

# Principialística procesal penal colombiana

---

John Jairo Ortiz Álzate\*

---

\* Abogado con magíster en Derecho Procesal. Abogado litigante y profesor de cátedra de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Profesor de cátedra de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Penal, Facultad de Derecho de la Institución Universitaria de Envigado. Coautor del texto: Pretensión y Proceso Penal, Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín. Artículos: De la libertad y sus Restricciones, Revista Temas Procesales número 21 del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín. Coautor de: Terminaciones Extraordinarias del Proceso Penal, revista Temas Procesales número 24 del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín



## 1. Introducción

En los textos de Derecho Procesal Penal colombiano se echa de menos un apartado sobre el título preliminar del Código de Procedimiento Penal, no sabemos si por el puro proceduralismo de las mismas, sea por abandonar la conceptualización de la normatividad rectora a la teoría general del proceso y/o a la filosofía del Derecho Procesal. Cualquiera sea la razón, no puede menos de sorprendernos el “desprecio” por el título preliminar, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 22 del mismo cuando expresa: “Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquiera otra disposición de este código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

Que prevalezcan sobre cualquiera otra disposición significa ni más ni menos que ninguna otra Norma Procesal Penal por fuera del título preliminar puede oponerse al espíritu y finalidad de los postulados contenidos en las normas rectoras, que a su vez no son más que el desarrollo legislativo del artículo 29 de la Constitución Nacional: el debido proceso.

Significa también, y esto es quizá lo más importante, que desde la normatividad rectora puede construirse el Proceso Penal, aún en desmedro –INAPLICACIÓN– de las otras normas procesales, pese a su aparente vigencia.

Sin embargo, existen autores que han escrito sobre las normas rectoras, obviamente desde un ángulo eminentemente “académico-científico” dándole a éstas un poder superfluo, poético, nada práctico, más retórico que tangible; por cuanto en la conceptualización se las idealiza y se les deja sin ningún efecto en la realidad jurídico procesal colombiana; quedando sólo la jurisprudencia de las altas cortes como el único referente y vínculo posible entre la fantasía y la realidad, –El caso concreto–.

Tal vez por lo dicho anteriormente, y por la falta de posturas frente a casos concretos, nuestros funcionarios judiciales tan afectos al temor reverencial y subyugados por el miedo al prevaricato, desconocen reiterada y sistemáticamente el título preliminar del Código de Procedimiento Penal; y éstas breves reflexiones, tratando de no caer en la casuística, pretenden volver de este mundo las Normas Rectoras.

## 2. Debido proceso constitucional y prevalencia del derecho sustancial

El artículo 228 de la Constitución Nacional, en cuanto a los funcionarios judiciales se refiere, en concordancia con el artículo 230 de la misma, da un mensaje claro: Colombia es un Estado Constitucional, más allá del simple Estado de Derecho. Es decir, que la norma procesal penal tiene contenido y sentido en la medida que vele por el respeto y protección de las garantías fundamentales de los sujetos intervinientes en el proceso, y en especial de las personas inmersas en el proceso penal; que la forma, si no conduce a tutelar tales garantías, pierde su finalidad, toda vez que lo importante a la hora de tomar la decisión no es el culto al proceso por el proceso, sino la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, tal como lo expresa el artículo 9 del código de procedimiento penal.

El debido proceso se plantea así como el principio por excelencia, por cuanto conduce a la efectividad de los derechos consagrados por la ley sustancial, no como cortapisa u obstáculo al reconocimiento de los mismos. La confusión entre debido proceso y prevalencia del derecho sustancial ha llevado a privilegiar la forma sobre la materialidad, por entender un principio de eficiencia como de mayor rango que un principio fundante, cual es el debido proceso.

Claro que tal confusión viene dada por la instrucción recibida por la mayoría de nuestros funcionarios judiciales, los cuales fueron educados con los postulados de un “Estado de Derecho”, legalista por excelencia, que se afirma así mismo a través del principio de legalidad, máxima sumisión a la ley, y era la ley la que igualaba a todos los ciudadanos ante la misma. Principio de legalidad que fue introyectado por los funcionarios judiciales tal como se le conceptualiza desde el artículo 1 del código penal, límite infranqueable de la potestad punitiva radicada en cabeza del mismo Estado, conquista democrática frente al arbitrio estatal; pero legalidad que se queda corta en un “Estado Social de Derecho”, donde el norte y el horizonte ético ya no es la ley, sino la CONSTITUCIÓN, norma de normas (artículo 4).

