Las investigaciones secretas del nuevo Sistema Acusatorio en Colombia y sus implicaciones en la práctica médica

Fernando José Mejía Liévano

RESUMEN

La investigación secreta se convierte en una de las principales desventajas con las que contarán los profesionales de la salud frente a la implementación del nuevo sistema acusatorio. Conozca las ventajas y desventajas del mismo, así como las medidas que usted deberá tener en cuenta para hacerle frente a partir del 2005.

Palabras Claves:

Sistema acusatorio, medicina legal

SUMMARY

The investigation secret becomes one of the main disadvantages with the ones that counted the professionals of the health with the new accusatory system. Know the advantaged and disadvantages of the same one.

Key Words:

Accusatory system, legal Medicine

En el procedimiento establecido para las ordalías o juicios “en nombre de Dios” llevados a cabo en la Edad Media, en la época de la Santa Inquisición, donde el poder judicial y por lo mismo los juzgamientos se realizaban entre los inescindibles Estado e Iglesia y existía una profunda confusión entre pecado y delito, una de las características esenciales del mismo era que las investigaciones que se realizaban en contra de quienes eran acusados, por pecados¹ como brujería o herejía, eran secretas, y en secreto se recopilaban todos los indicios posibles por medio de delatores para demostrar la imputación contraventora de los mandatos de la religión ortodoxa católica, lo que una vez llevado a cabo traía como consecuencia toda una serie de pruebas tortuosas y tormentosas para demostrar si efectivamente era o no inocente el acusado.

En Colombia, en el procedimiento penal consagrado legalmente, con posterioridad a la expedición de nuestra Carta Política de 1991, incluyendo, claro está, nuestro Código Procedimental Penal vigente desde el 24 de julio de 2001, encontramos establecida en la etapa eventual de la investigación previa, e igualmente en la etapa instructiva,² la reserva de sus diligencias, muy diferente ésta a una investigación secreta, toda vez que en la investigación que se adelanta por parte de la Fiscalía General de la Nación la reserva sólo se aplica a quienes no sean sujetos procesales, por cuanto debe entenderse que la investigación penal genera una reserva sumarial para el conglomerado social, quedando obviamente exceptuados de ella, además del Fiscal, el Sindicato y su Defensor, el Ministerio Público e inclusive el Representante de la Parte Civil y el Representante

del Tercer Civilmente Responsable, quienes no solamente pueden conocer el expediente y las pruebas obrantes en el mismo, sino igualmente participar en ellas e impulsar el proceso de conformidad con sus intereses litigiosos.

Tan es así, ubicándonos en los terrenos de la defensa de quien se encuentra siendo investigado, que nuestro procedimiento penal actual resulta, sin duda alguna, garantista, cuando observamos que la persona imputada tiene la posibilidad desde la investigación previa, entre otros derechos procesales, a rendir versión libre y a solicitar y aportar pruebas a lo largo de esta etapa preliminar, siéndole igualmente pertinente el solicitar la aclaración y la objeción de los dictámenes periciales además de contar con la posibilidad de participar en la práctica de las mimas, todo ello, claro está, por medio de su abogado defensor, garantías procesales que igualmente resultan plenamente exigibles en la etapa instructiva, en la que a partir de la rendición de la diligencia de indagatoria la persona adquiere la calidad de sindicado y por lo mismo se vincula formalmente al proceso penal como sujeto procesal.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO PENAL

Con el nuevo sistema acusatorio que en materia procedimental penal entró en vigencia en Bogotá y en el Eje Cafetero a partir del 1° de enero de 2005, y posteriormente en forma gradual en el resto del país,³ toda la normatividad garantista consagrada en nuestro procedimiento actual sobre participación del Sindicado como sujeto procesal en la etapa de investigación se irá al traste.

Evidentemente, en el nuevo sistema procesal no existirá ni investigación previa ni instrucción, y en lo que se denominará investigación preliminar no se tendrá la posibilidad por parte de quien encuentra comprometida su responsabilidad en los hechos objeto de investigación, de rendir versión libre o

indagatoria, y peor aún, no podrá intervenir en el proceso penal hasta tanto no se realice en su contra la imputación concreta, en nuestro caso, en contra del profesional de la salud.

