que se castigarían por medio de la nulidad, de tal forma que no se deba ni realizar la actividad investigativa de cualquier forma ni judicializar a un ciudadano a cualquier precio (Guerrero Peralta, 2011<sup>a</sup>).

Así las cosas, los derechos fundamentales pueden tener diferentes aplicaciones con relación al ejercicio de la actividad estatal, por lo que es genuino entrar a establecer su significado. Pues bien, los derechos fundamentales son normas de garantías reforzadas, es decir, se encuentran establecidas en textos constitucionales que les reconocen un estatus normativo y superior en el momento de su aplicación. Esto les atribuye un valor adicional, que algunos autores (Chinchilla, 2009; Bernal Pulido, 2005<sup>a</sup>; Arango Rivadeneira, 2004) consideran como cartas de triunfo, en el entendido de que ellas se pueden oponer frente al Estado y a los particulares, debiéndose salvaguardar el derecho fundamental de un posible ataque. Es así como del respeto al derecho fundamental se parte toda relación jurídica (Chinchilla, 2009; García Amado, 1999).

Aunado a la anterior explicación sobre los derechos fundamentales, es importante hacer mención a la teoría de los derechos innominados, la cual tiene su fundamento histórico-jurídico en la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América de 18 de diciembre de 1791. En ella se establece que la enunciación directa en el texto constitucional de derechos fundamentales no podrá entenderse como negación de derechos en cabeza de las personas que no estén expresamente reconocidos. En la Constitución colombiana esta teoría es recogida en el artículo 94 constitucional en los siguientes términos “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo

inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Sobre este aspecto, el profesor Quinche Ramírez expresa:

la teoría de los “derechos innominados”, planteada por la Corte, que entiende la existencia de otros derechos, que comparten las características de los derechos fundamentales enunciados directamente en la Constitución, y que “se desprenden de otros derechos y valores constitucionales”, al tiempo que da los siguientes ejemplos de derechos innominados reconocidos por vía jurisprudencial por la Corte Constitucional: el derecho a la filiación real; el derecho al retorno; aplicable especialmente en el caso de los desplazados; el derecho a comunicarse; los derechos a la verdad y justicia, desarrollados desde los principios y valores constitucionales y desde la recepción de las decisiones del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el derecho al olvido, aplicable en casos relacionados con habeas data, entre otros (Quinche Ramírez, 2009: 163-190).

Por ello las características de los derechos fundamentales se concretan en ser mandatos de optimización del derecho. Son normas de alto contenido ético que, debido a su importancia para el desarrollo de los Estados, han sido positivadas en múltiples tratados internacionales, dotándolas así de fuerza normativa de tal forma que su reconocimiento y eventual vulneración puedan ser exigibles y justiciables. Además, limitan la actividad del Estado en los órdenes administrativo, legislativo y judicial, proponiendo interpretaciones justas con relación a la forma en que esta actúa consigo misma y con la institucionalidad. Aparte de ello, son normas que presentan una textura abierta del derecho, lo que implica que frente a un derecho fundamental se pueden llegar a presentar diferentes casos, sobre los cuales pueden existir diversas interpretaciones. Esto conlleva inevitablemente a que el operador jurídico tenga la necesidad de escoger la interpretación más correcta frente al caso que se esté solucionando. Por otra parte, son normas que se pueden oponer frente a terceros, lo que significa que pueden exigirse jurisdiccionalmente. Por lo tanto, su sentido comunicativo determina un especial grado de concretización que vuelve significativas y oponibles a las normas como característica de un derecho; por ello, autores como Ferrajoli los entienden como derechos subjetivados y, por último, como normas inderogables (Ferrajoli, 2006).

Cabe anotar que los derechos humanos son derechos fundamentales, pero que por su característica histórica han presentado una carga moral sobre el ejercicio de la actividad estatal. Han sido considerados como mínimos éticos que generan

una interpretación axiológica frente a la actividad del Estado con relación al trato con los ciudadanos (Nino, 1989; Rey Cantor, 2012). La dificultad que presenta la denominación de derechos humanos radica en el efecto que produce dentro de los sistemas jurídicos. Así las cosas, aunque los derechos humanos se determinan como normas declarativas y reconocidas por los Estados, las normas que contemplan los derechos humanos no han generado una fuerza vinculante suficiente que determine su materialización; por ello es que la palabra “derecho fundamental” se ha enervado como una norma expedita, que constituye un derecho subjetivo y que delimita la posibilidad de ser oponible frente a terceros, haciendo posible su exigibilidad ante la jurisdicción interna.

Ahora bien, resulta pertinente manifestar que las normas que reconocen derechos humanos a partir de la entrada en vigencia de tratados internacionales cuentan en su gran mayoría con órganos internacionales, por lo general tribunales creados para hacer seguimiento al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados al hacerse parte del tratado. En los casos en que este órgano se encuentre revestido por competencias jurisdiccionales o contenciosas, es posible que las víctimas de violaciones de estos derechos eleven sus casos ante la jurisdicción internacional y obtengan como respuesta un pronunciamiento judicial que absuelva o condene al Estado y repare e indemnice sus derechos. Este proceso de “constitucionalización del derecho internacional” (Quinche Ramírez, 2009) ha permitido que en la actualidad las normas de derechos humanos se exijan judicialmente en las jurisdicciones internas de los Estados antes de acudir a la jurisdicción internacional. Así siguen el principio de subsidiariedad que activa dicha jurisdicción, debido a la adhesión o ratificación a los tratados internacionales de derechos humanos por parte del Estado, toda vez que su incorporación como normas que conforman el bloque de constitucionalidad hacen que tomen el nombre de normas de jerarquía constitucional, además de parámetro de constitucionalidad de las leyes que pueden exigirse frente a cualquier autoridad judicial del Estado. En el mismo sentido, la crítica que se hace desde la comunidad internacional radica en observar cuál es el grado de cumplimiento del Estado sobre las obligaciones contraídas y contenidas en los tratados de derechos humanos y, de forma específica, sobre las decisiones proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (Ayala Corao, 2007).

Aunado a lo anterior, los derechos fundamentales son normas jurídicas, no solo en su estructura, que se materializan como prescripciones del lenguaje que determinan derechos y obligaciones. En palabras de Hart (1961), se consideran como una norma primaria, pues habilitan derechos y obligaciones que se pueden comprender como elementos vinculantes de la vida jurídica. Según Dworkin (2007), por otro lado, pueden ser comprendidos como principios, pues corresponden a aquellas normas que por su contenido ético determinan formas correctas de interpretación del derecho y al mismo tiempo se encuentran delimitadas como normas de textura abierta del derecho, lo que hace posible que sobre ellas existan multiplicidad de situaciones que pueden llegar a ser sopesadas frente a cada caso en particular por el juez. Así, se determinan como normas que contienen casos difíciles en su aplicación. Robert Alexy (2007, 2003 y 2001), por su parte, los toma como mandatos de optimización de los sistemas jurídicos, lo que se puede traducir como mínimos éticos que delimitan la actividad legislativa y judicial, proponiendo parámetros de corrección del derecho que sirven de base para dar soluciones justas y argumentadas frente a problemas sociales.

Frente a estas consideraciones, ¿se puede determinar que un derecho fundamental es una garantía? ¿O que las garantías tienen una significación diferente a la de un derecho fundamental? Es necesario decir que, aunque llegan al mismo punto, en el entendido de que son normas de garantía reforzada, tienen una diferencia fundamental: las garantías son normas que limitan y delimitan deberes estatales, pues conllevan como sujeto activo de la salvaguarda del derecho un procedimiento legal establecido sobre el cual el Estado debe actuar, otorgando todos los mecanismos que sirvan de base para efectivizar los derechos. También son considerados como límites al ejercicio de la actividad estatal o como “normas que amparan a los ciudadanos frente al poder de persecución penal” (Guerrero Peralta, 2011<sup>a</sup>).

Con relación al tema es necesario describir algunos apartes expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en opiniones consultivas como en sus decisiones jurisdiccionales. La Opinión Consultiva 8 del 30 de enero de 1987 establece:

Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su

ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia [...]

El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros [...].

**De igual forma, en la Opinión Consultiva 9 del 6 de octubre de 1987, frente al artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, expresa que:**

Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención [...].

Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Esta conclusión se confirma con el sentido que el artículo 46.2.a) da a esa misma expresión, al establecer que el deber de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, no es aplicable cuando no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

**En la Opinión Consultiva 16 de octubre de 1999 se determina:**

En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del



•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional [...].

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Por último, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2 de julio de 2004, se deja entrever que el concepto de garantía determina un deber del Estado y genera responsabilidad:

Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8 de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado.

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas [...].

