

**XV ENCUENTRO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL  
INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL  
ROSARIO (ARGENTINA), 1, 2, 3 Y 4 DE MAYO DE 2001  
AUDITORIO HOTEL "PLAZA REAL" (SANTA FE 1632, ROSARIO)**

**PONENCIA POR COLOMBIA**

**"ACCIÓN Y REACCIÓN"**

**PROFESOR: Dr. JAIRO PARRA QUIJANO<sup>1</sup>**

**1. SIGNIFICADO**

Acción: hacer, acometer.

Reacción: Cualquier acción provocada por otra y de efectos contrarios a los de ésta.

Antes de cualquier consideración, de naturaleza jurídica, podríamos decir que se utilizaba la palabra agredir, es decir, acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación y posteriormente se empezó a usar más la palabra acción.

La reacción era una fuerza igual y contraria a la agresión y con el tiempo se empleó más la palabra defensa.

<sup>1</sup> Abogado. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Distinción: "DOCENCIA EXCEPCIONAL" otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cinco (5) oportunidades: 1992, 1994, 1995, 1997 y 1998. Doctor "Honoris Causa" otorgado por la Universidad "Simón Bolívar" de Barranquilla (año 2000), Orden Académica "Simón Bolívar" de Barranquilla (año 2000). Título "Profesor Emérito" otorgado por la Universidad Externado de Colombia.

## 2. LA DEFENSA DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO Y SOCIOLOGICO

Se encuentra enraizado en el hombre el instinto de conservación de tal manera, que frente a una acción (agresión-ofensa) surge una reacción (defensa). Al hombre no se le puede pedir que renuncie a ella, ya que frente a aquélla surge ésta poderosamente.

### LA AGRESIÓN Y LA REACCIÓN ALIMENTADAS POR IDEOLOGÍAS.

1. Inicialmente la ofensa o agresión generaba la reacción o defensa. Se afirma: "Así, podemos imaginar en una primera época en la evolución, previa a la identificación de cualquier norma jurídica, pero ya establecido el hombre en comunidad, a cada uno actuando directamente para tratar de tutelar su propio interés y, en virtud de esta norma de vida que constituye la defensa, cuando se producía un requerimiento concreto, al atacado generalmente oponiéndose y desarrollando su propia actividad física, de igual naturaleza y contenido, pero de signo contrario para impedirlo. La defensa, en consecuencia, aparece en sus orígenes íntimamente ligada a la posibilidad de acción, de actuación en pos de la tutela de un interés propio, que el sujeto considera digno de protección, pero con la esencial característica de que no se trata de una acción espontánea, sino motivada por la actuación previa de otro, que ha tomado la iniciativa, es decir que se ha comportado como agresor, que ha cometido una ofensa, que puede ser real o temida, y que, como hemos dicho, es siempre la que motiva y justifica la defensa"<sup>2</sup>.

2. Cuando la comunidad se organiza y surgen los conceptos jurídicos, y por decirlo en alguna forma se expropia la acción, otro tanto sucede con la defensa, en otras palabras: *"Es decir, simultáneamente con la proscripción de la acción directa, de la agresión, también se prohíbe una reacción del mismo tipo, es decir, su rechazo físico, de modo que la posibilidad de actuación del sujeto ofendido también queda reservada exclusivamente para ante el tercero designado para la solución del conflicto"<sup>3</sup>.*

<sup>2</sup> CAROCCA, Pérez Alex. "Garantía Constitucional de la defensa procesal", J.M. Bosch Editor 1998, Barcelona (España), pág. 15.

<sup>3</sup> CAROCCA, Pérez, obra cit., pág. 14.

3. Hoy en día se puede decir que la noción de reacción o defensa, se emplea para designar muchas veces la actuación de una parte contra la otra, no solamente como generalmente se entiende como reacción contra la acción sino en toda actuación.

### 3. LA ACCIÓN COMO AGRESIÓN FÍSICA SUSTITUIDA POR EL DERECHO DE ACCIÓN

Dice CALAMANDREI:

*En una sociedad primitiva no hay lugar a plantearse el problema de la acción. Todo es acción, sobre todo acción directa, como expresa, entre otras fórmulas, la ley del talión.*

En el derecho romano clásico tampoco hay problemas en ese sentido, ya que se tiene el derecho porque se tiene la acción. El interés individual es, sin duda, el dominante en aquel concepto de acción tan querido por los civilistas del siglo XIX, que CHIOVENDA, llama mixto e impropio: El concepto según el cual la acción no sería más que un aspecto o un momento del mismo derecho sustancial, un poder inminente de reacción contra la sinrazón o, como se acostumbraba decir en circunloquios tan pintorescos como poco comprometedores, el derecho subjetivo "elevado a la segunda potencia", o el derecho subjetivo "en pie de guerra"<sup>4</sup>.

