

LA CONDUCTA CIRCUNSTANCIADA, GARANTÍA DE LA DEFENSA FRENTE A LA TÉCNICA DE LA ACUSACIÓN, EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO¹

Martín Hernández Sánchez¹

Fecha de recibido: 12.10.07

Fecha de aceptación: 30.11.07

"La legitimidad del derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado de la Constitución y de los pactos y tratados intencionales, como de la declaración universal de los derechos humanos, reconocidos por la propia constitución(Art. 10,2), que el derecho penal debe respetar y garantizar para su ejercicio²"

Resumen

El estado social y democrático de derecho ha dado la responsabilidad política a los jueces de la protección de los derechos fundamentales de las personas, especialmente en la actuación penal; el principio de legalidad, es una garantía para el ciudadano y el parámetro de la actuación del estado, siendo características primordiales para el derecho penal los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena.

Tomás de Aquino planteaba que el juicio es el acto del juez en cuanto juez, pues éste decide conforme a derecho, siendo el derecho objeto de la justicia, luego el juicio corresponde a lo justo. Para que exista juicio, se requiere de dos partes, el acusador y el reo.

En el derecho colombiano se ha previsto que la acusación en el proceso penal, analice tanto los supuesto fácticos como los jurídicos de la conducta relevante penalmente, con el fin de ser enterado de la misma el inculpado y pueda ejercer su derecho defensa y contradicción.

¹ El presente artículo, corresponde a un avance de la investigación titulada "La Teoría del Delito en el Sistema Acusatorio Colombiano", que como co investigador adelanta en el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Santo Tomás- Tunja.
² MUÑOZ Conde, Francisco. GARCÍA Aran Mercedes. Derecho Penal Parte General. 6ª Edición. Tirant lo Blanch Valencia 2004. Pág. 70
³ Abogado Universidad Santo Tomás Bogotá. Maestría en Derecho Penal (en tesis). Universidad Santo Tomás Bogotá-Universidad de Salamanca (España). Coordinador Módulo Político Económico, USTA Tunja, integrante Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. martinusta@hotmail.com

Abstract

The social and democratic state of the law, has given the political responsibility to the judges, in the fundamental rights, mainly in the penal proceeding, the legality principle is a guarantee for the citizen and for the prosecuting parameters, being essential characteristics for the criminal law, the legal confidence, the type and taxation of the penalty.

Tomas de Aquino proposed that judgment is the judge's action because He/She decides in agreement with the law, being law the aim of the justice, so the judgment corresponds to the right. To exist judgment it is needed that exists prosecutor and the accused.

In the Colombian law it has been predicted that the prosecution in the criminal processing analyzes both, the fact and the legal conjectures of the relevant penal behavior, with the aim that the accused be aware of it and to exercise His/Her right to the legal defense and contradiction.

Keywords

Social State, Welfare State, politics, criminal, prosecuting, defense, contradiction, Criminal/penal system, legal defense, qualification.

Palabras clave

Estado, Social, Derecho, Estado Social de Derecho, Política Criminal, Acusación, Defensa, Contradicción, Sistema Penal, Contradicción, conducta, técnica, derecho de defensa, calificación.

Introducción

El presente artículo pretende adelantar un estudio sobre la incidencia de la fórmula política del Estado Social de Derecho, en las instituciones jurídico-penales, particularmente en la acusación, a la luz del nuevo régimen procesal penal colombiano; además de constatar qué límites tiene el Estado en el ejercicio del poder punitivo, teniendo en cuenta que el sistema se deslegitima al desbordar el derecho penal, el mínimo con el que debe operar, convirtiéndose en herramienta para la solución de conflictos que bien pudieran ser manejados a través de otras áreas del ordenamiento jurídico.

La formulación de la acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, es una de las características del sistema adversarial del proceso penal colombiano, pues frente a ésta el inculpado y la defensa, deben plantear la forma de desvirtuarla, por lo que ésta debe contemplar la conducta circunstanciada, es decir mostrar el aspecto fáctico con relevancia penal, así como la calificación jurídica, de tal manera que sea comprensible por el acusado.

Para cumplir éste objetivo seguiré el siguiente camino: 1. Estado Social de Derecho y Derecho Penal: a) Principio de legalidad; b) Política Criminal y Derecho Penal en Colombia. 2. La acusación en el Sistema Procesal Penal colombiano: a) Fundamentos filosóficos de la acusación; b) Fundamentos Internacionales de las garantías para la defensa; c) Garantías procesales del acusado; d) El derecho a la defensa frente a la técnica de la acusación en el Sistema colombiano; e) Presentación del Escrito de Acusación; f) Acusación en legal forma, sinónimo de seguridad jurídica. Presupuesto para la existencia de Juicio; g) Acusación en el Sistema de la Ley 600 de 2000 y en el Sistema de la Ley 906, según la

jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

1. Estado Social de Derecho y Derecho Penal

El Estado Social de Derecho ha sido la fórmula política que han adoptado algunos Estados, entre los cuales se encuentra el nuestro, producto de la evolución de las instituciones políticas de los pueblos, pues del Estado liberal, en el que existía primacía de la legalidad formal, con garantías formales para las personas, se evoluciona a un Estado social en el que si bien es indispensable los parámetros normativos, la ley debe cumplir con una finalidad social, es decir, debe ser concebida y aplicada, teniendo como parámetro a la persona.

"... la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción sintética del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite añadir la tercera característica de la fórmula constitucional: La Democracia... La exigencia de que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad, formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad... En cuanto social

y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático de derecho”⁴

La fórmula política del Estado social y democrático de derecho, impone al Estado unas condiciones bajo las cuales no solamente está ceñido a la legalidad, sino a los derechos inherentes de las personas, vale decir los derechos y garantías fundamentales, obligatorias en el cumplimiento de sus fines, para que actué dentro de límites que no afecten el ámbito de libertad de los individuos y por el contrario, les garantice unas condiciones mínimas dignas, pues la persona pasa a ser el centro de la actividad estatal.

