

**LA IGUALDAD EN EL PROCESO PENAL: UNA MIRADA A TRES
SITUACIONES PROBLEMÁTICAS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.**

OSCAR EDUARDO BENITEZ CERVERA

NELSON JAVIER ANGEL PEREZ

ASESOR:

DR. RICARDO GARZÓN

INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA UNICOC

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

BOGOTÁ D. C.

2015

**LA IGUALDAD EN EL PROCESO PENAL: UNA MIRADA A TRES
SITUACIONES PROBLEMÁTICAS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.**

CONTENIDO

Pág.

<u>INTRODUCCIÓN</u>	4
<u>1. PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO</u>	7
1.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS _____	7
1.2 PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS Y EL JUEZ _____	9
1.3 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA JURISPRUDENCIA _____	12
1.3.1 JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS _____	12
1.3.2 JURISPRUDENCIA SOBRE IGUALDAD DE ARMAS Y EL JUEZ _____	21
<u>2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO</u>	27
2.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO _____	27
2.2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA IGUALDAD DE ARMAS _____	28
2.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA _____	29
2.3.1 JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO _____	29
2.3.2 JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA IGUALDAD _____	35
<u>3. PROBLEMATIZACIÓN: TEMA CARCELARIO Y LIBERTAD PARA PADRES CABEZA DE FAMILIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO</u>	38
3.1 SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE TEMA CARCELARIO Y LIBERTAD PARA PADRES DE FAMILIA _____	38
3.2 PROCESOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE TEMA CARCELARIO Y LIBERTAD PARA PADRES DE FAMILIA _____	41
<u>CONCLUSIONES</u>	44
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	47

INTRODUCCIÓN

En vigencia de la ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal (CPP) colombiano y a lo largo de la historia, los despachos judiciales venían presentando traumatismos de toda índole, en especial por la escasa administración de justicia y la congestión de los mismos, derivando en la creciente delincuencia y la más alta impunidad; sumado a esto, el carácter inquisitivo del sistema donde el Fiscal tenía además de su calidad de parte en el proceso, la posibilidad de dirigir toda una etapa investigativa, *decretar a su arbitrio las pruebas que éste considerara pertinentes y formular acusación si así lo considerara*, dejando en condición de desigualdad al sindicado frente al poder devastador del Estado; *máxime cuando hasta en los artículos 234 y 401 de dicho estatuto, al Juez le estaba permitido el decreto oficioso de pruebas*, haciendo aún más desigual el acceso a la administración de justicia para los presuntos comitentes de las conductas que se consideran contrarias al orden social y legal, y que lesionan bienes protegidos jurídicamente.

En Colombia, como fruto del Acto Legislativo No. 03 de 2002, se propuso un cambio de modelo procesal penal: del antiguo Sistema Penal (normado por la ley 600 de 2000) al actual Sistema Penal Acusatorio (reglamentado por la ley 906 de 2004). En pocas palabras, se pasó de un Código Penal de corte “inquisitivo”, con énfasis en la acusación, a otro de naturaleza “contenciosa” (Acusación-Defensa).

Fue entonces cuando el legislador de la época, en observancia de esta situación y de la necesidad de cambio, asumió una reforma acorde al exitoso sistema acusatorio de raigambre anglosajona, que en su forma exacta, anuncia principios como el de la *igualdad de armas*, que fortalece el derecho de defensa, además de muchas virtudes atribuidas a su categoría. Alfonso Daza (Julio-diciembre de 2009) apuntala: *“El citado principio se encuentra presente en las legislaciones nacional e internacional, en dos sentidos: como regla de juicio dirigida a garantizar*

un debido proceso judicial, y como regla de protección de los derechos fundamentales del imputado” (p. 123).

De acuerdo con estas premisas, el objetivo de este documento académico es abordar tres grandes temas presentes en el proceso penal colombiano: Igualdad, Legalidad y el asunto de la libertad de padres cabeza de familia, teniendo en cuenta los dos primeros principios.

En primera instancia, se encuentra el principio constitucional de igualdad. La igualdad, como principio jurídico (formal, real y fundamental), es un principio, consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991, a través de su art. 13¹, el cual se resume en las siguientes palabras:

Es el derecho de las personas que intervienen en el proceso penal a recibir el mismo trato y las mismas oportunidades, sin discriminación por raza, lengua, religión, origen, opinión política o filosófica. La igualdad obliga a las autoridades a adoptar medidas a favor de los más débiles, por razón de su condición económica, física o mental (Fiscalía General de la Nación, 16 de noviembre de 2006).

Así, el primer capítulo aborda el principio de igualdad jurídica, del que emana el principio denominado “igualdad de armas”, dentro del cual debe hacerse especial énfasis el papel del juez para garantizar su aplicación en el proceso, toda vez que él debe actuar como un tercero imparcial en aquel proceso, en el que son protagonistas el fiscal y la defensa. También es primordial la revisión de la jurisprudencia en torno al principio de igualdad e igualdad de armas.

¹ El art. 13 de la CN, reza: ***Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá que las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.***

Por su parte, el principio de legalidad, como presupuesto del Estado de Derecho, hace referencia a que todas las actuaciones del Estado y sus autoridades deben estar ajustadas a la ley, es decir que la Administración no podrá ir más allá de lo que la ley le permita. Este principio es un componente clave para que el Estado Colombiano se constituya como un Estado de Derecho, pues como ya se mencionó anteriormente, el actuar de este se encuentra limitado por la Constitución y la Ley, y no a merced de los individuos. Por ende, el segundo capítulo habla sobre el principio de legalidad, del que se desprenden: la legalidad del mismo proceso y la del principio de igualdad de armas, y se realiza su correspondiente revisión jurisprudencial.

El tercer tema abordado (tercer capítulo) es el carcelario y de libertad para los padres cabeza de familia, bajo la garantía de los principios en comento. No se puede privar de la libertad a una persona que tenga esa categoría, sin tener en cuenta y agotar la aplicación de los principios de igualdad y legalidad en el proceso penal. Se comentan algunas sentencias y procesos en lo tocante al tema.

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA DE ARMAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

El acogimiento del principio de igualdad jurídica se debe dar en dos sentidos: 1). En el sentido formal, procedimental, o si se quiere adjetivo y, 2). En el sentido real, material, o si se desea, fáctico. Así, el mentado principio de igualdad jurídica tiene un doble propósito: como derecho procesal (debido proceso²) y en la perspectiva de derecho fundamental (ontológico).

Así lo expone Carlos Bernal (s.f.):

En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador (p. 2).

El principio de igualdad impacta de diversas maneras dentro del derecho penal: 1). En el plano procedimental de igualdad de armas, 2). La igualdad de armas en relación con el juez, 3). La igualdad en relación con la jurisprudencia colombiana.

1.1 Principio de igualdad de armas

² La constitución Política de Colombia ha tenido en cuenta el tema probatorio en el Artículo 29 que se cita textualmente: *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. **Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes** al acto que se le imputa, ante Juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, **durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso (Negrilla fuera de texto)**².*

El sistema dispositivo o acusatorio (opuesto a la óptica del sistema inquisitivo) pone particular énfasis en el binomio “fiscal-defensor” como actor principal para balancear las cargas. En esencia, el sistema es ante todo una disputa entre uno y otro contradictorios. ***El contradictorio*** es la instancia por medio de la cual se refutan las pruebas o se contra-argumentan las hipótesis de la otra parte, bajo la garantía de “igualdad de armas”, esto es, de igualdad material de los “medios” con arreglo a los fines del proceso penal. Resulta de capital importancia esta característica, dado que: ***“Las tesis encontradas de las partes permiten una mejor búsqueda de la verdad real de lo acontecido”***³.

Cubillos (2005), define entonces el sistema acusatorio en las siguientes palabras:

El sistema penal acusatorio es un sistema adversarial donde las partes (fiscalía y defensa) *se enfrentan en igualdad de oportunidades* ante un juez imparcial. También pueden intervenir el ministerio público y la víctima. El primero para salvaguardar el orden jurídico y el segundo para que se le garantice la verdad, la justicia y la reparación.

Las pruebas se presentan oralmente con testigos ante el juez, son sometidas a debate y confrontación por las partes quienes se esfuerzan por convencer al juez de su posición.