En relación con el proceso penal, es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

Ahora bien, con la finalidad de enriquecer el concepto de garantía, se puede acudir al profesor Ferrajoli (2006), quien la define con la siguiente expresión:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el procedimiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y por tanto para posibi-

litar la máxima eficacia de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas necesarias que las satisfacen.

Así las cosas, las garantías son normas que establecen deberes para el Estado y al mismo tiempo consagran derechos que se consideran como fundamentales para el ciudadano. En materia procesal penal se ha entendido a este tipo de normas como debido proceso legal, atendiendo a que estas son procedimientos necesarios para el juzgamiento de los ciudadanos, cuya fuente es sustancial, pero su materialización debe ser estrictamente procesal.

A la luz de lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de garantía va mucho más allá: conlleva una clasificación que resulta importante en la medida en que destaca una serie de garantías que no puedan ser desconocidas en tiempo de estados de excepción por parte de los Estados y cuya inoperatividad hace imposible materializar un juicio legítimo de responsabilidad penal. En tal sentido se ha expresado que existen derechos que deben ser reconocidos por los Estados en todo momento y que por lo tanto se materializan en garantías indispensables cuya aplicación no se puede suspender en ningún momento. Ello en cuanto al sentido de excepcionalidad, afirmando concretamente aquellas consignadas en los artículos 7.6 y 25.1 y las del artículo 27.2, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esto significa que dichas garantías son indispensables para la preservación de las sociedades democráticas y, como consecuencia de ello, de los Estados de derecho, los cuales están íntimamente ligados a una tríada que une la forma legítima de actuación estatal o, en palabras de la Corte: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros” (Opinión consultiva 8 del 30 de enero de 1987).

Cabe consignar que en un Estado de derecho no puede suspenderse ningún tipo de garantía cuando no se esté bajo las circunstancias establecidas en el artículo 27.1 de la Convención, lo que para el Estado colombiano se traduce en el deber de respetar todas y cada una de ellas en el desarrollo de los procesos penales que

se concretan diariamente; específicamente, el cumplimiento de las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 frente a los derechos reconocidos en la Convención. Por ello es deber de los jueces de control de garantías realizar un control de legalidad y convencionalidad sobre los actos de investigación a fin de determinar si existen vulneraciones sobre procedimientos (garantías) o sobre derechos fundamentales en el ejercicio del *ius puniendi*. Para la defensa, por su parte, es imperioso velar por la verificación y exigibilidad de estas en favor del procesado.

Así pues, en el Estado colombiano la regulación de los estados de excepción se encuentra contenida en la Ley 137 de 1994, que remite de manera directa al artículo 27 sobre la suspensión de garantías de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tiempo que invoca el artículo 29.b del mismo instrumento para aclarar que “ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra Convención”.

Este concepto de garantía se puede comprender en igual sentido con relación a la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual determina garantías básicas que deben ser reconocidas por parte de los Estados al desarrollar la persecución, investigación y juzgamiento de actos de naturaleza penal. Se destacan como garantías el plazo razonable; el derecho al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que soporten las diferentes peticiones que haga el Ministerio Público (acusador), bajo el entendido de concretar el principio de igualdad de armas; el derecho a la información; el derecho a un debido proceso legal que garantice la libertad y la integridad personal; el derecho a guardar silencio; la presunción de inocencia; el derecho por parte del acusado a interrogar a los testigos en el juicio y a quien lo acusa, en pocas palabras, el derecho a su defensa técnica y material. De esta manera los Estados no pueden sobrepasar su poder sobre el acusado, sino que los dos están en igualdad de condiciones, igualdad de trato, para lograr el cometido del proceso, que no es otro que desarrollar una verdadera adversariedad, basada en la imparcialidad. (Ambos, 2005).

A modo de conclusión, los derechos fundamentales y garantías son normas de garantía reforzada. Tienen un ámbito de aplicación extendido en el proceso penal, como derechos sustanciales y al mismo tiempo como procedimientos establecidos para ejercer la potestad punitiva del Estado, para la persona humana y

también para el tipo o modelo de Estado que se establece en la carta política, que pueden hacerse exigibles durante el desarrollo del *ius puniendi* en sus tres fases: indagación, investigación y juzgamiento. Lo anterior tiene una íntima relación con la manera como el Estado desarrolla su actividad investigativa y la forma como se materializan los actos procesales: en la primera el Estado se compromete a actuar legítimamente, lo que a su vez significa que este debe investigar sin vulnerar derechos fundamentales, garantizando la legalidad de sus actos por parte de su aparato instructor y revisando los actos del acusador por vía de la reserva judicial; por otra parte, frente al proceso como tal, cada audiencia está revestida de unas formas que no pueden sobrepasar garantías legales sobre las cuales versa la finalidad de cada audiencia judicial. Con ello se concreta el respeto a la persona en sus derechos y las garantías al Estado de derecho y a la democracia.

*Campos de aplicación de los derechos fundamentales y garantías en el sistema penal acusatorio*

Con la entrada en vigencia del acto legislativo 03 de 2002 se instituyó el proceso penal acusatorio en Colombia, con el cual se pretendía (Sentencia C 591 del 2005):

- Fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de esta en el recaudo de la prueba.
- Establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado.
- Instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.
- Descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas.
- Modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de esta, durante el juicio oral.
- Introducir el principio de oportunidad.
- Crear la figura del juez de control de garantías.

Desde el punto de vista de la revisión de constitucionalidad de la Ley 906 de 2004, referenciada en la sentencia de constitucionalidad C 591 del 2005, este proceso se caracteriza por:

•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

- Pretender la protección de las garantías fundamentales, la definición de la verdad, la justicia, los derechos de las víctimas.
- La afectación de derechos fundamentales de la víctima por parte de la Fiscalía tendrían control judicial. Existiría equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado, con la ponderación de intereses para lograr la menor afectación de los derechos fundamentales.
- No es un sistema totalmente adversarial, pues el juez no es un mero árbitro, no solo es un regulador de las formas, sino que busca la aplicación de la justicia material y la protección de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado y de la víctima (derecho a la verdad, justicia y reparación integral). También participan en el proceso el Ministerio Público y la víctima.
- La Fiscalía sigue siendo parte de la rama judicial.
- Los conceptos de autonomía y jerarquía para los fiscales en el sistema acusatorio deben definirse legalmente.
- Frente a las partes e intervinientes, el fiscal es el titular de la acción penal, y solicita al juez de control de garantías las medidas necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso (única excepción: captura por orden del fiscal con control posterior).

Podemos entender este sistema como un proceso de roles, en el cual los derechos y las garantías de los sujetos procesales e intervinientes varían según la pretensión que tiene cada actor dentro de este. El marco normativo de nuestro sistema penal (Ley 906 de 2004) refleja como componente integrador de su normatividad a la legislación internacional, en especial aquellos tratados de derechos humanos que por su naturaleza pretenden proteger los derechos y garantías de los ciudadanos en el proceso penal. Así las cosas, el bloque de constitucionalidad<sup>VI</sup> no solo se refleja en el artículo 93 constitucional, sino que, aparte de este, existe una remisión expresa establecida en el artículo 3° de la Ley 906 de 2004. De este modo podemos comprender este sistema normativo como un conjunto de normas que legal y constitucionalmente se encuentran ligadas al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, lo que conlleva a interpretarlo a la luz del mejor estándar de garantías, establecido tanto nacional como internacionalmente y acogiendo a los principios de los derechos humanos. Por ejemplo, es posible servirse de los principios: *pro homine*, *pro libertatis*, plazo razonable, pro víctima, trato diferencial, derecho a una doble instancia y a un recurso judicial efectivo,

el control de reserva legal y reserva judicial de las actuaciones del Estado en el momento de interferir en los derechos humanos de los ciudadanos, entre otros (Arias Duque, 2006: 3-62).

### *Derechos y garantías de cada sujeto procesal*

De acuerdo a lo referido, las garantías y los derechos fundamentales se encuentran inmersos en todo el ejercicio del *ius puniendi*, es decir, en la indagación, la investigación y el juzgamiento de actos de naturaleza penal. Dentro de estos tres campos se estipulan formas y procedimientos reglados que determinan la manera en que deben concretarse, reconocerse, protegerse y garantizarse de oficio los derechos. En caso de no hacerlo, la persona cuenta con los medios judiciales para exigirlos, por medio de las normas jurídicas aplicables y de los tratados internacionales que regulan la actividad estatal. A lo largo del desarrollo del proceso, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad componen el sistema jurídico aplicable tanto en la etapa de indagación e investigación como en cada una de las audiencias que se desarrollan en el proceso: desde las audiencias preliminares que cumplen la función de proteger las garantías y derechos fundamentales con relación a los actos de investigación, de comunicación o de restricción de derechos y las audiencias propias de la etapa de juicio (acusación, preparatoria, juicio oral, lectura de fallo e incidente de reparación integral) hasta aquellas que determinan procedimientos abreviados para dar por terminado anticipadamente el proceso penal.