El debido proceso comprende entonces el principio de legalidad, lo subsume y lo rebasa, es derecho fundamental, garantiza el equilibrio procesal, y en materia penal tiene una clara connotación: forzar al funcionario judicial a reconocer la debilidad del investigado frente al poderío estatal (Ejercicio del ius puniendi-monopolio de la fuerza). Y ello tiene su asidero

en el reconocimiento de la igualdad material, no formal, propia la última de un “Estado de Derecho” y consecuente la primera con un “Estado Social” como quiera que nuestra carta política es democrática, participativa y pluralista; y que sólo en el reconocimiento de la debilidad y la diferencia del otro, podemos hacer una aplicación igualitaria de la ley penal, no de otra manera debe entenderse el artículo 13 de la Constitución Nacional: “... El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellos se cometan”.

Hacen parte además del debido proceso, el principio del juez natural, el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el reconocimiento de la dignidad humana, el reconocimiento de la libertad individual, la imparcialidad del funcionario judicial, el juicio público, la bilateralidad y la integración del contradictorio.

Si entendemos que debido proceso es todo, sobra buena parte del artículo 304 del código de procedimiento penal, y sólo debe contemplarse como causal de nulidad “LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO”.

Violación que se presenta cuando el funcionario judicial no investiga con igual celo lo favorable y lo desfavorable a los intereses del procesado, y ello sucede por ejemplo cada vez que se libra orden de captura para indagatoria con la sola denuncia penal, olvidando el precepto del artículo 333 del C.P.P., y de contera llevándose de calle, salvo casos de sorprendimiento en situación de flagrancia, lo establecido por el artículo 324 del C.P.P. en armonía con el artículo 81, inciso final, de la ley 190 de 1995, por medio de los cuales todo imputado puede y debe ejercer su derecho de defensa desde el momento mismo en que ha sido señalado como autor o partícipe de un hecho punible, constituyendo una clara irregularidad procesal actuar a espaldas del mismo.

Igualmente, se viola el debido proceso cuando indagado el sindicado, y siendo posible, en el peor de los casos, la detención domiciliaria (artículo 396 C.P.P.) al momento de definirle la situación jurídica, se le deja privado de la libertad mientras se le resuelve la misma,

obviando como inherente al debido proceso, el artículo 4 del código de procedimiento penal –Reconocimiento de la dignidad humana– en armonía con los artículos 371 inciso 3, 375, 381,382, 388, 397, 415 y 417 del C.P.P., fundiendo en un mismo concepto la captura para indagatoria, la posibilidad de mantenerlo privado de la libertad mientras se le resuelve situación jurídica, la medida de aseguramiento detención preventiva y la definición de situación jurídica; todos ellos momentos y actos procesales independientes y diferenciados entre sí.

Se viola el debido proceso cuando se pretermiten las “FORMAS PROPIAS”, al librar orden de captura sin material probatorio suficiente, legal, regular y oportunamente allegado a la actuación, y analizado en providencia motivada, artículos 246 y 378 del C.P.P., porque cuando la forma es obstáculo al actuar arbitrario del Estado, deja de ser norma de rito para convertirse en norma procesal penal de efectos sustanciales, y el expresar el “motivo de la captura” es ni más ni menos que redundar en garantías para con el sindicado, toda vez que si el proceso está permeado por la presunción de inocencia, sólo frente a imputaciones serias y fundadas en pruebas decretadas y practicadas con respeto al debido proceso, puede permitirse excepcionalmente, la orden de captura, la privación de la libertad para definir situación jurídica y la definición de situación jurídica con medida de aseguramiento personal no excarcelare; porque serán tantas las razones de peso que justifiquen el actuar judicial en desmedro de la garantía de la libertad individual que la sociedad sentirá que de no ser así, se resquebrajaría la paz y la tranquilidad pública, y que los derechos y libertades de la colectividad están seguros y a buen recaudo con funcionarios que no improvisan, que son testimonio viviente de que su deber es “...respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (Artículo 9 ley 270 de 1996), aunado todo ello a lo establecido por el numeral 2 del artículo 179 del C.P.P. cuando expresa que son providencias interlocutorias las que resuelven sobre aspectos sustanciales, y la libertad, definitivamente, es un “aspecto sustancial” y la orden de captura bien podría ser objeto de recursos ordinarios antes de efectivizarse a partir de su ejecutoria, sin embargo, este último planteamiento rompe de tajo nuestra tradición procesal y éste no es el momento oportuno para abordarlo.