Obsérvese cómo la acción es sólo un momento del derecho, generalmente concebido cuando el derecho era violado. Esta concepción es un paso muy sutil de la reacción física a la acción jurídica. Si no se pagaba una obligación, el mismo derecho se transmutaba en dinámico generando la acción. Con posterioridad se independiza la acción del derecho subjetivo y se concibe como un derecho autónomo. Se puede demandar para que se declare la existencia de una obligación aunque efectivamente ésta no exista. Lo cual significa que la acción es autónoma e independiente de la existencia de la relación material y para algunos es el derecho obtener sentencia favorable, mientras que para otros es un derecho abstracto a obtener una providencia motivada.

<sup>4</sup> CALAMANDREI, Piero. "Estudios sobre el proceso civil", Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961, pág. 142.

La acción en materia penal, no significa que, con su ejercicio se obtenga una sentencia de condena, sino una decisión motivada que ponga fin al proceso penal<sup>5</sup>.

#### 4. SE HA CONSTITUCIONALIZADO LA ACCIÓN<sup>6</sup>

A raíz de la Constitución Española de 1978, se ha venido sosteniendo que el derecho de acción se constitucionalizó.

Cuando el art. 24.1. dice: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus

<sup>5</sup> "El derecho de acción penal no conlleva, pues, la exigencia de la obtención de una sentencia de condena. Tal y como el Tribunal Constitucional Español tiene afirmado dicho derecho es un mero ius ut procedatur, no un derecho a la condena penal, ni a la apertura del juicio oral, ni siquiera a la incoación de la fase instructora (SSTC 211\1994,40\1994, 37\1993, 191\1992, 83\1989, 203\1.989).

Ello es así porque el proceso penal es un proceso de selección a través del cual se van destilando las *notitiae criminis* hasta el punto de hacer llegar al juicio oral tan solo aquellos hechos punibles previamente determinados, con autor conocido y presente en los autos, y con respecto al cual no concurra la evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinantes de exención de la responsabilidad penal. En la práctica debe tenerse en cuenta que la medida de sobreseimientos en Europa es del 75% y la mayoría de ellos porque la policía no descubre a su presunto autor".

Tomado de Derecho Procesal Penal, Vicente Jimeno Sendra y otros. 3ª edición septiembre de 1999. Editorial Colex, pág. 109.

<sup>6</sup> El artículo 24 de la Constitución Española dice:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Con relación a este artículo se ha dicho: Que consagró la teoría concreta de la acción de Adolf Wach...

Otros sostienen que se consagró el derecho de acción procesal, como derecho a la jurisdicción. (Almagro Nosete). El mismo Tribunal Constitucional ha dicho:

Se ha dicho que esta disposición: "El derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas". STC 20\1981. de 8 de junio, (FJ.2). Tomado de Carocca Pérez, ob, cit, pág 107.

La redacción del artículo, para algunos autores españoles no es afortunada, en efecto sostiene Almagro Nosete, explica que el objeto de este derecho, en el texto constitucional, se concreta en: "obtener la tutela efectiva ... en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, formulación que considera desafortunada, precisamente porque algunos podría entender "que sólo quien ejercita derechos e intereses legítimos puede obtener la tutela efectiva, con lo cual la persona que al final del proceso ve desestimada su pretensión, o bien ha actuado sin derecho a la jurisdicción, o bien, tiene un derecho a la jurisdicción insatisfecho, argumento básico con el que, como acabamos de ver, se ataca la tesis de la acción como derecho concreto..." (tomado de Carocca Pérez Alex, obra citada, pág. 107).

derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, para algunos se consagró la teoría concreta de la acción de ADOLF WACH, para otros, se consagró un derecho abstracto en su modalidad de derecho a la jurisdicción.

