

DR. 3
#0059



57

COMENTARIOS A LA LEY 81. DE 1993

FRANCISCO JOSE JIMENEZ

ALFONSO MOGOLLON

PEDRO PASTOR COLPAS GUTIERREZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

1994

TABLA DE CONTENIDO

	Pág/.
INTRODUCCION	1
1. CONGRUENCIA ENTRE LA RESOLUCION DE ACUSACION Y LA SENTENCIA	5
1.1 SISTEMA PARA DETERMINAR LA CONGRUENCIA	6
1.2 CRITERIO ADOPTADO EN EL NUEVO CODIGO	9
1.2.1 Requisitos sustanciales	12
1.2.2 Requisitos formales	14
1.3 ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA JURIDICO	20
1.3.1 Nulidad de la actuación procesal	22
1.3.2 Absolución por los cargos formulados	30
1.3.3 Decisión definitiva por lo que se haya probado	31
1.3.4 Nuestra posición	32
2.CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	39
2.1 ARTICULO 414A	39
2.2 OPORTUNIDAD Y FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA ORDENAR LA CAPTURA Y PROFERIR MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	42
2.2.1 Indagación previa	42
2.2.2 Etapa de instrucción	43

2.2.3 Etapa de juzgamiento	44
2.3 CONTROLES DEL JUEZ DURANTE LA ETAPAA DE INSTRUC- CION	46
2.4 OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE LE- GALIDAD SOBRE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO	50
2.5 EL CONTROL SOLO OPERA SOBRE MEDIDA DE ASEGURA- MIENTO	52
2.6 REQUISITOS DEL PEDIMENTO DE CONTROL DE LEGALIDAD	52
2.7 ASPECTOS SOBRE LOS CUALES DEBE VERSAR EL CON- TROL DE LEGALIDAD	52
2.7.1 Estudio de requisitos formales y sustanciales	53
2.8 DECISIONES PARA EL JUEZ	54
2.9 ASPECTOS DE LOS CUALES NO SE PUEDE OCUPAR EL JUEZ	55
CONCLUSION	57
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUCCION

La Ley 81 de 1993 introdujo varias modificaciones al Código de Procedimiento Penal que entró a regir el 10. de julio de 1992.

Aparentemente, puede afirmarse que Colombia ha incurrido en el error de modificar sucesivamente las normas procesales, generando total inseguridad jurídica y necesariamente incertidumbre entre quienes administran justicia y participan en el proceso penal para poder determinar qué disposiciones legales se encuentran vigentes, si se tiene en cuenta que, ordinariamente, el legislador utiliza la fórmula de derogatoria tácita de los preceptos que se consideran contrarios a la normatividad que se expide, pero en ningún caso ha empleado el sistema de la derogatoria expresa para precisar qué normas son contrarias, y no dejar al criterio del intérprete esta determinación.

La Constitución Colombiana incluyó en su normatividad múltiples normas que tienen incidencia en el desarrollo

del proceso penal.

La interpretación de las normas adjetivas o de ritualidad no pueden hacerse partiendo simplemente del contenido literal o empleando el método exegético, ni tampoco pretendiendo determinar su alcance dentro de principios que informan un específico sistema procesal, llámese inquisitivo, acusatorio o mixto.

Lo primero que precisaremos serán las características de los sistemas procesales tradicionales.

1. Características del sistema inquisitivo:

-La oficialidad del proceso penal. No hay un actor.

-La instauración de jueces permanentes que administran justicia en nombre del Estado. Los jueces estatales acaparan la actividad judicial.

-La presunción de culpabilidad del procesado, siendo admisible cualquier método dirigido a obtener su confesión, calificada ésta como la prueba reina.

-El estado natural del procesado es su detención preventiva como consecuencia de la presunción de

culpabilidad. Opera la incomunicación del mismo.

-El proceso es escrito y secreto, lo cual limita la posibilidad de controversia y echa por la borda el principio de la igualdad.

-La tarifa legal de prueba impera como sistema de apreciación y valoración de la prueba.

-Generalmente existe el principio de la doble instancia con aplicación del principio de la reformatio in pejus.

2. Características del sistema acusatorio:

-El proceso se inicia no de oficio, sino por acusación formulada por el órgano estatal establecido para tal efecto.

-La jurisdicción es ejercida por jueces o por jurados populares y transitorios; éstos en representación no del Estado, sino del pueblo.

-Existe la igualdad entre el acusado y el acusador. Pueden ambos solicitar y aportar pruebas, controvertirlas, y en general, ejercer por sí o por medio de apoderado los medios de defensa.

-No existe la tarifa legal de prueba como sistema de valoración de la misa; por lo cual la confesión deja de ser la prueba por excelencia y se proscribire, incluso, cualquier medio de presión para obtenerlo, hasta el punto de erigir en delito tales prácticas.

-El procesado se presume inocente, siendo, entonces, la detención y la incomunicación situaciones excepcionales dentro del proceso.

-El proceso es oral y público.

-Como se impone el sistema de la íntima convicción, generalmente el proceso se somete a una sola instancia.

1. CONGRUENCIA ENTRE LA RESOLUCION DE ACUSACION Y LA SENTENCIA

"En el nuevo Código de Procedimiento Penal se mantiene el principio de correlación entre la acusación y sentencia, porque de conformidad con el artículo 226 causal segunda, hay motivo de casación cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, o en su caso, con el auto que la modifica. La identidad del cargo es uno de los problemas que más se han debatido por la jurisprudencia y la doctrina, y es así que en ocasiones resulta difícil determinar cuándo permanece idéntico el hecho y cuándo se modifica.

Como anota Giuseppe Eattiol, "no es con la lógica abstracta como el problema puede ser resuelto, porque en derecho hay identidad incluso cuando no es aplicable la proposición lógica $A=A$ ". Si es posible pasar de una acusación de malversación de caudales públicos a una condena por apropiación indebida, ello significa que la relación lógica de identidad de los hechos ha sido supe-

radà, porque los dos hechos delictivos no son lógicamente idénticos si bien lo son procesalmente. Se ha afirmado que el hecho es idéntico cuando permanece idéntica la acción, aún modificándose el resultado o viceversa; cuando fijado todo el momento objetivo cambie sólo el título subjetivo de la imputación (por ejemplo, culpa en lugar de dolo); cuando aún mudando todos los momentos formales del hecho, permanece idéntica la lesión del bien jurídico de la categoría y así sucesivamente"¹.

1.1 SISTEMA PARA DETERMINAR LA CONGRUENCIA

"En materia de congruencia entre resolución de acusación y sentencia, predominan dos tendencias fundamentales:

"1. Un sistema naturalista, que se caracteriza porque la correlación se fundamenta en el hecho histórico investigado, independientemente de cualquier denominación jurídica que se dé al mismo. Como anota Francisco Scto Nieto, el objeto individualizador de la acción penal no es un tipo o figura delictiva, puesto que cabe pasar de

¹

GIUSEPPE, Bettiol. Instituciones de derecho penal y procesal. p. 260.

de un tipo a otro sin romper la identidad de hecho; y segundo, que no cualquier hacer del sujeto pasivo entra dentro de la acción, sino únicamente todos aquellos posibles incluidos en la unidad del acaecer natural; los delitos en concurso real podrán ser traídos por la acusación a un mismo proceso, en virtud de su relación de conexidad... El objeto identificador de la acción es un factum y no un crimen o figura estereotipada, y ello supone que el traspaso por el tribunal de un tipo a otro, en tanto en cuanto permanezca inmutable el hecho, es algo factible y normal que deja a salvo el exigible correlato. Calificado un hecho de estupro y penado de abusos deshonestos, o trasmutada la acusación de homicidio frustrado en un mero delito de lesiones, será algo correcto y procesalmente discurriendo"².