Así mismo, la figura del Estado Social y Democrático de Derecho ha generado una transformación en la concepción del derecho penal. Dentro de la evolución del Estado liberal, ha jugado papel importante el positivismo jurídico que permitió legitimar al Estado a extremos de llevar a la desaparición del principio de legalidad, generando un sistema de imposición de penas cuya base se encuentra en el libre albedrío, como de medidas de seguridad en el determinismo. Los pasos de reforma del Estado tienen eco, culminada la segunda guerra mundial, cuando existe preocupación en la comunidad internacional por el tema de los derechos humanos, y se evidencia la necesidad de poner límite a la actuación del Estado para garantizar mínimamente los derechos subjetivos de los ciudadanos.

“La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en

establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de la crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son... Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela...”⁵

La Constitución Política de Colombia al incluir la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho, así como mecanismos como la acción de tutela, ha dado una responsabilidad política a los jueces en la protección de los derechos

⁴ MIR PUIG Santiago. El derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Ariel S.A., 1ª Ed. Junio de 1994 Barcelona. Pág. 31, 32, 33

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Boletín N° 2. Iván Humberto Escrucería Mayolo-Relator

fundamentales de las personas, especialmente cuando se vean afectadas por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Bajo esta perspectiva, el juez debe buscar en toda decisión jurisdiccional, especialmente en el área penal, que sean respetados los derechos de todas las personas que intervienen en la actuación penal, de tal manera que los derechos no se queden como enunciación en el texto Constitucional, que sean materialmente efectivos.

a. El principio de legalidad

Uno de los pilares en los que se funda el Estado es el principio de legalidad, que en materia penal tiene características especiales, por cuanto es garantía para el ciudadano frente al ejercicio del poder de los servidores públicos, pero también le señala las consecuencias de sus conductas, al estar claramente determinadas por el legislador.

La Constitución de 1991 desarrollando compromisos adquiridos por el Estado en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, reguló en el artículo 29 en armonía con el artículo 150 -atribuyó como facultad exclusiva del Congreso la de hacer las leyes-, que el legislador tiene como función definir en forma clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas, sus sanciones, las autoridades competentes, el fijar las reglas sustantivas y procesales para garantizar el debido proceso.

"... El principio de legalidad penal constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos ya que les permite conocer previamente cuándo y por qué motivos pueden ser objeto de penas ya sea privativas de la

libertad o de otra índole evitando de esta forma toda clase de arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades penales respectivas". De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29).⁶

Nuestro Tribunal Constitucional respecto de la reserva legal, en el mismo fallo dijo:

"Este principio de legalidad penal tiene varias dimensiones y alcances. Así, la más natural es la reserva legal, esto es, que la definición de las conductas punibles corresponde al Legislador, y no a los jueces ni a la administración... Esta reserva legal es entonces una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado, entonces el principio de legalidad no cumple su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean delitos o aumentan las penas. Por ello esta Corporación había precisado que no sólo "un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale" sino que además la norma sancionadora "ineludiblemente debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente."

⁶ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C200 de 2002

... Por eso, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacionales, han entendido que en materia penal, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Según esa concepción, que esta Corte prohija, sólo de esa manera, el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, pues sólo así protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal”⁷

Claramente podemos concluir, que el principio de legalidad es una garantía para el ciudadano y el parámetro de la actuación del Estado, siendo uno de los elementos primordiales para el derecho penal los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena, que han sido claramente interpretados por la Corte Constitucional:

b. Política criminal y derecho penal en Colombia

Para el ejercicio del ius puniendi, los órganos del Estado deben actuar de manera armónica, es decir existir colaboración entre las ramas del poder: el poder ejecutivo presentando proyectos de ley colabora en la elaboración de

la política criminal que adopta el Congreso mediante la ley, pero también hacen parte del ejercicio de este derecho los jueces al imponer las condenas mediante sentencias y las autoridades administrativas que las hacen efectivas.

La acción punitiva del Estado se justifica en la necesidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, así lo ha inferido la Corte Constitucional del texto del artículo 2 constitucional, pues encuentra que el derecho penal brinda protección a bienes jurídicos de las agresiones, resulta necesario en consecuencia, imponer castigo o pena a quienes ponen en peligro o lesionan los valores constitucionales o los bienes jurídicos. Pero el derecho penal debe actuar de manera subsidiaria, pues se trata del último mecanismo al que debe acudir el Estado.

Así lo ha delimitado el concepto de política criminal y derecho penal en el Estado:

“... El Congreso, a su vez, establece la política criminal del Estado, y señala -entre otras- las sanciones imponibles a las personas que incurren en determinadas conductas. Las diversas consideraciones que entran en juego en el establecimiento de la dosimetría penal son reflejadas en la fijación legislativa de penas máximas y mínimas dentro de las cuales el juez -con base en ciertos criterios- impone la pena, una vez establecido que la conducta lo amerita. Al hacerlo, el juez penal está aplicando materialmente un aspecto puntual de la política criminal, tal como ésta fue definida por el legislador en la ley. Sin embargo, la labor del Estado de ejecutar una política criminal no termina en la imposición de la pena por parte del juez. Por el contrario, esta

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 200 de 2002. En esta sentencia, la Corte muestra como el artículo 29 Constitucional obliga a la existencia de un juez imparcial e independiente, al que legalmente se le haya atribuido la competencia de juzgar la conducta de un imputado, bajo las formas establecidas por el legislador.

política se materializa también durante todo el periodo en el cual la pena se está cumpliendo.... Dentro de un sistema jurídico estructurado a partir de la dignidad del individuo, la pena es un mecanismo utilitarista de naturaleza excepcional, que se justifica en la necesidad de lograr determinado objetivo u objetivos, los cuales difieren dependiendo del énfasis teórico que adopte la política criminal del Estado. Por otra parte, teniendo en cuenta que es un mecanismo que implica importantes restricciones de ciertos derechos fundamentales, la pena debe ser proporcional aun cuando sea necesario para proteger ciertos bienes jurídicos o valores constitucionales... Ahora bien, la ejecución de una pena, como se dijo, implica la restricción de ciertos derechos fundamentales, justificada por la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos y valores constitucionales, y por el deber que le compete al Estado en el cumplimiento de esta tarea... Esta labor, a su vez, requiere el ejercicio concurrente de una actividad coercitiva y administrativa de los centros de reclusión, asignada al ejecutivo, y de una función judicial, encaminada a garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la pena, encargada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.^{8*}

El papel de la jurisdicción es el de aplicar la ley constitucionalmente válida, actualmente se discute ese mismo papel conforme a lo que se ha denominado el constitucionalismo rígido, en el que la ley se encuentra subordinada a principios constitucionales, por lo que surge una dimensión sustancial en las condiciones de validez de las normas, como en la naturaleza

misma de la democracia, para la que representa un límite, como efectivamente plantean los filósofos del derecho que ven a los derechos establecidos constitucionalmente como prohibiciones al ejercicio del poder.

