

J A I M E
B E R N A L C U É L L A R
E D U A R D O
M O N T E A L E G R E L Y N E T T

EL PROCESO PENAL

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA ACUSATORIO

CON LA COLABORACIÓN DE LOS PROFESORES HENRIK LÓPEZ STERUP,
CARLOS BERNAL PULIDO, ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA,
EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE Y ORLANDO OSPITIA GARZÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

PRESENTACIÓN	17
CAPÍTULO PRIMERO	
TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA PENAL	21
I. La constitucionalización del proceso penal	23
II. La Constitución	25
A. Estado social de Derecho	25
B. Constitución. Parte orgánica y parte dogmática	26
C. Parte dogmática: valores, principios y derechos	28
D. Derechos constitucionales y derechos fundamentales	30
E. Principio democrático: núcleo esencial de los derechos y juicio de proporcionalidad	33
F. Constitución y principio de igualdad	37
G. Test de razonabilidad e igualdad	42
H. Constitución y principio de libertad	48
III. La jurisdicción constitucional	52
A. Constitución y órganos que administran justicia	52
B. Control de constitucionalidad difuso	57
C. Interpretación constitucional	58
D. Valor de la jurisprudencia constitucional. Alcances del precedente	66
IV. Efectos de la constitucionalización de las garantías del proceso penal	70
A. Aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales sobre el procedimiento	70
B. Aplicación e interpretación del procedimiento de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos	72
C. Acción de inexecutable para proteger las garantías constitucionales del proceso	78
D. Acción de tutela para proteger las garantías constitucionales del proceso	79
E. Excepción de inconstitucionalidad	85
V. Declaratoria de inexecutable y reincorporación al ordenamiento de normas derogadas	86
VI. El proceso penal, la Fiscalía y las jurisdicciones especiales	93
A. Fiscalía General de la Nación	94
B. Jurisdicción indígena	99
C. Justicia penal militar	101

CAPÍTULO SEGUNDO

ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA ACUSATORIO

Introducción	111
I. Los modelos históricos del proceso penal	113
II. Política criminal y Constitución	115
A. Obligación de respetar	120
B. Deber de protección	122
III. Derecho a la igualdad y partes	124
A. Igualdad de armas	126
1. Igualdad de oportunidades	126
2. Potestades similares	127
B. La parte acusadora: Fiscalía General de la Nación	128
C. La defensa	129
D. La víctima	130
E. El Ministerio Público	131
IV. El sistema acusatorio como controversia y diálogo	131
A. Conceptualización del modelo acusatorio colombiano	132
1. Ausencia de monopolio sobre la verdad	132
2. Distinción entre verdad jurídica y verdad de otros sistema jurídicos	133
3. Carácter adversativo	134
4. Encuentro entre imputado y víctima	135
v. Determinación de causa probable y la investigación como acto preparatorio del juzgamiento	136
A. Concepto de causa probable	137
1. Evidencia mínima y valoración	139
2. En un Estado de Derecho el sistema penal no puede, por regla general, operar preventivamente	140
3. Posibilidad excepcional de investigación preventiva. Proximidad con la tentativa	141
4. El principio de legalidad de los delitos delimita materialmente la posibilidad de iniciar investigaciones	142
B. Límites y características de la investigación	143
1. La investigación no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo	143
a. Existe la obligación de comunicar oportunamente la imputación	144
b. Derecho a ser juzgado en un tiempo razonable	146
c. Cuando no hay imputado identificado, no hay límites temporales en la actividad de investigación y es posible plantear la imprescriptibilidad de la acción penal	146

d. Deber de establecer el autor del hecho	147
2. Régimen probatorio y contradicción	148
a. No hay práctica de pruebas en sentido estricto, pues como regla general no existen facultades jurisdiccionales	149
b. No hay práctica de pruebas en sentido estricto, pues como regla general no hay contradicción	149
c. Como regla general, no hay permanencia de la prueba	150
d. Deber de suministrar toda evidencia que se encuentre, incluyendo la favorable	150
C. Policía judicial	151
1. Coordinación por la Fiscalía General de la Nación	151
2. Regla de exclusión de las fuerzas militares como funcionarios con facultades de policía judicial	151
3. Regla general de actuación de la policía judicial: orden judicial previa o de la Fiscalía	152
4. Interpretación restrictiva del Acto Legislativo 02 de 2003	152
a. Intervención de las fuerzas militares como autoridades de policía judicial sólo en el evento del párrafo del artículo 250 C. N.	153
b. Las actuaciones restrictivas de la libertad previstas en los artículos 15 y 28 C. N. en todo caso demandan coordinación con la Fiscalía General de la Nación y sometimiento a estudio del juez de control de garantías	153
VI. Afectación de derechos fundamentales e intervención del juez de control de garantías	154
A. Principio de reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales	154
B. Casos excepcionales en que la Fiscalía General de la Nación puede limitar derechos fundamentales. El alcance de las facultades	155
C. Consecuencias de la violación de derechos fundamentales en el proceso penal	156
1. Ámbito probatorio	156
a. Nulidad de pleno derecho de la prueba ilícita. Concepto	156
b. Exclusión de evidencias	158
2. Nulidad procesal	159
VII. Funciones del juez de control de garantías en defensa de los derechos fundamentales	160
A. Funciones del juez de control de garantías	160