"2. Un sistema normativo, que aparte de naturalista en cuanto a la identidad del hecho, pero adicionándolo en el sentido de calificar jurídicamente el comportamiento, dentro de algún tipo de la parte especial. Expresa Soto Nieto que "sin un especial enfoque jurídico penal del

2

SOTO NIETO, Francisco. Correlación entre acusación y sentencia. Temas procesales, Madrid, Edit. Montecorvo, S.A. 1979. p.p.19-20.

hecho no cabe una plena identificación procesal del mismo"³.

"En este sistema 'el hecho comprende un núcleo básico, sustancial, decisivo para su configuración, y que deviene invariablemente a lo largo del procedimiento hasta su reflejo final en la resultancia sintética de la sentencia. Este núcleo u objeto normativo es el elemento común a varios tipos penales, esencia compartida en todos ellos, y base para la identificación procesal del acaecer enjuiciado. Los elementos accidentales se adicionarán o sustraerán sin alterar la identidad del factum que atrae la atención de jueces y partes...Este objeto normativo se corresponde con un elemento formal de la parte especial del Código y una vez detectado en el hecho al que la denuncia penal se refiere, ha de repetirse en la versión que del mismo acepte la sentencia resolutoria. Ello permite, sin afectar a la precisa y deseada unicidad, que el acusado por hurtopueda ser sancionado por apropiación indebida o viceversa. Por el contrario—expone Gómez Orbaneja—, si aquella porción de la conducta del agente que encaja en los actos típicos del delito afirmado por

3

SCTO NIETO, Francisco. Ibid.

la acusación no vuelve a encontrarse total o parcialmente en el otro acaecer, de cualquier modo que el primero y el segundo puedan estar relacionados en un sentido natural y aún jurídico (conexión), falta para todos los efectos procesales señalados, la identidad del hecho"⁴.

1.2 CRITERIO ADOPTADO EN EL NUEVO CODIGO

A pesar de que estos comentarios fueron hechos con relación al Código derogado (Decreto 100 de 1987), cobran vigencia si se tiene en cuenta que el nuevo estatuto conserva semejanza, por no decir igualdad, con la legislación anterior en cuanto el esquema estructural del proceso y en especial con los requisitos para proferir resolución acusatoria; por tal motivo reproducimos parte de nuestros comentarios a este tema:

"Un sistema mixto moderno, porque la correlación estaba determinada por la calificación jurídica (nomen iuris del delito) y no por la identidad del hecho. Por consiguiente, la adecuación típica contenida en el pliego de cargos era inmodificable y sólo podía ser cuestionada a través del sistema de la nulidad.

"Después de muchas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, y de diversos criterios plasmados en los diferen-

tes proyectos y anteproyectos, el nuevo Código de Procedimiento Penal, en nuestro sentir, acogió un sistema mixto que se caracteriza por los siguientes aspectos:

"1. Se exige necesariamente la identidad del hecho, porque el imputado no puede ser condenado por comportamientos diferentes de los señalados en la resolución de acusación.

"2. Los hechos deben estar claramente individualizados en la resolución de acusación.

La identidad del hecho es un concepto jurídico que individualiza el número de hechos punibles por los cuales se formula resolución de acusación.

"La resolución de acusación cumple una misión, garantizada que delimita el objeto de la relación jurídico-procesal. De ahí que el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal se consagre como requisito formal la obligación de especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos, y la calificación jurídica provisional, 'con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal".

"Cuando decimos que el funcionario tiene la obligación de individualizar los hechos por los cuales se formula resolución de acusación, basta con que inequívocamente se describa la conducta punible que se imputa, con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvo ocurrencia, así se omite formalmente la calificación jurídica provisional.

La Corte dice: "el juzgador toma cada uno de los hechos objeto de imputación para determinar si se encuentran probados los deslinda en sus circunstancias temporoespaciales y personales y concluye que están probados. Ante esta situación ninguna modificación podía influir en haber agregado que se trataba de un concurso de delitos".

"Es requisito indispensable que en la resolución de acusación se analicen individualmente cada uno de los hechos y se estudie su relevancia jurídica en relación con todos los elementos que integran el delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

"3. La adecuación típica, o la que se desprenda de la descripción inequívoca de los hechos, tiene carácter provisional y pueda ser modificada con base en los arts. 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal sin que ello

implique incongruencia con la resolución de acusación"⁴.

1.2.1 Requisitos sustanciales. Estos requisitos se pueden subdividir en dos: uno de carácter objetivo y otro atinente a la atribuibilidad del comportamiento y a los fenómenos de antijuridicidad y culpabilidad.

En relación con el primero, el Decreto 2700 de 1991 cambió la fórmula de la "demostración de la tipicidad del hecho", lo que guarda consistencia con el requisito formal de la adecuación típica provisional, pues no puede predicarse, a mitad de camino, la demostración de la tipicidad cuando ésta puede variar como consecuencia de las pruebas aportadas en la etapa de juzgamiento.

Lo sustancial de este requisito exigido por el nuevo Código de Procedimiento Penal es la imputación fáctica, entendida ésta como realización de la conducta punible en sus aspectos objetivos, con todas las limitaciones, en cuanto a su adecuación definitiva, pues falta el trámite del juicio de cuyo resultado finalmente se obtendrá la verdad sobre la responsabilidad.

4

BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRELYNETT, Eduardo. El proceso penal. Segunda edición. Centro de Estudios Penales. Bogotá, 1990. p.p. 370 y ss.

Forman parte de esta imputación fáctica, no sólo la concreción rectora de la conducta, sino también las circunstancias de tiempo, modo y lugar y todas las objetivas (la cuantía, por ejemplo) que impliquen una punibilidad mayor, pues sólo así se asegura una adecuada defensa cumpliendo con la norma constitucional.

Esta posición implica un cambio fundamental en la concepción tradicional de la acusación y pone de manifiesto que la persona no se defiende de un tipo penal singular, sino que su tarea defensiva apunta a desvirtuar la realización de una conducta considerada contraria al orden jurídico, que le fue imputada, cualquiera que sea el tipo penal donde se adecúa y de aquellas circunstancias objetivas que le implican una mayor punibilidad.

La "demostración de la ocurrencia del hecho" define el objeto del proceso que culmina con un fallo judicial y produce los efectos de cosa juzgada (art. 29 de la C.N.) así se le exige pretenda dar una denominación distinta como lo puntualiza el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo requisito sustancial implica las pruebas señaladas por el art. 441 y ésta se refiere al resto de elementos que conforman la posible responsabilidad, como

con la atribuibilidad, la antijuridicidad y la culpabilidad en cualquiera de sus tres formas.