"Ante todo cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo - juspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales..."

... Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que - como la experiencia enseña - podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático."

Resulta pertinente tener presente que la Constitución de un Estado tiene como finalidad garantizar los derechos de todas las personas, en un valor importante que es el de la igualdad, que vincula esos derechos frente a las leyes y a las autoridades como límites de su actuación.

⁸ Corte Constitucional de Colombia Sentencia de Constitucionalidad C 312 de 2002.
^{*} FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neconstitucionalismo (5) Editorial Trotta. Autores Varios. Madrid - España. 2003 Pág. 18 - 19

"...El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones de gobierno, no reside en el consenso de la mayoría, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, o sea en derechos vitales conferidos a todos, como límites y vínculos, precisamente frente a las leyes y los actos de gobierno expresados en las contingentes mayorías.¹⁰"

La construcción del derecho penal en el Estado Social de Derecho, como el nuestro, implica no solo la actividad legislativa conforme a la Constitución, es decir de una política criminal que tenga como fundamento la dignidad humana y los derechos fundamentales, además sobre todo que tenga presente que la creación de normas penales obedece a la necesidad de las mismas y a la protección de bienes jurídicos, no al capricho; sino el compromiso del Juez penal por hacer vigentes esas garantías jurídicas en el seno del proceso penal.

*"Hacia un nuevo derecho penal.
Una creación de normas penales condicionadas a su necesidad y orientadas a la siempre revisable protección de bienes jurídicos, un proceso con absoluto respeto de todas las reglas que garantizan la presunción de inocencia, una interpretación judicial de las normas penales que concretan las prohibiciones, los mandatos y las causas de justificación hecha conforme a reglas científicas que lleven a conclusiones razonables que se han de plasmar en la sentencia, junto con los motivos que hacen o no hacen exigible una responsabilidad penal al inculgado, así como una pena proporcional cuya*

ejecución no afecte la dignidad de la persona ni sea causa de una profundización de las razones que posiblemente lo llevaron a resolver su conflicto social en una forma en la que el derecho ya había advertido que no estaba dispuesto a tolerar, constituyen los principios sobre los cuales, a nuestro juicio, se ha de construir el derecho penal del Estado social y democrático de derecho.¹¹"

c. El derecho penal en el estado social de derecho

El Estado social de derecho en un Estado garantista, en el que el ciudadano cuenta con elementos que le protegen de la arbitrariedad y del error penal, caracterizándose por un "derecho penal mínimo" a diferencia de Estados autoritarios que aplican la tesis del "derecho penal máximo". No obstante lo anterior, a pesar de que las Constituciones Políticas consagren principios para la protección del ciudadano, la cotidianidad muestra que en el ejercicio de la actuación el Estado estas garantías son desconocidas, bien a través de las leyes ordinarias, o la práctica judicial y policial.

"El modelo garantista presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su

¹⁰ *Ibidem* 13. Pág. 28

¹¹ BUSTOS Ramírez Juan J. y HORMAZABAL Malarée Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del Delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid, 1997, página 71.

prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa mediante procedimientos legalmente establecidos... Los modelos autoritarios ... se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del Estado... llamo a estos dos extremos "derecho penal mínimo" y "derecho penal máximo"¹²

En el Estado social de derecho, el derecho penal debe ser aquel que intervenga solamente para resolver los conflictos graves, que no hayan podido ser solucionados por otras vías; y en aquellos eventos en que el Estado utilice su poder mediante funcionarios de policía, fiscales y jueces, con límites muy precisos para el respeto de las garantías de quienes intervengan en el proceso penal.

"En contraste con los principios garantistas del modelo SG estipulados de manera rigurosa en nuestra constitución, nuestras leyes ordinarias y todavía más nuestras prácticas judiciales y policiales, admiten de hecho figuras de responsabilidad penal sin una o varias garantías. Es claro que el derecho penal mínimo es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no solo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo sino también a un ideal de racionalidad y de certeza..."¹³

Culturalmente el Estado democrático de derecho ha identificado entre otros elementos la "ultima ratio" que justifique la presencia e intervención del Estado a través del régimen penal, ya que se busca que sea penado aquel comportamiento que vulnere de forma grave

los bienes jurídicos tutelados, que atenten contra la dignidad humana y afecten el valor comunitario y colectivo de la sociedad.

"Ahora bien, desde sus inicios en el derecho penal moderno ha tenido lugar un gran debate sobre los límites que un Estado social y democrático de derecho puede tener para ejercer su poder de definición en lo referente tanto a la incriminación como a la incriminación secundaria"¹⁴

La preocupación de cuál debe ser el ámbito de aplicación del derecho penal en el desarrollo de las relaciones sociales, es evidente, por cuanto que se ha incrementado la tendencia de solucionar los problemas a partir de la criminalización cada vez mayor de conductas, sin acudir a alternativas fuera del papel punitivo del Estado. La mínima intervención del Estado, radica en que éste no reprima, ni sancione sino los comportamientos graves. El límite siempre ha sido enmarcado por la independencia de las instituciones, respetando las funciones, evitando la contradicción entre la norma constitucional y la penal.

"El derecho penal moderno surgió con la intencionalidad política de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto, de diferenciarlo del Antiguo Régimen. Es, por tanto, el producto de una reflexión y decisión político-jurídica y en forma más precisa político-criminal. En términos generales, desde fines del siglo XVIII hasta ahora la idea de profundización de estos límites, fortalecida por el desarrollo de los derechos humanos, ha dado lugar a un intenso debate que ha dado como resultado la formulación de una serie de principios político-criminales limitadores del ius puniendi."¹⁵

¹² FERRAJOLI Luigi. Derecho y Razón. Editorial Trotta. 2ª Ed. 1997 Pág. 103-104

¹³ Ibidem 11

¹⁴ BUSTOS Ramírez, Juan J. y HORMAZÁBAL Malarée Hernán. Nuevo Sistema del Derecho Penal. Pág. 26

¹⁵ Bustos Ramírez Juan J. y Hormazábal Malarée Hernán. Obra citada.

