



DI 12/17

15/05/2017

Eliodoro Fierro Méndez¹

LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA PENAL INQUISITIVO A UN SISTEMA ORAL ACUSATORIO EN COLOMBIA

1. Dificultades que se presentaron en la transformación

1.1. Resistencia al cambio y a enfrentar un modelo procesal desconocido. Los inconvenientes fueron muchos y de diversa índole, los cuales empezaron con la necesidad de asimilar un cambio de pensamiento en los esquemas, en particular en los arraigados en la manera de actuar de algunos abogados litigantes y funcionarios judiciales de vieja data, relacionados con la costumbre de la hoja de papel y de apilar expedientes, especializados en hablar por horas sin precisar, y de los que para resolver copiaban sin preocuparse por prepararse.

Ellos fueron quienes abanderaron la inconformidad, todo lo cual puede sintetizarse en el temor al cambio y de enfrentar un modelo procesal desconocido que les resquebrajaba todo un sistema operativo de trabajo, que tenían montado.

1.1.2 Definir la característica del proceso acusatorio. En el mundo actual son dos los principales sistemas jurídicos, a saber: el sistema basado en la tradición romana, y el sistema fundado en la costumbre o derecho consuetudinario. El primero es el que se puede llamar inquisitivo y el segundo de la *common law* o derecho común del reino el cual es de naturaleza eminentemente acusatorio.² El entonces problema que surgió era determinar la característica que el sistema colombiano debía seguir, y después de muchas discusiones la Corte Constitucional determinó y así también lo señaló el Fiscal General de la Nación, el sistema colombiano no es un sistema acusatorio puro sino uno de "tendencia

¹ Abogado de la Universidad Libre, de Bogotá. Especializado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Autónoma, de Bogotá. Es juez del Tribunal Superior de Bogotá. Es miembro titular de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Profesor de casación penal y Defensor Militar de la Defensoría Militar. Es Par académico del Ministerio de Educación Nacional. Investigador Colciencias e integrante de dos líneas de investigación con información certificada por Colciencias categoría A, de 2000 a 2010. Ha desempeñado los cargos de: Magistrado Auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Procurador Judicial con funciones en la Procuraduría 2ª delegada ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, presidente del Consejo de Justicia de Bogotá, Fiscal Delegado. Es autor de reconocidas obras de derecho, que son utilizadas por diversas universidades de Colombia y Latinoamérica, así como también por el Consejo de Estado colombiano y por varias Cortes Supremas de Justicia de Latinoamérica. Actualmente ejerce como abogado, profesor universitario de posgrado y conferencista en simposios y congresos de Derecho Penal, Derecho policivo, Derecho Constitucional, Derecho Operacional, y de Derecho Procesal Penal Internacional de los Conflictos Armados.

² Al respecto se puede consultar, FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro, Sistema Procesal Penal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006.



acusatoria”,³ con ello se creyó dejar finalizada la discusión, pero ¿qué es tendencia?. Ello ha permitido que fiscales y jueces hagan sus interpretaciones y acomoden sus comportamientos según lo que necesiten a discreción.

«El nuevo sistema ha sido calificado por la jurisprudencia como de partes en un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria, en la medida en que no adopta integralmente las características de un modelo acusatorio puro, sino que mantiene sus rasgos estructurales introduciendo diferentes ajustes que pretenden responder a las necesidades y particularidades de la realidad colombiana»⁴.

1.2. Pugna de determinadas instituciones por no perder el protagonismo procesal. Debido a la estructura del sistema oral acusatorio y a la distribución que, dentro de esta se da a cada quien y a las garantías que, con ello se procura, se presentaron duras pugnas entre diversas instituciones estatales cuyo protagonismo y potestades no querían perder.

1.2.1. Fiscalía General de la Nación.⁵ Dentro del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000) tiene un poder que podría afirmarse, sin límite alguno, en tanto el fiscal: (i) investiga; (ii) ordena, practica y desecha pruebas; (iii) imparte orden de captura; (iv) ordena la detención preventiva o la libertad ya sea provisional o definitiva; (v) da por terminada la investigación y puede precluir el caso y archivarlo o, por el contrario, acusar; (vi) las pruebas que practica tienen vocación de permanencia e inmutabilidad por el juez.

En el sistema oral acusatorio (Ley 906 de 2004), sus actuaciones están sometidas a la decisión de un juez de control de garantía (las preliminares), así como también a llevar el caso ante el juez de conocimiento (acusación), para que decida si acepta la acusación o no y para que resuelva al final del caso. La Fiscalía asume la condición de parte como cualquier sujeto procesal –no obstante, es un sujeto con privilegios, pues, no se puede olvidar que es una institución del Estado y por lo tanto es el Estado mismo–, pero sus actuaciones debe someterlas a la decisión de un juez.

1.2.2. Procuraduría General de la Nación.⁶ Dentro del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000) tiene la facultad de participar en los procesos y ser parte de éstos, así, por ejemplo: (i) interviene en las actuaciones en las que se establezca la protección de los testigos; (ii) interponer recursos contra las decisiones que se dicten dentro del proceso; (iii) es titular de la acción civil (para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible); (iv) cuando la víctima es un menor, solicitar el embargo y secuestro de los bienes del sindicado. En definitiva, tiene la autorización legal para intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal.