1.2.2 Requisitos formales. Los requisitos formales de la resolución de acusación no tuvieron modificación en el nuevo Código de Procedimiento, y vale la pena, por la incidencia que tiene, ocuparse del tercero señalado por el artículo 442, consistente en la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal'.

Sobre esto debe destacarse dos aspectos importantes que ponen en evidencia que además de ser un simple requisito formal que no puede prevalecer sobre lo sustancial (art. 228 del C.P. de C.) no implica una atadura segura y definitiva para el juzgamiento y apenas constituye un derrotero provisional que puede sufrir precisiones y variaciones en la etapa del juicio que se condensarán, en últimas, en la sentencia.

En efecto, la norma sólo reclama que la calificación provisional se haga con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal, lo que de por sí constituye una orientación de que la conducta sobre la cual se exige demostración dentro de los requisitos sustanciales, es contraria al orden jurídico,

pero sin necesidad de concretar, de manera singularizada el tipopenal.

La determinación del tipo objetivo es indispensable no sólo en la acusación, sino en otras determinaciones que afectan la libertad de las personas.

Si no existen los elementos probatorios con base en los cuales pueda concluirse que la conducta investigada es típica, el funcionario debe abstenerse por mandato legal de ordenar la vinculación al proceso mediante indagatoria; si por equivocada valoración de la realidad procesal se ha ordenado su ejecución, tal medida debe suspenderse hasta tanto se acredite la probable violación a la penal. Si la prueba aportada con posterioridad a la ordenación de indagatoria es indicativa de la atipicidad de la conducta, debe revocarse tal determinación, por ser decisión que sólo tiene ejecución formal, ya que no constituye presupuesto de las actuaciones investigativas subsiguientes, porque con personas vinculadas o sin ellas, se puede adelantar la etapa investigativa y precluirse el proceso.

"En otras palabras, puede ordenarse declaración de indagatoria única y exclusivamente cuando en el proceso obran pruebas legalmente producidas, indicativas de que

el comportamiento investigado es subsumible en un supuesto de hecho típico".

La conclusión anterior tiene pleno respaldo en la naturaleza jurídica de la indagatoria. La indagatoria es la oportunidad procesal por excelencia para que la justicia, en la etapa de investigación, formule los cargos al procesado y éste se defienda de ellos.

Estos cargos que en modo alguno pueden considerarse similares a los deducidos en el auto de proceder, deben ser planteados en los términos del artículo 387 del Código de Procedimiento Penal, esto es, orientados, como lo dice claramente la norma, a la supuesta comisión del hecho punible.

El interrogatorio que el juez formule en desarrollo de la diligencia de indagatoria presupone una adecuación típica provisional, porque de lo contrario no podría orientar en debida forma los cargos, ni el procesado controvertirlos, de acuerdo con las pruebas existentes en el proceso y no con simples supuestos objetivos de violación de la ley penal. De no ser así, se estaría desconociendo el principio de que la indagatoria es fundamentalmente un medio de "defensa".

Conclúyese de lo anterior que la adecuación típica provisional es fundamental a lo largo de todo el proceso penal, por constituir garantía del derecho de defensa y para determinar si es procedente la aprehensión física de la persona e imponer determinada medida de aseguramiento.

Es necesario el estudio de la conducta con todas sus circunstancias, para confrontarla con los elementos estructurantes del tipo penal, en especial si se tiene en cuenta que las diferencias entre las varias tipicidades dependen del contenido previsto en la descripción abstracta hecha por el legislador de elementos incorporados en el respectivo tipo penal que requieren plena comprobación. Lo que importa es la delimitación del hecho en tal forma que no haya equívocos en cuanto la norma penal que deba aplicarse.

La determinación precisa del hecho investigado o su adecuación típica se exige especialmente en los siguientes casos:

a) Para fundamentar el auto de apertura de investigación, motivo por el cual una de las finalidades de la indagación previa es determinar la coincidencia de la conducta con cualquiera de los preceptos que de manera abstracta describe comportamiento ilícito (art. 319 del

del C.de P.P.).

b) Dentro de las finalidades para dar cumplimiento al objeto propio de investigación, se consagra la práctica de pruebas orientadas primordialmente a determinar si se ha infringido la ley penal, lo que necesariamente impone al funcionario la obligación de confrontar la conducta investigada con los elementos integrantes de los diferentes dispositivos legales, y de tal manera seleccionar el tipo objetivo atribuible al procesado.

c) Es indispensable determinar la tipicidad del comportamiento para efectos de vincular legalmente al procesado, el interrogatorio tiene que versar, partiendo del supuesto necesario de la imputación de una conducta descrita como delito, interrogatorio que debe referirse a todos los elementos que conforman el tipo penal para precisar la adecuación típica directa o indirecta y garantizar el derecho de defensa.

d) La captura facultativa o la citación para indagatoria depende necesariamente de la provisional adecuación típica que haga el funcionario para escoger una de las dcs posibilidades que establece el Código de Procedimiento Penal en los artículos 375 y 376.

e) Las medidas de aseguramiento se han establecido teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la naturaleza y quantum de la pena y la condición personal del procesado, por lo que es necesario fijar provisionalmente el tipo penal que se considere violado por de esta manera, seleccionar la medida de aseguramiento que corresponda, aspecto jurídico que no puede tomarse como intrascendente porque implica la privación efectiva o no de libertad de la persona.

f) La detención domiciliaria y la detención en el lugar de trabajo también requieren que se precise la adecuación típica del comportamiento para conceder o no dichos beneficios.

g) Algunas causales de libertad provisional exigen que el funcionario precise la adecuación típica del comportamiento, ya que en ciertos casos su aplicación depende del mínimo de la pena del tipo penal que se considere violado.

h) La determinación del tipo objetivo es la que permite establecer con precisión el lapso necesario para que opere el fenómeno prescriptivo.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano, a diferencia

de algunos otros estatutos, no consagró la simple imputación fáctica como forma adecuada para fundamentar las resoluciones judiciales. En la resolución de acusación debe exigirse la determinación del tipo penal objetivo que se considera violado por el procesado, para dar cumplimiento al debido proceso y respetar garantías fundamentales como el derecho de defensa.

La resolución acusatoria es el marco de referencia o, en otros términos, establece los límites de la acusación y dichos límites sólo pueden estar dados en la medida en que la prueba sea demostrativa de todos y cada uno de los elementos estructurantes de un determinado tipo penal básico o fundamental, especial y, en ocasiones, subordinado cuando el funcionario decide incrementar el grado de responsabilidad por determinadas circunstancias.

1.3 ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA JURIDICO

El Código derogado previó la posibilidad de modificar la adecuación típica del comportamiento hecha en la resolución de acusación, cuando se determinara la existencia de un error, en cualquiera de los elementos estructurantes del hecho punible o cuando, por prueba sobreviniente, se modificara la adecuación típica hecha correctamente, de acuerdo con la prueba aportada la etapa

de instrucción.