Desde las normas rectoras se instruye al funcionario judicial para que investigue antes e restringir la libertad individual, no al contrario, privar de su libertad al imputado para lego sí

investigar, colocándole una capitis diminutio para su propia defensa, dejándolo n condiciones de indefensión o inferioridad y aprovechándose de tales condiciones. Y ello es así, como que el artículo 2 del C.P.P. consagra el principio de la presunción de inocencia, y toda persona sindicada debe ser tratada como tal (INOCENTE) y no sometida escarnio y la mofa pública, conculcando sus derechos constitucionales a la honra Artículo 20 C.N.) y el buen nombre (Artículo 15 C.N.); ni haciendo caso omiso de lo estipulado por el artículo 81 incisos 3 y 4 de la ley 190 de 1995, atentando de contera contra su dignidad humana, límite infranqueable en la aplicación de la ley penal en un Estado Social de Derecho, tal como lo indica el artículo 1 de la Constitución Nacional: “Colombia es un Estado social de derecho ...democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana...”, corroborado todo lo anterior por el artículo 2 de la misma, en tanto que las autoridades de la república están instituidas “...para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El sindicado, entonces, por norma general, no debe ser privado de la libertad mientras dura el proceso, y las altas cifras de impunidad no deben servir para negar este derecho, sino para llamar la atención al Estado sobre la calidad de los recursos de que dispone para luchar contra el fenómeno criminal, recursos tanto técnicos como logísticos y humanos; lo que lo llevaría a re-”plantear” seriamente su política criminal, a obtener los medios necesarios para enfrentar esa lucha con éxito, y a establecer controles rigurosos en la selección de personal.

Se viola el debido proceso cuando se pretermite la “PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS” al momento de hacer el reconocimiento en fila de personas, formas propias que sin esfuerzo mental que conduzca a colapso, son:

- a. En primer lugar la persona que ha de hacer el reconocimiento debe describir lo más detalladamente posible a la persona que va a reconocer (el sindicado), indicar si lo conoce, si lo ha visto con anterioridad personalmente o en imagen, y es obvio que ello debe constar en el acta de la diligencia previo al reconocimiento en sí.
- b. El imputado escogerá el lugar que quiera en la fila.

- c. El imputado estará vestido si fuere posible con el mismo traje que llevaba en el momento en que se dice fue cometido el delito, y los demás integrantes de la fila deben vestir de forma al menos similar.
- d. El imputado y los demás de la fila tendrán las mismas características morfológicas.
- e. El reconocido debe coincidir en su aspecto con el descrito previamente por el declarante.

Como en la práctica judicial quienes seleccionan los integrantes de la fila no tienen en cuenta la plenitud de las formas propias del reconocimiento –aunque basta solamente saber leer por la claridad del artículo 368 del C.P.P.– casi siempre los literales c. y d., ello será violatorio del debido proceso, y dicho reconocimiento nulo de pleno derecho, conforme lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Nacional, parte final. Eso sin entrar a cuestionar los métodos de los miembros de las unidades de policía judicial, cuando, fotografía en mano horas antes de la diligencia, “refrescan la memoria” del declarante a fin de no dar al traste con la exhaustiva investigación.

Se viola el debido proceso cuando nos conformamos con el solo principio de legalidad de las formas y olvidamos la finalidad del proceso, y es el caso por ejemplo de la terminación de la investigación previa por resolución inhibitoria. De acuerdo con el artículo 319 del C.P.P, la investigación previa tiene entre otras finalidades la de determinar si el hecho ocurrió o si la ley penal describe la conducta como punible, ordenando el recaudo del material probatorio suficiente y necesario para ello; y el artículo 327 del C.P.P. indica que el fiscal se abstendrá de iniciar instrucción cuando aparezca que el hecho no ha existido, o la conducta es atípica, justificada o inculpable. Ahora bien, el objeto de la investigación (Artículo 334 C.P.P.) es el mismo contenido del artículo 319, y las causales para precluir investigación (Artículo 36 C.P.P.) son las mismas causales que para dictar resolución inhibitoria consagradas en el artículo 327 C.P.P; y atendido el espíritu de la Constitución Nacional –respeto y protección de todas las garantías y derechos fundamentales– en armonía con los artículos 2, 3, 6, 7, 9, 18 y 20 del C.P.P, en aras de la efectividad de los derechos consagrados en la ley sustancial y procesal de efectos sustanciales y del sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la Constitución, lo racional y además lógico, es que, abierta la investigación previa y determinado que el hecho no existió, o que el sindicado no lo cometió, o que la conducta es atípica, justificada o inculpable, de una vez se dicte resolución de preclusión