## 5. LA PRETENSIÓN

Obsérvese que la jurisdicción, el proceso y la acción, son instituciones vinculadas entre sí, de tal forma que bien podría afirmarse que se tiene derecho a la jurisdicción, que los propósitos de ésta se logran a través del proceso, y que para estimular el órgano jurisdiccional se requiere el ejercicio de la acción. Nadie estimula el órgano jurisdiccional para que haya proceso, sin que quiera obtener algo para sí (la pretensión) que no tiene, o que por los menos le es discutido, o porque la ley material no permite el disfrute o logro de determinados efectos jurídicos sino a través del tamiz de la jurisdicción, como sucede en materia civil con la jurisdicción voluntaria y siempre en materia penal, ya que el estado sólo puede ejercer el ius puniendi a través del órgano jurisdiccional.

## 6. QUÉ ES LA PRETENSIÓN

La pretensión procesal, es la manifestación que hace el demandante, de necesitar la tutela jurídica para que se haga una declaración a su favor. Es lo que se quiere con el proceso.

En materia penal, es la manifestación que se hace, de necesitar la tutela jurídica para que se imponga a una persona una pena (El ius puniendi).

La demanda en materia civil contiene (normalmente) la acción y la pretensión, esta última es susceptible de modificación dentro de ciertos límites y tiempo, que cada ordenamiento regula.

En cambio en materia penal, la pretensión aparece distanciada del ejercicio de la acción. Se puede decir que la pretensión se forma en el curso de lo que genéricamente podríamos llamar proceso penal (no en sentido estricto).

Se puede decir, en frase no muy apropiada, que la pretensión llega a tomar forma en la resolución de acusación o pliego de cargos, pero que

empieza a vislumbrarse desde la instrucción y que según Gómez Orbaneja, *"la pretensión sigue un proceso escalonado, que empieza en la instrucción, pasa por el escrito de acusación y culmina con las conclusiones definitivas"*<sup>7</sup>.

Lo anterior nos permite afirmar que sí existe pretensión en materia penal, solo que teniendo en cuenta, que el sujeto activo de la misma es el Estado y que tiene un objeto indisponible, la pretensión punitiva.

## 7. LA PRETENSIÓN PUNITIVA

Sin entrar en la indagación sobre los demás aspectos de la pretensión, sí es ella una declaración de voluntad, de lo que se quiere como resultado del proceso, tanto en materia penal como en materia civil de conformidad con lo explicado anteriormente. El pliego de cargos o resolución de acusación, es una demanda, tal y cual como sucede en materia civil.

## 8. PRETENSIÓN Y LAS PARTES

La pretensión nos exige tener una noción de parte, porque si bien puede haber pretensión extracontenciosa, como sucede en materia de jurisdicción voluntaria, siempre se pretende frente a alguien, quien es el sujeto pasivo de la misma.

Para asir realmente el fenómeno, debemos adoptar la noción procesalista, de tal manera que es parte, aquél que sostiene pretensiones en el proceso.

<sup>7</sup> De ahí porqué resulta importante lo que ha dicho la Corte Constitucional de Colombia, en sentencias C-150 de 1993, C-409 de 1996 y C-475 de 1997, expresó que si bien la etapa de investigación previa es anterior al proceso y su finalidad es establecer si hay lugar o no a proseguir la investigación, ella se encuentra cobijada por el principio del debido proceso sin que sea dable limitar la controversia probatoria, entendida como la posibilidad que se ofrece al imputado para pronunciarse en relación con el valor del material de prueba allegado al plenario y sustentar en ellos su defensa, reconociendo que siempre que se desconozca este principio, procede la nulidad de pleno derecho en punto a aquellas pruebas aportadas al proceso frente a las cuales no se reconoció el derecho de contradicción, en observancia del postulado que reza que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, mucho más si se tiene en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho, respetuoso de los derechos humanos y garantizador del reconocimiento y eficacia de garantías fundamentales inherentes el ser humano, dentro de las cuales se encuentra el debido proceso y por ende el derecho a la defensa traducido en el derecho que asiste a los sujetos procesales para controvertir los medios de prueba allegados al instructivo.

No vacilamos en acoger lo escrito por CHIOVENDA: *“La determinación del concepto de arte no tiene solo una importancia teórica sino que es necesaria para la solución de importantes problemas prácticos; que una persona sea parte en un pleito, o sea tercero, es importante, por ejemplo para la identificación de las acciones y también para declarar si está o no sujeta a la cosa juzgada; si existe o no litispendencia”*.