1.	Adopción de medidas	161
2.	Autorización de medidas	161
a.	Se ha de realizar un juicio estricto de proporcionalidad	162
b.	No es posible limitar todos los derechos fundamentales	162
3.	Control de decisiones y medidas	163
B.	Características de las funciones ejercidas por el juez de control de garantías	163
1.	No intervención tratándose de afectaciones leves a los derechos fundamentales, por parte de la Fiscalía General de la Nación	163
2.	El control es de forma y fondo	164
3.	Intervención del juez de control de garantías con respecto a las omisiones de la Fiscalía General	165
a.	Fundamento del control judicial de omisiones	166
b.	Fundamento del control sobre las omisiones de la Fiscalía	167
c.	Problemas de omisiones	168
4.	Funciones similares al juez de tutela	173
VIII.	Preclusión de la investigación	175
A.	La preclusión es dictada por el juez de conocimiento	176
B.	Condiciones constitucionales	177
1.	Solicitud ante el juez de conocimiento	177
a.	Durante la investigación, la preclusión es rogada	177
b.	¿Durante el juicio es oficioso?	177
2.	Presupuesto material: si no existe mérito para acusar, es obligatorio precluir	178
3.	Negativa del juez de conocimiento para ordenar la preclusión	178
a.	Insuficiencia investigativa	178
b.	Existencia de mérito para acusar	178
IX.	Principios de legalidad y oportunidad	179
A.	Introducción	179
B.	Principio de investigación oficial y principio de legalidad	181
C.	Antecedentes del principio de oportunidad en la doctrina alemana	182
D.	Categorías que configuran el concepto de oportunidad	185
1.	Primera dicotomía: principio de legalidad-discrecionalidad para el ejercicio de la acción penal	185
2.	Segunda dicotomía: legalidad-oportunidad	186
3.	Tercera dicotomía: obligatoriedad-disponibilidad de la acción penal	188
E.	Concepto de oportunidad consagrado en la Constitución	189

1.	Límites constitucionales al ejercicio del principio de oportunidad	193
a.	Obligación de armonizar derechos	193
b.	Protección del derecho a la verdad y la justicia	194
c.	El deber de sancionar en el derecho internacional de los derechos humanos y el ejercicio del principio de oportunidad	194
d.	Corte penal internacional y aplicación del principio de oportunidad	195
e.	El término para interrumpir o suspender	196
2.	Competencia	196
3.	Límites temporales al ejercicio del principio de oportunidad	197
a.	Por regla, debe proponerse antes de la acusación	197
b.	Es posible durante el juicio	197
F.	Diferencias entre la preclusión de investigación y el principio de oportunidad	197
1.	Diferentes presupuestos constitucionales: presupuestos materiales vs. ponderación	198
2.	Funcionarios competentes	198
G.	Diferencias entre el indulto, la amnistía y el principio de oportunidad	198
1.	Naturaleza de la decisión	198
2.	Presupuestos constitucionales	199
3.	Generalidad vs. concreción	199
x.	El principio acusatorio: sin acusación no hay juez	199
A.	Concepto de acusación	199
1.	La Constitución no fija requisitos materiales para acusar, salvo proscripción de responsabilidad objetiva, respeto por el principio de legalidad y proporcionalidad	200
2.	La Constitución no fija criterio sobre el poder vinculante de la acusación	200
3.	La acusación puede ser naturalista o normativa	201
B.	Acusación privada	202
C.	Elementos constitucionales	202
1.	La acusación debe ser escrita	202
a.	Acusación a quien tiene otro idioma	203
b.	Invidente	203
2.	Ausencia de monopolio de la acusación	203
xi.	El juicio oral	204
A.	Funciones del juez de conocimiento en la protección de derechos fundamentales	204