Entonces, una desventaja bastante significativa, tratándose de garantías procesales, será la investigación secreta⁴ que realizarán nuestros Fiscales a partir del 1° de enero de este año, retroceso jurídico éste que le permitirá al Fiscal adelantar una investigación preliminar a espaldas de quien encuentra, en principio, comprometida su responsabilidad, quien sólo podrá conocer que en su contra se sigue una investigación penal y que la misma se adelantó en forma secreta por un tiempo cuyo límite no se encuentra determinado por la ley, duración de la misma que muy seguramente no finalizará hasta tanto el Fiscal no logre recopilar las pruebas suficientes para poder formular una imputación por un delito determinado en una audiencia preliminar, luego de la cual, el ahora imputado, sólo contará con 30 días para aportar y solicitar la práctica de las pruebas necesarias para desvirtuar la imputación que pesa en su contra, 30 días luego de los cuales se tomará por parte de la Fiscalía la decisión de acusar y radicar en juicio al imputado o de precluir a su favor la investigación, decisión que deberá proponer ante el Juez para que sea éste quien termine definiendo si finalmente se precluye o no.

No quiere decir lo anterior, que con la entrada en vigencia del sistema acusatorio nos acerquemos nuevamente a las históricas ignominias llevadas a cabo en los tiempos de la Santa Inquisición, pues si realizamos una visión genérica del sistema acusatorio, por el contrario encontramos que el mismo se contraponen radicalmente al sistema inquisitivo, sistema en el que se vulneran, y de qué forma, todas las garantías procesales de los sindicados, en donde encontramos la figura judicial que ejerce el *Ius Puniendi* del Estado, como un perseguidor, precisamente como un inquisidor del proceso, y en donde, al no existir una separación de funciones de investigación

y juzgamiento, no puede existir desde ningún punto de vista imparcialidad al momento de tomar decisiones, toda vez que el Juez investiga, instruye y juzga, por lo mismo que no se presenta en el proceso un derecho de contradicción entre iguales, teniendo ese Juez Inquisitivo poderes judiciales y procesales desproporcionados, inclusive el de limitar los derechos fundamentales.

Todo lo contrario a las anteriores características del sistema inquisitivo, las que podemos denominar esenciales, son las que se aplican al sistema acusatorio o también llamado dispositivo, o como mal se le titula en nuestro país, el sistema de la oralidad, toda vez que dicha característica perfectamente podría faltar y no desdibujaría la esencia del sistema acusatorio, el que por lo mismo, perfectamente puede subsistir con escritura en vez de oralidad, por no ser ella precisamente una característica esencial del sistema; en cambio, con seguridad podemos decir que efectivamente identifican al sistema acusatorio como tal, el tener perfectamente diferenciada la separación de funciones de acusación y juzgamiento, el consagrar la posibilidad procesal de un ejercicio del derecho de contradicción entre iguales, el que sólo sean válidas las pruebas practicadas en el juicio, considerada esta etapa como el verdadero proceso donde encontramos realmente a un Juez imparcial, al no encontrarse él mismo contaminado con el resultado de las “pruebas” practicadas en la investigación, por estar desprevenido de las mismas y ser un tercero en un juicio adversarial de intereses litigiosos.⁵

Ahora bien, tanto para el sistema Inquisitivo como para el Acusatorio existen otras características o elementos no básicos, que inclusive, en algunos casos, como se mencionó anteriormente, pueden concurrir en uno u otro sistema y no desvanecer la esencia del mismo, características que en esta ocasión vale la pena enunciar, y para ello es preciso, en principio, traer a colación aquellos elementos no esenciales adjudicados con el paso del tiempo al sistema inquisitivo, como lo son el principio oficioso de la prueba

por parte del Juez, la tarifa legal probatoria, la doble instancia de las providencias y la profesionalización de la justicia, toda vez que lo que pretende este sistema es la efectividad y no la imparcialidad que busca el sistema acusatorio, el que en sus características, tanto esenciales como no esenciales, se contraponen radicalmente al sistema inquisitivo.

Veamos entonces el contraste de estos elementos no básicos del sistema acusatorio, y empecemos por mencionar que el Juez en la etapa de Juicio no puede ordenar pruebas oficiosamente, lo que dicho de otra manera, significa que sólo se practicarán en el juzgamiento, con base en el principio dispositivo, las pruebas solicitadas por los sujetos procesales, no pudiendo entonces el Juez llenar los vacíos probatorios que dejan las partes, toda vez que comprometería su visión de imparcialidad; así mismo, encontramos en el sistema acusatorio la libertad probatoria, la oralidad, la publicidad, la única instancia y la democratización de la justicia.