Ahora bien, se puede colegir que cada uno de los principios que concretan el proceso penal con tendencia acusatoria son deberes de protección que tiene que respetar el Estado para poder judicializar a un ciudadano. Dichos principios son: ejercicio de investigación oficiosa, igualdad de armas, acusatorio, concentración, intermediación, oralidad, congruencia, contradicción, defensa técnica y material, publicidad, celeridad, eficacia, lealtad, juez natural, oportunidad, presunción de inocencia, cosa juzgada, *non bis in idem*, más aquellos consignados en el artículo 29 constitucional (debido proceso), y los enunciados en las normas internacionales como los artículos: 8º, 9º, 25 y 27, entre otros, del Pacto de San José de Costa Rica; 2, 7, 10, y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También cabe mencionar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las

víctimas de delitos y del abuso de poder, el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y otras normatividades sobre las que el Estado Colombiano ha reconocido su aceptación y vinculación. Todas estas son garantías que posee el ciudadano frente al ejercicio de la acción penal y al mismo tiempo constituyen derechos fundamentales que funcionan como garantías reforzadas, guardando la característica de exigibilidad frente a cualquier autoridad judicial en el Estado colombiano. La interpretación de estas debe aplicarse conforme a los principios de los derechos humanos, tales como: *pro homine*, *pro libertatis*, plazo razonable, pro víctima, trato diferencial, recurso judicial efectivo, control de reserva legal y reserva judicial de las actuaciones del Estado en el momento de interferir en los derechos humanos de los ciudadanos. Estos principios se convierten al mismo tiempo en garantías en razón del compromiso del Estado por reconocerlos y en derechos fundamentales por su naturaleza de exigibilidad y subjetividad, todo ello teniendo como marco de referencia el modelo de Estado social democrático de derecho.

A partir de las características del proceso penal acusatorio se determinan las actuaciones de los sujetos procesales en el ejercicio del derecho penal. Cada uno de ellos tiene una forma de participación frente al ejercicio de la acción penal y al mismo tiempo deben comportarse de acuerdo al rol que determina su actividad, de tal forma que el ejercicio del acto procesal respete los procedimientos reglados con la finalidad de cumplir con la preservación del Estado democrático. En otras palabras, los sujetos procesales tienen la garantía estatal para actuar bajo procedimientos legales que delimiten su participación en el proceso, pero al mismo tiempo cuentan con derechos que pueden ser exigibles frente a la autoridad judicial en el momento en que sean desconocidos con relación al derecho sustancial o procesal, de acuerdo con las normas legales establecidas, en coherencia con su relación persona-Estado.

El operador jurídico debe realizar un juicio de ponderación de derechos fundamentales que los delimite por encontrarse en pugna, teniendo especial cuidado en determinar el caso concreto sobre el que estos principios se encuentran en tensión y estableciendo los argumentos que presenten un peso específico para poderse individualizar. Por ello tiene la obligación de realizar un ejercicio de peso tanto de los argumentos como de las consecuencias que se expresan ante el modelo de Estado, de tal modo que su decisión sea metodológica frente al ejercicio

de la función jurisdiccional. Específicamente, debe ejercer el *ius puniendi* respetando los derechos que le asisten al procesado, principalmente los inmersos en las garantías judiciales contenidas en el debido proceso y el derecho a tener un recurso adecuado y efectivo.

Es pertinente expresar que este tipo de normas tienen mandato de optimización, lo que trae como consecuencia que ellas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo debe efectuarse dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Bernal Pulido, 2005b). Así las cosas, en el ejercicio del derecho penal como procedimiento, los sujetos procesales deben argumentar los derechos fundamentales que se encuentran vulnerados frente al caso en concreto, su posición como sujetos procesales con relación a la finalidad del sistema y con el modelo de Estado social de derecho. Ello no solo implica delimitar normativamente el escenario procesal vigente, sino que además este debe concretar la manera en que tales derechos se vean afectados como garantías procesales en caso de que el Estado desconozca su deber de protección.

Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales y las garantías se encuentran íntimamente ligadas a la forma como el acusador desarrolla su actividad instructiva, bajo el entendido de límite y delimitación del poder estatal. Esto determina formas regladas de intervención de los derechos fundamentales de aquellos que son investigados. Así el Estado cuenta con la potestad de intervenir en la intimidad, el buen nombre, la información, la libertad, la integridad personal, el *habeas data*, la inviolabilidad de domicilio, la limitación al derecho de propiedad y la confidencialidad, derechos que pueden ser interferidos cuando se está frente a la investigación de un proceso penal que vulnere los derechos fundamentales de la víctima por la transgresión de un bien jurídico tutelado. En este caso se debe realizar un test de proporcionalidad, un test de igualdad y un test de razonabilidad (este último se encuentra íntimamente ligado a la aplicación del principio de igualdad y al de proporcionalidad), con la finalidad de limitar en la menor medida posible el derecho fundamental en el ejercicio de investigación (Londoño Ayala, 2012).

Debe recordarse que el Estado puede limitar un derecho fundamental, siempre y cuando su vulneración sea lo más mínima posible con la finalidad de lograr el objetivo del ejercicio del *ius puniendi*. En cada caso en particular es preciso fundamentar las razones pertinentes para limitar el derecho fundamental, de tal manera



que se logre determinar que no existe otro camino más expedito para lograr el cometido del proceso. Así mismo, se pretende que esta medida restrictiva de un derecho fundamental sea consustancial frente al fin propuesto; esto implica que no se transgredan valores y principios de mayor importancia para lograr el fin propuesto. A ello se le denomina test de proporcionalidad (sentencias C 591 de 2005, C 822 de 2005 y C 1198 de 2008; Bernal Pulido, 2005b; Stone y Mathews, 2013).

Por otra parte, el derecho de igualdad de trato ante la ley e igualdad en la ley se concreta en el deber del Estado de tratar a los asociados en igual forma y se materializa en cuatro tipo de casos: trato igual a personas iguales, trato desigual a personas desiguales, trato paritario a personas que poseen la misma situación pero sobre las cuales hay más coincidencias que diferencias (a este caso se le denomina prohibición de discriminación) y trato diferenciado frente a personas que presentan igual situación, pero sobre las cuales hay más diferencias que similitudes (este caso se denomina deber de protección o de promoción).

En el primer caso el operador judicial se encuentra frente a un caso fácil. Ello resulta importante frente al desarrollo del proceso penal pues el sujeto procesal debe hacerle ver al operador que el caso que pretende resolver solo tiene una interpretación y no admite más posibilidades. En los dos últimos casos, en cambio, el operador se enfrenta a la dificultad de tener diversas interpretaciones para concretar la zona de penumbra de la norma que pretenda aplicar. Allí el sujeto procesal debe ser fuerte en la materialización de la carga argumentativa para convencer al operador jurídico de que su interpretación es la más apropiada frente al caso que pretende resolver (Bernal Pulido, 2005b; Borrero, 2002).

Ahora bien, frente al test de igualdad el profesor Bernal Pulido señala los dos procedimientos abordados por la Corte Constitucional: el primero acoge la fórmula del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Alemán, en la que se propone un test que sigue los pasos descritos para el desarrollo de test de proporcionalidad, o sea, juicio de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Previamente, en este caso, debe realizarse un juicio de razonabilidad que se delimita en tres etapas: “A. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. B. Validez de ese objetivo a la luz de la Constitución. C. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido” (Sentencia C 022 de 1996).

El segundo procedimiento del test de proporcionalidad toma como referencia lo establecido por la Suprema Corte de los EE.UU., que emplea tres modelos de test: débil, estricto y moderado. En el débil, para que un acto pueda ser considerado como constitucional, se requiere que el trato diferente sea adecuado para alcanzar un propósito legítimo y que este no se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico (Sentencia C 093 de 2001). Este postulado es el más común en su aplicación. El test estricto de igualdad es de aplicación excepcional, surge frente al trato diferenciado y se aplica a tipos de sociedades discriminadas en razón de su raza, sexo, condición social, edad o minusvalía, entre otras. Pretende materializar una función de protección especial por parte del Estado. En estos casos la finalidad es constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, siendo esta indispensable, siempre y cuando el argumento sea lo suficientemente fuerte para obtener dicho objetivo, o de lo contrario se mantendría el trato diferencial (Bernal Pulido, 2005a).