Y continúa: *“El concepto de parte derivase del concepto de proceso y de la relación procesal. Es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación, y aquel frente al cual es demandada. La idea de parte la da, por tanto, el mismo pleito; no es preciso buscarla fuera del pleito y en particular, de la relación sustancial que es objeto de la contienda, puesto que, por un lado, puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no estén en el pleito; por otro lado, se puede deducir en pleito una relación por una persona o frente a una persona que no es sujeto de aquella relación. También aquí se ve la autonomía de la acción y la independencia de la relación procesal respecto de la relación sustancial”*<sup>8</sup>.

El concepto de parte necesariamente debe ser tomado del campo restringido del proceso; es parte quien demanda o quien es demandado.

En materia penal el rechazo, como lo ha dicho Vicente Jimeno Sendra<sup>9</sup>, por algunos, de la noción de parte en materia procesal penal quizá ha consistido en haber aplicado al estudio de las supuestas partes en materia penal, la teoría materialista donde la legitimación se confiere a partir de la titularidad de los derechos subjetivos, que normalmente podrían haberse satisfecho fuera del proceso, y por tal razón esa concepción no es aplicable a materia penal, pero en cambio la teoría procesalista sí.

Y finalmente digamos con el mismo VICENTE JIMENO SENDRA: *“Claro es que, cuando se intenta trasladar dicho concepto al campo del proceso penal (la teoría materialista), resulta de todo punto imposible hablar de partes procesales con aquel sentido, por la propia naturaleza del derecho material que se actúa. Obviamente no cabe representarse en el proceso penal a una persona que, basándose en el derecho subjetivo o en un*

<sup>8</sup> CHIOVENDA, Guiseppe, *“Principios de derecho procesal civil”*. 11. Madrid, Instituto Editorial Reus, s.d., pág. 5.

<sup>9</sup> Obra cit., pág. 238.

*interés legítimo y personal, pretenda obtener la tutela judicial frente a otra o quien demande en nombre propio una actuación de la ley (Chiovenda), sencillamente porque el titular del ius puniendi no es que el estado, y su ejercicio viene atribuido a los tribunales a través del proceso penal, único medio de satisfacerlo*<sup>10</sup>.

## 9. DERECHO DE CONTRADICCIÓN

Frente al derecho de acción y con las mismas características y calidades encontramos el derecho de contradicción. Al respecto sostiene Ugo Rocco: *"El derecho de accionar que compete al demandado, y que para mayor inteligencia llamaremos derecho de contradicción en juicio, no constituye pues un derecho, distinto del derecho de acción, sino una diversa modalidad del derecho de acción, modalidad que resulta precisamente de la distinta posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso"*<sup>11</sup>.

El derecho de contradicción tiene la misma finalidad del derecho de acción. Así como el derecho de acción persigue que el proceso tenga una composición justa, el derecho de contradicción lo complementa en ese mismo sentido, enfatizando o radicando ese derecho en cabeza del demandado.

El derecho de contradicción tiene y debe tener raíz constitucional. Cuando se habla del derecho de acción, el concepto se relaciona pensando exclusivamente en el demandante. Quizá, y como reflejo del concepto, el derecho de contradicción se relaciona con el demandado. La acción y la contradicción son derechos igualmente vigorosos que tienden a la paz social con justicia social.

El derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado tenga que contradecir, porque, por ejemplo, puede emplear ese derecho para allanarse, por ello se dijo con anterioridad, que el derecho de contradicción complementa los fines del derecho de acción.

El derecho de contradicción, siguiendo al profesor DEVIS ECHANDÍA, puede ser ejercido en varias formas:

<sup>10</sup> SENDRA, Jimeno, obra cit., pág. 238.

<sup>11</sup> ROCCO, Ugo, "Tratado de derecho procesal civil", Parte general, T. I, Bogotá-Buenos Aires, Editorial Temis-Depalma, 1969, pág. 121, sección II, capítulo I, núm. 5.



- A) Una meramente pasiva, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda. A pesar de esta actitud del demandado, casi se podría decir que es de abandono, puede resultar siendo aceptada como una estrategia para comportarse en el proceso. Esta conducta omisiva puede resultarle al demandado grave, cuando está llamada a prosperar la pretensión del demandante. Ya que en caso de duda por el juez civil, la conducta "como indicio grave" le permitirá inclinar la balanza.
- B) Otra menos pasiva, cuando interviene en el juicio y contesta la demanda, pero sin asumir una actitud a favor ni en contra de las pretensiones del actor, cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se pruebe y la ley determine, sin plantear defensas ni allegar pruebas.
- C) Puede allanarse.
- D) Puede invocar motivos que tiendan a mejorar el proceso o a obtener su terminación que son las llamadas excepciones previas o a alegar hechos que tiendan a desvirtuar la pretensión.
- E) El demandado puede reconvenir.