Ahora, en cuanto al debido proceso, este se respalda de la igualdad de armas a la hora de la puesta en escena de todas las etapas del proceso penal. Por lo tanto, la igualdad debe operar desde el momento de inicio de la investigación hasta el momento del veredicto del juez. Jairo Vergara aduce:

Para que la igualdad sea material, el proceso no solo debe ofrecer a todos los sujetos el disfrute de las mismas oportunidades de intervención, sino también las efectivas

³ *Sistemas Penales*. Recuperado 14/06/2011 de: <http://www.ilustrados.com/tema/5674/Sistemas-Penales.html>

herramientas para defender sus propios intereses. Si alguno de los sujetos procesales está en mejor posición que otro, bien puede tal desventaja no afectar el debido proceso por estar aquella autorizada legalmente, caso en el cual el proceso se ha cumplido conforme a lo perfilado por el legislador; sin embargo sí se puede aducir en tal supuesto la violación del principio de la igualdad si se constata la supremacía de algún sujeto procesal otorgada por la misma ley (p. 43).

Precisa Alfonso Daza (Julio-diciembre de 2009), al respecto:

En el sistema penal acusatorio derivado del Acto Legislativo 02 de 2003 se establece como un imperativo la necesidad de lograr en el proceso penal el principio de igualdad de armas entre las partes intervinientes, lo cual implica para ellas la posibilidad de intervenir en el proceso en condiciones de equidad en lo relativo a derechos, oportunidades, medios de prueba y elementos de convicción. No obstante lo anterior, se evidencia en la práctica jurídica una balanza en contra de la parte defensora y a favor de la fiscalía, con desigualdades flagrantes derivadas de vacíos en el texto legal y de la forma en que los operarios judiciales interpretan el mismo (p. 121).

Finalmente cabe destacar como otro aspecto importante al interior de este principio de igualdad de armas, el ejercicio del derecho a la defensa, que en materia penal contempla dos modalidades: la defensa material y la defensa técnica; en concordancia con el artículo 29 de la Constitución Política.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-127 de 2011 señaló:

“La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de *“igualdad de armas”*, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales.⁴ Para la Corte, el principio de igualdad de armas *“constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección”*.⁵

1.2 Principio de igualdad de armas y el juez

Y es que, precisamente, para la garantía del equilibrio de las partes en la ley 906 de 2004, en su art. 5º, se determina la imparcialidad del juez como principio rector del proceso penal en el sistema acusatorio: Es la obligación de los jueces, en el ejercicio de sus funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, de orientarse por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia. En la práctica (se pretende) que los jueces mantengan un rol imparcial sobre la investigación, acusación y presentación de pruebas (Fiscalía General de la Nación, 16 de noviembre de 2006).

De allí se advierte que la verdad en el proceso constituye un deber ser para el Juez. En consideración a las normas antes citadas y a las obligaciones y facultades que estas otorgan, el legislador a través de la **Ley 906 de 2004**, en

⁴ Sentencia C-617 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

⁵ Sentencia C-1194 de 2005 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

su artículo 361, manifestó: “**Prohibición de pruebas de oficio**. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”, adelantándose de esta forma y adecuando por la misma vía la actuación procesal, para que se orientara al cumplimiento de los principios de igualdad de armas y no intermediación del director del proceso.

Sin embargo, Pérez Pinzón es categórico en aclarar que la prohibición tiene una salvedad para la etapa de juicio oral:

De acuerdo con el artículo 447.2 del Código de Procedimiento Penal, durante el juicio, el juez **puede practicar pruebas de oficio** para individualizar la pena, más exactamente para establecer las condiciones individuales, familiares, sociales, y semejantes del procesado, así como sus antecedentes. **Para ello, puede pedir la designación de un experto con el propósito de que este responda sus peticiones.**

Si frente a la dosificación de la pena puede obrar de oficio, es lógico que también pueda hacerlo respecto de aquello que conduce, tras la declaración de responsabilidad, a la punibilidad (p. 36)

Queda entonces, por virtud del acto legislativo, toda la actividad judicial circunscrita al campo de acción del Juez, llámese de conocimiento o en función de control de garantías. Independientemente de que el sistema adoptado con el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, posea características que lo distinguen frente a sistemas acusatorios de otros países, es claro que el Acto Legislativo implantó el principio acusatorio, que ve en la “*igualdad de armas*” la posibilidad de que las partes, como adversarios, sometan su teoría del caso y sus pruebas a la razonabilidad del Juez, para que este resuelva con justicia.

Ante ello, Alfonso Daza (Julio-diciembre de 2009), comenta relativo a la posibilidad del juez de decretar o no pruebas de oficio para posibilitar la igualdad de armas:

Sobre la prohibición de decretar pruebas de oficio por parte del juez, consideramos que únicamente el juez de control de garantías, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del procesado, podría decretar una prueba de oficio, y el juez de conocimiento, únicamente cuando fuere indispensable para establecer la inocencia del procesado (p. 142).

1.3 Principio de igualdad y la jurisprudencia

La diversa jurisprudencia respecto del tema de la igualdad y de la igualdad de armas proviene principalmente de la Corte Constitucional que, con sus sentencias, defienden el principio constitucional de la igualdad jurídica de armas.

En consonancia a esta premisa, explica Alfonso Daza (Julio-diciembre de 2009):

Para el caso colombiano, la doctrina, la jurisprudencia y las propias instituciones judiciales e investigativas coinciden en afirmar que en el marco del proceso penal las partes enfrentadas, esto es, la fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales (p. 127).

Realizando una detallada exploración, se reseña la siguiente jurisprudencia sobre los subtemas: 1). Principio de igualdad de armas, 2). Principio de igualdad de armas y el juez.

1.3.1 Jurisprudencia sobre el principio de igualdad de armas

Comenta la Sentencia C 052 de 1993, en referencia a la vulneración del principio de igualdad del Decreto 1833 de 1992 (Estado de Conmoción Interior):

El decreto 1833 de 1992 no viola el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, por cuanto la garantía que en él se consagra se aplica y rige para todas las personas que se encuentren en el mismo supuesto de hecho, es decir, para todos los "testigos"..."no es un parámetro formal de valor de toda persona ante el derecho, así como tampoco un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades" (Sent. T-432).

Los preceptos revisados tendrían que haber sido declarados inconstitucionales por la Corte si esta hubiera sido coherente con su propia jurisprudencia en materia de igualdad ante la ley (art. 13 C.N.), pues respecto de personas ubicadas en la misma condición (autores o partícipes en la comisión de los mismos delitos) dan a unos el trato de reos, llevando hasta su conclusión el proceso penal, al paso que benefician a otros, mediante el compromiso de no iniciar jamás, por esos hechos, acción ni investigación alguna contra ellos. Esta discriminación, por injusta, es también inconstitucional, pues desconoce uno de los valores fundantes de la Carta, proclamado desde su Preámbulo.

En la Sentencia, C 150 de 1993, atinente a la contradicción de la prueba, como parte de los elementos de la igualdad de armas expone (citado por Isaías Rodríguez y Julio Cesar Bohórquez, diciembre de 2011):

De la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

A su turno, la Sentencia C394 de 1995, refiere el concepto del principio de igualdad jurídica en el sistema penal. Se demandan 51 artículos de la ley 65 de 1993 por la cual se expidió el Código Carcelario y Penitenciario.

Sostiene el demandante que resultan inconstitucionales varias de las facultades que la ley 65 de 1993 otorga al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y a los directores de establecimientos carcelarios. Otro de los temas tratados en la demanda se refiere a la clasificación y trato diferenciado en el régimen carcelario, y en él se hace un análisis comparativo entre los derechos que la Constitución Política instituye para todas las personas y su valor y ejercicio dentro de los centros carcelarios.

Considera el actor, que las normas acusadas que hacen parte de este tema resultan violatorias de los artículos 12 (derecho a no ser sometido a tratos o penas crueles e inhumanos), 13 (derecho a la igualdad), 15 (derecho a la intimidad y al buen nombre), 42 (derecho a la protección especial de la familia como núcleo fundamental de la sociedad), 44 (derechos fundamentales de los menores), 45 (derechos especiales de los adolescentes), 47 (derecho a tener acceso a las políticas de rehabilitación e integración social) y 50 (derecho de los menores a la seguridad) de la Constitución Política.