La Comisión Legislativa, sin ningún fundamento serio, partió de la intangibilidad de la resolución de acusación, adoptando un criterio jurídico superado hace varios años y, por tal motivo, no aceptó el contenido del trabajo preparatorio elaborado por la universidad de los Andes.

No solamente este error es atribuible a la Comisión Legislativa, sino otros muchos que han generado confusión, que han dado lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad de varios preceptos y que permitieron la subsistencia, sin ninguna modificación, de la justicia de orden público, hoy denominada regional.

El gobierno a través del Ministerio de Justicia, propuso algunas normas tendientes a regular la posibilidad de modificar la resolución de acusación en la etapa de juzgamiento, pero el Congreso de la República, con argumentos no convincentes, desechó esta propuesta dejando trascendental aspecto sin solución jurídica.

El problema jurídico se ha circunscrito a los siguientes interrogantes:

-¿Qué ocurre cuando en la etapa de juzgamiento se aducen

medios probatorios con entidad suficiente para alterar la adecuación típica o modificar la imputación subjetiva del hecho?

-¿Qué ocurre cuando el fiscal erró en la valoración de la prueba y delimitó el tipo objetivo o subjetivo de manera equivocada?

Varias respuestas se han intentado a este problema jurídico, mencionaremos las principales:

1.3.1 Nulidad de la actuación procesal. Algunos intérpretes han considerado que, frente a las hipótesis planteadas, debe decretarse la nulidad a partir de la resolución de acusación, para que el fiscal formule los cargos de acuerdo a la nueva prueba aportada o conforme al criterio del juez, si con éste no coincide con el acusador, en el contenido del pliego de cargos con relación a cualquiera de los elementos que conforman el hecho punible, salvo que sea posible degradar la responsabilidad sin afectar el núcleo rector de la acusación.

El juez tiene la potestad para invalidar la actuación procesal cumplida por la Fiscalía y para tal efecto se consagró el término de 30 días en el artículo 446 del

Código de Procedimiento Penal agotado este trámite debe precisarse, de oficio o a petición de parte, si existe irregularidad sustancial que genere nulidad, tal facultad no puede considerarse ilimitada, sino interpretarse dentro de parámetros exactos, porque de lo contrario se incurriría en el error predicable del sistema inquisitivo de reunir en un solo funcionario, las facultades de acusar y juzgar.

Los eventos de mayor ocurrencia que permitirían la declaratoria de nulidad por parte del juez en el trámite de juzgamiento son las siguientes:

a) Nulidad por incompetencia, referida de manera exclusiva a cuando la Fiscalía profiere resolución acusatoria por un hecho atribuido privativamente a otra autoridad por razón de las excepciones constitucionales que se han mencionado anteriormente (juzgamiento de congresistas y miembros de la fuerza pública);

b) Nulidad originada en la misma resolución de acusación; por falta de motivación.

c) Nulidad originada por motivación anfibiológica (intermediación en el tipo objetivo; en el tipo

subjetivo; en la forma de intervención en el hecho punible; o en los delitos conexos).

d) Nulidad por imputación de cargos que configuren al principio lógico de no contradicción.

e) Nulidad por error relativo a la época de comisión del hecho punible.

f) Nulidad por error en la individualización de autores o partícipes.

g) Nulidad por violación del derecho de defensa (no practicar pruebas solicitadas por el procesado o su defensor de tal naturaleza que hubiera podido fundamentar decisión diferente de la resolución acusatoria; no interrogar al procesado por hechos punibles por los cuales se formula resolución de acusación, o haberse vinculado tardíamente al proceso impidiéndole la contradicción probatoria, etc).

h) Nulidad por desconocimiento de favorabilidad.

Ampliar la posibilidad de declaratoria de nulidad desde la resolución calificatoria por antagonismos de criterios jurídicos entre fiscal y juez, o por prueba sobreviniente

en la etapa de juzgamiento, es revivir dos instituciones jurídicas que han sido modificadas, como son la intangibilidad absoluta de la resolución de acusación y la nulidad por error en la denominación jurídica, derogada expresamente hace varios años.

Así mismo, se estaría aceptando que el proceso penal no constituye la unidad, sino etapas independientes que no guardan ninguna relación, ni siquiera para la incidencia o efectos de los medios probatorios que se aducen, ya que si existe prueba sobreviniente que modifique la adecuación típica del comportamiento, tendría que invalidarse la resolución acusatoria para incorporar la nueva prueba a la etapa de instrucción.

Esta posición jurídica ha desnaturalizado la aproximación al sistema acusatorio y ha permitido que la Fiscalía pretenda agotar la aducción de los medios probatorios, restando importancia a la etapa de juzgamiento, que queda conformada por una sucesión de actos que constituyen estricto rito procesal, hasta llegar a la audiencia y debatir, exclusivamente, la prueba practicada por la Fiscalía y consecuentemente fundamentar la sentencia en dichos medios probatorios, desconociendo el principio de inmediación y dando cabida extrema al criterio de permanencia del medio probatorio, opuesto al sistema

acusatorio.

No somos partidarios de la nulidad a partir de la resolución acusatoria por las siguientes razones:

1. Bastaría para rechazar la nulidad, pensar en las consecuencias prácticas que pueden derivarse, cuando la Fiscalía reciba el expediente y considere que su posición jurídica es la correcta; se entraría un conflicto que carece de solución.

2. Se opone a la estructura lógica del proceso penal, fundamentar la nulidad por prueba sobreviniente, porque sería exigir que el funcionario instructor agotara toda la prueba para evitar el reconocimiento de este supuesto vicio procesal y así mismo, sería aceptar que la etapa de juzgamiento es una entidad aparte y que la prueba practicada y autorizada por el Código de Procedimiento Penal tendría entidad, sin razón de ninguna naturaleza, de dar vida jurídica a un vicio determinante de nulidad.

3. Esta resolución sólo constituye el paso de una etapa procesal a otra y el marco de referencia a partir del cual se ejercita el derecho de defensa, límites que pueden ser alterados especialmente por prueba sobreviniente.

4. La legislación vigente establece propuestos exactos para el pedimento y declaratoria de nulidad en el título denominado ineficacia de los actos procesales. Se consagran principios que orientan el reconocimiento de nulidad, su convalidación y la oportunidad para impetrar el vicio procesal, a más de los requisitos formales para invocar dicha solicitud.

De la normatividad que regula esta materia, se llega a la conclusión que a partir del Decreto 2700 de 1987; se ha tratado de limitar en lo posible el pedimento y declaratoria de nulidad, y en la actualidad, con mayor razón cuando la Constitución ordena dar prelación al derecho substancial sobre el derecho procedimental (art. 228C.N.) y cuando el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 13 prevé la posibilidad de la corrección de actos irregulares.

5. Quienes pregonan la posibilidad de declaratoria de nulidad, deben tener en cuenta el concepto mismo de nulidad, en el sentido de precisar si se trata de un defecto que resta eficacia al acto procesal o se trata de la consecuencia del vicio en sí mismo.

El proceso es un método dialéctico para aprehender una realidad histórica y, consecuentemente, aplicar el

derecho sustancial. En otros términos, el proceso está constituido por etapas, estamentos, científicamente determinados y teleológicamente orientados hacia la obtención del fin propuesto. Los actos procesales en este sentido, son los pasos necesarios para obtener el fin del proceso penal.