## 10. MANERAS COMO EL IMPUTADO PUEDE EJERCITAR EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN

**10.1** Aceptar los hechos, materia de investigación, así como la responsabilidad que le asiste en su ejecución a título de autor o partícipe. Actitud que da lugar a que se emita por el juzgador el fallo correspondiente, sin esperar a que se agoten todas las etapas procesales, legalmente establecidas. Dando lugar a la vigencia de figuras tales como la **sentencia anticipada y la audiencia especial arts. 37, 37 A.**

Actuación que es catalogada por las legislaciones como un aporte del sujeto pasivo del proceso penal a la eficacia y eficiencia de la administración de justicia, dando paso a que se otorgue por el Estado una rebaja de pena, cuyo quantum depende del momento procesal en el cual se surte la aceptación de cargos por parte del inculcado, con incidencia en principios tales como la economía procesal.

Figura que en momento alguno puede reputarse como atentatoria de la **presunción de inocencia**, toda vez que no se autoriza el proferimiento del fallo condenatorio, con fundamento en la sola aceptación de los hechos y la responsabilidad que en su ejecución hace el procesado, la cual debe encontrar sustento en los medios de prueba allegados al plenario, tal como se ha dejado sentado por la Corte Constitucional colombiana<sup>12</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la aceptación que de los hechos hace el procesado, al igual que de su responsabilidad como autor o partícipe de los mismos, debe efectuarse en forma simple y llana, sin *que sea dable*, aceptar como sustento de la sentencia anticipada, una aceptación calificada, en la medida que si bien se reconoce por el procesado su participación en un hecho punible, alega que su comisión se produjo en circunstancias que darían paso a eximirlo de responsabilidad, bien porque se está en presencia de justificantes del hecho, o porque se alega el acaecimiento de un hecho que de haberse registrado, compele al Estado a reconocer una causal de inculpabilidad que permite eximir de responsabilidad a su autor. De allí que al decir de la Corte Constitucional colombiana se sostenga, entratándose del **Instituto de la sentencia anticipada**, que nos encontramos en presencia de una confesión simple, por parte del inculpaado.

**10.2** En segundo lugar, puede el sujeto pasivo del proceso, **oponerse al ejercicio de la potestad represora del Estado**, alegando la concurrencia de circunstancias que impiden la imposición de una sanción por parte de la administración de justicia a quien ha perpetrado una conducta de la cual es dable pregonar su tipicidad, como ocurre frente a las causales de justificación del hecho, vgr., estado de necesidad, estricto cumplimiento de un deber legal, legítima defensa, etc., eventos en los cuales se pregona que no toda conducta que recibe encuadramiento en un tipo penal, resulta punible, en tanto sin perjuicio de su prohibición general puede resultar autorizada excepcionalmente<sup>13</sup>.

Así mismo, puede alegar el justiciable la concurrencia de un **supuesto de inculpabilidad**, bajo el entendido de que efectuada la **imputación**

<sup>12</sup> Corte Constitucional SC 425/96, septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y seis (1996). Mag. Pon. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>13</sup> **IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto J.** "Apuntes de Derecho Penal, Parte General". Ediciones Jurídicas Ibáñez. Bogotá, (Col). 1998. pág. 307.

**objetiva** de un hecho a su autor, corresponde verificar la imputación subjetiva, en la que ya no se atribuye al agente el hecho material, sino que corresponde establecer si éste lo perpetró "**culpablemente**", con dolo o culpa, o por el contrario la faz subjetiva se ha visto entorpecida por una **causal de inculpabilidad**<sup>14</sup>, vgr., caso fortuito, fuerza mayor, insuperable coacción ajena, etc.