Un tercer tema, hace referencia a la violación o limitación del ejercicio de varios de los derechos fundamentales de los reclusos. El cuarto tema que trata la demanda hace referencia a ciertas normas atinentes al régimen disciplinario, que se acusan de inconstitucionales por atentar supuestamente contra los derechos fundamentales de la población carcelaria.

Ante esta argumentación, la Corte considera:

La igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Además, la norma funda la distinción-que no es lo mismo que discriminación⁶- en motivos razonables para lograr objetivos legítimos, tales como la seguridad, la resocialización y cumplimiento de la sentencia, que tienen notas directas de interés general y, por ende, son prevalentes. Luego no se trata de una discrecionalidad radical, sino tan sólo de un margen razonable de acción, precisamente para que se cumplan la ley y la sentencia [...]

En cuanto al inciso segundo del artículo 22 del Código Penitenciario y Carcelario (Penitenciarías)⁷, que clasifica los centros de reclusión en establecimientos de alta, mediana y mínima seguridad, consagrando así una diferencia de categorías, hay que advertir que no por el hecho de distinguir y clasificar se está discriminando. Antes bien, en este caso la clasificación brinda condiciones de seguridad -incluso para los mismos reclusos-, elemento esencial del orden público, que constituye un derecho de la sociedad y un deber del Estado. Las observaciones sobre la igualdad, que no es sinónimo de identidad absoluta, valen también aquí. A veces las mismas condiciones de trato ante situaciones y exigencias diversas, pueden llegar a ser injustas, sobre todo cuando se trata de proteger la seguridad de la vida de los internos, y la seguridad y tranquilidad de los miembros de la sociedad civil.

Respecto de la reclusión de servidores públicos, determina la Corte Constitucional:

⁶ Ley 65 de 1993 (Código penitenciario y carcelario): *Artículo 3o. IGUALDAD.- Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica... Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria.*

⁷ *Las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos. Los centros de reclusión serán de alta, media y mínima seguridad (establecimientos abiertos). Las especificaciones de construcción y el régimen interno establecerán la diferencia de estas categorías. Las autoridades judiciales competentes podrán ordenar o solicitar respectivamente, al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que los detenidos o condenados sean internados o trasladados a un determinado centro de reclusión en atención a las condiciones de seguridad.*

En lo que respecta a los ex servidores públicos de que trata la frase final del primer inciso del artículo 29⁸, advierte la Corte que la norma debe interpretarse de una manera racional, es decir que el beneficio en ella contemplado cobija solamente a quienes hayan desempeñado los cargos mencionados en el artículo 29 con una antelación razonable; de lo contrario se estaría constituyendo un fuero vitalicio en favor de quienes en algún momento desempeñaron alguno de los cargos, de los señalados en la norma, lo cual a todas luces constituiría un privilegio y por ende una ostensible discriminación frente al resto de los ciudadanos, con violación del artículo 13 de la Carta Política. Por consiguiente, en estos casos la autoridad judicial competente y el director del INPEC deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del C.C.A.

Otra Sentencia referente al tema de la igualdad de las personas ante los tribunales y la posibilidad de que la ley consagre trato diferente a diversos sujetos jurídicos es la Sentencia C273 de 1998; en este caso, lo tocante al trato jurídico procesal entre las víctimas y los agresores de la violencia doméstica. Se demanda pues el art. 15 de la ley 294 de 1996⁹. Esta ley tiene por objeto asegurar la armonía y la unidad familiares, para lo cual diseña un procedimiento judicial rápido, informal y sumario, al alcance de todas las personas, y que está destinado a obtener una orden de protección en beneficio de las víctimas de la violencia doméstica.

⁸ (Código Penitenciario y Carcelario). Artículo 29. **RECLUSIÓN EN CASOS ESPECIALES.-** Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los ex servidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

PARAGRAFO. Las entidades públicas o privadas interesadas podrán contribuir a la construcción de los centros especiales. En el sostenimiento de dichos centros, podrán participar entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro.

⁹ Ley 294 de 16 de julio 1996: Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. **Artículo 15.** Si el agresor no compareciere, sin justa causa, a la audiencia se entenderá que acepta los cargos formulados en su contra. Si la víctima no compareciere, se entenderá que desiste de la petición, excepto si la víctima fuere un menor de edad o un discapacitado, casos en los cuales no podrá haber desistimiento.

Al respecto de la igualdad, advierte la Corte Constitucional:

Si bien el Legislador puede establecer consecuencias jurídicas diferentes a los sujetos procesales en un cierto momento procesal, esas diferencias de trato deben tener un sustento objetivo y razonable muy claro, ya que todas las personas son iguales ante la administración de justicia.

El incumplimiento de los deberes constitucionales de protección de las autoridades puede comportar la inconstitucionalidad de una disposición. De un lado la Corte examinó si se justifica constitucionalmente el trato jurídico, en apariencia diferente, que la norma consagra para el agresor y para la víctima de la violencia familiar, en caso de inasistencia a la audiencia de conciliación. De otro lado, fue necesario estudiar si el desistimiento tácito, o la presunción de desistimiento que prevé la disposición impugnada, desconoce la obligación que tiene el Estado de proteger los derechos de la familia y de promover las condiciones para favorecer la igualdad material (CN arts. 13 y 42).

En cuanto al principio de “presunción de inocencia” como regla básica sobre la carga de la prueba, habla la Sentencia C774 de 2001. Alfonso Daza (Julio-diciembre de 2009) cita la enunciada Sentencia:

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la

realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

Otro elemento capital de la igualdad de armas es el de la posibilidad de contradicción de la prueba en cualquier etapa del proceso penal (Sentencia C830 de 2002):

Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento de acceso a la justicia, el debido proceso, y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los art. 229, y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumplan la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

De forma análoga, la Sentencia C799 de 2005, habla del Derecho a la defensa como parte de la igualdad de armas:

...fuerza es concluir que la activación del derecho de defensa no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiriera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado...

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación establecida en el artículo 8° de la ley 906 de 2004, si se interpreta en el entendido de que el derecho

de defensa sólo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa.

Por último, para cerrar este apartado, se analiza la Sentencia C 127 de 2011. Este pronunciamiento de la Corte Constitucional, trata los temas de: Derecho a la defensa en materia penal y su correlación con el principio de igualdad de armas. Se demanda la constitucionalidad de dos artículos de la ley 906 de 2004 (art. 267¹⁰ y art. 287¹¹). De esta demanda emanan dos problemas jurídicos, a saber:

1. Determinar si el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, violatoria del derecho de defensa (artículo 29 CP), del derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 CP) y de la dignidad humana y de garantías reconocidas en tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad, al no prever en el artículo 267 de la Ley 906 de 2004, la posibilidad de que el ciudadano solicite su propia audiencia de formulación de imputación.
2. Establecer si el artículo 287 de la Ley 906 de 2004, al no prever un término específico para que la Fiscalía formule la imputación, distinto al de prescripción de la acción penal, desconoce los mismos postulados.

La Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 267 y 287 de la ley 906 de 2004, interpuesta por una ciudadana que considera que el

¹⁰ **LEY 906 DE 2004, ARTÍCULO 267. FACULTADES DE QUIEN NO ES IMPUTADO.** *Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquél o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Igualmente, podrá solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.*

¹¹ **LEY 906 DE 2004, ARTÍCULO 287. SITUACIONES QUE DETERMINAN LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN.** *El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.*

legislador, al expedir el artículo 267 demandado, incurrió en una supuesta omisión legislativa relativa, violatoria del derecho de defensa (Principio de Igualdad de Armas), acceso a la justicia y la dignidad humana, al atribuir exclusivamente al Fiscal la competencia para solicitar la audiencia preliminar de formulación de imputación, sin prever una oportunidad para que el indiciado pueda solicitar tal audiencia, en procura de la garantía de sus derechos a ser oído desde la iniciación de la investigación, y que el art. 287 de dicha norma vulnera los mismos postulados, porque al no prever un término razonable de duración de la indagación preliminar, por parte de la Fiscalía, distinto al de prescripción de la acción penal, somete al indiciado indefinidamente a las molestias propias de este tipo de investigaciones.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional consideró, en relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “*igualdad de armas*”, que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales. Para la Corte, el principio de igualdad de armas:

Constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es *adversarial*, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Determinó la Corte que el Congreso tiene un amplio margen de configuración normativa para la determinación de los procedimientos judiciales y administrativos,

pues en el diseño propio de los Estados Democráticos, al legislador no sólo le corresponde hacer la ley, expresión de la voluntad popular dirigida a regular las conductas humanas como instrumento de convivencia civilizada y pacífica, sino también la determinación de los procedimientos y actuaciones que deben surtirse ante los jueces para la defensa de las libertades y derechos ciudadanos o para la mediación estatal en situaciones de conflicto.