1.	Protección frente a actuaciones durante la investigación	204
2.	Deber de igualación	205
B.	Principios constitucionales	205
1.	Controversia de la prueba	205
2.	Inmediación de la prueba	207
3.	Concentración de la prueba	208
C.	El derecho a estar presente en el juicio	212
1.	Negativa a estar presente	212
2.	Imposibilidad de informar al acusado	212
D.	Segunda instancia	214
XII.	Extensión del modelo acusatorio a otros ámbitos sancionatorios	214

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PONDERACIÓN

DE DERECHOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO

		219
I.	El principio de supremacía de la Constitución: la Constitución como norma de normas	221
II.	Las implicaciones del principio de supremacía de la Constitución en la interpretación y aplicación del derecho ordinario	222
A.	El derecho penal comienza en la Constitución	222
B.	La Constitución como marco del derecho penal y procesal penal	223
1.	Explicación del nexo entre Constitución y derecho penal y procesal penal	223
2.	La relación entre Constitución y derecho penal y procesal penal en el derecho de Estados Unidos	224
C.	El principio de interpretación conforme con la Constitución	226
D.	La jurisprudencia constitucional como marco del derecho penal y procesal penal	229
1.	El papel de la jurisprudencia constitucional	229
2.	El papel de la jurisprudencia constitucional en el sistema jurídico colombiano	230
3.	El papel de la jurisprudencia constitucional en el sistema jurídico penal norteamericano	233
E.	De la estricta lógica formal a la lógica de lo razonable	234
III.	El efecto de los derechos fundamentales en el derecho penal y procesal penal	236
A.	La fuerza de irradiación de los derechos fundamentales	236
B.	¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?	237
C.	Los derechos fundamentales como derechos inherentes a la persona y que constituyen su dignidad	239

IV.	El concepto de afectación de los derechos fundamentales	242
	A. Importancia práctica: las actuaciones de la policía judicial sin autorización judicial previa	242
	1. La problemática en el texto constitucional y en el Código de Procedimiento Penal	242
	2. La afectación de los derechos fundamentales en la investigación penal en Estados Unidos	244
	B. El concepto de afectación de los derechos fundamentales en la dogmática constitucional	247
	C. El concepto de afectación de los derechos fundamentales en el derecho procesal penal	251
	1. Planteamiento del problema	251
	2. Las afectaciones leves, medias e intensas de los derechos fundamentales	253
	3. Las afectaciones de los derechos fundamentales con y sin autorización judicial previa en el derecho constitucional norteamericano	257
	a. Búsqueda de pruebas durante un arresto	258
	b. Búsqueda vehicular de pruebas	259
	c. Búsqueda consentida de pruebas	260
	d. Detención y registro (<i>stop and frisk</i>)	260
	e. La persona del acusado	261
	f. Vigilancia electrónica	262
	g. Informantes y agentes encubiertos	262
	h. Los frutos del árbol envenenado	263
	Conclusiones	263
V.	La ponderación y la necesidad	265
	A. La ponderación y la necesidad como criterios moduladores de la actividad procesal	265
	B. El concepto de ponderación	265
	1. El punto de partida: las reglas y la subsunción	265
	2. Los principios y la ponderación	267
	C. ¿Cómo se pondera?	270
	D. ¿Quién pondera y cuándo se pondera?	272
	1. La ponderación en las afectaciones de los derechos fundamentales	273
	a. Ponderación de Fiscalía y policía judicial en actuaciones que no requieren autorización previa del juez de control de garantías	274

b. Ponderación del juez de control de garantías en actuaciones que requieren autorización previa	275
c. Otras hipótesis de ponderación	276
d. Consecuencias de falta o indebida ponderación. Exclusión de evidencia y prueba nula	278
2. La ponderación en la aplicación del principio de oportunidad	280
E. El principio de necesidad	283
F. Algunos ejemplos de la jurisprudencia colombiana	284