**10.3** Si bien, se acepta, como principio general **que la acción penal es pública**, en tanto responde al interés que asiste al Estado, como ente soberano para reprimir comportamientos atentatorios contra bienes jurídicos fundamentales y esenciales para el logro de la convivencia pacífica de los coasociados, también se tiene que existen determinados eventos en los cuales se autoriza una **tutela penal condicionada** en la medida en que el ejercicio del "ius puniendi", no se encuentra regido por el **principio de oficiosidad** sino que se encuentra sujeto a una **condición**, cual es la manifestación del agraviado con el delito o su representante legal a cuya voluntad se deja la decisión en torno al ejercicio de la acción penal. Al decir de la Corte Constitucional:

"La exigencia de la querrela, en los casos en que el legislador decide imponerla, opera como una barrera al ejercicio de la acción penal que, se remueve, a voluntad del agraviado o de su representante, cuando optan por hacer uso de ella. La institución de naturaleza excepcional, permite a la víctima o a su representante ponderar, desde su perspectiva personal y social, las ventajas y desventajas que le apareja el proceso penal"<sup>15</sup>.

Empero, al lado de la facultad que se otorga en ciertos eventos al perjudicado con el hecho punible para el ejercicio de la acción penal, se faculta al mismo para que iniciada la correspondiente investigación, e incluso formulada por el Estado la pretensión punitiva, dimita de su ejercicio, tal como sucede frente a institutos tales como **el desistimiento y la conciliación**, concebidas como mecanismo de **terminación anticipada del proceso**, frente a hechos punibles desistibles. Eventos en los cuales la pretensión punitiva del Estado desaparece, concurriendo una **causal**

<sup>14</sup> **FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan**. "Derecho Penal Fundamental. Teoría del delito y punibilidad". Tomo II, Editorial Temis. Bogotá, D.C.

<sup>15</sup> Corte Constitucional SC-459, octubre doce (12) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Mag. Pon. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**objetiva de improseguibilidad de la acción penal**, que conduce necesariamente a dar por terminado el proceso.

**10.4** Puede el sujeto pasivo del proceso penal, alegar la concurrencia de **circunstancias modificativas de la responsabilidad o de los límites de la pena**, de las cuales no depende el ser del delito, sino su gravedad, con incidencia por supuesto en el quantum punitivo, de allí que se les denomine "**elementos accidentales del delito**", de que se trata de acontecimientos que ostentan incidencia, respecto de los parámetros punitivos, señalados en cada tipo penal por el legislador vgr., **cuando el hecho fue perpetrado bajo un estado de ira e intenso dolor, la concurrencia de circunstancias específicas de atenuación, la vigencia de amplificadores del tipo –tentativa, coparticipación–, exceso en las causales de justificación.**

**10.5** Puede alegar el procesado la concurrencia de **causales objetivas** que impiden el ejercicio de la acción penal, en eventos como aquel en el cual se establece que el Estado ha perdido la potestad punitiva, por extinción de la responsabilidad penal como ocurre por ejemplo frente a institutos como la amnistía, indulto, prescripción del delito y de la pena, o porque no se verifican los presupuestos requeridos para iniciar la investigación penal, como cuando su procedencia se encuentra condicionada a la formulación de querrela por parte del ofendido y el proceso penal se inicia de oficio, cuando el hecho materia de juzgamiento ya había sido objeto de fallo o sentencia que hace tránsito a cosa juzgada definitiva (**principio de cosa juzgada, violación al non bis in idem**), media desistimiento por la parte que ostentaba legitimidad para ello en proceso iniciado por querrela; cuando una nueva ley elimina el carácter delictual de la conducta cuya investigación se inició bajo la vigencia de una ley que la catalogaba como delito.

**10.6** Así mismo se puede alegar por el inculpado, la concurrencia de causales que **extinguen la acción penal**, en aquellos eventos en que el legislador ha establecido circunstancias que permiten declarar socavado el ejercicio de la potestad represora a condición de que se cumplan determinados presupuestos, como ocurre vgr., con el mandato contenido en el **art. 39 del C.P.P.**, que faculta al funcionario judicial a declarar precluida la investigación penal por indemnización integral frente a delitos como el homicidio y las lesiones culposas, en los cuales no sobreviene ninguna circunstancia de agravación punitiva, al igual que en aquellos atentados

contra el patrimonio económico, cuando la cuantía de lo apropiado, no supere los doscientos salarios mínimos legales mensuales.

## 11. CONTUMACIA DEL PROCESADO

Sin pretender mayor profundidad, podríamos decir a título de pincelada, que existen con relación a esta institución dos posiciones:

- A) Se puede juzgar e inclusive condenar en contumacia. Hay legislaciones que sí lo permiten.
- B) La de quienes sostiene que no se puede juzgar ni condenar en contumacia, con variantes muy particulares. Hay legislaciones que así lo consagran.