³ Corte Constitucional, sentencia C-1260 de 2005. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-1260-05.htm>

⁴ Corte Constitucional, sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005, C-1194 de 2005, C-454 de 2006, C-209 de 2007, C-396 de 2007, C-186 de 2008, C-025 de 2009, C-069 de 2010 y C-144 de 2010, entre otras., y reiteradas en sentencia C-260 de 2011. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-260-11.htm>

⁵ Tengo entendido que en México se denomina Procuraduría General de la Nación.

⁶ En Colombia es una Entidad de control disciplinario, y cumple funciones distintas a las de la Fiscalía.



Todas estas autorizaciones y prerrogativas procesales penales de la Procuraduría General de la Nación que otorga el sistema inquisitivo se perdían con el sistema oral acusatorio (Ley 906 de 2004) y entonces esa fue una dura batalla que dio la Procuraduría General de la Nación a fin de que no la sacaran del proceso penal (existió la firme intención de sacarla).

En el sistema oral acusatorio (Ley 906 de 2004), ha dicho la Corte constitucional, en una de las varias sentencias de constitucionalidad,⁷ que:

Las consideraciones que preceden permiten a la Corte concluir que el Ministerio público es a la vez un interviniente principal y discreto del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar los intereses de la sociedad, así como los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento.

El ejercicio de sus funciones plantea por lo tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho.

1.3. Pugna por la supremacía en la actividad probatoria. Dentro del sistema inquisitivo (Ley 600 de 2000) la actividad probatoria la tienen tanto fiscalía –durante la investigación– como los jueces durante el juicio y, por tanto, estos últimos, durante el juzgamiento pueden ordenar la práctica de pruebas e interrogar a testigos. En cambio, en el sistema oral acusatorio la Fiscalía no tiene facultad probatoria, solo la de solicitar al juez que ordene y practique la prueba pedida, y el juez no tiene facultad oficiosa de practicar prueba.

La Fiscalía no puede ordenar ni practicar pruebas, lo que ella hace son búsqueda de evidencias y material probatorio que después debe someter a la actividad probatoria en juicio ante el juez de conocimiento. Sobre este tema la Corte Constitucional precisó que, de la estructura misma del sistema penal, destaca la actividad probatoria lo siguiente:

i) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las *evidencias* o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes *ante el juez de conocimiento* con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

⁷ Sentencia C-144 de 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-144-10.htm>



- ii) El sistema acusatorio se identifica con el aforismo latino *da mihi factum ego tibi jus*, dame las pruebas que yo te daré el derecho, pues es claro que, mientras la preparación del proceso mediante la realización de los actos de investigación está a cargo de las partes y el Ministerio Público, el juez debe calificar jurídicamente los hechos y establecer la consecuencia jurídica de ellos.
- iii) En el nuevo esquema escogido por el legislador y el constituyente para la búsqueda de la verdad, los roles de las partes frente a la carga probatoria están claramente definidos: aunque si bien coinciden en que todos tienen el deber jurídico de buscar la verdad verdadera y no sólo la verdad formal, pues ésta no sólo es responsabilidad del juez, se distancian en cuanto resulta evidente la posición adversarial en el juicio, pues los actos de prueba de la parte acusadora y de la víctima⁸ están dirigidos a desvirtuar la presunción de inocencia y persuadir al juez, con grado de certeza, acerca de cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre la responsabilidad penal del imputado.
- iv) El nuevo Código de Procedimiento Penal impone al juez el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, salvo el caso de la prueba anticipada. De hecho, por regla general, durante el juicio no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba aquellos que no se hayan presentado en la audiencia preparatoria, pues el sistema penal acusatorio está fundado en la concepción adversarial de la actividad probatoria (...).
- v) Por regla general, el sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en la audiencia preparatoria y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado.

Del anterior análisis, concluye que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas, en efecto hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida como un “principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal” a la vez que como «garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido”. En ese orden, excluye la consideración según la cual la búsqueda de la verdad se debe encontrar indisolublemente asociada con la prueba de oficio».⁹

⁸ Después de la sentencia C-454 de 2006, por medio de la cual, esta Corporación, autorizó a los representantes de las víctimas en el proceso penal a presentar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, “en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”.

⁹ Sentencia C-144 de 2010. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-144-10.htm>



Sin embargo, agregó que:

«Con todo, al observar que en el sistema colombiano el juez no es un mero árbitro ni que el proceso acusatorio es típicamente adversarial, encuentra necesario verificar si es constitucionalmente válido que, ante la insuficiencia de elementos probatorios en el juicio, el juez deba proferir fallo sin que pueda decretar pruebas de oficio».¹⁰

1.4. Las personas que manejan el sistema oral acusatorio. El entonces Fiscal General de la Nación puso de manifiesto que «El problema no es el sistema penal sino los que lo manejan».¹¹

Guillermo Mendoza Diago: No, de ninguna manera. El problema no es del sistema, sino de las personas que lo manejan. La Ley 906 prevé todos los mecanismos necesarios. Pero de nada valen las normas si yo como fiscal no las aplico como se debe, o no soy persuasivo en la audiencia, o no dirijo bien la investigación.