CAPÍTULO CUARTO

IGUALDAD DE ARMAS Y SISTEMA DE PARTES	293
I. Derecho fundamental a la igualdad y acceso a la administración de justicia	295
A. Concepto de igualdad	295
B. Igual oportunidad de recoger evidencia o elementos de prueba	297
C. Restricciones admisibles a la igualdad en el recaudo de evidencia	298
1. La defensa no puede limitar derechos fundamentales	299
2. La constitucionalidad y legalidad de los elementos materiales de prueba recogidos por la defensa se controlan a través de la exclusión de evidencia	301
D. Derecho al acceso a la justicia. Acceso a la infraestructura técnica del Estado	302
II. Sistema de partes	304
A. Posiciones que niegan la existencia de partes	305
B. Posiciones que aceptan la existencia de partes	306
C. Teoría de la posición jurídica	308
D. Teoría de la posición jurídica e igualdad de armas en el campo probatorio	312
E. Concepción de la Corte Constitucional	312
III. La parte acusadora. La Fiscalía General de la Nación	313
A. La Fiscalía General de la Nación como órgano autónomo e independiente	314
B. Principios de unidad de gestión y jerarquía	316
1. El principio de jerarquía opera dentro del proceso penal	317
2. El carácter adversativo obliga a considerar reducidas las competencias jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación	318
3. El principio de jerarquía sólo puede aplicarse en aquellas actividades de investigación que no afecten derechos fundamentales	319

4.	El principio de jerarquía no opera en aquellos actos en los cuales el fiscal afecta derechos fundamentales o administra justicia	320
5.	El ejercicio del principio de jerarquía implica discrecionalidad, pero opera dentro de los límites de lo razonable	321
C.	Naturaleza de los actos de la Fiscalía General de la Nación	323
1.	Son jurisdiccionales los actos que implican limitación intensa o media de derechos fundamentales	324
2.	Carácter jurisdiccional de las decisiones definitivas de la Fiscalía	325
3.	Los actos de investigación no son actos jurisdiccionales. Tampoco administrativos	326
D.	Aseguramiento de elementos materiales probatorios	327
1.	No afectación de derechos fundamentales	328
2.	Garantía de la cadena de custodia	328
3.	Funcionamiento de la Fiscalía y posibilidad de afectaciones leves a los derechos fundamentales	328
E.	Afectación de derechos fundamentales por parte de la Fiscalía General de la Nación	329
1.	Limitación de derechos fundamentales previa autorización del juez de control de garantías	329
2.	Casos de autorización para la limitación excepcional de derechos sin intervención del juez de control de garantías	330
F.	Investigación y acusación	331
1.	Objeto de la investigación	331
2.	Función en relación con la policía judicial	334
3.	Objeto de la acusación	335
IV.	Defensa, imputado y abogado como parte defendida	335
A.	El derecho de defensa	335
1.	Factores temporales	336
2.	Factores materiales	340
B.	Derecho de defensa técnica	342
1.	Derecho a ser asistido por un abogado	342
2.	Derecho a la efectividad de la defensa	343
3.	Derecho al control del proceso por parte del imputado	343
V.	La víctima	344
A.	Concepto de víctima	344
B.	Asistencia y protección de víctimas	346
1.	La protección se brinda a la víctima en sentido estricto	346
2.	Las medidas judiciales para la asistencia, se solicitan a favor de las víctimas en sentido estricto	347
C.	Restablecimiento del derecho, reparación integral y justicia restaurativa	347

D. Derecho a la verdad, la justicia y la reparación	348
1. Reparación integral	349
2. Restablecimiento del derecho	350
3. Justicia restaurativa	350
E. Participación de la víctima y el perjudicado en el proceso penal	352
1. El diseño normativo ha de permitir la intervención desde la investigación	352
2. El diseño normativo ha de permitir la intervención con amplias facultades	353
3. La intervención de la víctima es facultativa.	353
VI. El Ministerio Público	354

CAPÍTULO QUINTO

DEBIDO PROCESO Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD	355
I. El proceso penal y el artículo 29 de la Constitución	357
A. Principio de legalidad	358
B. Juez natural	363
C. Presunción de inocencia	367
D. Favorabilidad	368
E. Derecho a la defensa	371
1. Derecho a la asistencia de un abogado	371
2. Derecho a impugnar la sentencia condenatoria	374
3. Derecho a un proceso público	379
4. Derecho a presentar y controvertir pruebas	381
F. Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas	385
G. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (<i>non bis in idem</i>)	397
H. Restricciones admisibles al <i>non bis in idem</i> . Principio de proporcionalidad	390
II. El proceso penal y los artículos 30 y 31 de la Constitución	393
A. <i>Habeas corpus</i> (art. 30 C. N.)	393
B. <i>Reformatio in pejus</i> (art. 31 C. N.)	398

BIBLIOGRAFÍA	401
--------------	-----

ÍNDICE DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA	409
--	-----

ÍNDICE ONOMÁSTICO	421
-------------------	-----