de la investigación dando punto final al entredicho en que se encuentra el imputado, providencia que hace tránsito a cosa juzgada formal y material; pues de no hacerlo así, so pretexto de la ausencia de norma, se estaría privilegiando la formalidad legal y lo adjetivo o formal sobre la materialidad, negando obtusamente la plena vigencia del principio del debido proceso, el cual contiene y rebasa el principio de legalidad, siendo el principio de legalidad punto de partida que avale la actuación reglada del órgano jurisdiccional, pero nunca, como venimos diciendo, obstáculo para el reconocimiento y la efectividad del derecho sustancial. Eso sin teorizar sobre si se viola o no el artículo 229 de la Constitución Nacional, ya que en estricto sentido, con la resolución inhibitoria, se niega el acceso del imputado a la administración de justicia, toda vez que él tiene derecho a ver resuelta de una manera definitiva su situación jurídica –reclamo de tutela jurisdiccional efectiva– por providencia que haga tránsito a cosa juzgada material, y en ese caso concreto, resolución de preclusión de la investigación.

### 3. Debido proceso y derecho de defensa

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; así lo expresa literalmente el artículo 29 de la Constitución Nacional, y se repite en el artículo 3 de la ley estatutaria de la administración de justicia y en el artículo 1 del C.P.P.

Pero no es tan simple como parece. El derecho de defensa es inherente al debido proceso y garantiza el ejercicio del derecho de contradicción y publicidad (artículos 7 y 8 del C.P.P.) pues permite conocer y controvertir los cargos y acusaciones, lo que a su vez se traduce en el respeto y reconocimiento de los derechos a la dignidad humana, a la libertad individual y a la presunción de inocencia.

Sin embargo, en materia penal el concepto de DERECHO DE DEFENSA requiere una elaboración más acabada que la simple enunciación capsular, se requiere DEFENSA MATERIAL, más aún DEFENSA TÉCNICA MATERIAL. No se trata simplemente que el sindicado tenga apoderado, sino que ese apoderado actúe en defensa de los intereses del sindicado. Y el requisito no se cumple cuando el apoderado del sindicado es simplemente abogado, se necesita que sea abogado penalista, conocedor de las aristas del fenómeno

criminal; en síntesis, un estudioso de la ciencia del derecho penal, para garantizar una defensa técnica material; siendo así las cosas, el proceso estará viciado de nulidad por inobservancia del debido proceso cuando al sindicado se le asigna de oficio un abogado que no reúne las calidades de defensor técnico, excepto cuando se trata de apoderado contractual porque allí ya compete al mismo sindicado cerciorarse sobre la calidad intelectual y profesional de su defensor.

El proceso estará viciado de nulidad por violar el debido proceso, bien en caso de defensor contractual o bien en caso de defensor técnico nombrado de oficio, cuando materialmente no se actuó en el transcurso del proceso en defensa de los intereses del sindicado, y la presencia del defensor sólo fue decorativa; claro está, que en estos casos procede para el profesional del derecho la sanción disciplinaria establecida en la ley.

Y entendemos por defensa técnica material aquella que obedece a un plan trazado previamente por el apoderado, en la cual cada una de las actuaciones del defensor llevan el sello de la premeditación, sin descuido de los más mínimos detalles aunque para ello no tiene necesariamente que llenar al funcionario judicial de memoriales, ni estar presente en todas las diligencias, ni pedir pruebas (excepto en el juicio), ni recurrir todas las providencias, basta con que nada pase a sus espaldas, porque recordemos que la prueba de la responsabilidad del sindicado compete única y exclusivamente a la fiscalía, y el defensor puede, válidamente, trazar su estrategia defensiva desde la omisión pre-“meditada”.