La eficacia o validez de los actos procesales depende de su idoneidad para el logro del fin propuesto que, de acuerdo con la estructura del estado social, es desentrañar la verdad histórica de los acontecimientos y la concreción del derecho sustancial, siempre y cuando se respeten las garantías fundamentales de la persona, consagradas en la misma Constitución Nacional, o sea que la finalidad del proceso penal debe reunir varios aspectos como son la aplicación del derecho sustancial, tal como se dijo, y la garantía de los derechos fundamentales.

Los vicios que restan eficacia a los actos procesales se manifiestan en dos formas: vicio de ritos y vicios de garantía.

Es imposible hablar de ineficacia procesal cuando los actos realizados se ajustaron estrictamente a las normas que regulan su tramitación.

No es factible hacer declaratoria de nulidad desde la resolución mediante la cual se formula la acusación y menos desde el auto de cierre de investigación, por error del fiscal, con relación a la selección del tipo objetivo (selección indebida del tipo básico, especial subordinados); error en la selección de tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención) o error en la imputación de circunstancias (inclusión de circunstancias genéricas o específicas de atenuación o agravación no demostrada, falta de inclusión de circunstancias genéricas o específicas de agravación o atenuación y no incluir exceso en las justificantes).

Estos errores pueden ser corregidos dentro de la etapa de juzgamiento, mediante petición hecha por el fiscal en este sentido, antes de que precluya la audiencia pública, o por el juez en la sentencia, cuando en el debate probatorio en la audiencia se haya hecho análisis y estudios expresos de cualquiera de estos temas jurídicos.

No debe decretarse la nulidad del auto calificador por prueba sobreviniente, cuando ésta tenga entidad suficiente para modificar la resolución acusatoria; caso en el cual, el fiscal debe como sujeto procesal que conserva la función acusadora, formular el cambio respectivo, en especial si se parte del supuesto que la acusación no es

más que una demanda formulada por el órgano acusador, por tratarse de un proceso entre partes.

1.3.2 Absolución por los cargos formulados. El fiscal incurrió en concepto del juez, en error en cuanto la adecuación típica o en la determinación de alguno de los elementos estructurantes del hecho punible, como la selección del tipo subjetivo, o por haberse practicado prueba que altere el contenido de la decisión, debe declararse la absolución para el procesado.

La congruencia entre resolución de acusación y sentencia no puede entenderse simplemente como la coincidencia entre dos resoluciones (acusación y sentencia) con desconocimiento absoluto de la verdad de material contenida en la etapa de instrucción o de juzgamiento, conforme a los medios probatorios aducidos legalmente.

Los únicos eventos que permiten fundamentar sentencia absolutoria por error calificadorio o prueba sobreviniente, son las siguientes:

a) Cuando el fiscal ha incurrido en error en el auto calificadorio, de aquellos que no permiten la declaratoria de nulidad y teniendo la oportunidad para corregirlo, se abstiene de hacerlo.

b) Cuando el fiscal modifica la resolución de acusación con o sin pruebas sobreviniente, pero incurre en error ostensible, que impide fundamentar sentencia condenatoria, porque lo probado es totalmente diferente.

c) Cuando el fiscal se abstiene de modificar la acusación a pesar de que la prueba practicada en la etapa de juzgamiento le imponga esta obligación.

1.3.3 Decisión definitiva por lo que se haya probado. No es factible proferir sentencia que desconozca los aspectos jurídicos, así no los naturalísticos incluidos en la resolución de acusación, porque ello sería constitutivo de violación ostensible al derecho de defensa y a la estructura procesal prevista en el código.

La necesidad de fijar la tipicidad del comportamiento en la resolución acusatoria, lo que obliga a que la defensa se circunscriba únicamente a los elementos que conforman el tipo penal atribuido al procesado, sin que tenga la integración de recorrer todo el código, tratando de desentrañar cuál es la denominación jurídica que en mente tiene el juzgador.

La acusación es el marco de referencia para ejercer el derecho de defensa por lo que, la determinación de los elementos constitutivos del hecho punible, conforman el

pliego de cargos y delimitaa, necesariamente, la actividad defensiva de la persona sometida a juzgamiento.

1.3.4 Nuestra posición. La etapa de juzgamiento puede modificarse la acusación siempre y cuando no se altere el núcleo rector de la misma, conformado por la conducta y el objeto material.

-El Código de Procedimiento Penal consideró que la calificación jurídica era provisional. Lo provisional se opone a lo definitivo como es lógico y permite la discrecionalidad de la alteración de una resolución judicial, en la medida, que el núcleo rector o sea la conducta naturalísticamente investigada y el objeto material, no tengan alteración de ninguna naturaleza.

-La función acusadora no puede confundirse con el ejercicio de la acción penal. Es cierto que el fiscal pierde el ejercicio de la acción penal una vez formula la acusación, pero la función acusadora continúa en cabeza de la Fiscalía, tal como lo enseña el inciso 2 del artículo 249 del Código de Procedimiento Penal.

El proceso penal es una unidad sistemática, que en su conjunto, busca el descubrimiento de la verdad material y, procura que en la etapa de juzgamiento se dé cumplimiento

al principio de inmediación en la práctica de pruebas.

a) Casos en que es necesario variar la resolución de acusación. Reconocer circunstancias atenuantes o degradantes de la responsabilidad, casos en los cuales es necesario modificar la resolución acusatoria, por ejemplo, se formulan cargos por homicidio simple y el juez reconoce el estado de ira.

Es necesario que el juzgador tenga en cuenta que no toda atenuación puede reconocerse, sin introducir modificaciones al pliego de cargos,.

Habrán casos excepcionales en que no sea necesario modificar la acusación, cuando se ha incluido en el debate de la audiencia pública, la atenuante o degradante de responsabilidad aceptada en la sentencia.

b) Formas para hacer el cambio o modificaciones de la adecuación típica. Si el fiscal conserva la función acusadora y se trata de un proceso entre partes, en el sentido de que una de ellas formula el pliego de cargos y la otra se defiende, conformando de esta manera la relación jurídica procesal, es factible, proponer que la parte acusadora haga modificación de su inicial posición jurídica contenida en la acusación y concrete dicha

modificación en solicitud expresa propuesta oportunamente para lesionar el derecho de defensa.

c) Conclusiones:

Cuando se presenta error en laa calificación jurídica y el fiscal tuvo la oportunidad de modificar su propio error, al juez no le queda otra alternativa que dictar sentencia absolutoria por el delito atribuido en la resolución acusatoria.

El fiscal tiene competencia para modificar la resolución de acusación por prueba sobreviniente, siempre que la prueba reúna los mismos requisitos exigidos por la ley, para formular resolución acusatoria, la sentencia debe guardar congruencia con la posición jurídica que se adopte a través de este mecanismo por la Fiscalía.