Finalmente, el test moderado se sitúa entre el test de igualdad estricto y el débil. Se aplica en casos en los cuales se pretenda proteger a grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos y así llegar a una igualdad real. En estos tres eventos (test moderado, estricto y débil) se aplica dicho test, que posteriormente fuera transformado por la Corte Constitucional adoptando una nueva postura. Así se pretendió tomar lo positivo de los otros dos modelos, pretendiendo llegar a lo que se denomina como test integrado de igualdad. Este se compone de tres juicios: el juicio que determina el tipo de escrutinio o, en otros términos, cuál es el tipo de nivel por aplicar, es decir, si es estricto o débil, dependiendo de la naturaleza de cada caso; por otra parte, el juicio de adecuación, que desarrolla la idoneidad de la aplicación, dependiendo del nivel de test, ya sea estricto o débil; y finalmente, el juicio de indispensabilidad, que hace alusión al grado de importancia y operatividad de la medida, dependiendo del tipo de escrutinio, ya sea estricto o débil.

Cabe expresar que el test de igualdad se puede emplear con relación al ejercicio legislativo por la aplicación de los actos de la administración y por la aplicación de las normas en cabeza de las autoridades judiciales. Siempre que exista un trato discriminatorio estaremos sometidos a la aplicación del test, dependiendo de cada tipo de situación. De este modo el operador jurídico se ve obligado a aplicarlo cuando exista menoscabo al derecho fundamental de igualdad.

Otra arista sobre la que participan los derechos fundamentales y las garantías procesales es el procedimiento de recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física por parte del ente investigador, es decir, el método establecido por el Estado en el ejercicio de cumplir con el requisito de la cadena de custodia, que sirve de base para probar de manera genuina y auténtica los hechos jurídicos penalmente relevantes para la teoría del caso del sujeto procesal que pretenda probar. Tanto el Estado como su adversario deben obtener los elementos materiales probatorios y la evidencia física de una manera que no afecte los derechos y garantías fundamentales de los asociados. En estos casos, el problema frente al derecho penal en cuanto a derechos y garantías se representa en el juicio de legalidad y licitud del desarrollo de la carga de investigación. Cuando los elementos probatorios se han obtenido vulnerando derechos fundamentales (ilicitud) o bajo desconocimiento de las normas legales que determinan la manera correcta para recolectarlos (ilegalidad), se deben excluir tal como queda consignado en el artículo 23 del C.P.P (Urbano Martínez, 2012; Laudan, 2011 y CSJ, sentencia: radicación 29416 del 23 de abril de 2008). La excepción de estos postulados se concreta en las teorías de: fuente independiente, descubrimiento inevitable y vínculo atenuado frente a la prueba ilícita (Moya *et al.*, 2009).

Finalmente, con relación a las formas propias de cada juicio, los derechos fundamentales y las garantías procesales se encuentran demarcados frente a cada tipo de audiencia por desarrollar. El operador jurídico debe interpretar cada garantía como deber de protección del Estado frente a los derechos fundamentales de cada sujeto procesal, de tal forma que no se afecte el debido proceso legal y se satisfagan los derechos de cada uno. En cuanto al fin propuesto dentro de cada audiencia, cabe hacer mención de las técnicas de oralidad. Su inobservancia vulnera el principio de igualdad de armas y el principio de imparcialidad, toda vez que su finalidad es transmitir al operador jurídico la mayor cantidad de información que permita probar la teoría del caso de manera transparente, con el objetivo de desarrollar el principio de contradicción. En vista de que los sujetos procesales deben encontrarse en igualdad de oportunidades para materializar el juicio, desconocer las técnicas vulnera el debido proceso, pues aunque se quiera expresar que la finalidad de este es la búsqueda de la justicia material, tal argumento no garantiza que se halle; lo que sí asegura es que se pongan en riesgo los derechos de cada sujeto procesal.

*Derechos, facultades y atribuciones de las partes e intervinientes en el proceso penal: Fiscalía, defensa y víctimas. Desarrollo jurisprudencial*

Siguiendo el hilo conductor del escrito, es pertinente indicar las facultades que les asisten a los sujetos procesales<sup>VII</sup> (Fiscalía, defensa, Procuraduría y las víctimas) dentro de nuestro sistema jurídico, partiendo de su ubicación constitucional y legal interpretada por la jurisprudencia de las altas cortes. Es necesario hacer la salvedad de que las víctimas, junto con la Procuraduría, toman el nombre de intervinientes. Con el paso del tiempo la calidad de víctima dejará de ser un simple interviniente y tendrá unas facultades más fuertes y específicas que la convertirán cada vez más en un sujeto procesal; ello se puede verificar en la sentencia emanada por la Corte Constitucional C 209 de 2007.

#### Fiscalía

El contexto en el cual se desarrolla nuestro sistema con tendencia acusatoria propone la obligación por parte del Estado de realizar la investigación, ya sea de manera oficiosa, por querrela o a petición de parte, de los delitos que se originen en nuestra sociedad. Su deber es el de adelantar la acción penal, ejecutando órdenes para indagar los hechos de la noticia criminal, verificándolos frente a una investigación que tenga como objetivo imputar y acusar a los probables autores o partícipes de ello y posteriormente comprobando en juicio oral su responsabilidad penal. Es pertinente comprender que, de acuerdo a las normas constitucionales y legales, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial, lo que conlleva estar al servicio de la recta administración de justicia bajo el entendido de investigar las circunstancias que sean favorables o desfavorables para los procesados. De esta forma su investigación está al servicio de la verdad material de los hechos.

Bernal Cuéllar y Montealegre (2013: 653-654) sostienen que el deber de la Fiscalía consiste en acercarse a la verdad de lo ocurrido. El ente instructor, en el transcurso de su investigación, debe encontrar elementos materiales probatorios que perjudiquen o favorezcan al procesado y descubrirlos a la defensa en su totalidad. En su investigación, por lo tanto, debe adelantar todos los actos posibles que sirvan para establecer lo sucedido y que sirvan como prueba de descargo posteriormente. Es apenas lógico que el fiscal deba ejercer sus actos bajo los intereses constitucionales. Guerrero Peralta (2011<sup>a</sup>: 108-109) inicia su disertación

expresando que el deber constitucional de la Fiscalía reposa “en el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, “la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal” y la “independencia judicial”. En este sentido, si bien sus funciones jurisdiccionales fueron recortadas, ello no implica realizar la investigación para comprobar su hipótesis, sino que su propósito reside en servir a los intereses del Estado social de derecho en el entendido de no acusar a un inocente.

Lo anterior no es obstáculo para comprender que su investigación se rige bajo las características de una investigación imparcial, objetiva y eficaz que pretenda llegar a la verdad sin atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos procesados y de las víctimas. El órgano de investigación participa en la creación de una política criminal acorde con las normas de rango constitucional y al mismo tiempo tiene en sus manos el deber de investigar y acusar a los posibles infractores de la ley penal, partiendo del entendido de que su actividad se encuentra atada al principio de legalidad y al respeto del debido proceso en los actos de investigación que ejecuta a diario.

En aras de garantizar un juicio justo en igualdad de armas, el Estado colombiano determinó en el acto legislativo 03 de 2002, y posteriormente en la normatividad legal Ley 906 de 2004, la separación entre la facultad de investigar y la de juzgar. Para tal efecto separó del órgano judicial toda forma de investigación y le atribuyó esa facultad a la Fiscalía General de la Nación, de manera que se enervara la garantía de imparcialidad y el juez fuese un garante de los derechos de aquellos que participarían en el juicio. Se le restaron al fiscal las facultades de intervención y restricción de derechos fundamentales sobre los ciudadanos para dejarlas en manos de dos tipos de juez: el juez de control de garantías y el juez de conocimiento. Así las cosas, el fiscal pasa a ser una parte que solicita la restricción de derechos fundamentales bajo el derecho que le asiste de indagar, investigar y solicitar el juzgamiento de personas.

El fiscal puede realizar registros, incautaciones y allanamientos e interceptar comunicaciones sin que medie orden de juez de control de garantías. Sin embargo, su actuación debe ser verificada por este operador judicial en un control posterior. Dicha revisión debe efectuarse necesariamente frente al debido proceso con relación a los actos de investigación y la posible vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos sobre los que se interviene en su libertad, intimidad, buen nombre y *habeas data*, entre otros.

El control que se ejerce en los actos del fiscal implica vigilar la forma como va a desarrollar su investigación, imponiéndole límites a su facultad, límites que según Guerrero Peralta recaen sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así se determina su actuación bajo el respeto al debido proceso en la formación de los actos de investigación y al mismo tiempo sobre los derechos fundamentales de los asociados. Sus actos pueden llegar a ser incluso excluidos, sometiéndose a la sanción estipulada en el artículo 29 de la Constitución Nacional (nulidad). Sus facultades constitucionales señaladas directamente en el artículo 250 de la Constitución Nacional no pueden exceder el rango de su legitimidad, teniendo que ser verificadas por parte del juez de control de garantías y de conocimiento. (Guerrero Peralta, 2011<sup>a</sup>: 47-80).