1.3.2 Jurisprudencia sobre igualdad de armas y el juez

Para abordar el tema, la Sentencia C 396 de 2007, merece un examen exhaustivo, dado que la misma contiene la esencia del sistema procesal penal acusatorio en consideración del principio de igualdad de armas y la figura del juez. En primera medida, es categórica en relación a la instrumentalización del principio de igualdad de armas (citada por Alfonso Daza, Julio-diciembre de 2009):

La aplicación del principio de igualdad de armas en el proceso penal hace parte del núcleo esencial de los derechos al debido proceso y de igualdad de trato jurídico para acceder a la justicia (artículos 29, 13 y 229 de la Constitución), según el cual las partes deben contar con medios procesales homogéneos de acusación y defensa, de tal manera que se impida el desequilibrio entre las partes y, por el contrario, se garantice el uso de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (p. 127).

De otra parte, aborda la Corte Constitucional el tema de la imparcialidad del juez en el proceso penal. En este sentido, debe la Corte estudiar la constitucionalidad del artículo 361 de la ley 906 de 2004 ya que los demandantes sostienen que la prohibición de la iniciativa probatoria consagrada en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 desconoce que la Constitución encomendó al juez la búsqueda de la verdad y la concreción de la justicia material en el proceso penal, pues sólo si se conoce lo realmente ocurrido puede hacerse justicia en el caso concreto. De esta forma, se preguntan si, como lo ha dicho la misma Corte, el juez en el sistema

penal acusatorio no es un árbitro, ¿cómo puede averiguar la verdad, hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, hacer justicia y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales, si la ley limita su capacidad de raciocinio respecto de los hechos? Por esas razones consideran que la norma acusada debe ser declarada inexecutable.

Se demanda la inconstitucionalidad de la prohibición contenida en el Artículo 361 del Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004); el argumento defendido por la parte demandante indica, que ninguna ley puede limitar al juez en la búsqueda de la verdad, pero más importante aún es que ninguna ley puede restringir al juez en la protección de los derechos fundamentales y menos desconocer el principio de independencia judicial, *imponiendo el derecho procesal sobre el sustancial*, que lo que se logra con esta norma es hacer del juez un mero arbitro y adicionalmente le impide al ciudadano la consecución de una justicia material negando con ello el acceso a una efectiva administración de justicia.

Se presume que la pasividad judicial en materia probatoria favorece la igualdad de trato jurídico entre los sujetos procesales y, en especial, *lo que la doctrina especializada ha denominado la igualdad de armas en el proceso penal*. Dicho de otro modo, la prohibición demandada tiene por objeto evitar situaciones de privilegio o de supremacía de una de las partes, de tal suerte que se garantice la igualdad de posibilidades y cargas entre las partes en las actuaciones penales cuya característica principal es la existencia de contradicción.

Para resolver el problema la Corte aborda el estudio de cuestiones discutidas a lo largo de la historia jurídica. Al resolver el problema jurídico la Corte consideró si: ¿la búsqueda de la verdad debe ser un objetivo o una finalidad inescindible en el proceso penal?, ¿cuál es la función de la prueba en la búsqueda de la verdad?, ¿cuál debe ser el rol del juez en la búsqueda de la verdad?

Para responder a ello, la Corte estudió particularmente.

1. Si la consecución de la verdad tiene connotaciones constitucionales y por tal motivo debe ser protegida por el juez.
2. ¿Cuál debe ser la postura del juez dentro del proceso y enfáticamente en la protección los derechos en pugna?
3. ¿Qué debe ponderar el juez en el sistema acusatorio, ¿la obtención de la verdad? ó ¿la protección de los derechos fundamentales?
4. Por último, concluir si el legislador puede establecer esa prohibición o si afecta con ella el núcleo esencial de derechos e intereses fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Frente al primer punto no hay un criterio unificado sobre las diferentes vertientes o concepciones de la verdad en el proceso penal, lo que se tiene claro es que el fin último de todo proceso penal en el mundo es la consecución de la verdad y por intermedio de ella administrar justicia en debida forma y que es un deber del Estado, por intermedio de sus agentes, particularmente de los jueces, la obtención de estos cometidos. Advierte para ello la Corte que:

Sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado Social de Derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal.

Dejando establecido lo anterior, la Corte analiza de qué manera trabaja el ordenamiento jurídico colombiano para acercar la verdad fáctica a la procedimental y jurídica de tal manera que logre en determinado momento la

verdad verdadera; para ello analizan entonces los siguientes aspectos que pueden ser determinantes y que dan solución al segundo punto de análisis de la corte que se centra en el estudio de los límites constitucionales en la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

Se dijo por parte de la Corte, que existen dos formas importantes de administrar justicia por parte del Estado: en la primera se suele buscar la verdad a toda costa y sin el respeto de las garantías fundamentales que son avasalladas por el aplastante poder del Estado, y las segundas, que deberán respetarse todas las garantías de las partes en el proceso sin importar el extremo que ellas ocupen, y señala la Corte que la Constitución de 1991 está diseñada con base en esta última forma.

Que lo anterior ha sido óbice en repetidas ocasiones para que no se pueda administrar justicia en debida forma, *toda vez que la constitucionalización del proceso ha permitido que se altere la verdad con garantías como las de prohibiciones probatorias, generando un desbalance y un enfrentamiento constante entre eficientismo y garantismo.*

Concluye, además, que la obtención de la verdad no es límite en sí del proceso penal sino que esta aunada al respeto de las garantías del debido proceso y de los principios rectores del derecho penal, y que para resolver esta tensión se hace necesario recordar y tener en cuenta que existen cuatro sistemas procesales como son: *i. Inquisitivo ii. Dispositivo iii. Acusatorio y iv. Mixto.*

Para el caso colombiano, el acto legislativo 03 de 2002 ya analizado, hizo una clara separación de las funciones y etapas de investigación y juzgamiento para que de esta manera fuese la fiscalía la encargada de la primera y el juez de la segunda parte.

Se diferencia entonces los actos de investigación de los actos de prueba, donde los actos de investigación están a cargo de la fiscalía, el ministerio público y la víctima, con el respectivo control del juez en función de control de garantías y los actos de prueba se efectúan por las partes frente al juez de conocimiento para allegar los actos de investigación al proceso y de esa manera obtener la verdad de los sucesos y verificar la teoría e hipótesis del respectivo caso. *Es necesario hacer claridad sobre la obligación y responsabilidad de los extremos de demostrar su teoría y desvirtuar la de su opuesto procesal y que para ningún efecto debe el juez asumir alguna de esas facultades.*

Lo que la Corte no pasa por alto, es que en el ordenamiento jurídico colombiano el juez no es un mero arbitro, ya que tiene la obligación de ser guardia constitucional e inclusive, en el derecho comparado, *se demuestra que otros países, que adoptaron el mismo sistema, aún conservan la intervención probatoria del juez sin que se desarticule la estructura acusatoria propia del proceso.*

Además, reflexiona la Corte que la prohibición como tal sólo se le aplica al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, y de juicio y que es en el mismo código, en el libro séptimo del régimen de implementación donde se enmarca la misma. *Que el juez, en función de control de garantías, mantiene la facultad probatoria y la hace aplicable en ausencia de regulación al respecto y ello no quebranta entonces el principio de igualdad de armas, ya que en esa etapa el juez cumple con la función de garantizar la investigación y la protección de derechos y libertades que pueden ser lesionadas.*

En conclusión, las consideraciones, decisiones y fallos de la Corte, al tenor del principio Constitucional de igualdad previsto en el art. 29, y coherente con el sistema penal adversarial instaurado con la ley 906 de 2004, deben certificar la aplicación del principio de igualdad de armas a lo largo de todo el proceso penal. En este sentido, no está bien visto que se permita al juez el decreto oficioso de

pruebas y que el proceso penal, debe ser garantista, en razón a que están de por medio derechos constitucionales como: la libertad del acusado, la oportunidad de conocer la verdad por parte de la sociedad, la reparación a la(s) víctima(s) y, por sobre todo, se debe permitir a ambas partes (fiscal y defensor) el acceso real a la administración de justicia para no afectar la igualdad de armas.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Comenta la Carta Magna Colombiana, en el art. 29, inciso 2º: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las normas propias de cada juicio”.