Todo esto, simplemente para mostrar cómo la consagración de una investigación secreta realmente no hace parte de la esencia del sistema acusatorio, ni siquiera encaja dentro de sus características concurrentes o no esenciales, características como las mencionadas anteriormente, que en su gran mayoría se aplicarán en buena forma con la entrada en vigencia a nuestro país del sistema acusatorio, entre ellas, las más plausibles, los principios de inmediación del Juez con la prueba, el derecho de contradicción entre iguales y por lo mismo la imparcialidad que reportará el juez en su función de dictar justicia como un tercero ajeno a la “litis”, la verdadera separación de funciones y roles de investigación, instrucción y juzgamiento, la oralidad de las actuaciones y la privatización de los dictámenes periciales, los que hasta antes de la entrada en vigencia del sistema acusatorio en materia penal resultaban de exclusividad del Instituto Nacional de Medicina Legal, y ahora, de conformidad con el artículo 406 de la ley 906 de 2004, entusiastas observamos que, como reza la

norma, El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate.

Lo que resulta reprochable de la normatividad que entrará en vigencia con el sistema acusatorio, bajo el criterio de este profesional del derecho, es que el juez pierda su facultad oficiosa de decretar pruebas, el que dejen de existir en el proceso penal las versiones libres, las indagatorias y los interrogatorios de los procesados y, principalmente, además de las investigaciones secretas, el que la declaración del acusado sea bajo la gravedad del juramento, lo que flagrantemente vulnera, entre otros de igual importancia constitucional, el principio superior del derecho a la no autoincriminación.

Pero para finalizar, centrémonos nuevamente en el tema que nos ocupa en esta oportunidad, en la enérgica crítica que respetuosamente realizamos en contra de la consagración en nuestro Ordenamiento Penal de una investigación secreta, posibilidad ésta que sin lugar a dudas vulnera a todas luces los postulados superiores del debido proceso dispuestos en nuestra Carta Política.

MEDIDAS PARA PROTEGER A LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

Así las cosas, al evidenciarse la problemática que traerá en nuestro país la consagración de las investigaciones secretas, la División Jurídica de la SCARE-FEPASDE, por intermedio de su Departamento Penal y en compañía de la División Científica, implementó toda una serie de medidas con el fin de lograr la mejor defensa de los profesionales de la salud frente a los cambios del sistema acusatorio en el proceso penal, entre ellas, la elaboración de un listado de criterios auxiliares que servirán como signos de alerta y le permitirán al profesional saber en

qué momento debe reportar a la División Jurídica los incidentes o impasses sucedidos en el ejercicio de su actividad médica, incidentes por los que puede ser investigado penalmente por la Fiscalía General de la Nación y no enterarse de ello sino hasta tanto la Fiscalía recopile todo el material probatorio suficiente para formularle en su contra una imputación, posiblemente bastante tiempo después de iniciada la investigación, bien sea por denuncia, por querrela o de oficio.

Lo anterior no quiere decir que por todos y cada uno de los impasses que le ocurran al profesional de la salud vaya a ser investigado, pero sí que eventualmente por algunos de ellos podría serlo secretamente, y precisamente para ello se establecen estos criterios auxiliares, para que en conjunto la División Jurídica y la División Científica de la SCARE-FEPASDE puedan establecer, luego del reporte de “impasses” realizado por el socio solidario activo, para cuáles de los casos reportados resulta probable que la Fiscalía inicie una investigación, y para ellos, adelantar de forma privada, paralela a la realizada en forma secreta por la Fiscalía, una investigación interna que buscará recopilar todo el material probatorio favorable necesario para desvirtuar una eventual formulación de imputación por parte de la Fiscalía en contra del profesional de la salud.

De esta forma, la investigación privada que se realizará a favor del profesional de la salud será obviamente reservada y en ella se llevarán a cabo la práctica de todas las pruebas legales que resulten conducentes para demostrar su inocencia, entre otras la práctica de declaraciones anticipadas y de dictámenes periciales.

Sea entonces pertinente, por último, dejar a continuación enunciados los mencionados criterios auxiliares para determinar cuándo un profesional de la salud puede estar siendo investigado en un proceso penal, lo que en adelante requiere necesariamente que los profesionales de la salud socios solidarios

activos asuman una posición muy diligente al respecto, realizando, cuando a ello haya lugar, el debido reporte de incidentes. Así las cosas, un profesional de la salud debe realizar a la SCARE-FEPASDE el debido reporte de incidentes, cuando:

1. Se presente un evento adverso derivado o no de la actuación del profesional (lesión o muerte del paciente).
2. Se realice autopsia médico-legal.
3. Solicitud de copias de la historia clínica por parte del paciente, sus familiares o una autoridad competente.
4. Se formule queja por parte del paciente o familiares.
5. Se solicite información por parte de cualquier Entidad al profesional de la salud sobre su tratamiento médico. (Respuesta queja, comité ad hoc, etc.)
6. Se presente insatisfacción del paciente con el acto médico.
7. Se le comunique al profesional de la salud apertura de proceso ético o se notifique de proceso disciplinario interno o de demanda civil derivada del acto médico.