Respecto de los estudiantes adscritos a facultades de Derecho y su actuación en procesos penales, la sentencia C-592 de 1993 dio por sentado que sólo un profesional del derecho puede asistir como defensor técnico al sindicado; la sentencia SU-044 de 1995 avaló la presencia como defensores a los estudiantes de consultorios jurídicos sólo para casos excepcionales; y tal situación se reitera por la Corte Constitucional en la sentencia de revisión de la ley estatutaria de la administración de justicia –ley 270 de 1996– (C-037 de 1996) cuando tajantemente dice: “En otras palabras, sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal”, y más adelante hace hincapié en la necesidad de que el estudiante esté habilitado intelectual, académica y moralmente para ejercer como defensor técnico: “Finalmente, la Corte estima que la certificación de idoneidad que las universidades deben

otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica, no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de su carrera universitaria...”, dejando en claro con lo anterior, que defensor no puede ser cualquiera, sólo aquel que sea apto intelectual, académica y moralmente, con lo que las universidades, y concretamente las facultades de Derecho, tienen una gran responsabilidad para con el proceso penal, el debido proceso y la sociedad. Cada vez que el estudiante-defensor, sólo lo sea de papel, única y exclusivamente para cumplir con un requisito curricular, no habrá defensa, ni técnica ni material, es decir, habrá violación al debido proceso.

De igual forma, cuando los funcionarios judiciales nombran como defensor de oficio a un abogado por completo ajeno a la ciencia penal, están colocando en condiciones de indefensión o inferioridad al sindicado, y el defensor sólo estará, cual testaferro, legitimando el actuar irresponsable del Estado y la pena ilegítima a imponer, porque nada más alejado de la defensa técnica material que tener por defensor a un “advenedizo” citado o capturado por los empleados de los despachos judiciales (a veces el mismo funcionario) en los pasillos de los despachos de otras especialidades, en clara muestra de parcialidad, rompiendo por completo el equilibrio procesal y actuando deslealmente; toda vez que compete al mismo Estado proveer la defensa técnica material del sindicado, que no quiere o que no puede contratar su defensa, pero por intermedio de la defensoría del pueblo (Artículo 281 y siguientes de la Constitución Nacional y ley 24 de 1992), o nombrando uno de oficio (Artículo 141 C.P.P.) citando en debida forma al siguiente de una lista que debe ser suministrada por el Consejo Seccional de la Judicatura, conformada por abogados penalistas, por aquello de la función social que debe cumplir el abogado, aún cuando se nos antoja que para esto debe hacerse una profunda reforma al régimen del ejercicio de la profesión de abogado que la coloque a tono con la nueva preceptiva constitucional.

En un Estado de Derecho, defensor puede ser cualquiera, solamente se necesita cumplir con el requisito de ser abogado; en un Estado Social cualquiera no puede ser defensor, porque a más del requisito del título de abogado se requiere conocimiento de la ciencia penal; dicho de otro modo, defensor es cualquiera; defensor técnico sólo el penalista.

#### 4. Debido proceso, protección a víctimas y restablecimiento del derecho

Los artículos 11 y 14 del título preliminar del C.P.P. son la otra cara del debido proceso. Tanto derecho tiene el sindicado como la víctima o perjudicado con el hecho punible, y compete al funcionario judicial velar por los derechos de éstos para evitar a toda costa el malentendido común que el proceso penal sólo está hecho para la protección del sindicado.

La víctima también tiene derecho a ser oída y vencida en juicio, a que se le indemnice el daño causado conforme a la ley sustancial, a que se le restablezcan sus derechos quebrantados con la infracción, a que se le proteja su vida e integridad personal para una cooperación judicial plena y libre.

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano existen instrumentos aptos para garantizar el equilibrio procesal, y no es cierto, desde la normatividad, que la víctima o perjudicado con el hecho punible sea totalmente ajena a las resultas del proceso penal si no cuenta con apoderado que lo represente como parte civil.