Al tenor de esta premisa, la Doctora Claudia Patricia Orduz Barreto (enero-junio de 2010) se refiere al origen del principio de legalidad de la siguiente manera:

El principio de legalidad surge por la necesidad del hombre de lograr la protección de sus derechos, es decir, por el anhelo de ser respetado como persona; pero, para obtener el amparo de la legalidad se debió luchar contra aquellos que ostentaban el poder, que eran la minoría, pero que en todo caso dominaban y vulneraban los derechos de los oprimidos, tal situación llevó a que en la evolución de la humanidad se observen revoluciones que permiten la consagración en algunos documentos de las limitaciones que se imponen a quienes ostentaban el poder (p. 103).

Luego, el principio de legalidad desciende a los siguientes temas: 1). A la legalidad del mismo proceso, 2). A la legalidad del principio de igualdad de armas y, 3). A la revisión jurisprudencial del principio de legalidad.

2.1 Principio de legalidad en el proceso

La legalidad como principio es inherente al proceso penal, el artículo 6º de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) reitera el precepto de la Constitución Nacional precisando que nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio

De acuerdo con el profesor Gerardo Barbosa Castillo, el principio de legalidad en el proceso penal debe entenderse desde dos perspectivas: una formal en lo que tiene que ver con el acatamiento estricto del rito procesal y lo relacionado con la competencia y, por otro lado, una material, que le da importancia al método legal utilizado asegurándose de que sea el más acertado y conforme a sus fines.

Esta segunda perspectiva de la que habla el profesor Barbosa es muy importante porque con ella se ha dado paso a un concepto más amplio en la aplicación del principio de legalidad, pues no solo se trata del cumplimiento de las etapas del proceso, sino que también se han establecido otros mecanismos tales como el principio de oportunidad que no es otra cosa que otorgar beneficios al procesado por colaboración, los preacuerdos, las rebajas de pena por aceptación de cargos, entre otros.

2.2 Principio de legalidad en la igualdad de armas

La igualdad de las armas representa el equilibrio que tienen las partes dentro de un proceso, allí entran en juego la equidad y la justicia asegurando un proceso homogéneo tanto para el acusado como para el ente acusador.

Sin embargo, hay quienes exponen que esta igualdad no es del todo cierta, que existen ciertos beneficios hacia el ente acusador que en nuestro país se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, se entiende que este órgano inicia la investigación ocultándola al involucrado, es decir, que una vez se tiene la noticia criminal, el ente da aviso a la persona sobre la investigación que se lleva en su contra de manera inmediata.

Por otro lado, también se habla de que esta igualdad es relativa en lo que tiene que ver en las condiciones de las partes, pues por un lado la Fiscalía es un órgano poderoso con muchas herramientas a su disposición como; recursos económicos, tecnológicos, laboratorios especializados, entre otros, mientras que el acusado es

probable que carezca de todas estas herramientas inclusive en muchos casos ni posee los recursos para pagar un abogado y debe acudir al que el Estado le suministre. No obstante, si es importante decir que la carga de la prueba está en manos de la Fiscalía, por eso se hace necesario la utilización de toda esa indumentaria con el fin de probar lo que se le acusa al individuo. Este es un debate que queda abierto, pues muchos consideran que la igualdad de armas es un tema ficticio dentro del proceso penal.

2.3 Principio de legalidad y la jurisprudencia

Se presenta la jurisprudencia, agrupada en los dos subtemas: 1). Principio de legalidad en el proceso y, 2). Principio de legalidad de la igualdad.

2.3.1 Jurisprudencia sobre el principio de legalidad en el proceso

En la Sentencia C 843 de 1999, la norma objeto de demanda es inconstitucional porque desconoce y vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, teniendo en cuenta que no incluye las disposiciones procedimentales necesarias para que se puedan imponer y cumplir las penas previstas en ese precepto legal.

De acuerdo con el análisis realizado por la Corte en este caso, traen nuevamente algunas definiciones del principio de legalidad las cuales ya han sido reiteradas en otras sentencias, sin embargo y cabe resaltarlo, es esta providencia se hace énfasis en lo que tiene que ver con la responsabilidad penal imputable a una persona jurídica¹².

¹² Enuncia la Sentencia C 843 de 1999: *La sola circunstancia de ser "involucrado" a unos hechos que son punibles no puede constituir un tipo penal, ni tampoco ser la conducta punible como tal. Atribuir a esa situación la consecuencia según la cual el juez "puede" imponer al sujeto "sanciones privativas de la libertad" lleva, ni más ni menos, a dejar en blanco tanto la conducta punible como la pena misma. Y eso es claramente inconstitucional.*

La indeterminación parcial del procedimiento para el juzgamiento de las personas jurídicas también desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, por la inexistencia o ausencia de las "formas propias de un juicio" definidas en "leyes preexistentes", las cuales son necesarias para poder investigar y juzgar a alguien -sea persona natural o persona jurídica

El juez constitucional encuentra que la ley objeto de demanda claramente va en contravía de los preceptos Constitucionales, al carecer esta Ley de un procedimiento claro para ejecutar o llevar a cabo un proceso penal en el cual se encuentra involucrada una persona jurídica, dejándole al Juez la posibilidad de aplicar un procedimiento a su libre arbitrio vulnerando de manera expresa el principio de legalidad.

No quiere decir lo anterior y en esto es enfático el tribunal constitucional que al considerar inexecutable esta norma, no se desconoce la responsabilidad en materia penal que tienen las personas jurídicas, pues estas no están exentas de incurrir en conductas delictivas, inclusive aquellas que puedan causar un daño grave a la comunidad o afectar bienes jurídicos como el medio ambiente, no obstante la creación de estos tipos penales deben ir de la mano con el principio de legalidad, por lo que es indispensable que se incluyan claramente estas conductas y por otro lado, se establezcan los procedimientos para imponer las penas y sanciones.

A su turno, en la Sentencia C 710 de 2001 el problema jurídico que para este caso plantea la Corte es la necesidad de esclarecer si la remisión que hace el Congreso, en uso de su facultad legislativa, a un decreto reglamentario en el que se fija un procedimiento administrativo para la imposición de sanciones a quienes incurran en las conductas antijurídicas previstas por la Ley 99 de 1993, viola el principio de legalidad contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política.

En esta sentencia la Corte infiere que el principio de legalidad tiene una doble condición y lo explica en este sentido:

por la comisión de un hecho punible. En efecto, conforme a la Carta, para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts. 28 y 29). Por ende, para que puedan sancionarse penalmente a las personas jurídicas, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable.

El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

También expone el principio de legalidad como un aspecto básico y fundamental en un Estado

La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será/ legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

La Corte concluye que conforme a lo prescrito por la Constitución los límites impuestos al legislador bajo la reserva de ley son de un lado la identificación de temas frente a los cuales no puede conferir facultades extraordinarias y del otro, frente a los principios que integran el contenido material del principio de legalidad como garantía del juzgamiento de personas. No es posible inferir de la reserva de ley que una remisión o envío que el mismo legislador, en este caso el ordinario en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa, hace a otro texto sea de suyo inexequible¹³.