Los límites al ejercicio del ius puniendi, se encuentran en la dignidad humana, en los derechos fundamentales de la persona, que deben ser el punto de partida de la política criminal del Estado. Le asiste un papel importante al legislador al momento de determinar las conductas reprochables, pero también a los jueces, como a las autoridades de orden administrativo, velar por el respeto y hacer efectivos los derechos de las personas.

*"El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de derecho, ampliamente aceptada en nuestra cultura basado en tres componentes de los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva"*¹⁶

*"... estas garantías para la persona en el ejercicio de una política criminal se formulan en forma de límites de carácter normativo, entre los que hay que distinguir entre límites normativos formales y límites normativos materiales o garantías materiales, que son aquellos principios que emanan de la esencia misma del Estado social y democrático de derecho. Estos límites abarcan todo el proceso de criminalización, tanto en el de incriminación primaria o de definición del delito o ius Puniendi como el de incriminación secundaria o de definición del delincuente o ius Persequendi"*¹⁷

Como se ha entendido en el Estado Social y Democrático de Derecho la norma debe estar puesta al servicio de la persona, de tal manera que a través del ordenamiento jurídico, se

proteja a la sociedad pero en la relación existente entre el acusado y el Estado, éste goce de garantías reales y no se desconozca su condición de persona.

*"Si el Estado de derecho exige el sometimiento de la potestad punitiva al principio de legalidad y en el Estado social dicha potestad solo se legitima si se sirve de eficacia necesaria protección de la sociedad, un Estado que además pretenda ser democrático tiene que llenar el derecho penal un contenido respetuoso de una imagen de ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de la dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social"*¹⁸

2. La acusación en el sistema procesal penal colombiano

a. Fundamentos filosóficos de la acusación

Resulta de importancia conocer la vigencia del pensamiento político - criminal de Tomás de Aquino, quien nos ilustra sobre los fundamentos de la dialéctica del proceso penal, a partir del estudio de la acusación y la forma de impartir justicia por parte del juez, así como el interés de los contendores en el proceso, esto es el acusador y el reo. La luz del maestro, nos pone de presente en la razón última de los sujetos intervinientes en el proceso penal, que claramente concuerda con la forma como han sido configuradas nuestras instituciones jurídico-procesales.

Tomás de Aquino en el Tratado de la Justicia, se refiere al juicio, al papel del Juez, así como

¹⁶ MIR PUIG Santiago. Derecho Penal Parte General. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona. 3º Ed. 1990. Pág. 81

¹⁷ *Ibidem* 7, Pág. 27

¹⁸ *Ibidem* 10, Pág. 8103

a la acusación, pensamiento del doctor de la iglesia que se halla vigente, acorde con las garantías procesales establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, recogidas por la Constitución Política y desarrolladas en el Código de Procedimiento Penal.

Es ante el Juez ante quien se presenta la acusación, y éste cumple la magna función de administrar justicia, es decir desde el punto de vista político, desarrolla una de las funciones del Estado, cual es la de resolver el conflicto conforme lo ha dispuesto el legislador, acorde a la legalidad y al debido proceso.

*"El juicio es propiamente el acto del juez en cuanto juez; por eso se llama así, pues juez significa "el que decide conforme a derecho". Y el derecho es objeto de la justicia... por tanto el juicio, de acuerdo con la definición del término, corresponde a lo justo, o al derecho"*¹⁹

Tomas de Aquino nos muestra que en el proceso penal se enfrentan dos partes, quien acusa y quien es objeto de la acusación, siendo requisito para el cumplimiento de la función de administrar justicia, que el juez requiere como presupuesto de su actividad, la existencia de la acusación.

*".. Y la justicia... no es respecto así mismo, sino al otro. Por tanto es necesario que el Juez juzgue entre dos, de los cuales uno es el acusador, otro el reo. Por ello el juez no puede condenar a nadie en juicio, sin un acusador."*²⁰

"... A cerca del Juez: primera: que su oficio es juzgar entre el acusador y el reo; segunda: que no le toca pronunciar

*juicio como persona privada, sino como autoridad pública."*²¹

La finalidad de la acusación es la de buscar la imposición de una pena a quien ha cometido un delito y generado daño social, esto es, afectando la comunidad. El maestro de la iglesia nos muestra que la acusación debe estar soportada en pruebas; solamente se puede presentar contando con los elementos objetivos que permitan establecer la presunta comisión del delito imputado, es decir que en criterio del filósofo deben estar acreditados los hechos que configuran los elementos fácticos del delito, al igual que los elementos normativos.

*"... hay una diferencia entre la denuncia y la acusación: aquella tiende como fin a la corrección del hermano; ésta, a su castigo. Pero no se requiere los castigos de esta vida presente por que aquí no se da el tiempo definitivo de retribución; tienen sentido solamente en cuanto son medicinales, o bien para lograr el bien común de la comunidad mediante las penas infringidas a los malhechores. La denuncia persigue el primer fin, y la acusación el segundo. Por tanto, si el delito fuese tal, quedaría en la república, esta uno obligado a la acusación, con tal que pueda uno probarlo, pues esto es parte de la obligación del acusador... pero si la falta no redunde en perjuicio de la comunidad, o bien sino hubiere suficientes pruebas de ello, no esta uno obligado a la acusación; por que nadie esta obligado a realizar lo que no puede hacer suficientemente."*²²

La acusación debe revestir ciertas formalidades, la exigencia de la época consistía en su presentación por escrito, con el fin de

¹⁹ TOMAS de Aquino. Summa Teológica. Del Juicio cuestión 60. Respuesta Art. 1

²⁰ Ibidem 18, Del Juicio cuestión 67. Respuesta Art. 3

²¹ Ibidem 19, Art. 4

²² Ibidem 18. Del Juicio cuestión 68. Respuesta Art. 1

llevar al juez los elementos de convicción sobre la realización del delito y la responsabilidad del reo.