El funcionario judicial está en la obligación de velar por los derechos de las víctimas y/o perjudicados y hacer menos gravosa su situación, de oficio, sin petición de parte, y el Código de Procedimiento Penal consagra normas expresas para ello:

- a. Artículo 334. “El funcionario ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente respecto de las siguientes cuestiones:...6) los daños y perjuicios de orden moral y material que causó el hecho punible”.
- b. Artículo 52. “En la providencia que se imponga medida de aseguramiento, o con posterioridad, el fiscal o juez decretarán el embargo y secuestro preventivo de los bienes de propiedad del sindicado, en cuantía que considere suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado y designará secuestre...”
- c. Artículo 55. “En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos...”

d. Artículo 56. “En la sentencia que declare la responsabilidad penal del procesado el juez señalará el monto de los perjuicios...”

Igualmente los artículos 28, 59, 60, 61 y 359 (“...el sueldo o salario que devenga actualmente, y las obligaciones patrimoniales que tiene ...”) entre otros, obligan al funcionario judicial a investigar no sólo el hecho punible, sino también a investigar para el restablecimiento del derecho, brindándole además medios idóneos para lograr el cometido final: garantizar el resarcimiento económico del daño ocasionado.

En Colombia no se protege a la víctima desde ningún punto de vista, ni siquiera cuando existe parte civil en el proceso penal, porque se obstaculiza la labor de las mismas víctimas al negarles la posibilidad de obtener el resarcimiento pronto y oportuno de su daño, cuando se impide, por ejemplo, el llamamiento en garantía de la compañía de seguros para que pague los perjuicios hasta el monto de la póliza por el sindicado o el tercero civilmente responsable debidamente citado al proceso, constituyéndose en una nueva violación al debido proceso, no sólo de la víctima sino también de los demás sujetos procesales, pretextando que el proceso penal no puede convertirse en ordinario civil, dejando de lado preceptos adoptados como básicos en la administración de justicia colombiana: celeridad y economía procesal, y eficiencia (Artículos 4 y 7 de la ley 270 de 1996).

De todos modos, pese a la normatividad que concede derechos a las víctimas, ésta continúa siendo inaplicada por los funcionarios judiciales, generando en la conciencia del usuario de la administración de justicia desconfianza e ira, y nada de raro tiene que no quieran cooperar y se tomen la justicia por propia mano. Justicia privada, tan denigrada hoy en día, pero tan fomentada por la desidia del mismo Estado.

En el caso de la acción civil dentro del proceso penal (Artículos 43 y siguientes del C.P.P.) es dramática la violación de las garantías procesales de los terceros intervinientes, caso concreto, de los derechos de la parte civil y del tercero civilmente responsable, por el desconocimiento que de la teoría de la indemnización y el ejercicio del derecho de contradicción en este punto tienen los fiscales y jueces, lo que los conduce reiteradamente a vulnerar los derechos y garantías procesales de uno y otro, impidiendo el debido proceso “indemnizatorio”, como quiera que a juicio de los funcionario judiciales cualquier escrito reúne los requisitos para ser considerado demanda de parte civil, cualquier petición es

desnaturalizadora del proceso penal, la petición de pruebas sobre el monto de la indemnización o exención de la misma son ajenas al proceso penal, o el fundamento jurídico para endilgar responsabilidad civil extracontractual a los terceros no tiene ninguna importancia; olvidando lo establecido por el artículo 21 del C.P.P. –PRINCIPIO DE LA INTEGRACIÓN– y dando la razón a todas aquellas voces que reclaman excluir la pretensión resarcitoria o indemnizatoria del proceso penal por ser violatoria del debido proceso de los terceros intervinientes, no porque las normas sean del todo incompletas, confusas o absurdas, sino por la falta de voluntad –no queremos pensar que sea por ignorancia– para su aplicación: Si nadie quiere aplicarlas mejor derogarlas.

##### 5. Debido proceso, imperio de la ley e independencia judicial

Los funcionarios judiciales sólo están sometidos al imperio de la LEY, de la Constitución como ley fundamental, y de todas aquellas leyes que no pugnan con la Constitución; son independientes y autónomos en sus decisiones judiciales cuando actúan en ejercicio de la función jurisdiccional, cuando dicen el derecho, cuando dan a cada uno lo suyo.

No de otra manera debe entenderse el principio del imperio de la ley.

Pero ello implica reconocer e introyectar por los funcionarios judiciales que son garantes del respeto de los derechos fundamentales, que son jueces constitucionales y que como tales siempre en su labor de administrar justicia deben verificar el cumplimiento de dichas garantías, y que ante su inobservancia declararán la nulidad por violación al debido proceso.