¹³ Comenta la Sentencia C 710 de 2001: *La constitución de 1991 ha mantenido tal cláusula general de competencia en el Congreso, por lo cual esta rama del poder tiene la facultad de desarrollar la Constitución y regular legislativamente la vida del país, no sólo en ejercicio de las atribuciones que expresamente le confiere la Carta, sino también en aquellas materias que no hayan sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. Se trata pues de una competencia amplia pero que*

Entre tanto, la Sentencia C 592 de 2005 presenta la demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” contenida en el inciso final del artículo 6°, “La protección de los testigos y peritos que pretenda presentar la defensa será a cargo de la Defensoría del Pueblo” contenida en el numeral 6° del artículo 114 y contra los artículos 127, 291, y 287 de la ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Para el actor estas expresiones desconocen el principio de favorabilidad en materia penal y en consecuencia se vulneran los artículos 1, 2, 29, 84, y 94 superiores. En tanto que, para la Corte, es necesario definir el principio de legalidad y el de favorabilidad en materia penal y precisar el significado que se la ha dado a cada uno en la jurisprudencia, para el tema que estamos tratando en este escrito se hará referencia solamente a lo que la Corte se refiere en cuanto al principio de legalidad:

Esta Corporación ha señalado que en el Estado de Derecho el principio de legalidad se erige en principio rector del ejercicio del poder. En este sentido ha dicho esta Corporación “no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley”

En materia penal dicho principio comporta varios elementos que la doctrina especializada reconoce como “los principios legalistas que rigen el derecho penal, los cuales define de la siguiente manera:

no por ello deja de ser reglada, porque está limitada por la Constitución. Así el Congreso no puede vulnerar los derechos de las personas, ni los principios y los valores constitucionales. Tampoco puede el Congreso desconocer las restricciones que le ha establecido la Constitución, ya sea de manera expresa, como sucede con las prohibiciones del artículo 136 superior, ya sea de manera tácita, al haber reservado ciertas materias a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado.

“...nullum crimen sine praevia lege: no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley; nulla poena sine praevia lege: esto es, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; nemo iudex sine lege: o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; nemo damnatur nisi per legale iudicium, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal”.

Para la Corte, el principio de legalidad se consolida como uno de los grandes triunfos del constitucionalismo por que garantiza la seguridad jurídica a los gobernados en razón a que estos tienen acceso a toda la información correspondiente al proceso que se pueda estar llevando en su contra, evitando así cualquier arbitrariedad por parte de las autoridades judiciales. Con este principio, señala la Corte, se protege la libertad individual y se asegura la igualdad de las personas ante el poder punitivo estatal.

De igual forma, la Corte precisa que este principio de legalidad en el ámbito penal tiene varias dimensiones y alcances, una de ellas es la reserva legal la cual quiere decir que le corresponde al legislador establecer las conductas punibles y no competencia de los jueces o las autoridades judiciales, el objetivo principal de lo anterior es que la imposición de una pena se derive única y exclusivamente de aquellos que representan sin dar cabida a cualquier apreciación personal o subjetiva de los jueces.

Otro de los alcances de este principio es el de la prohibición de la retroactividad de las leyes, es decir que no se podrá sancionar una conducta si no está previamente tipificada como delito en la ley, y esta ley debe ser anterior al comportamiento delictivo.

Para la Corte estos alcances no son suficientes para los casos en los que la conducta no encuadra exactamente dentro de las definiciones dadas por la ley para configurarla como delito, es allí donde se hace necesario complementar el

alcance del principio de legalidad con el principio de taxatividad o tipicidad de acuerdo con el cual los delitos deben ser no solo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley para que de esta manera el papel del juez penal se limite a verificar si la conducta encuadra dentro de la descripción dada en la ley. Solo así el principio de legalidad cumple verdaderamente su fin esencial.

Desde otro frente, la Sentencia C 444 de 2011, examina la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 628 (parcial) de la Ley 1407 de 2010, por la cual se expide el Código Militar. La demandante alude a que el mencionado artículo vulnera el principio de legalidad establecido en el artículo 29 de la Carta Política dado que este estableció que regirá para los delitos cometidos con posterioridad al primero de enero de 2010, cuando la norma se expidió y publicó el 17 de agosto de 2010, es decir posterior a las conductas objeto de sanción.

Estamos entonces frente a un caso en donde se evidencia claramente que el mencionado artículo vulnera la prohibición de retroactividad de la aplicación de la ley, tema que ya fue mencionado con anterioridad en este escrito y que la Corte lo trae de la siguiente manera:

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 15-1[7], como la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 9[8], se refieren en forma particular y explícita a la preexistencia de los delitos y sus respectivas sanciones. En nuestra Carta, este principio cobra especial sentido en materia sancionatoria y, en consecuencia, irradia sus efectos tanto a nivel procedimental como sustancial. Así, tanto las conductas que se prohíban como las sanciones que se impongan en caso de su transgresión deben ser especificadas de manera previa al acto que se juzgue, con lo cual se impone una reserva de ley en materia de penas y sanciones. De igual manera ocurre en aspectos como la competencia de los jueces y normas de procedimiento relativas a las formas de cada juicio, las cuales deben estar previstas en una ley de forma previa a su aplicación.

Y es que aún para la aplicación del principio de favorabilidad, se requiere que las dos normas susceptibles de ser aplicables se encuentren plenamente vigentes, en punto a elegir una u otra en favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición. Lo anterior, en razón a que la aplicación del principio de favorabilidad es de carácter excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia.

2.3.2 Jurisprudencia sobre el principio de legalidad de la igualdad

La Sentencia C 200 de 2002 manifiesta que el principio de legalidad en el campo penal se erige como un principio rector del ejercicio del poder, en ese sentido no *existe facultad o función que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa y precisa en la ley.*

La Corte hace referencia a que la jurisprudencia ha señalado en diferentes ocasiones que para imponer sanciones penales, “no basta que la ley describa el comportamiento punible, sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (CP arts.28 y 29)”. Por ende para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos.

Aparece la Sentencia C-1154 de 2005, en la que uno de los problemas jurídicos planteados en esta sentencia es si se viola el régimen constitucional del principio de oportunidad con el artículo 79 de la ley 906 de 2004 al no ordenar que el archivo de las diligencias no sea objeto de revisión por parte del juez de control de garantías.

La Corte precisa que el principio de legalidad se estableció como regla general que orienta el sistema acusatorio regulado en la ley 906 de 2004 y que este

principio establece para el ente acusador, la Fiscalía General de la Nación la obligación de ejercer la acción penal y realizar la investigación de los hechos que sean característicos de un delito que llegue a su conocimiento por cualquiera de los medios que la ley ha dispuesto para ello y no podrá suspender, interrumpir ni renunciar la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por el Juez de control de garantías.

En ese orden de ideas, la Corte concluye que la regla general es el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal y la excepción es el principio de oportunidad. Este en nuestro sistema es reglado. Dijo esta Corte:

Al respecto es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte de juez que ejerza las funciones de control de garantías.

La Corte hace énfasis en que no se debe confundir el principio de oportunidad con el archivo de las diligencias, porque son dos figuras diferentes.

Entre tanto, la Sentencia C 456 de 2006, el problema jurídico planteado por la Corte es estudiar o mejor determinar si el artículo objeto de demanda vulnera abiertamente los derechos del sindicado o procesado a la libertad personal, al ejercicio de su derecho a la defensa, y viola el principio de la doble instancia, consagrados en los artículos 28, 29 y 31 de la Constitución Política.

En aras de resolver lo anterior, la Corte efectúa un análisis previo de lo que ver con la libertad individual señalando que es claro que la privación o restricción de la libertad que materialmente se ejecuta por funcionarios de la rama ejecutiva del

poder público, no queda a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador.

También se deduce de lo expuesto que el Constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados supuestos, ese derecho fundamental es susceptible de limitación; empero, los casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal¹⁴.

El principio de legalidad, conforme el inciso 2º del art. 29 de la Constitución Política de Colombia, ha de garantizar la legalidad como tal de la norma que regla el proceso penal (ley 906 de 2004) y respetar así la legalidad de la igualdad de armas, bajo el debido proceso y la libertad de la persona. La legalidad también debe estar presente en la aplicación del principio de oportunidad y de la figura del *habeas corpus*.