Se siente que hay manejos irregulares, pero uno no puede saber si es corrupción o falta de preparación de los funcionarios”.

Otra situación sobre el manejo de los procedimientos se encuentra en la siguiente información relacionada con el entonces director del Cuerpo de Investigaciones (CTI) de la Fiscalía General de la Nación:

López, abogado de 39 años, se había convertido en un dolor de cabeza al interior de la Fiscalía por sus demostraciones exageradas de poder. Tiene 17 escoltas a su servicio y siete carros oficiales para su uso personal. Dos de estos, un BMW y una Toyota Burbuja, fueron destrozados por dos amigos íntimos del funcionario. El arreglo del BMW, que tenía un blindaje nivel tres, costó 50 millones de pesos.

Como si todo esto fuera poco, el escándalo más grave que protagonizó fue a finales del año pasado, precisamente frente a las instalaciones de la revista SEMANA. López se enteró de que, en un edificio al norte de Bogotá, funcionaba una oficina de inteligencia del Estado manejada por la DEA y el CTI. Sin consultarle a nadie, el funcionario llegó a las instalaciones, obligó a que le dieran explicaciones sobre las actividades de los agentes y fue tal el alboroto que armó, que el propio embajador de los Estados Unidos en Colombia, William Wood, protestó oficialmente ante el fiscal Mario Iguarán. "En términos de inteligencia, López nos "quemó" una de las más eficientes oficinas satélites que trabajan para la seguridad del Estado. Nos causó un daño enorme", comentario de un agente a la revista semana.com.

La conducta de López obligó a que la embajada norteamericana cerrara esta oficina de cooperación y apoyo en tecnología electrónica y desocupara las instalaciones a finales de la semana pasada. El embajador estadounidense no fue el único inconforme con las actuaciones de López. El primer y segundo secretarios de la embajada británica, también manifestaron su desagrado frente al funcionario.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Revista Semana, 1 septiembre de 2010 <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-problema-no-sistema-penal-sino-maneman/111762-3>



El CTI, tiene 5.200 investigadores y la mayoría son profesionales. Sin embargo, desde que López asumió su dirección, ocasionó una serie de traumatismos porque tomaba decisiones arbitrarias como el relevo de excelentes funcionarios y vinculaba a sus íntimos amigos sin ningún tipo de experiencia”.

2. Cómo afrontaron la transformación del proceso inquisitivo (Ley 600 de 2000) a proceso oral acusatorio (Ley 906 de 2004)

La transformación se ha sorteado acudiendo a demandas de inexecutable¹² ante la Corte Constitucional, de las normas del Código de Procedimiento Penal de la Ley 906 de 2004 (por ser contrarias a la Constitución).

3. Si ha resultado conveniente la implementación de esta modalidad en el sistema penal colombiano

La opinión personal es que este sistema no ha resultado conveniente, porque por la vía de las demandas de inconstitucionalidad o inexecutable se deslizó y se introdujo paulatinamente, el comportamiento judicial propio del sistema anglosajón o de la *common law*, que en lo fundamental es el sistema de precedentes y antecedentes, y la creación de la norma por el juez.¹³ Y también se introdujeron ideologías tales como «el derecho cambiante», «el derecho de los jueces», «el relativismo jurídico».

Ya no es la norma, ya no es el tipo penal o legalidad de las conductas y las penas, plasmadas en una norma sino lo que determina el juez. El juez se convierte en legislador.

«...para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes. Por lo tanto, no se puede dar a la doctrina judicial un carácter tan obligatorio que con ello se sacrifiquen otros valores y principios constitucionalmente protegidos, o que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales. Esto lleva necesariamente a la pregunta acerca de cuándo tienen fuerza normativa las decisiones de la Corte Suprema».¹⁴

Esta manera de afrontar la transformación trajo como consecuencia que funcionarios judiciales, acudiendo a la *hermenéutica jurídica*, introdujeran en la aplicación de la norma, opiniones personales sociológicas, políticas y filosóficas desconociendo por esa vía la dogmática que regula la interpretación de la norma, y todo lo volvieron Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Derecho del Conflicto Armado, y toda la jurisprudencia de la 2ª Guerra Mundial, así como la de los conflictos armados de historia reciente, la introdujeran a manera de *hermenéutica de la norma* y se convirtieron en legisladores mediante la creación de reglas, y así el derecho penal se tornó en volátil, y lleno de incertidumbre en donde cualquier cosa puede resultar.

¹² Art. 241 C.P. –Funciones de la Corte Constitucional; numerales 4, 8 y 10 y párrafo: Clase de sentencia emitida por la Corte Constitucional en la que se manifiesta que una Ley es contraria a la Constitución Nacional y por lo tanto debe desaparecer total o parcialmente del orden jurídico.

¹³ Al respecto se puede consultar, FIERRO-MÉNDEZ, HELIODORO, El precedente y el antecedente jurisprudencial, en el proceso penal, Editorial Leyer, Bogotá, 2010.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>