El control interno de constitucionalidad y legalidad de la aprehensión material (Artículo 383 C.P.P.) es clara muestra de ello, al igual que el habeas corpus (Artículo 5 C.P.P.), el control de constitucionalidad y legalidad de las medidas de aseguramiento (Artículo 414 A C.P.P.) y el control de constitucionalidad y legalidad del proceso instructivo (Artículo 446 C.P.P.); controles rogados unos y automáticos los otros, y por medio de los cuales el funcionario evita o sana las violaciones al debido proceso, salvaguardando los derechos de todos los intervinientes en el proceso penal.

Como los funcionarios judiciales son independientes y autónomos en sus decisiones judiciales, y están sometidos sólo al imperio de la ley fundamental –y lo mínimo que

puede pedírseles es que conozcan las leyes– en todo momento actuarán verificando el cumplimiento del debido proceso, y remediando y sancionando su violación, motu proprio, a conciencia, sin aceptar presiones, sugerencias o imposiciones de superior jerárquico o funcional alguno, con la sola limitación racional de motivar sus providencias en los hechos y en el derecho del caso concreto.

Precepto normativo más ignorado que el artículo 383 del código de procedimiento penal no hay, o a lo mejor sí, el artículo 446 del mismo estatuto, ambos controles automáticos. Cuando el fiscal recibe al capturado en flagrancia debe realizar inmediatamente el control de constitucionalidad y legalidad de la aprehensión material, es decir, establecer si se cumplió el debido proceso de captura, si se le trató con el respeto inherente a la dignidad humana, si existían los fundamentos de hecho y derecho para privarlo de su libertad, etc.; y si encuentra que no se llenaron, ordenará la libertad inmediata del capturado, asegurándole el disfrute efectivo de su libertad, aún a riesgo que eluda la acción de la autoridad, ya que en un Estado Social de Derecho ese es el precio que debe pagarse por la violación de las garantías fundamentales. De no ordenar su libertad inmediata, incurrirá el funcionario judicial en detención arbitraria y prevaricato. No debemos olvidar que el proceso penal no es para escarmentar, ni darle lecciones a personas que realizan conductas inmorales o indeseables mas no delictivas, ni para que “sientan en carne propia” lo que puede pasarles de persistir en sus conductas delictivas menores, ni para intimidar al delincuente así haya sido capturado inconstitucional o ilegalmente tratando de arrancarle una confesión; el proceso penal es REGLADO, es debido, es una garantía para y por el ciudadano y no puede tolerarse ningún esguince por aleccionador que parezca.

De la misma manera que actúa el fiscal, debe actuar el juez cuando recibe el expediente para fase del juicio, es decir, realizar el control de constitucionalidad y legalidad de todo lo actuado para evitar nulidades posteriores, asaltos a la buena fe del sindicado por cambios en la denominación jurídica de la imputación y deslealtades de los sujetos procesales. Si no declara la invalidez del proceso instructivo, fijará fecha y hora para la audiencia pública, oral, bilateral, contradictoria y leal.

Y de acuerdo con los artículos 444 y siguientes del código de procedimiento penal el juzgamiento debe ser público, privilegiando principios del procedimiento tales como oralidad, intermediación y concentración. La audiencia pública de juzgamiento será una sola, así se deba



suspender varias veces para evacuar todas las actuaciones propias de la misma, audiencia en la que se practicarán las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, pruebas que no deben ser trasladadas acríticamente de la fase del sumario porque el juez debe estar presente en su práctica, cual tercero imparcial, director de la audiencia pública y con amplios poderes con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos, juez protagonista, no “convidado de piedra” o legitimador de investigaciones desequilibradas en las que el fiscal siempre fue juez y parte; sencillamente, juez garante del respeto de las formas propias del juicio: igualdad de partes, derecho de contradicción, oralidad y bilateralidad (Audiatur et altera pars). Formas propias que garantizan la vinculación directa y personal del tallador con las partes toda vez que la acusación, las pruebas y los alegatos se dirigen al juez, operador jurídico habilitado por el Estado-jurisdicción para dirimir el conflicto de acuerdo con lo probado y alegado en audiencia. No puede seguirse aceptando, so pena de nulidad por violación del debido proceso del juzgamiento, el juicio escrito y cuasisecreto (formal) de la práctica judicial diaria; y la desidia de fiscales, apoderados y ministerio público para solicitar la práctica de pruebas en fase del juicio no debe servir para liberar al juez de su obligación constitucional y legal, todo lo contrario, frente a la omisión de los sujetos procesales debe utilizar sus facultades para sancionar la violación al debido proceso.