¹⁴ *Que el motivo de la privación de la libertad sea previamente definido por la ley, es realización concreta del principio de legalidad, en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual; y, que se realice luego de cumplido lo anterior la privación de la libertad con la plenitud de las formalidades legales, supone que quien la ejecuta se someta a ellas para respetar, además de la libertad, la dignidad personal.*

3. PROBLEMATIZACIÓN: TEMA CARCELARIO Y LIBERTAD PARA PADRES CABEZA DE FAMILIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Teniendo en cuenta los dos principios contenidos y tratados en los dos anteriores capítulos (igualdad y legalidad), se aborda específicamente el tema carcelario y de libertad para padres cabeza de familia, desde el punto de vista de 5 fallos: 1). Tres sentencias de la Corte Constitucional y, 2) Dos Procesos de la Corte Suprema de Justicia. Es importante abordar este tema, pues resulta un caso particular de vulneración exacta de los principios de igualdad y legalidad, lo cual ha originado pronunciamientos vitales de las dos Cortes en mención, a favor de la protección de derechos fundamentales de los acusados como la libertad y de la prevalencia de los derechos de los menores de edad.

3.1 Sentencias de la Corte Constitucional sobre tema carcelario y libertad para padres de familia

La Sentencia C- 591 de 2005 relaciona todos los componentes que trae el nuevo sistema penal acusatorio al país, en especial el papel que desempeñará la Fiscalía como ente acusador en cuanto a sus fines.

El examen sistémico de la reforma al proceso penal Colombiano evidencia que la actividad investigativa de la Fiscalía se encamina a la consecución de los siguientes fines: a) la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos, b) la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado, c) la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas, d) la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba y e) el recurso, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de

oportunidad, de tal suerte que, al igual que sucede en el modelo americano, solo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, aproximadamente un 10% con el fin de no congestionar el sistema penal.

En la Sentencia C 318 de 2008, el problema jurídico por resolver en esta oportunidad fue verificar si la previsión de prohibir la procedencia de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la de detención en el lugar de residencia del imputado, respecto de un grupo de delitos vulnera sus derechos fundamentales.

Los criterios en los que se justifica la aplicación de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria son los siguientes según esta providencia:

La sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la que se ejecuta en el lugar de residencia del imputado o acusado se aplica en atención a diversos criterios: (i) teleológico y de necesidad, por el que se justifica la sustitución en el cumplimiento de los fines propios de la medida de aseguramiento, esto es, en el principio de necesidad inferido a partir de valoraciones relativas a la suficiencia de la medida para la satisfacción de los fines que la misma debe cumplir en el caso particular, juicio que debe fundarse en datos empíricos como la vida personal, laboral, familiar o social del imputado; (ii) de especiales exigencias de protección, o discriminación positiva basados en exigencias constitucionales de protección reforzada en relación con determinados sujetos merecedores de especial protección, como por razones de edad del imputado (a) o acusado (a) – mayor de 65 años – concurrente con su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito, de los que surge la conveniencia de su reclusión en el lugar de residencia, la proximidad del parto, que se aplica dos meses o menos antes del parto, y seis meses siguientes al nacimiento, el estado de grave enfermedad del imputado (a) o acusado (a), dictaminado por médicos oficiales, y la condición de madre o padre cabeza de familia que esté al cuidado de hijo menor, o que sufre incapacidad permanente.

Por su parte, en la Sentencia T 693 de 2010, la accionante considera que le fueron vulnerados sus derechos fundamentales al revocarle la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramuros por la detención domiciliaria que le había sido concedida anteriormente.

El problema jurídico que debe resolver la Sala en esta oportunidad consiste en determinar si la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en una vía de hecho por indebida apreciación del dictamen médico legal, al revocar por vía de apelación la decisión que concedió la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva intramuros por la domiciliaria, por considerar que si bien la progenitora de la menor hija del accionante padece de “trastorno de personalidad límite con descompensación sintomatológica” éste no la inhabilita para ejercer su rol de madre y por ende la menor no se halla en condiciones de abandono y desprotección y, por lo mismo, el padre no ostenta la calidad de padre cabeza de familia.

En esta oportunidad la Corporación sostiene que la acción de tutela no procede dado que el actor no cumple los requisitos establecidos en la ley para ser considerado como padre cabeza de familia a pesar del trastorno psiquiátrico que padece la madre su menor hija, esta madre está en plena capacidad de ejercer el cuidado y protección de la menor.

La Corte reitera la protección constitucional de la que goza la mujer cabeza de familia, beneficio también se hace extensivo al padre cabeza de familia. La corte ha considerado jurisprudencialmente que el concepto de miembro cabeza de familia podría ser igualmente aplicado al padre que se encuentre en similares circunstancias a la mujer, con base en el interés superior consagrado. De igual

manera, la Corte unificó jurisprudencia en relación con los requisitos y beneficios aplicables a los padres cabeza de familia¹⁵.

3.2 Procesos de la Corte Suprema de Justicia sobre tema carcelario y libertad para padres de familia

En el Proceso 35943 de 2011, el planteamiento de la Corte Suprema de Justicia, señala que, a partir de un fallo de primera instancia del 26 de junio de 2008, se crea una nueva línea jurisprudencial en lo que tiene que ver con el reconocimiento de una detención domiciliaria para aquellas personas que tengan la condición de padre o madre cabeza de familia, con esto se reconoce que quienes tengan esa calidad se aplicará esta sustitución así como el de la detención preventiva en lugar de residencia. Es importante resaltar que esta posibilidad que se les da a estas personas no estará limitada por la naturaleza del delito, ni a la carencia de antecedentes penales, ni tampoco a la valoración de algún componente de carácter subjetivo.

¹⁵ En dicha providencia la Corte manifestó que será tenido como padre cabeza de familia, no solo el que provea los recursos económicos para asegurar unas condiciones mínimas de subsistencia de sus hijos, sino aquel que demuestre ante las autoridades competentes, que cumplía con algunas de las siguientes condiciones:

1. *Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos.*
2. *Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre.*
3. *Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición. En efecto, de conformidad con el párrafo del artículo 2 de la Ley 82 de 1993: “esta condición (la de mujer cabeza de familia y en su caso, la del hombre cabeza de familia) y la cesación de la misma, desde el momento en que ocurra el respectivo evento, deberá ser declarada por la mujer cabeza de familia de bajos ingresos ante notario, expresando las circunstancias básicas de su caso y sin que por este concepto, se causen emolumentos notariales a su cargo.*

Así las cosas, esta Corporación consideró derogados de manera tácita los requisitos exigidos en el inciso 2° y 3° del artículo 1° de la Ley 750 de 2002 donde se establece que el Juez debe evaluar previamente el “desempeño personal, laboral o familiar” del infractor y que debe negar la medida en caso de que esta persona registre antecedentes, todo en aras de determinar si el individuo representa un peligro para la sociedad.

En ese orden de ideas, se puede sintetizar la tesis de la Corte sobre este tema de la siguiente manera:

La privación de la libertad en establecimiento carcelario en contra del padre o madre cabeza de familia afecta de modo intolerable los derechos de sus hijos menores de edad (o en estado de debilidad manifiesta) respecto de todas las situaciones en las cuales proceda la imposición de una medida de aseguramiento o la efectiva ejecución de la pena de prisión dictadas por el juez...

Dicha disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”.

En este orden de ideas, la Sala no sólo está facultada para analizar, en sede de casación, si su anterior jurisprudencia no se compagina con los valores, principios y derechos en los cuales está sustentado el orden jurídico, sino además está facultada para variar, morigerar, precisar o reorientar (según el caso) las posturas jurídicas sostenidas en pronunciamientos precedentes, “para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión”. Lo anterior, por cuanto “las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro”...

Mientras que, la Sentencia del Proceso 26852 de julio de 2007, toca el tema del alcance la prisión domiciliaria para persona cabeza de familia señalando que la Ley 1232 de 2008 define a la madre cabeza de familia *como*:

Aquella mujer que siendo soltera a casada “ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Conforme lo ha dicho la Corte este mismo concepto rige para el caso de un padre cabeza de familia, condición que solo se deriva de la comprobación procesar de la asistencia integral de los hijos menores, y no de la asistencia económica y exclusiva como se alega en la demanda.

Se concluye, para este capítulo, que la invocación de la libertad o de la detención domiciliaria de una persona que es cabeza de familia (padre o madre) debe someterse, por un lado a los principios de igualdad y legalidad procesal, y por otro, al examen de la garantía y preeminencia de los derechos de los menores de edad, si esa privación de la libertad los pone en riesgo.