"Pero como lo que se expresa verbalmente, fácilmente se escapa de la memoria no estaría seguro el Juez de qué fue lo que se dijo y cómo se dijo al dictar sentencia, sino quedase redactado por escrito. Por ello razonablemente esta mandado que la acusación así como el proceso, se redacte por escrito..."²³

b. Fundamentos internacionales de las garantías para la defensa

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos que nace en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se desarrolla en tratados internacionales de los cuales Colombia es parte, contempla la forma como debe ser planteada la acusación en el proceso penal y las garantías que frente a la misma tiene el acusado. Estos instrumentos internacionales en nuestro derecho interno tienen prevalencia sobre la legislación ordinaria, pues forman parte del bloque de constitucionalidad.

"La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales constituyen la base, la materia y sustento filosófico y jurídico del sistema penal democrático; por lo mismo con fundamento en varios de estos postulados jurídicos- de mayor jerarquía- deben entenderse y

construirse el sistema penal, el concepto del delito y de la pena, las garantías propias del debido proceso, así como los fines y objetivos del derecho penal."²⁴

• Declaración Universal de los Derechos Humanos

"Art. 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."²⁵

- *La Convención Americana de Derechos Humanos. El pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, contempla en su capítulo II algunos derechos que constituyen garantías jurídico-procesales, que son la base del proceso penal, que en tratándose del artículo que nos ocupa es decir de la acusación y la defensa en el proceso penal, encontramos las siguientes:*

"Art. 7.

4. *Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora del cargo o cargos formulados contra ella*

Art. 8

1. *Toda persona tiene derecho a ser oída con las garantías y un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la*

²³ Ibidem 21 Respuesta Art. 2

²⁴ GÓMEZ LÓPEZ Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2001, páginas 217, 218.

²⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos

sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...

2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a. ...

- b. *Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada...*²⁶

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Art. 14.

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustentación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...*
2. *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*
3. *Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella...*

Estos preceptos internacionales constituyen la base del desarrollo legislativo de los estados, ya que plantean los parámetros dentro de los cuales se cumple el *ius Puniendi*, que bajo el principio del debido proceso regulan la relación

del individuo con el estado, y constituye garantía para éste.

"El principio del proceso debido. El proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo-Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado Social y Democrático de Derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones especiales se formulan bajo el principio del proceso debido."²⁷

c. Garantías procesales del acusado

De los instrumentos internacionales mencionados, se desprenden las garantías que se procede a puntualizar, en genéricas a todo tipo de proceso y algunas especiales para el proceso penal.

*"Las garantías genéricas de todo proceso. Del Art. 24.2 CE se desprende un conjunto de garantías que, si bien se originaron en el proceso penal, la jurisprudencia constitucional las considera exigibles a todo proceso (civil, social, contencioso - administrativo y militar). Suelen denominarse colectivamente como "derecho al proceso debido", siguiendo una fórmula, hoy bastante extendida, que evoca la idea angloamericana de *due process of law*, o también, en expresión del Art. 6 CEDH, "derecho a un proceso equitativo..."*

²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

²⁷ BUSTOS Ramírez Juan J. y HORMAZABAL Malarée Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del Delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid, 1997, página 72.

*Dichas exigencias son en sustancia, las siguientes. Imparcialidad del juez, publicidad del proceso, posibilidad de asistencia de abogado, prohibición de las dilaciones indebidas y utilización de los medios de prueba disponibles.*²⁸

"Las garantías específicas del proceso penal. El Art. 24.2 CE recoge, en fin, ciertas garantías que, fieles al diseño originario del constituyente, siguen siendo específicas del proceso penal. Se trata de los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, a la presunción de inocencia y a no ser obligado a declarar cuando medie parentesco o secreto profesional... todos ellos contribuyen a definir el principio acusatorio, que inspira todo el proceso penal del Estado de derecho.

*En particular, el principio acusatorio implica al menos tres cosas: A) Que debe haber una separación neta entre acusador y juez, en virtud de la cual alguien distinto del juez debe sostener la acción penal, por no mencionar que quien ha investigado queda inhabilitado para juzgar (STC 145/1988). B) Que la carga de la prueba pesa sobre la acusación, de manera que existe una presunción de inocencia. C) Que ha de existir igualdad de armas entre acusación y defensa, pudiendo ésta presentar pruebas de descargo.*²⁹

d. El derecho a la defensa frente a la técnica de la acusación en el Sistema Colombiano.

La Constitución Política de Colombia contempla un proceso penal con enfoque acusatorio,

implementado mediante la reforma introducida con el acto legislativo N° 03 de 2002 que otorga a la Fiscalía General de la Nación, un papel activo de acusación ante los jueces de conocimiento, con la finalidad de que en juicio público se juzgue a los responsables de la comisión de hechos punibles.

*"... Una nueva estructura procesal donde el fiscal debe presentar una acusación ante los jueces de conocimiento a fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las partes, concentrado y con todas las garantías..."*³⁰

Nuestro máximo Tribunal Penal Ordinario, ha reiterado que postulados procesales como la congruencia entre la acusación y la sentencia, al igual que la prohibición de la reformatio in pejus, dentro del sistema penal adoptado por nuestro país, cobran suma importancia, por cuanto que la naturaleza del procedimiento es adversarial -Fiscalía y Defensa-, en el que existe "igualdad de armas", no puede presentarse prevalencia de una parte sobre la otra, por lo que la acusación debe ser debidamente informada al procesado.

Así son descritas estas características del nuevo sistema procesal en penal en Colombia :

"... Sistema Penal Acusatorio. Características.

... se reconoce el denominado principio de "igualdad de armas" o de partes (artículo 4 Ley 906), el cual consiste básicamente en que Fiscalía y defensa gozan de las mismas facultades en orden, la primera, a sustentar la acusación y, la segunda, a desvirtuar o atemperar el reproche penal, sin que

²⁸ DIEZ Picasso Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales. Capítulo XV. La Tutela Judicial Efectiva. Editorial Thomson - Civitas. Madrid - España. 1ª Ed. 2003. Pág. 373-374

²⁹ *Ibidem* 25. Pág. 379

³⁰ Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Programa para un cultura de oralidad desde la universidad Colombiana. Cap. II. Estructura General del Proceso Penal Colombiano. Pág. 23

exista preeminencia de una respecto de la otra. Ello se refleja ... en figuras novísimas de la Ley 906 de 2004, como el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física que se van a utilizar durante el juicio oral, obligación a la que está sujeta la Fiscalía desde el momento mismo de la presentación del escrito de acusación (art. 337, num. 5°) y que se refuerza, tanto para este interviniente, como para la defensa, durante la audiencia de formulación de la acusación (art. 344).