El juez debe proferir sentencia absolutoria cuando el fiscal haga modificación al pliego de cargos, pero en dicha alteración en error manifiesto que desborda lo probado en el expediente, impidiendo que se concrete responsabilidad por un hecho no demostrado.

d) Oportunidad para modificar el pliego de cargos: Cualquier posible modificación se haga una vez agotada la

práctica de las pruebas, de oficio o por solicitud de parte, porque ello daría seguridad jurídica a la modificación que se pretenda introducir.

¿En qué momento procesal pueden presentarse pruebas y discutirse la modificación a la resolución acusatoria?

El código no tiene ningún procedimiento a este respecto. Es factible hacer uso de los denominados términos judiciales previstos en el artículo 174 del Código de Procedimiento Penal que dice:

'El funcionario señalará el término en los casos en que la ley no lo haya previsto, sin que pueda exceder de cinco días".

e) Requisitos para reformar la Resolución Acusatoria:

-Para dar correcta aplicación a la reforma del pliego de cargos, es necesario que en la resolución de acusación, haya existido pronunciamiento sobre todos los extremos de la relación jurídico-procesal. Es decir, que se hayan valorado todos los hechos punibles investigados y la responsabilidad de cada una de las personas vinculadas.

-Que exista prueba de la misma naturaleza de la prevista

como requisito sustancial para fundamentar la resolución acusatoria.

El pliego modificadorio propuesto por el fiscal es una adición a la resolución acusatoria.

f) Hipótesis en que es aplicable el cambio de adecuación típica. En el libro Proceso Penal, de manera amplia desarrollamos este tema, por lo que en este escrito, solamente enumeramos las hipótesis factibles, a saber:

-Cambio de adecuación típica siempre y cuando no se modifique el núcleo central de la acusación, es decir, deben conservar la conducta y el objeto material del tipo penal, porque de no ser así, so pretexto del cambio de adecuación típica, se estaría introduciendo un nuevo hecho que no ha sido debatido ni controvertido en la etapa de investigación.

-Formas de intervención en el hecho punible o grado de participación en el mismo, ya que la concreción de responsabilidad y la adecuada defensa varía si se trata de autor o partícipe, o de delito tentado o consumado.

-Modificación por razón de una errada utilización de los

principios que sirven para resolver el concurso aparente de tipos (consunción o especialidad).

-Modificación por razón de una errada utilización de los principios y por razón de la condición personal del procesado (imputable o inimputable).

g) Casos en que no es procedente la modificación de la resolución acusatoria:

-No puede pretenderse a través de la propuesta de modificación que se reconozca causales de atipicidad, justificación e inculpabilidad, por la elemental razón de que el ejercicio de la acción penal corresponde al juez y el fiscal está impedido para retirar la acusación. A este respecto debe recordarse que el Código Procesal Colombiano consagró el principio de legalidad y no de oportunidad como presupuesto para la formulación de cargos.

-Sólo puede modificarse la resolución de acusación con relación a los hechos delictuosos tenidos en cuenta en el pliego de cargos y de los procesados a quienes se les formuló acusación.

Las modificaciones, se hacen sobre el producto valorativo de la prueba contenida en la acusación, donde deben resol-

verse todos los extremos de la relación jurídico-procesal.

Finalmente, debemos recordar que el nuevo proceso penal propugna por la eficacia del derecho sustancial y la protección de garantías fundamentales y se trata de una unidad que tiene por finalidad desentrañar la realidad material de los acontecimientos.

2. CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

ARTICULO 414A (art.54 de la Ley 81 de 1993). Control de legalidad de las medidas de aseguramiento. "Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

"Formulada la petición ante el fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún

recurso".

En la obra "El Proceso Penal afirmamos lo siguiente:

Una de las finalidades del proceso penal es la de aportar pruebas sobre la existencia del hecho punible, la autoría o participación, y establecer el grado de responsabilidad para imponer penas o medidas de seguridad; o por el contrario, reconocer la no realización de la conducta, la atipicidad del comportamiento, la existencia de causal de justificación⁵.

Lo lógico es que la privación de libertad sea la consecuencia de sentencia condenatoria, para dar cumplimiento al principio universal de inocencia. Para los intereses de la investigación y de la justicia y para poder hacer efectiva la sanción, es indispensable que antes de proferir sentencia condenatoria, los funcionarios puedan tomar ciertas medidas, entre las que se cuenta la privación de libertad del procesado, con el fin de asegurar su comparencia a las actuaciones procesales, o para hacer efectiva la pena o medida de seguridad que se imponga.

ARTICULO 28: "Toda persona es libre. Nadie puede ser

5

Proceso penal. (C.P. art. 29) o de inculpabilidad (lb, art. 40).

molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de los treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

"En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deuda ni penas o medidas de seguridad imprescriptibles".

ARTICULO 30. Quien estuviere privado de su libertad, y creyese estarlo ilegalmente, tiene derecho a investigar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el habeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas".

ARTICULO 32. "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán

penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá proceder requerimiento al morador".

Las anteriores normas constituyen el marco dentro del cual debe hacerse la interpretación referida a las oportunidades y condiciones para que se pueda afectar la libertad de las personas.

2.2 OPORTUNIDAD Y FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA ORDENAR LA CAPTURA Y PROFERIR MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Es necesario delimitar las funciones de fiscales y jueces con relación a la expedición de órdenes de captura o el proferimiento de medidas de aseguramiento, para poder determinar el alcance del artículo 54 de la Ley 81 de 1993.

2.2.1 Indagación previa. Durante esta etapa no es posible ordenar captura de ninguna persona, porque para aprehender físicamente al imputado con el fin de recepcionar indagatoria, se requiere que exista proceso penal y las normas que regulan esta materia están orientadas de acuerdo con los principios que informan la captura facultativa o por razón de la omisión en concurrir a los despachos judiciales las personas que fueron citadas para

efectos de vinculación legal.

2.2.2 Etapa de instrucción. En la etapa de instrucción, excepto los casos atribuidos expresamente a la Corte Suprema, la justicia Penal Militar y los jueces penales municipales (transitoriamente) la fiscalía puede hacer uso de la captura para recibir indagatoria en los eventos taxativamente previstos en la ley.

Así mismo, tiene competencia por mandato constitucional desarrollado en las normas del Código de Procedimiento Penal, para resolver situación jurídica del indagado y consecuentemente imponer medidas de aseguramiento.

En esta etapa procesal puede la fiscalía sustituir o revocar dichas medidas, conceder o revocar libertad provisional y en últimas suspender la detención.

Al hablar de las medidas de aseguramiento estamos haciendo referencia exclusivamente a la conminación, la caución y detención, a pesar de que de manera equívoca el Código de Procedimiento Penal menciona como medidas de aseguramiento en el artículo 388 la detención domiciliaria y la prohibición de salir del país, medidas estas que en nuestro concepto no tienen plena autonomía y se trata simplemente de un lugar de ejecución de la detención

y de una consecuencia (prohibición de salir del país). La prohibición de salir del país y la detención domiciliaria no operan de manera autónoma y única para ningún comportamiento ilícito como medida de aseguramiento.