Es así como la reforma introducida a través del acto legislativo referido modificó las competencias que se encontraban en cabeza de la Fiscalía, bajo la Ley 600 de 2000, determinando que algunas de sus actuaciones deben ser sometidas a un control de legalidad<sup>VIII</sup>, hecho por un juez de garantías en aras de proteger derechos de los investigados, imputados y acusados<sup>IX</sup>.

Por otra parte, el fiscal de la causa tiene la posibilidad de disponer libremente de la acción penal en el sentido de poder archivarla, acusarla, precluirla o retirarla, así como solicitar la absolución perentoria o la absolución del procesado. Desde esta perspectiva de rango constitucional y legal, se encuentra sometido al derecho para generar estas decisiones, pudiendo interponer todos los recursos y acciones pertinentes para lograr su objetivo<sup>X</sup>.

El fiscal es el director de la investigación, la cual descansa en los hombros de la Policía Judicial. Esta debe regirse por el deber de aseguramiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que sean recolectados en el desarrollo de su investigación, los cuales tienen que preservarse en el almacén de cadena de custodia para conservar su genuinidad con el objeto de servir como prueba de cargo en el juicio oral.

En este sentido el fiscal tiene facultades discrecionales frente a su cometido, pues en aras de desarrollar una política criminal acorde con su compromiso institucional puede tomar decisiones que, si bien se encuentran verificadas por el juez de control de garantías y de conocimiento, tienen propósitos que sirven para justificar la eficacia de la justicia penal. Es así como puede aplicar el principio de oportunidad o llegar a efectuar preacuerdos en los que negociará

la persecución de la acción penal, el delito, el grado de autoría o participación, la modalidad o naturaleza del delito, la eliminación de agravantes, la concesión de atenuantes o la pena por imponer y la forma de cumplirla, siempre sometién-dose a la verificación posterior de un juez que en últimas examinará tal acuerdo frente al principio de legalidad.

Así como puede desarrollar potestativamente estas facultades, el fiscal puede realizar la acusación sobre la que no existe un control material del juez de conoci-miento<sup>XI</sup> (Urbano Martínez, 2013: 95), pues su cometido implica analizar el caso a profundidad. Esto propondría al juez tomar una decisión de fondo y exponer su imparcialidad antes de iniciarse el debate oral. Sin embargo, el juez se somete al principio de congruencia como garantía que posee el acusado de defenderse sobre la acusación entendida como imputación fáctica e imputación jurídica, de manera que el Fiscal debe someterse a probar su dicho en el juicio oral.

Por último, la Fiscalía tiene el deber de solicitar ante el juez las medidas necesarias para garantizar la presencia de los testigos, las víctimas y demás in-tervinientes en el trámite del proceso penal para lograr el restablecimiento de los derechos de las víctimas y su reparación integral (Andrade Castro y Córdoba Angulo, 2007: 47).

### La defensa

El equilibrio del proceso penal de tendencia acusatoria reside en el principio de igualdad de armas. Ello implica no solamente la posibilidad de acudir ante la jurisdicción con las mismas posibilidades que su adversario, sino reconocer una serie de garantías para oponerse en paridad de condiciones al acusador (Fiscalía). Por esta vía, inevitablemente se debe reconocer que el instructor es el músculo más fuerte que posee el Estado para desarrollar el *ius puniendi*, contando con colaboradores que le servirán para desvirtuar la presunción de inocencia de los ciudadanos acusados (cuerpo de policía judicial, Instituto Nacional de Medicina Legal, etc.). El acusado, en cambio, es la parte más débil del proceso al tener un grado de desventaja frente a su antagonista. Partiendo de este argumento, el Estado reconoce en la garantía de la defensa una serie de derechos que estarán presentes a lo largo del desarrollo del proceso penal para lograr un juicio equita-tivo<sup>XII</sup> (Ambos, 2005: 67-72).

Este principio pretende ejercer el derecho de contradicción frente a todas las decisiones que impliquen afectación de derechos fundamentales al procesado y al mismo tiempo frente a la acusación, el juzgamiento y las decisiones de fondo que se profieran. Previamente, es preciso conocer todos los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos por el investigador para poder activar una verdadera contradicción sobre las peticiones que presente ante la jurisdicción. Así las cosas, la igualdad solo se obtiene cuando se conoce verdaderamente el medio de prueba de la contraparte, en otras palabras, cuando hay descubrimiento<sup>XIII</sup> (C S J. Radicación 26087 de 2007).

Es a partir del descubrimiento que se puede ejercer el principio de contradicción. Este inevitablemente conlleva a presentar prueba de descargo frente a la solicitud de restricción de derechos fundamentales del procesado o de la acusación en juicio oral, recurrir las decisiones adversas, tener derecho a una segunda instancia para que revise las decisiones del inferior, solicitar nulidades que afecten el debido proceso o a los medios de prueba, realizar contrainterrogatorios que pretendan desacreditar o refutar el testigo de cargo o presentar testigos de refutación, siempre partiendo del principio de lealtad como medio generador de confianza sobre la actuación frente al juez.

Desde esta óptica, el derecho de defensa se materializa en todas las etapas del proceso –indagación, investigación y juzgamiento–. El principio de igualdad de armas, además, acompaña a esta garantía en cada trámite que implique la restricción de un derecho fundamental del ciudadano que se encuentra inmerso en este.

A partir del principio de igualdad de armas surgen para el procesado varias garantías, entre las que podemos destacar el derecho que le asiste al procesado a guardar silencio. Esta garantía implica que, si bien el deber del Estado es probar su acusación y desvirtuar la presunción de inocencia, el silencio del procesado no puede ser tomado como prueba en su contra. También impone el deber de respetar su integridad cuando este se encuentre privado de la libertad por una medida de aseguramiento, de tal forma que no se pueda agredir, torturar o realizar tratos crueles e inhumanos para obtener información. En otras palabras, el Estado no puede instrumentalizar al procesado y utilizarlo como objeto del proceso; por ello este no se encuentra obligado a rendir interrogatorios y, si lo quisiera hacer, solo puede ejecutarse en presencia de su defensor, siempre y cuando se le expliquen los derechos y las implicaciones que se desprenden de dicho acto.



De esta forma su silencio no conlleva la renuncia a defenderse personalmente. Desde el mismo momento que conoce que existe una investigación en su contra, puede acudir ante el fiscal para que le indique si contra él existe una investigación en curso, de tal suerte que de ser afirmativa la respuesta puede solicitar que se le expresen los hechos que son motivo de tal investigación. Tal afirmación se sostiene con la Sentencia de tutela T 920 de 2008:

La Corte, ha afirmado reiteradamente que el derecho de defensa no se empieza a ejercer solamente desde el momento en que se profiere la imputación sino que, desde el momento mismo en que se inicia la investigación con un indiciado conocido, éste puede adoptar las estrategias que considere convenientes para preparar su defensa, eso sí, teniendo en cuenta los cauces legales previstos en la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que la estructura del nuevo sistema de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria no implica: (i) anticipar la etapa del descubrimiento de las pruebas ni (ii) efectuar solicitudes que puedan entorpecer las labores de la Fiscalía de adelantar y continuar la investigación.

Adicionalmente, la Corte analiza las implicaciones que conlleva la activación del derecho de defensa desde etapas anteriores a la formulación de imputación, garantía que se encontraba limitada bajo la óptica del Art. 8 de la Ley 906 de 2004. Para ello, determina puntos esenciales de comparación entre la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004 y llega a la conclusión de que el derecho de defensa se activa desde el mismo momento en que la persona conoce la existencia de una investigación:

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 solo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa”.

En igual sentido, se puede leer en la jurisprudencia el respaldo constitucional sobre esta afirmación, bajo el entendido de que las sentencias de constitucionalidad han tomado como referente este punto. Así, no solo se busca proteger el derecho a la defensa sino las garantías que se le otorgan al procesado en juicio oral como el principio de igualdad de armas, en el que se hace visible que tanto la Fiscalía como la defensa deben tener las mismas condiciones y derechos en el ejercicio del *Ius puniendi*. En este sentido, si el procesado no sabe que en su contra existe un proceso penal y la Fiscalía actúa desarrollando la investigación, una vez aquel conoce la actuación debe solicitarle a la Fiscalía que lo reconozca jurídicamente para que él pueda ejercer su derecho a defenderse de los posibles cargos sobre los que se pueda llegar a imputar

Esta posición es reafirmada en la Sentencia C 025 de 2009, en la que se expresa:

La posición de la Corte ha sido unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa pre procesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación. Esta posición de la Corte ha sido reiterada en sus pronunciamientos que abarcan tanto el modelo mixto de tendencia inquisitiva inicialmente adoptado por la Constitución del 91 y desarrollado básicamente por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, como el sistema procesal penal de tendencia acusatoria incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado por el Legislador a través de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

En igual sentido, en Sentencia C 127 de 2011 la Corte expresó:

Para la Corte, 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”.