... tiene sustrato en el denominado "principio acusatorio", entendido por tal, básicamente que o hay proceso sin acusación (*nemo iudex sine accusatore*), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento.

Este principio, además se proyecta en varios sentidos: (i) existencia necesaria de una acusación; (ii) congruencia entre acusación y sentencia; y (iii) prohibición de la reforma en perjuicio.

Por virtud del primero de ellos ha de entenderse la imposibilidad absoluta de iniciar un juicio oral sin contar con previa acusación, lo que implica también la obligación inexorable de comunicarla al acusado. Tratándose del segundo, debe comprenderse grosso modo que a través de la sentencia no se puede condenar por hechos (incongruencia objetiva) ni respecto de sujetos (incongruencia subjetiva) diversos a los expresamente señalados a través de la respectiva acusación. Y, por el tercero, también en sentido lato,

que la segunda instancia no puede agravar la situación del condenado cuando éste funge como apelante único"³¹

e. Presentación del escrito de acusación

En cumplimiento de lo anterior, corresponde al Fiscal presentar escrito de acusación contra el inculpado, que de acuerdo con lo establecido en los Arts. 336 y 337 de la ley 906 de 2004 debe contener:

"Art. 336.

Presentación de la Acusación. El Fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

"Art. 337.

El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quienes son los acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y suscita de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible...
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a. Los hechos que no requieren prueba
 - b. La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir a juicio, siempre y cuando su

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M. P. Marina Pulido de Barón, radicación 26087, sentencia de 28 Febrero de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007. Pagina 453.

practica no pueda repetirse en el mismo

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

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

e. La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales

f. Los demás elementos favorables al acusado en poder de la fiscalía

g. Las declaraciones o deposiciones

*La fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas con fines únicos de información*³²

De la lectura de las disposiciones transcritas, resulta claro que en el sistema procesal penal colombiano, la formulación de la acusación implica reunir unos presupuestos de carácter formal y material (no haya menoscabo al derecho de defensa y al debido proceso), a fin de poder informar al imputado contra el cual se dirige la acusación, para que este pueda ejercer su derecho de defensa, sin menoscabo de garantías de carácter procesal.

En mi criterio, el escrito de acusación esta referido a elementos de carácter fáctico, a través de los cuales se le entera al presunto autor de la conducta delictiva, de los supuestos de hecho que le señalan como presunto autor o participe de un determinado delito, fundado en elementos objetivos de prueba que así lo establezcan.

"No hay acusación sin prueba.

*El principio de presunción de inocencia obliga al que sostiene la acusación a acreditar los hechos. Debe, en consecuencia, probar en el caso concreto todas y cada una de las exigencias del tipo penal. La Inmediación, exigencia que significa que toda la actividad probatoria ha de ser llevada a cabo en el acto del juicio oral en presencia del juez, implica una garantía para el procesado, pues el juez que ha de valorar la actividad probatoria tiene la oportunidad, por la proximidad a su producción, de apreciar, por ejemplo, la sinceridad de los testigos, la solvencia de los peritos, las declaraciones del acusado y de la víctima."*³³

Además de lo anterior, resulta claro que el legislador colombiano, dando cumplimiento a la legislación internacional, estableció como elemento de la acusación el señalamiento de la conducta delictiva que presuntamente se materializó, pues el Art. 336 del estatuto procedimental penal señala que el Fiscal presentará la acusación en torno al hecho punible, al señalar "la conducta delictiva existió", lo que implica efectuar una calificación jurídica, frente a la cual el acusado ejercerá su derecho a la defensa.

La acusación entonces no se limita al aspecto fáctico, sino que debe señalar la calificación jurídica de esos hechos relevantes penalmente.

*"El derecho a conocer de la acusación formulada. Ya que de otro modo no sólo se provocaría indefensión sino que desaparecería la mera posibilidad de oponer posición diferente ante lo ignorado como acusación"*³⁴

³² Ley 906 de 2004

³³ *Ibidem* 30, página 30.

³⁴ STC 141/1986 resalta en primer lugar que el derecho a ser informado de la acusación presupone la existencia de acusación misma - primera de las esencialidades del acusatorio citadas.

La necesidad de conocer la acusación, se descompone a su vez en una serie de exigencias:

- La formulación debe ser explícita y efectiva, de manera que impida totalmente que se provoque indefensión³⁵. Así mismo deberá producirse temporáneamente, esto es, dentro de los plazos que permitan al acusado la defensa.³⁶

El legislador colombiano reconoce que se debe garantizar al procesado el derecho a ser informado de la acusación, como se desprende de las normas transcritas, a fin de salvaguardar el derecho a la defensa.

"Comenzando, entonces, por el derecho a ser informado de la acusación, es evidente que sin él no habría presunción de inocencia ni posibilidades reales de defensa, por no mencionar que probablemente tampoco sería factible una distinción clara entre juez y acusador. Una consecuencia que, todavía de manera tentativa, extra la jurisprudencia es que el tribunal penal está vinculado no sólo a los hechos imputados por el acusador, sino también a la calificación jurídica que éste haga de esos mismos hechos..."³⁷

"Imputación necesaria.

En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación."³⁸

f. Acusación en legal forma, sinónimo de seguridad jurídica. Presupuesto para la existencia del juicio

En igual sentido, la acusación presentada de manera formal, esto es con los requisitos establecidos por la ley 906 de 2004, genera seguridad jurídica en el sentido que el juzgamiento queda en manos del juez, sujeto distinto al ente acusador, garantía de imparcialidad; además que su análisis estará enfocado al aspecto fáctico relevante penalmente, que sustenta la acusación respecto de la conducta atribuida, para determinar de manera definitiva su calificación jurídica -que podría variar sin que desconozca los hechos ya debatidos y controvertidos en la actuación-, así poder aplicar la consecuencia respectiva materializada en la pena a imponer.

"Nullum iudicium sine accusatione.