2.2.3 Etapa de juzgamiento. En esta etapa que corresponde por competencia a los jueces, se limita considerablemente la facultad para emitir órdenes de captura, como también para proferir medidas de aseguramiento.

a) Captura: El juez sólo puede disponer la captura de la persona especialmente en los siguientes eventos:

1. Cuando sustituye la medida de aseguramiento de caución por detención, para el cumplimiento de dicha decisión.

2. Cuando revoca la detención provisional

3. Cuando se trate de reo ausente, puede reiterarse las órdenes de captura.

b) Medidas de aseguramiento: En esta etapa no puede el juez dictar medida de aseguramiento porque, necesariamente, si se formuló resolución acusatoria que ser resuelta la situación jurídica del procesado, requisito fundamental para ordenar el cierre de investigación, tal como lo

dispone el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso totalmentee excepcional de que se haya abstenido la fiscalía de dictar medida de aseguramiento como forma posible de resolver la situación jurídica, y al momento de calificar el mérito del sumario dicte resolución de acusación, debe imponer necesariamente medida de aseguramiento por razones de lógicaa jurídica elemental, porque sí hay prueba para acusar con mayor razón para imponer medida de aseguramiento y debe hacerse, porque tal decisión es el presupuesto jurídico para afectar bienes del procesado con fines indemnizatorios.

El control de legalidad no opera cuando el fiscal se abstiene de proferir medida de asegurmaiento y solamente queda reservado para cuando se dicta dicha providencia.

El juez no puede revocar la medida de aseguramiento que se haya impuesto o dentro de la resolución acusatoria, porque en caso de acoger estaa opción surgiría un antagonismo jurídico consistente en que la persona quedaría afectada con resolución de acusación, sin que exista prueba suficiente para fundamentar medida de aseguramiento, cuando los requisitos probatorios para la primera decisión son superiores a los que respaldan la limitación de la libertad a través de la conminación, caución o detención.

2.3 CONTROLES DEL JUEZ DURANTE LA ETAPA DE INSTRUCCION

Para determinar si el control de legalidad que ejerce el juez sobre la medida de aseguramiento es violatorio o no de la Constitución Nacional, debe precisarse en primer término en qué casos y por qué razón el juez puede reaalizar juicios de valor de manera parcial o integral, de la actuación cumplida por la fiscalía, dentro de la órbita de su competencia.

La legislación permite al juez intervenir en los siguientes casos:

1. Trámite y conocimiento de la acción de Habeas Corpus, prevista en el art. 430 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

2. Control de legalidad sobre la medida de aseguramiento, norma que es objeto de estudio.

3. El artículo 4 de la ley 81 de 1993 permite al juez formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo obtenido en la audiencia especial que consagra la transacción probatoria, con relación a diferentes aspectos jurídicos como la tipicidad, el grado de participación, la especie de culpabilidad, etc. Es una interferencia

2.3. CONTROLES DEL JUEZ DURANTE LA ETAPA DE INSTRUCCION

Para determinar si el control de legalidad que ejerce el juez sobre la medida de aseguramiento es violatorio o no de la Constitución Nacional, debe precisarse en primer término en qué casos y por qué razón el juez puede reanalizar juicios de valor de manera parcial o integral, de la actuación cumplida por la fiscalía, dentro de la órbita de su competencia.

La legislación permite al juez intervenir en los siguientes casos:

1. Trámite y conocimiento de la acción de Habeas Corpus, prevista en el art. 430 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

2. Control de legalidad sobre la medida de aseguramiento, norma que es objeto de estudio.

3. El artículo 4 de la ley 81 de 1993 permite al juez formular observaciones acerca de la legalidad del acuerdo obtenido en la audiencia especial que consagra la transacción probatoria, con relación a diferentes aspectos jurídicos como la tipicidad, el grado de participación, la especie de culpabilidad, etc. Es una interferencia

autorizada por la ley , dentro de la etapa de competencia privativa de la Fiscalía General de la Nación.

4. Los artículos 3 y 4 de la ley 81 de 1993 autorizan al juez para rechazar el acuerdo contenido en el acta respectiva, y en consecuencia, obliga a continuar con el procedimiento ordinario, mediante decisión vinculante para la fiscalía.

5. El juez realiza control sobre los beneficios acordados por razón de colaboración del imputado o procesado con la justicia.

6. Control integral al proceso, después de ejecutoriada la resolución de acusación y dentro del término previsto en el artículo 446 establecido para solicitar pruebas, preparar audiencia y pedir y decretar, si es el caso, nulidad por cualquiera de los motivos establecidos en el artículo 304 del CPP. En caso de que el juez decrete la nulidad, dicha decisión es de imperativo cumplimiento por la fiscalía.

Demostramos que la actividad del juez en la etapa de instrucción, se concreta en diferentes controles que realiza para evitar violación ostensible a la garantía

individual de la libertad y para impedir que se adelante la etapa de juzgamiento con base en una actuación viciada de nulidad o con visos de ilegalidad.

El juez no puede inferir la actividad del fiscal porque la función acusadora y la atribución funcional de dictar medidas de aseguramiento es privativa de la fiscalía, se agrega que existe una división no solamente formal sino real del proceso, con plena autonomía e independencia y a cargo de funcionarios diferentes. Esta postura ha permitido afirmar que el manejo del proceso, durante la indagación previa, la instrucción y la acusación, no admite, por ningún motivo, la participación del juez, y así mismo se asevera que formulada la acusación e iniciada la etapa de juzgamiento, el fiscal no puede modificar el pliego de cargos que formuló oportunamente, que está amparado por las características de la intangibilidad y que es preferible hacer declaratoria de nulidad, o pronunciamiento de absolución, antes de modificar el contenido del auto calificador, mediante el cual se delimitaron los cargos en contra del procesado.

7. Formalmente existen dos etapas procesales totalmente definidas y cuyo límite es la resolución acusatoria, etapas a cargo de diferentes funcionarios y con

funciones no coincidentes pero complementarias.

Existe la denominada unidad de jurisdicción. Si se trata de una misma jurisdicción no resulta exótico que pueda desplegar el juez, dentro de la etapa de instrucción, ciertas actividades restringidas de control, orientadas a la protección de derechos individuales; como tampoco es ajeno al sistema procesal colombiano que el fiscal, que formuló los cargos, pueda, dentro de su función acusadora, hacer los ajustes necesarios a su postura inicial, para procurar el descubrimiento de la verdad material y no simplemente formal.

El debido proceso constituye la garantía máxima para proteger los derechos de quienes en él intervienen y, en especial del sujeto pasivo de la acción penal, a quien se puede afectar no solamente en sus bienes sino en el derecho primordial o fundamental de la libertad.

Cualquier mecanismo de control que no usurpe la competencia funcional de la fiscalía o del juez, conduce a darle transparencia al proceso penal y un efectivo desarrollo a la protección de las garantías individuales que, ordinariamente, se discuten a lo largo de la tramitación del derecho sustancial.

El proceso es algo estático, formalista y sin una finalidad concreta que es el reconocimiento del derecho sustancial.

9. El código establece instituciones análogas para procurar el control sobre la legalidad de la actuación ejecutada por la fiscalía, incluyendo la resolución acusatoria.