Si bien el derecho a la defensa, y en particular el derecho a la defensa técnica, resulta determinante para la validez constitucional del proceso penal, el tema de si el derecho

de defensa en materia procesal penal tiene un espectro amplio o restringido no ha sido un asunto pacífico, a pesar de que el artículo 29 de la Constitución claramente extiende el derecho al debido proceso “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, y en materia penal reconoce el derecho de los sindicados a una defensa técnica “durante la investigación y el juzgamiento [...]. En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa pre procesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación.

Así las cosas, el derecho a la defensa es vinculante a todas las etapas del proceso penal, incluyendo aquellas que se consideran preprocesales (entiéndase por tales la indagación hasta la culminación del proceso). Debe ser así porque la materialización de la garantía que determina el derecho a la defensa no presenta límites que se puedan llegar a establecer como una forma de realizar una actividad probada por parte del Estado, máxime cuando la consecuencia de ello es el sufrimiento de la materialización de un proceso y la posible imposición de una pena. El principio fundamental sobre el cual se rige esta garantía se establece en el principio de igualdad de armas y se concreta con la posibilidad de participar en audiencias preliminares, desarrollar la contradicción y provocar una carga de investigación.

En igual sentido, el procesado tiene derecho a escoger libremente su defensor, derecho de postulación y al mismo tiempo derecho a ejercer su defensa, esto es, tiene derecho a una defensa técnica y a una defensa material. En el proceso penal con tendencia acusatoria la posición de la defensa técnica ocupa un papel activo en el trámite del proceso<sup>XIV</sup>, de tal forma que su gestión debe estar acorde con el ejercicio de contradicción. En este punto las características que se desprenden de su ejercicio se concretan en que es irrenunciable o, en otras palabras, el procesado no puede renunciar a su defensa técnica; debe ejecutarse real y materialmente efectuando actos positivos de gestión de defensa. Así mismo, la defensa debe ser permanente, o sea, estar presente en todas las fases del proceso, sin ninguna clase de limitación<sup>XV</sup> (sentencias C 488 de 1996, C 836 de 2002, C 455 de 2003, T 16081 de 2004).

La Corte Suprema de Justicia, tomando como referencia a la Corte Constitucional, ha expresado la existencia de vulneración al núcleo esencial del derecho a la defensa cuando se puede constatar:

i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar vulneración del derecho de defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o que hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la Justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque le fue imposible conocer su existencia.

iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales (CSJ, Sala de Casación Penal, Proceso No. 26827 del 11 de julio de 2007 y Corte Constitucional, Sentencia de Tutela T 957 de 2006).

En igual sentido, la asistencia del defensor técnico<sup>XVI</sup> sirve al procesado en el asesoramiento que debe tener en cada audiencia del proceso penal. Por ello los derechos que se encuentran estipulados en el artículo 8° de nuestra legislación procesal penal habilitan al ciudadano investigado e imputado a tomar decisiones en torno a su responsabilidad. En ello debe recabarse, pues la renuncia a guardar silencio conlleva el reconocimiento de su culpabilidad, lo que implica la imposición de una pena. Es así como puede allanarse a los cargos formulados por la Fiscalía, preacordar su responsabilidad o someterse al principio de oportunidad, partiendo de la base de que estas dos últimas formas de justicia premial están sometidas a la facultad del fiscal que conoce el proceso; empero, la actitud del defensor debe estar al servicio de los derechos del procesado, participando activamente en su garantía en cada audiencia procesal<sup>XVII</sup>.

En el ejercicio sustancial de su derecho de defensa, ya sea técnica o material, el procesado tiene derecho a conocer los cargos sobre los cuales versará su juzgamiento, de tal forma que pueda preparar su defensa conociendo los hechos

jurídicos penalmente relevantes y las normas penales sobre los cuales procede la acusación del fiscal, así como los medios de pruebas que sustentan la acusación efectuada. Es este aspecto en donde recae el verdadero ejercicio defensivo, pues el juzgamiento tendrá como fuente primaria a la acusación, y ella determinará la posición que adopte el juez en su sentencia judicial; en otras palabras, debe existir congruencia entre el acto de acusación y el acto de juzgamiento, y por ello la sentencia debe versar sobre los mismos hechos y bajo la misma acusación.

Así las cosas, el ejercicio del derecho de defensa debe ejercerse en un plazo razonable, y el Estado no puede extender el juicio indefinidamente de un ciudadano cuando este presenta una medida de aseguramiento de tal forma que se vulnere su derecho a que se le defina de manera pronta su situación y a una efectiva justicia.

#### Víctimas

Los derechos de las víctimas están íntimamente ligados al principio de igualdad de trato de los ciudadanos frente a la ley. Así como los procesados tienen una serie de garantías en el ejercicio de defensa, estas se aplican en igual forma para el defensor o representante de las víctimas en el ejercicio de la acción penal. En tal sentido, las garantías consignadas en el artículo 8° de la CADH sirven para ser invocadas por la víctima o su apoderado como derechos que le asisten a lo largo del proceso.

En nuestro sistema procesal penal de tendencia acusatoria, se entiende a la víctima como un interviniente especial, pues no es necesaria su presencia en el desarrollo del juicio oral para que se tenga que suspender o anular por su ausencia. Sin embargo, se entiende que su presencia es primordial, pues su pretensión está íntimamente ligada al acto de justicia, que se vislumbra desde tres finalidades primordiales: verdad<sup>xviii</sup>, justicia<sup>xix</sup> y reparación<sup>xx</sup>.

La evolución del concepto de víctima se encuentra íntimamente ligado con el discurso de protección de los derechos humanos, en el sentido de comprender que su afectación producto del ilícito no solo genera el resarcimiento de su derecho patrimonial, sino que ello congrega una serie de actos de naturaleza procesal que implican lograr el reconocimiento del delito por parte de los victimarios, la naturaleza o la forma en que se perpetró, los motivos que engendraron su producción, el acto de reparación, el perdón sobre el delito y su garantía de no repetición (Sentencia C 228 de 2002).

De esta forma, comprender a la víctima conlleva tratarla en igualdad de condiciones, a su ser como entidad digna, lo que implica tratarla diferencialmente de acuerdo con su edad, sexo, raza, ideología política o religiosa, cosmovisión de vida y en razón a su estado de salud o condiciones psicológicas, físicas y sociales, en otras palabras, de acuerdo a su entorno. Su trato depende de la asistencia que preste el Estado para que acceda a la administración de justicia, del desarrollo de sus derechos en el ejercicio del proceso penal y de la forma en que posteriormente será resarcida en su ser espiritual y materialmente. Esta garantía de trato diferencial evita la discriminación del ser humano, pero al mismo tiempo admite que a partir de la diferencia se reconozcan los derechos de las víctimas. Así, aunque existen derechos para las víctimas, cada una de ellos se aplicará de forma diferente con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad entre desiguales.

En algunas oportunidades lo que origina un trato diferencial radica en el contexto en el cual se desarrolla la vida de la víctima de una conducta punible. En otras ocasiones el trato preferente radica en su naturaleza de niño, niña o adolescente, por ser mujer, por ser una persona de la tercera edad, por ser un sujeto de derecho internacional humanitario<sup>XXI</sup>, por su libre opción de vida –como es el caso de la comunidad LGTBI–, por su raza, etnia y comunidad. Por lo tanto, el operador judicial debe hacer un análisis de la proporcionalidad de trato con el que va a ejercer las medidas protectoras sobre estas personas y al mismo tiempo generar los medios propicios para evitar una vulneración mayor sobre sus derechos. Es así como tiene el deber de evitar su revictimización en el ejercicio del *ius puniendi*.

Otra postura que origina un trato diferente se encuentra en la estructura del ilícito. En ocasiones se generan rutas de asistencia especial para la condición de la víctima. En este punto se puede llegar a establecer que una víctima de un delito sexual posea una exposición frente al Estado en el ejercicio de su derecho a denunciar, pero este tiene el deber de hacer menos humillante y vulnerable su reconocimiento frente al recuerdo de lo sucedido. En otras palabras, el Estado tiene la obligación de exponer lo menos posible a este sujeto de derechos para hacerlo menos vulnerable a la exposición del derecho penal. En este sentido la víctima tiene una doble protección: por un lado, la Fiscalía tiene que presentar solicitudes ante el juez de control de garantías con la finalidad de proteger sus derechos fundamentales; por otro, también se debe preservar su derecho de postulación, para que un apoderado de la víctima refuerce la posición de protección y en cierto

sentido reemplace al instructor en esta labor. Por si fuera poco, la Procuraduría puede enervar los derechos de la víctima cuando se observe vulneración a sus derechos fundamentales.