Este axioma recoge el principio acusatorio reconocido constitucionalmente... Este principio requiere la existencia de una acusación formal para que haya un juicio. El juez que ha de juzgar, que por lo demás ha de ser distinto del que dirigió la investigación, queda vinculado a la acusación. Esto significa que no puede condenar a persona distinta a la acusada ni por hechos distintos a los que fueron base de la acusación. Supone también la prohibición de la reformatio in pejus y el derecho a un juez predeterminado por la ley."³⁹

"VARIACION DE LA CALIFICACION JURIDICA. Puede hacerse en la sentencia, cuando no se afecta el núcleo

³⁵ Sentencia 100/1992 recogiendo la doctrina sentada en otras resoluciones anteriores...

³⁶ ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editorial JM BOSCH, España 2003. Pág. 94-95

³⁷ Ibidem 25. Pág. 380

³⁸ MAIER Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires -2002. Segunda Edición. Páginas 533.

³⁹ BUSTOS Ramírez Juan J. y HORMAZABAL Malarée Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del Delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid, 1997, página 74.

básico de la imputación fáctica. Así. La calificación jurídica que ahora considera la Sala no altera el núcleo básico de la acusación porque a pesar de que en ella no se mencionó como tampoco lo hizo el a quo en la sentencia, que la pretendida exigencia con fundamento en la cual se le enrostró al procesado el delito de concusión constituyera un acto arbitrario e injusto, tal valoración hace parte de la estructura típica de la concusión en cuanto el simple hecho de constreñir o inducir encierra la realización de un acto arbitrario, contrario a la legalidad, y, desde luego injusto porque el trato dado a la víctima, frente a los intereses superiores que gobierna la Constitución Política se tornó discriminatorio y agravante.

... Se desprende entonces que la defensa, de principio a fin comprendió cuál era el núcleo fáctico de la acusación y, con base en él, desarrolló la argumentación que consideró necesaria en orden a justificar la actuación del ex funcionario, de tal modo que el derecho de defensa se mantuvo incólume y no sufre agravio alguno con la variación de su calificación jurídica.⁴⁰

Técnicamente la acusación, debe contener una estructura que permita al procesado ejercer su derecho de defensa en términos de igualdad frente al acusador, por lo que se deberá dar a conocer a la defensa la evidencia con que cuente el acusador.

"La imputación basada en las nociones de autoría y participación, es necesariamente jurídica. No se trata tan

sólo de una narración irrelevante, jurídicamente, de hechos fácticos, sino que éstos se ligan a criterios normativos: en el mundo fáctico no existe ni autoría ni participación.

Tampoco existen en el mundo del ser o de lo fáctico, nociones evidentemente dogmáticas, como es el caso del concurso. Con frecuencia en la imputación el fiscal hará relación a esta figura...

Por las anteriores razones, el juez no es un mero instrumento. Él tendrá que intervenir ya que la imputación llevará elementos de carácter técnico - dogmático."⁴¹

"No hay juicio sin acusación.

El juicio debe iniciar con una acusación formal en que debe informarse al imputado que pasa ahora a ser acusado tanto de los hechos como de la calificación jurídica de esos hechos. El juez que ha de juzgar ha de ser distinto del que llevó la instrucción. Al mismo tiempo significa que no puede condenar a persona distinta de la acusada, la prohibición de la reformatio in peius y el derecho a un juez predeterminado por la ley."⁴²

g. Acusación en el sistema de la Ley 600 de 2000 y en el sistema de la Ley 906 de 2004, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ha mantenido su línea jurisprudencia sobre el tema de los aspectos que deben revestir la acusación, con el fin de garantizar el derecho

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, radicación 23987, sentencia de 1º. Febrero de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007. Pagina 284.

⁴¹ APONTE, Alejandro. Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá - 2004 Pág. 67

⁴² Ibídem 36

a la defensa, desde sentencia del 23 de septiembre de 2003, bajo el régimen del sistema anterior - Ley 600 de 2000-, como en el actual sistema - Ley 906 de 2004-, pues en el sentir de la Corte, la acusación debe precisar tanto aspectos fácticos como jurídicos constitutivos del delito, es decir la pieza acusatoria debe contener el examen de la conducta, mostrando las circunstancias de ésta, como la respectiva calificación jurídica.

"... la Sala analizará si el derecho que tiene el procesado a ser informado de la acusación requiere de la precisión de los aspectos fácticos y jurídicos que conforman el hecho constitutivo del delito, es decir, la conducta circunstanciada, con su consecuente calificación jurídica..."

En el anterior sistema procesal, la Corte de manera paradigmática desde la decisión del 23 de septiembre de 2003 (radicación 16320) enfatizó en que conforme con los requisitos sustanciales de la resolución de acusación (numerales 1º y 3º del artículo 398 de la Ley 600 de 2000), la imputación no sólo debe ser fáctica, sino jurídica, y como ello tiene clara incidencia en la conformación de la congruencia que debe guardar la sentencia; en la acusación se ha de detallar la conducta con todas sus circunstancias, aún cuando en la fase del juicio pueda ajustarse la adecuación típica a través del trámite previsto para su variación (artículo 404 idem)..."

... se concluyó allí que no es suficiente citar en la resolución de acusación el simple enunciado del supuesto fáctico que configura la circunstancia a fin de que sea deducida en el fallo, pues se

requiere inequívoca imputación jurídica, "sin que ello implique que figure en la parte resolutive de la acusación, ni que se le identifique por su denominación jurídica o por la norma que la consagre. Implica, pues, valorada atribución, de tal suerte consignada en cualquiera de las fases de la acusación, que no se abrigue duda a cera de su imputación"...

... no queda duda que la formulación de la imputación o de la acusación ha de ser explícita, y clara y así que el procesado la conozca, entienda y comprenda para que ejercite en debida forma su defensa, adquiriendo el derecho a tal conocimiento un carácter instrumental destinado a posibilitar el ejercicio defensivo y presentar el equilibrio entre las partes, debe incluir la conducta circunstanciada y con todos los motivos que incidan en la punibilidad.