Respecto de la autonomía judicial de los funcionarios, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido de antaño que ésta se presenta en toda su magnificencia en la judicatura, incluso han entendido la segunda instancia como disparidad razonada de criterios en caso de revocatoria, nunca como ignorancia crasa del inferior o corrección de irregularidades constitutivas de hechos punibles, excepto dolo o mala fe manifiesta. No ocurre lo mismo con la fiscalía. Por definición, en Colombia sólo existe un fiscal y ese es el Fiscal General de la Nación, los demás fiscales no son más que delegados, extensiones acríticas, manos largas del Fiscal General. Los principios de unidad de actuación y gestión, eficiencia y productividad sólo confirman la administrativización de la función judicial, como quiera que la Constitución entronizó la fiscalía en la rama jurisdiccional del poder público pero la ley no se cuidó de malinterpretarla, al contrario, jerarquizó la fiscalía de tal forma, que pese a sentencias bien intencionadas de la Corte Constitucional en las cuales teoriza acerca de la independencia de los fiscales en el ejercicio de su función jurisdiccional, figuras como la reasignación de procesos y el desplazamiento de fiscales, atentan contra dicha autonomía judicial, parcializando la administración de justicia en aras de la productividad



y para mostrar resultados satisfactorios en la lucha contra la impunidad, convirtiendo la función jurisdiccional de los fiscales delegados en un mero dato estadístico, genuflexo del soberano (Fiscal General) de turno y de los príncipes y áulicos que le siguen en la escala jerárquica, hasta llegar al coordinador de la unidad de fiscalía, amo y señor (REYECITO) de su feudo, ventrílocuo grandilocuente del director seccional del momento. Y para cumplir con el dato estadístico, el fiscal debe hacer caso omiso de su obligación constitucional y legal de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable y de su deber de imparcialidad en la búsqueda de la prueba; y como todos los fiscales reciben instrucciones de un solo soberano, se niega de esa manera, reiterada y sistemáticamente el principio de la doble instancia, por que ésta además de no existir en la práctica –ni siquiera se ha dado cumplimiento al parágrafo del artículo 27 de la ley 270 de 1996–, cuando es revocatoria, se torna automáticamente en investigación penal y disciplinaria contra el subordinado, para acallar el disenso, la disparidad razonada de criterios.

## 6. Corolario

Se infiere de lo escrito que las Normas Rectoras de la ley procesal penal colombiana se reducen a una sola: el debido proceso constitucional. Que desglosarlo como lo hace la ley procesal penal sólo ha servido para su inaplicación y las filigranas jurídicas.

Es evidente que el respeto al debido proceso no genera impunidad; es su desconocimiento y violación lo que puede conducir a ella. Si se respetan las garantías constitucionales y legales, el inocente será absuelto irremediabilmente y el responsable será condenado inexorablemente.

Es evidente que la principialística procesal penal es el soporte argumentativo de las decisiones judiciales justas y que las normas rectoras sólo serán tales en la medida que el discurso sensiblero encuentre apoyo en la realidad concreta, porque consagrar derechos ayunos de contenido es lo mismo que negarlos abiertamente.

Pero también es evidente que se requiere un nuevo funcionario judicial, comprometido, serio, capacitado, demócrata, participativo, pluralista: EL NUEVO JUEZ DEL NUEVO ORDEN. Se hace imperativo entonces que los funcionarios judiciales –Jueces y fiscales– tomen conciencia de su papel como administradores de justicia en un Estado Social de Derecho,

que apliquen igualitariamente la ley penal –sustantiva y procesal–, que actúen independiente y autónomamente motivando racionalmente sus providencias, que sean cautos y prudentes a la hora de cercenar y restringir los derechos y libertades fundamentales de los asociados al Estado, en fin, que al momento de tomar la decisión la reflexión inicial siempre sea la misma: el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquiera otra disposición procesal penal.