En los acuerdos previstos para la sentencia anticipada o en la audiencia especial, se le da la misma facultad al juez, bajo un contenido diferente de la nulidad que le permite el rechazo del acuerdo, en otros términos, por violación a derechos fundamentales o algunas otras circunstancias que se precisarán más adelante; el juez no acepta la acusación que no es cosa diferente del acta de acuerdo mencionado.

La declaratoria de nulidad o el rechazo del acuerdo, en uno u otro procedimiento, cumplen la misma finalidad y es darle transparencia y garantizar el debido proceso.

2.4 OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La ley exige que la medida de aseguramiento esté debidamen-

te ejecutoriada, y basta con decir que los recursos ordinarios tienen que haberse tramitado y agotado, en caso de que se hayan interpuesto.

El auto de cierre de investigación, es otro punto, porque a partir de este momento se presenta una competencia privativa de la fiscalía para realizar la calificación que el estudio integraal de todos los medios probatorios y donde, seguramente, se va a cuestionar la prueba que sirvió de fundamento a la medida de aseguramiento.

No es viable simultáneamente mantener la impugnación de una decisión y hacer solicitud de revocación, por existir identidad de la materia, identidad de prueba que debe ser valorad de manera independiente y no en forma simultánea por distintos funcionarios.

Sólo es procedente la solicitud de control antes del cierre de investigación; ordenada la preclusión, está próximo el nuevo estudio valorativo del acervo probatorio, y no resulta lógico, que simultáneamente se pretendan decisiones por diferentes funcionarios, sobre el mismo contenido probatorio.

2.5 EL CONTROL SOLO OPERA SOBRE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El control sólo puede operar sobre decisiones que contengan medida de aseguramiento.

2.6 REQUISITOS DEL PEDIMENTO DE CONTROL DE LEGALIDAD

Por la naturaleza jurídica de la nueva institución, no se trata de un pedimento que pueda fundamentarse en la simple contrariedad de criterios jurídicos, como producto de la valoración subjetiva de la prueba entre el peticionario y el funcionario que produjo la medida de aseguramiento. No puede convertirse el control de legalidad en una fórmula para resolver antagonismos de apreciación de la prueba o conceptos intrínsecos de los interminentes en el debate probatorio.

Quien hace la petición, debe señalar las normas de carácter probatorio violadas, los derechos lesionados, el desbordamiento de los límites a conducencia y pertinencia de la prueba, la ilicitud de cualquier medio probatorio.

2.7 ASPECTOS SOBRE LOS CUALES DEBE VERSAR EL CONTROL DE LEGALIDAD

El estudio de legalidad puede referirse tanto a lo formal

como a lo sustancial.

2.7.1 Estudio de requisitos formales y sustanciales. Citaremos algunos eventos que permitirán al juez hacer control de legalidad:

1. Sin haber dictado auto de apertura de investigación se profiera medida de aseguramiento.

2. Sin haber vinculado a la persona al proceso por los medios legales, indagatoria o declaratoria de reo ausente, se afecte al proceso con medida de aseguramiento.

Si lo que se quiere es que se realice estudio sobre la legalidad de la medida de aseguramiento, necesariamente, debe sobrepasar los límites simplemente referidos a los requisitos de validez de la actuación procesal. Es factible ejercer control de legalidad sobre aspectos sustanciales desde dos puntos de vista:

a) Violación de derechos fundamentales del procesado

b) No estar demostrados los presupuestos que sirvieron para fundamentar la medida de aseguramiento.

2.8 DECISIONES PARA EL JUEZ

Consideramos que el juez, presentado el pedimento puede optar por dos decisiones posibles:

1. Rechazo de plano de la petición:

En primer lugar puede rechazar la solicitud por falta de fundamento, cuando quien pretende el control se limita a enfrentar su criterio jurídico, desde el punto estrictamente subjetivo, con el plasmado en la decisión motivo de la solicitud o también cuando no se plantean los argumentos indicativos del quebranto de garantías formales o sustanciales con incidencia en la medida de aseguramiento, sino que se limita a realizar una simple enunciación.

2. Admisión de la petición, evento en el cual ordena el traslado previsto en el artículo 54 inciso segundo de la Ley 81 del 1993.

Aceptado y realizado el trámite, puede optar el juez por las siguientes decisiones:

a) Revocar la medida de aseguramiento por violación a requisitos formales o sustanciales.

b) Sustituir la medida de aseguramiento por la que corresponda en caso de que se modifique la adecuación típica, por haber seleccionado el fiscal una norma en la cual no podía adecuarse la conducta investigada o cuando habiendo sido bien seleccionado el tipo objetivo, la medida de aseguramiento impuesta no corresponda a la naturaleza jurídica de la infracción, a la pena prevista por esa conducta o a las condiciones personales del procesado.

c) Hacer pronunciamiento, reconociendo que la providencia objeto de control no es violatoria de requisitos formales o sustanciales.

2.9 ASPECTOS DE LOS CUALES NO SE PUEDE OCUPAR EL JUEZ

1. El juez por ningún motivo puede ampliar la medida de aseguramiento para resolver la situación jurídica con relación a otro delito o a otro procesado, respecto a los cuales el fiscal no ha proferido decisión resolviendo situación jurídica.

2. No puede el juez pretender desconocer la medida de aseguramiento con base en que la decisión fue proferida por funcionario, que en su concepto, no es competente.

La única posibilidad para que prospere el control frente

al factor de la competencia, es cuando la decisión de medida de aseguramiento corresponde privativamente a una determinada entidad, de acuerdo con la competencia privativa, por razón de fueros constitucionales, evento en el cual la Fiscalía carece en absoluto de competencia, como ocurre en las investigaciones adelantadas contra congresistas o miembros de la fuerza pública, artículos 235 numeral 3 y 250 inciso 2 de la CN.

CONCLUSION

Como conclusión podemos afirmar que la nueva institución de control de legalidad no pretende socavar o lesionar la estructura del proceso penal, ni desconocer las funciones de instrucción y acusación atribuidas a la Fiscalía General de la Nación, ya que no resulta claro, o al menos es discutible pretender sostener que las medidas de aseguramiento son simples actos de instrucción. Se trata de decisiones que afectan derechos fundamentales y que cualquier control que se establezca sólo tiene por finalidad respetar la libertad de la persona y garantizar el debido proceso, si se tiene en cuenta que tanto el fiscal como el juez tienen facultades expresas atinentes a la afectación de la libertad del procesado.

La captura y medidas de aseguramiento son instituciones jurídicas que, con determinadas limitaciones, son objeto de manejo y estudio durante todo el proceso penal, lo que significa que estas no son decisiones exclusivas o privativas de la Fiscalía, como si ocurre con otros pronunciamientos judiciales por ejemplo la acusación.

BIBLIOGRAFIA

GIUSSEPPE, Betiol. Instituciones de derecho penal y procesal. p. 260.

SOTO NIETO, Francisco. Correlación entre acusación y sentencia. Temas procesales. Madrid, Edit. Montecorvo S.A. 1979. p.p.19-20.

BERNAL CUELLAR, Jaime. MONTEALEGRE LYNET, Eduardo. El proceso penal. Segunda edición. Centro de Estudios penales. Bogotá,1990. p.p.370 y ss.