Notas

¹ Los principales delitos contra la moral cristiana de competencia inquisitorial eran la blasfemia, la bigamia, las supersticiones, la brujería, la adivinación, la sodomía, los “Pecados Nefandos” o también denominados delitos abominables o inconfesables, en esa época considerados, como las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, las relaciones sexuales entre personas de sexos opuestos contra natura y las relaciones sexuales con animales, los delitos propios de los religiosos como la Solicitud en Confesión, la Falsa Celebración, la Falta al Voto de Castidad en el matrimonio católico, los Delitos contra el Santo Oficio, como impedir sus acciones, Ofender al Tribunal, Verter falsos testimonios y, Violar Inhabilitaciones. (Referencia en Internet, (www.congreso.gob.pe/museo.htm; www.pachami.com/Inquisicion.htm; www.banrep.gov.co/blaavirtual/boleti3/bol/ocho/.htm)

² El Estado Colombiano, dentro de su organización del poder público, ubica la imprescindible labor de investigación y juzgamiento de los hechos consagrados en nuestro

ordenamiento penal como punibles a cargo de la Rama Judicial, en la que se encuentra desde la expedición de la Constitución que nos rige desde el año de 1991 también la Fiscalía General de la Nación, ente judicial éste en cabeza de quien se encuentra la tarea de adelantar la instrucción o investigación de los procesos penales. Así las cosas encontramos que el proceso penal que se adelanta y adelantará en nuestro país hasta el 1° de enero de 2005, fecha en la cual entrará a regir el nuevo sistema acusatorio, tiene dos etapas procesales que necesariamente se deben recorrer para llegar a una sentencia, la primera de ellas es la instrucción penal, aquella donde los Fiscales como directores de la misma adelantan la investigación y el acopio probatorio suficiente para decidir al momento de calificar el mérito del sumario si existe mérito o no para acusar a una persona ante los jueces y por lo mismo radicarlo en un juicio penal, siendo ésta la segunda y última etapa del proceso penal ordinario, en la que se dicta sentencia por parte de los jueces; sin embargo, debe decirse que existe igualmente un estanco compartimental de este proceso penal que no resulta obligatorio para el mismo, una etapa eventual, anterior a la instrucción, precisamente denominada investigación previa, en la que el Fiscal, siendo igualmente el director de la misma, para poder proferir una resolución de apertura de instrucción tiene que determinar si los hechos denunciados o investigados de oficio se encuadran típicamente en una norma de nuestro ordenamiento penal, si se puede identificar o individualizar a un posible autor de los mismos, si existen los requisitos de procesabilidad y si no está plenamente comprobada una causal excluyente de responsabilidad.

³ En el artículo 530 de la ley 906 de 2004 encontramos la selección gradual de los Distritos Judiciales en los que entrará a regir este sistema acusatorio, determinando los que entrarán a regir a partir el 1° de enero de 2005 (Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira), los que la entrada en vigencia de este nuevo Código Procedimental Penal será el 1° de enero de 2006 (Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal), y finalmente, los distritos judiciales en los que el sistema caracterizado por la oralidad, la concentración y la inmediación entrará a regir el 1° de enero de 2007 (Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio) y el 1° de enero de 2008 (Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, y aquéllos que llegaren a crearse).

⁴ Concepto del Departamento Penal de la SCARE-FEPASDE: Se entiende que la investigación preliminar en el nuevo Código de Procedimiento Penal será reservada, de la interpretación conjunta de los artículos 8 y 126, que nos permitimos transcribir ya que no existe una norma en el sistema acusatorio que traerá nuestro Código que de manera taxativa así lo señale.

Artículo 8°. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

h) Conocer los cargos que le sean imputados (...)

i) Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. (...)

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;

(...) (Cursivas fuera del texto original)

“Artículo 126. Calificación. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, (...)”

En efecto, si desde el momento en que la persona adquiere la calidad de imputado es desde cuando se puede acceder y conocer la investigación, realizando una interpretación sistemática del Código Procedimental Penal, se puede concluir que no se tiene acceso a las diligencias preliminares que realiza en un tiempo no determinado la Fiscalía, es decir las realizadas previamente a la formulación de imputación.

⁵ El parangón que en este escrito se realiza entre el sistema acusatorio y el inquisitivo tiene como referencia la conferencia contenida en el seminario virtual de las Jornadas Penales de Capacitación de la SCARE-FEPASDE sobre el Sistema Acusatorio en los Procesos Penales adelantados en contra de los Profesionales de la Salud, rendida por el Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia, doctor Darío Bazanni Montoya.