En este sentido, la legislación nacional pretendió acoplar el reconocimiento de los derechos de la víctima que eran plenamente acogidos por los tratados internacionales y especialmente por la Corte Interamericana de Derechos humanos al sistema penal acusatorio. Sin embargo, este reconocimiento se quedó corto, y por ello la Corte Constitucional desarrolló una línea jurisprudencial que, acoplando el derecho interno al internacional, interpretó sus derechos efectuando un control de convencionalidad sobre su derecho interno (sentencias C 580 de 2002, C 228 de 2002, C 805 de 2002, C 873 de 2003, C 004 de 2003, C 591 de 2005, C 1154 de 2005, C 454 de 2006 y C 209 de 2007).

Autores como Guerrero Peralta (2011<sup>a</sup>: 219) remiten a Cafferata Nores, quien hace una interesante disertación sobre los fallos de los tribunales internacionales, específicamente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ellos se interpretan los derechos de las víctimas desde tres puntos fundamentales: “la igualdad ante los tribunales”, “el acceso a la justicia y la defensa en juicio” y “la imparcialidad e independencia de los jueces”, con el objetivo de lograr un derecho penal material equitativo y equilibrado. En este sentido se hace lógica la participación de la víctima en el proceso penal, pues se entiende, como se manifestó en el aparte de la Fiscalía, que el acto de investigación del instructor debe ser objetivo; para ello, la víctima requiere de un representante que de cierta forma parcialice sus intereses.

De esta forma, la víctima tiene derecho a una investigación dentro de un plazo razonable sin dilaciones injustificadas, a un juzgamiento dentro del mismo término, a realizar su propia investigación y a ponerla a disposición del instructor para que sea valorada y a solicitar sus actos de investigación cuando exista afectación de derechos fundamentales de acuerdo a lo establecido en la ley. Así mismo, también se consideran derechos de ella: oponerse a la acusación propuesta por la Fiscalía, solicitar medidas cautelares en desarrollo del proceso penal, solicitar pruebas, impugnar las decisiones que sean contrarias a sus intereses, ejercer el derecho de contradicción, interrogando y contrainterrogando a los testigos de cargo por intermedio de la Fiscalía, oponerse a los preacuerdos, negociaciones,

principio de oportunidad, archivo o preclusión del proceso, presentar los alegatos de conclusión en el juicio oral, apelar la sentencia de primera instancia en el ejercicio de su derecho a la doble instancia y acudir a casación o revisión cuando lo estime pertinente (Sentencia C 209 de 2007).

#### La Procuraduría

La participación del Ministerio Público dentro del proceso penal colombiano con tendencia acusatoria ha sido controvertida a la luz de diversos cuestionamientos sobre su calidad y función (Sánchez Lugo, 2013: 453-461). Si bien este interviniente no es una parte reconocida en un modelo procesal acusatorio propiamente dicho, ya sea norteamericano o continental europeo, en nuestro sistema con tendencia acusatoria se posibilitó su participación, lo cual deja inquietudes e incógnitas. La razón principal de la inconformidad deriva en el eventual desequilibrio que se presentaría entre la Fiscalía y la defensa, vulnerándose el principio de igualdad de armas, fundamento y piedra angular de los sistemas procesales adversariales. Y es que si nos ponemos a pensar, la base de adversariedad radica en que tanto acusador como acusado tengan la posibilidad en igualdad de condiciones de exponer su verdad frente al juez para que este en su íntima convicción acoja la que se aproxime objetivamente a la realidad; un tercero en este juego de argumentos genera inequidad y desigualdad.

El Ministerio Público propende por la protección de los derechos fundamentales en la investigación penal complementando la labor del juez de control garantías, ejerce control sobre la decisión de archivo del proceso, tiene facultades probatorias, y su actividad dentro del proceso penal es de carácter transitoria, enfocada en el estudio de cada circunstancia en particular, evaluando la necesidad de su intervención (Bernal Cuéllar y Montealegre, 2013: 720-725).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha definido y delimitado la función del Ministerio Público dentro del proceso penal actual, indicando que constitucionalmente su facultad se enmarca en tres aspectos fundamentales, consagrados en el artículo 277, numeral 7, de la CN: la defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el Ministerio Público no es considerado en la Ley 906 de 2004 ni como sujeto procesal, pues



esta calidad solamente la ostentan la defensa y la Fiscalía, pero tampoco es un interviniente especial, pues no busca un interés particular; en consecuencia, se reconoce como un “organismo propio” o “un sujeto especial” que debe cumplir las finalidades establecidas por la Constitución relacionadas con las actuaciones judiciales. Así mismo, se establece que las funciones de este organismo son contingentes, y en sus actuaciones no puede alterar el equilibrio y la igualdad; estas solo pueden ir enmarcadas en la necesidad de cumplir las finalidades ya mencionadas con anterioridad (C.S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

Por su parte, la Corte Constitucional determina que el Ministerio Público es un interviniente principal y discreto que debe visualizarse en dos aristas: por un lado, le corresponde velar por el respeto de los intereses de la sociedad, los derechos humanos y los derechos fundamentales inmersos dentro del proceso; por otro lado, debe sujetarse a las limitaciones y condicionamientos establecidos por la ley y la jurisprudencia para evitar desequilibrar el principio de igualdad de armas y eliminar el aspecto adversarial del proceso penal. Su actuación debe ser objetiva con la finalidad de obtener una decisión justa conforme a derecho (Sentencia C 144 de 2010).

Así las cosas, corresponde al Ministerio Público velar por los derechos humanos y por los derechos fundamentales como representante de los intereses de la sociedad. Tal labor implica verificar el cumplimiento de las garantías judiciales en las actuaciones adelantadas por los miembros de la policía judicial, producto de una facultad autónoma o por orden de un fiscal o un juez de control de garantías, con la potestad, según sea el caso, de solicitar la terminación de una medida, la restricción o la exclusión de la evidencia obtenida con la transgresión del ordenamiento jurídico. No obstante, no goza de ningún privilegio frente a los funcionarios judiciales (jueces, fiscales, policía judicial); solo tiene acceso a la información en las oportunidades y términos establecidos en la ley. Le compete participar en las audiencias judiciales donde se restrinjan derechos fundamentales y velar por la verdad y la justicia en las decisiones judiciales, así como por el cumplimiento del derecho de defensa y debido proceso y de las condiciones de la restricción de la libertad. También puede tener participación en aspectos como la solicitud de absolucón o condena, la audiencia de preclusión, la protección de derechos colectivos y de los derechos de las víctimas, testigos y demás

intervinientes en las audiencias relacionadas con la disponibilidad de los derechos de las víctimas y preservar el principio de oportunidad.

La Procuraduría también puede presentar sus argumentos frente a los preacuerdos y negociaciones, en especial cuando advierta la violación de derechos ajenos y vulneraciones al derecho interno o al derecho internacional humanitario; solicitar el cambio de radicación; promover el incidente de reparación integral; participar en las audiencias preliminares; interponer recurso de revisión y casación. Además, cuando decida participar en la audiencia de formulación de acusación, se le debe dar traslado para que presente observaciones sobre el escrito de acusación. Así mismo, puede expresar razones de incompetencia, recusación o nulidad; oponerse a las estipulaciones probatorias cuando advierta la vulneración de garantías; solicitar la exclusión, la indamisibilidad o el rechazo de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que no cumplan los requisitos de conducencia y pertinencia; solicitar pruebas trascendentes para el juicio cuando las partes las hayan omitido; formular preguntas complementarias cuando los sujetos procesales hayan culminado sus interrogatorios; solicitar la preclusión cuando haya vencido el término para llevar el proceso; solicitar la revocatoria de la detención domiciliaria cuando el procesado privado de la libertad incumpla con las obligaciones impuestas; oponerse a las preguntas elaboradas por el interrogador que no cumplan con las reglas; presentar alegatos frente a la responsabilidad o inocencia del acusado. Por último, se le debe notificar la decisión de archivo y debe participar de la diligencia de destrucción del objeto material de algunas conductas punibles (C. S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

La Corte Suprema de Justicia advierte que el juez es el encargado de verificar que no exista un exceso en las facultades del Ministerio Público, en especial en los aspectos de carácter probatorio, pues no puede romperse el equilibrio del proceso adversarial al ejecutar actividades o labores propias del acusador o de la defensa, perjudicando los intereses de la defensa o de la Fiscalía. Por otro lado, es clara en indicar que la labor del Ministerio Público es contemplativa, pasiva, pero vigilante; por ello no se le permite elaborar una propia de teoría del caso, ni presentar solicitudes probatorias para sustentarla<sup>XXII</sup> (C. S. de J. Sentencia de Casación 30592 de 2011).