Consecuentemente, bajo el sistema acusatorio dispuesto para nuestro país, el fundamento de la imputación no ha de ser sólo fáctico, también debe ser jurídico, es decir, se deben incluir los hechos constitutivos del delito con su consecuente calificación jurídica, pues al conocer de ella el imputado ha de saber de sus condignas consecuencias..."⁴¹

En el Derecho Comparado se encuentra que en el régimen español, la acusación debe revestir la presentación de los aspectos fácticos del acontecer histórico que se va a juzgar, pero también la calificación jurídica, con el fin de hacer realidad el derecho a ser informado de la acusación y permitir el ejercicio del derecho a la defensa y la contradicción como garantías

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, radicación 25862, sentencia de 21 de Marzo de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007. Pagina 314.

básicas del proceso penal. En este sentido el Tribunal Constitucional Español, ha reiterado su línea jurisprudencial en múltiples decisiones de amparo.

"...como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas del principio acusatorio "se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por 'cosa' no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997..."

... De manera que "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia..."

... El condicionamiento fáctico queda, así, constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá utilizarse para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal.

El órgano judicial no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción de ellos. No obstante, este condicionamiento no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5, por todas)"⁴⁴

El criterio del Tribunal Constitucional Español, respecto a los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación, exige que no se alteren los aspectos fácticos con datos que no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio, frente a los cuales se haya ejercido el derecho de contradicción

"Cuando el hecho por el que se condena es diferente al hecho por el que se acusa puede producirse una vulneración del derecho a ser informado de la acusación. La razón estriba en que, aunque al acusado se le comunique tanto el escrito inicial de acusación como las conclusiones definitivas de los acusadores, aunque sea con ello ilustrado de que se le atribuyen ciertas conductas, no lo es de las esenciales que concretan la acusación "en el momento de emisión del fallo condenatorio" (STC 95/1995, de 19 de junio, FJ 3). Dado que la información de la acusación es un presupuesto de la defensa, un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostienen la acusación podrá suponer asimismo una vulneración del derecho de defensa, al hacer imposible el descargo de una imputación que se desconoce..."

⁴⁴ Tribunal Constitucional Español, sentencia STC 224/2005 de 12 de septiembre de 2005. En el Recurso de amparo N° 4453-2003

... en nuestra STC 123/2005, de 12 de mayo, dijimos que "[e]l fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción..

...en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías" (FJ4).⁴⁵

La presentación del escrito de acusación pone fin a la etapa de investigación que adelanta la fiscalía general de la nación, dando paso a una etapa de transición previa al juicio oral. Además de fijar los elementos de convicción que podrán ser practicados en el juicio.

"No hay prueba sin defensa.

El derecho a la defensa en todos los momentos e instancias del juicio constituye una garantía que permite que tenga lugar la exigencia de contradicción. Conlleva la prohibición de la indefensión y, sobre todo, que el debate procesal se desarrolle en condiciones de igualdad entre la acusación y la defensa."⁴⁶

Conclusiones

En el Estado Social de Derecho, los funcionarios judiciales deben amparar los derechos fundamentales de las personas, en tratándose del proceso penal, mantendrán el respeto por la dignidad humana.

En el Proceso Penal Colombiano debe darse cabida a los Derechos Civiles y Políticos consagrados en la Constitución Política, que son desarrollo de tratados internacionales de los cuales el Estado es parte, como son un proceso penal equitativo, justo, con el lleno de las garantías procesales para las partes.

La dialéctica natural del proceso penal conlleva el enfrentamiento de dos partes: la acusadora, en cabeza de quien recae la formulación de la acusación, y la defensa, que se opone a la pretensión penal. En este aspecto, encontramos que el pensamiento político criminal de Tomás de Aquino, se encuentra vigente.

El principio de igualdad de armas en el sistema penal Colombiano, exige que la Fiscalía en su papel de presentar y sustentar la acusación, adelante un examen de juicio tanto del aspecto fáctico como jurídico de cada caso.

La acusación debe contener tanto los aspectos fácticos como los jurídicos de la conducta, de esta manera se garantiza el ejercicio del derecho a la defensa y el debido proceso.

La acusación formulada técnicamente, no permite que se juzgue y condene a la persona por hechos distintos a los que se le imputaron, amparándole de agravaciones a su situación jurídica.

⁴⁵ Tribunal Constitucional Español, sentencia STC 247/2005 de 10 de octubre de 2005. En el Recurso de amparo N° 6336-2002

⁴⁶ *Ibidem* 38

Bibliografía

- APONTE, Alejandro. Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá - 2004 Pág. 67.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio Acusatorio y Derecho Penal. Editorial JM BOSCH, Barcelona - España 2003. Pág. 94-95
- BUSTOS Ramírez Juan J. y HORMAZABAL Malarée Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del Delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Editorial Trotta. Madrid, 1997.
- Nuevo Sistema del Derecho Penal. Comisión Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el proceso penal. Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Programa para un cultura de oralidad desde la universidad Colombiana. Cap. II. Estructura General del Proceso Penal Colombiano.
- Corte Constitucional de Colombia. Boletín N° 2. Iván Humberto Escrucería Mayolo-Relator.
- Sentencias C-200 de 2002, C-312 de 2002.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Marina Pulido de Barón, radicación 26087, sentencia de 28 Febrero de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007.
- Sala de Casación Penal. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, radicación 23987, sentencia de 1º. Febrero de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007.
- Sala de Casación Penal. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, radicación 25862, sentencia de 21 de Marzo de 2007. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer Semestre de 2007.
- DIEZ Picasso Luis María. Sistema de Derechos Fundamentales. Capítulo XV. La Tutela Judicial Efectiva. Editorial Thomson - Civitas. Madrid - España. 1ª Ed. 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Neoconstitucionalismo (S) Editorial Trotta. Autores Varios. Madrid - España. 2003.
- Derecho y Razón. Editorial Trotta. 2ª Ed. 1997.
- GOMEZ López Jesús Orlando. Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2001.
- MAIER Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos. Editores del Puerto s. r. l. Buenos Aires -2002. Segunda Edición.
- MIR PUIG Santiago. El derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Ariel S.A., 1ª Ed. Junio de 1994 Barcelona.
- Derecho Penal Parte General. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona. 3ª Ed. 1990.
- MUÑOZ Conde, Francisco. GARCÍA Aran Mercedes. Derecho Penal Parte General. 6ª Edición. Tirant lo Blanch Valencia 2004.
- TOMAS de Aquino. Summa Teológica. Del Juicio cuestión 60, cuestión 67, 68.