CONCLUSIONES

El principio que orienta al sistema acusatorio sobre todo en materia probatoria, tal principio conocido como "*igualdad de armas*", indica que cada una de las partes se acerca ante el juez en las mismas condiciones y cada uno, según su teoría y las pruebas que le dan piso jurídico, pretenden que el Estado por intermedio del juez, determine cuál de ellas se acerca más a una verdad formal y en el mejor de los casos a la real, para así prodigar justicia material, cumpliendo con los cometidos del Estado.

Con apoyo al criterio de la corte constitucional acerca de la falta de regulación sobre la prohibición del artículo 361 del Código Procesal Penal, por la ubicación que esta norma tiene dentro del mismo estatuto, que se halla en el libro séptimo, del *régimen de aplicación* del sistema, donde señala que solo está proscrito el decreto oficioso al juez de conocimiento y en las audiencias preparatoria y de juicio oral, dejando al mismo, en función de control de garantías, la posibilidad de decretar pruebas oficiosamente y añadiendo, que el mismo Estado, en procura de una correcta impartición de justicia, diseñó instituciones encargadas de la defensa de los derechos fundamentales de las partes.

La determinación de qué principios (igualdad, legalidad, libertad) se afectan en mayor o menor medida, no responde el interrogante de si debe autorizarse al juez para intervenir oficiosamente en el decreto de pruebas, lo que debe entonces es mirarse qué papel desempeña y debería desempeñar el juez en la práctica probatoria.

Respecto de la legalidad, se puede concluir que este principio constituye la base fundamental en la garantía de los derechos de los coasociados, no solo desde la órbita penal sino en toda clase de actuaciones del Estado. Esta garantía no nació de la nada, es la consecuencia de una lucha constante contra aquellos que ostentan el poder y que dominaban a una minoría. Resulta entonces una especie

de límite para la autoridad, lo cual reconoce el respeto por todo aquel que sea sometido a un proceso, especialmente en el proceso penal, donde se ve afectada la libertad de las personas se hace aún más fuerte la invocación de este principio.

El principio de legalidad se debe ver desde dos ópticas: una desde la perspectiva formal que hace referencia al cumplimiento estricto de las etapas procesales y con el cumplimiento del factor de competencia de quien ejerza el procedimiento y, otra desde la óptica material, cuya razón de ser es el método legal que asegure ser el más acertado y el más conforme con su finalidad, siendo esta última perspectiva muy importante, dado que gracias a ella se ha permitido dar paso a otros principios como el principio de oportunidad.

En atención al tema carcelario y de libertad para padres cabeza de familia, como se pudo verificar en el análisis jurisprudencial, los altos tribunales han aclarado que no solo la ley protege a las madres cabeza de familia; este concepto podría mal interpretarse por el hecho de mencionar solo a la “madre” y no al padre; sin embargo, de acuerdo con los pronunciamientos, los padres también pueden tener esta connotación y como consecuencia de ello se encuentran amparados por la ley cuando son ellos quienes están al cuidado de sus hijos menores y no cuentan con el apoyo de otro progenitor.

Uno de esos derechos o protección especial de la que goza un padre o madre cabeza de familia es poder solicitar el reconocimiento de una detención domiciliaria o una detención preventiva en lugar de residencia, en desarrollo de un proceso penal, aquí es importante resaltar los criterios que debe tener en cuenta el juez para conceder este tipo de solicitudes; se debe cumplir con los requisitos que lo hacen tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, y no estará limitada por la naturaleza del delito, ni la carencia de antecedentes penales, de ciertos comportamientos, o si el individuo representa un peligro para la sociedad.

En ese orden de ideas, lo que pretende la jurisprudencia es hacer ver que los derechos de los menores prevalecen sobre la naturaleza del proceso que se esté ejecutando, no es posible dejar al menor desprotegido cuando el vinculado a un proceso penal tiene la calidad de padre o madre cabeza de familia, en estos casos sí procede esta clase de medidas sin óbice de ser revocadas si se llegase a comprobar o determinar que esta persona pierde o no tiene esa calidad.

Pues bien, teniendo en cuenta el objetivo central de este documento académico, el cual ha perseguido el planteamiento de la problemática de principios tan trascendentales en el proceso penal como la igualdad, la legalidad y la garantía de la libertad para padres cabeza de familia, se evidencia que para la doctrina y, sobre todo, para la jurisprudencia colombiana, estos principios son la base medular del sistema penal dispositivo o acusatorio colombiano, regido por la ley 906 de 2004, inspirado a su vez en el modelo anglosajón.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, Carlos (s.f.). *El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barbosa Castillo, Gerardo. (2005). *Principio de legalidad y proceso penal*. Versión resumida de la Conferencia en las XVII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 21/09/2015 de:

revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/1016/960

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Exposición de motivos Acto Legislativo No. 03 de 2002, publicado en la Gaceta del Congreso No. 134*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Nuevo Sistema Penal Acusatorio, Ley 906 de 31 de Agosto de 2004*.

Cubillos Álvarez, Fabián Enrique. (2005). *Sistema penal acusatorio, una nueva justicia para los colombianos*. Cucutá: Universidad Simón Bolívar. Recuperado el 16/09/2015 de:

http://www.unisimoncucuta.edu.co/ellibertador/index.php?option=com_content&view=article&id=57:sistema-penal-acusatorio&catid=29:principal

Daza González, Alfonso. (Julio-Diciembre de 2009). *El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002*. Revista de Derecho Principia Iuris, No. 12, 2009-2, pp. 1121-145. Tunja: Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho.

Definición Principio de Legalidad. Recuperado el 14/10/2015 de:

<http://definicion.de/principio-de-legalidad/>

Orduz Barreto, Claudia Patricia. (Enero-Junio de 2010). *El principio de legalidad en la ley penal colombiana*. Criterio jurídico garantista, Año 2, No. 2. Recuperado el 13/09/2005 de:

http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulo_sgarantista2/6claudiaorduz.pdf

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. (2006). *El juez penal, juicio oral y pruebas de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (18 de febrero de 1993). *Sentencia C 052 de 1993*. MP: Jaime Sanín Greiffenstein.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Constitución Política de Colombia de 1991. (Octubre de 2009). Santafé de Bogotá D.C.: Editorial educativa Kingkolor S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C 150 de 1993*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (7 de septiembre de 1995). *Sentencia C 394 de 1995*. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (3 de junio de 1998). *Sentencia C 273 de 1998*. MP: Alejandro Martínez Caballero

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (Octubre 27 de 1999). *Sentencia C 843*. MP: Alejandro Martínez Caballero

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (Julio 05 de 2001). *Sentencia C 710*. MP: Jaime Córdoba Triviño

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C 774 de 2001*. MP: Rodrigo Escobar Gil.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (Marzo 19 de 2002). Sentencia C 200. MP: Álvaro Tafur Galvis

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (8 de octubre de 2002). *Sentencia C 830 de 2002*. MP: Jaime Araújo Rentería.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (2 de agosto de 2005). *Sentencia C 799 de 2005*. MP: Jaime Araújo Rentería.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C- 591 de 2005*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C 1154 de 2005*. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (9 de junio de 2005). *Sentencia C 592*. MP: Álvaro Tafur Galvis

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (7 de junio de 2006). *Sentencia C 456*. MP: Alfredo Beltrán Sierra

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. *Sentencia C 396 de 2007*. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (9 de abril de 2008). *Sentencia C 318*. MP: Jaime Córdoba Triviño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2010). *Sentencia T 693*. MP: María Victoria Calle Correa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (2 de marzo de 2011). Sentencia C 127 de 2011. MP: María Victoria Correa

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. (25 de mayo de 2011). *Sentencia C 444*. MP: Juan Carlos Henao Pérez

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. (Junio 22 de 2011). *Proceso 35943, Sala de Casación Penal*. MP: Julio Enrique Socha Salamanca.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Proceso 26852 de julio de 2007

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Fiscalía General de la Nación. (16 de noviembre de 2006). *100 preguntas Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá.

Sistemas Penales. Recuperado 14/06/2015 de:

<http://www.ilustrados.com/tema/5674/Sistemas-Penales.html>

Vergara Benítez, Jairo. (1997). *El principio de igualdad en materia penal al interior del Estado Social de Derecho*. Revista de Derecho. No. 7., pp. 21-46. Barranquilla: Universidad del Norte.