En cuanto a las facultades del Ministerio Público en el juicio, expresamente la Corte Suprema de Justicia se ha referido así:

•El ejercicio de los roles en el proceso penal•

El Ministerio Público, como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el ‘cabal conocimiento del caso’, el Representante de la Sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas (C. S. de J. Sentencia de casación 30782 de 2009 y Sentencia T 293 de 2013).

Para concluir, la jurisprudencia ha establecido que la intervención del Ministerio Público se limita a desarrollar “su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro, dentro de los parámetros, condiciones y oportunidades que la ley dispone”. Así mismo, “solo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad” (Corte Constitucional, Sentencia C 209 de 2007). Este punto se concluye en la facultad expresa que le asiste legalmente al Ministerio Público de solicitar el embargo de los bienes del imputado cuando la víctima sea un menor de edad.

### El juez

El juez es sin duda alguna el garante de garantes, pues es quien resuelve el proceso penal, bajo los parámetros y finalidades del marco constitucional y del debido proceso. Su actuación modula las etapas procesales con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, de tal suerte que su intervención sea objetiva e imparcial, circunscrita a la justicia material sobre los hechos y las normas, y apegada a los valores determinados en el modelo jurídico constitucional del Estado social democrático de derecho. En tal sentido, este debe con su actuación respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a su jurisdicción, respetar las opiniones de las mayorías determinadas en los marcos legales por el

legislador, respetar los derechos de las minorías con la finalidad de materializar el derecho a la igualdad y realizar una justicia material (Uprimny, 1995).

En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al expresar:

En relación con el carácter de adversarial del proceso penal, la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, para buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, para ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C 209 de 2007).

El compromiso del juez con la Carta Constitucional se concreta expresamente frente a dos valores de significativa importancia para la teoría del derecho: “la seguridad jurídica” y la “justicia material”. Esto origina un compromiso fuerte de respeto y apego al derecho, sin caer en el formalismo o respeto excesivo. En este sentido, el derecho debe ser interpretado para no caer en posiciones normativas que lleguen a vulnerar sustancialmente las expectativas de los asociados; en otras palabras, el juez debe tener un mínimo de discrecionalidad para no llegar a ser arbitrario aplicando la norma sin llegar a solucionar verdaderamente el problema que está puesto en sus manos. Por esta razón la labor de interpretación judicial radica en la protección del derecho sustancial sobre el procedimental.

Las normas son parámetros objetivos sobre los que el juez actúa, proponiendo una ruta que sirve de medio para evitar su subjetividad, pero al mismo tiempo ellas no abordan todos los posibles problemas que se pueden presentar cuando son aplicadas a casos concretos. Es en estos eventos en los que a él no le queda otro camino que interpretar, pero esta labor la hace con apego al derecho. Por ello la Constitución Nacional advierte tal situación y lo dota de valores y principios que servirán para llegar a soluciones razonables y justas. Así las cosas, el juez es un sujeto imparcial, pero para ello debe ser independiente y autónomo, pues requiere que el ejercicio de su actividad se encuentre salvaguardada en un cargo que cuente con condiciones de estabilidad que provoquen una actuación sometida a los intereses constitucionales y no a las presiones externas que interfieran con su objetividad y transparencia.

Él no es un militante, no está al servicio de una ideología o política; es un hombre al servicio del respeto de la juridicidad del Estado y en especial de la Constitución. Su objetivo se encuentra en respetar los derechos fundamentales de las personas y, al mismo tiempo, hacer justicia. Por ello su responsabilidad recae en los argumentos que lo llevan a obtener la solución sobre los casos que conozca, y su sentencia será su boca; es allí en donde funda su legitimidad.

Las funciones del juez sin denominación en particular se pueden concretar en varios aspectos: revisar que las actuaciones de las autoridades de policía judicial y Fiscalía que afecten derechos fundamentales sean motivadas, sustentadas y respaldadas; verificar la legalidad de los acuerdos y preacuerdos entre los sujetos procesales; velar por la aplicación del principio de igualdad; excluir la prueba ilícita; verificar que el descubrimiento probatorio se realice conforme al debido proceso y derecho de defensa; controlar la actuación de las partes en el proceso; verificar la debida incorporación de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas enunciadas y descubiertas en las audiencias preliminares y preparatoria; asegurar la conducencia y legalidad de la prueba; verificar el decoro de los sujetos procesales, los intervinientes, los testigos y los medios de comunicación en las audiencias; y dictar sentencia soportada en las pruebas practicadas en el juicio oral (USAID-Consejo Superior de la Judicatura, 2005: 20).

Con la incorporación del sistema acusatorio se trae una figura novedosa denominada “juez de control de garantías”. Este funcionario judicial tiene unas competencias y funciones especiales que se concretan en el control constitucional de la actuación de la Fiscalía en la intervención de derechos fundamentales, pues debe asegurarse de que la actuación de este organismo esté revestida de legalidad y de que el sustento de las solicitudes de las medidas por ejecutarse estén justificadas en parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad (Sentencia C 591 de 2005). Por ello el juez debe tener un conocimiento sobre los límites y requisitos que deben seguir los fiscales y los miembros de la policía judicial para que sus actuaciones sean legales y legítimas sin ningún tipo de vicio.

En el nuevo sistema existen diversas audiencias donde el juez de control de garantías autoriza al fiscal para limitar los derechos fundamentales de los investigados; también existen otras donde el fiscal es quien autoriza limitar esos derechos pero posteriormente el juez de control de garantías valida y legitima la decisión y la materialización de la restricción al derecho fundamental. Es por ello

que el papel de este funcionario judicial es vital y trascendente para el ordenamiento procesal penal al tomar decisiones como: legalidad de la captura, medida de aseguramiento, medidas cautelares, legalizar los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos en allanamientos, registros, interceptaciones, vigilancia y seguimiento de personas, etc.

La función del juez de control de garantías se centra en la vigilancia del cumplimiento del debido proceso, las normas de protección de los derechos ciudadanos, las normas que conforman el bloque de constitucionalidad relacionadas con las garantías judiciales, la transparencia, el acceso a la administración de justicia, la independencia y la imparcialidad.

La Corte Constitucional sintetiza las funciones de este funcionario judicial al encomendarle la realización de:

(i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución (Sentencia C 591 de 2005).

## Conclusiones

- El proceso penal cuenta con los derechos y garantías específicos para que cada sujeto procesal o interviniente desarrolle su actividad dentro de este. De tal forma que se puede verificar la existencia de procedimientos democráticos expeditos para facilitar sus pretensiones y desacuerdos en el interior del escenario judicial.
- Los medios de comunicación observan la forma como se materializan los derechos y garantías del proceso penal, pero el participante no debe ejercer presiones injustificadas instrumentalizando a los medios de comunicación para sus intereses particulares. Su deber está consignado en el agotamiento de los canales comunicativos pertinentes para demostrar su inconformidad, sin que ello quiera decir que no pueda denunciar situaciones irregulares que deban ser conocidas por la opinión pública para evitar injusticias. Por esto no

debe ser cualquier tipo de denuncia la que se haga, y el medio de comunicación está en la obligación de investigar equilibradamente lo expresado por el denunciante para evitar los perjuicios que se han manifestado en el desarrollo de esta investigación. Por lo tanto, el camino no es generar censura, sino que exista un equilibrio que garantice proporcionalmente el ejercicio ético de la actividad de informar y opinar sobre los procesos judiciales.

- El juez debe aplicar el test de proporcionalidad, igualdad, en el ejercicio de su cargo, pero es deber de todos los servidores públicos modular la actividad judicial para evitar excesos que traigan como consecuencia el menoscabo de los derechos fundamentales de aquellos que participan del foro penal.
- Los medios de comunicación deben ser conscientes de la responsabilidad social que tienen en el ejercicio de su actividad para informar y opinar sobre los procesos judiciales. Con una información inoportuna, inexacta o con una opinión impertinente o equivocada se puede causar una vulneración frente a todos los derechos y garantías expuestas en el presente capítulo. Sin embargo, se insiste en que no es necesario censurarlos sino hacerles ver que deben respetar los derechos del proceso penal y al mismo tiempo realizar una actividad de autocontrol sobre el ejercicio de la libertad de expresión.