Desarrollemos las posiciones:

### 11.1. EL SISTEMA COLOMBIANO

El sistema jurídico colombiano, no acoge, siguiendo el constitucionalismo mundial, una teoría absoluta de los derechos fundamentales, conforme a la cual sea dable pregonar que los mismos se contienen en normas que prevalezcan sobre las demás que integran el ordenamiento superior. De allí que se procura su vigencia en la mayor medida posible, no obstante se reconoce que en determinados eventos pueden entrar en conflicto varios derechos fundamentales, debiendo optar el legislador por acudir a criterios de ponderación y balanceo de bienes jurídicos a fin de garantizar la vigencia de todos ellos, imponiendo restricciones adecuadas, necesarias y razonables que permitan la coexistencia armónica de los mismos, más aún si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales se encuentran contenidos en normas que tienen una estructura especial, abierta, principal, que admite ponderaciones.

Si bien en el seno del proceso penal, se reconoce la vigencia del debido proceso, concebido como derecho fundamental por la Carta Magna; principio que cobija dentro de sus múltiples garantías el derecho a la defensa, técnica y material, del procesado para lo cual se requiere una debida comunicación de las decisiones adoptadas en el curso del trámite procesal a los sujetos intervinientes en el mismo, a objeto de garantizar la vigencia de principios como la lealtad procesal, el derecho a recurrir las determinaciones que afecten los intereses de una parte en el curso de la actuación, evitando que

se genere un estado de indefensión, etc., tal principio no puede reputarse como absoluto sino, relativo, en la medida que si bien varias de las garantías que integran el debido proceso no admiten restricción alguna, vgr., principio de legalidad, principio de favorabilidad, el derecho de defensa es concebido como una prerrogativa que admite ponderaciones y restricciones necesarias para garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales que reclaman su vigencia en el seno del proceso penal, como sucede con el derecho de la justicia, para lo cual se requiere el establecimiento de la verdad real, la tutela del derecho que asiste a la víctima del hecho punible, la potestad que asiste al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* como mecanismo para restablecer el orden quebrantado y por este medio lograr la convivencia pacífica de los coasociados, etc.

Así, si se reconoce que al lado del derecho de defensa, existen otros derechos que buscan su efectividad en el proceso, debe aceptarse que el mismo permite restricciones que sin avasallar su contenido esencial, permiten la vigencia de otros derechos igualmente fundamentales, como la tutela judicial efectiva que también garantiza a la víctima, etc., siempre y cuando las mismas obedezcan a criterios razonables, sean útiles y necesarias a los fines que se pretende alcanzar.

Al respecto indicó la Corte Constitucional:

“Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado. Como la concepción “absolutista de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, La Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica”<sup>16</sup>.

Cierto es que el derecho a la defensa comprende la actividad concurrente del procesado y su defensor a fin de que ejerzan el contradictorio contra el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado; incluso se reconoce que en ocasiones la actividad del procesado es insustituible, como ocurre frente a la diligencia de indagatoria; de ahí que la administración de justicia deba desplegar una actividad eficaz que

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-475/97, septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

viabilice la búsqueda del procesado para informarle la existencia del proceso y obtener su consecuente comparecencia al mismo, no obstante, en caso de que ello no sea posible, se hace necesaria la declaratoria de persona ausente, a objeto de que el funcionario judicial cumpla con la labor que constitucional y legalmente le ha sido asignada para ejercer a nombre del Estado la potestad represora, en cuya verificación se encuentra comprometido el interés general.

Así, en Colombia se autoriza en aquellos eventos en que no sea posible la comparecencia del inculcado al proceso, a pesar de los esfuerzos desplegados por el Estado por comunicar la existencia del mismo a éste, que se proceda a la declaratoria de persona ausente, designándole abogado de oficio que asuma su representación, en tanto no se faculta postergar el curso de la actuación pretextando la no concurrencia del procesado, coartando de esta manera la vigencia de otros derechos fundamentales que como el derecho de protección que exige la víctima se verían eliminados sin justificación alguna. Argumentando que "se robustece más" si se tiene en cuenta que en el ejercicio del "ius puniendi" se encuentra comprometido el interés general. Al decir de la Corte Constitucional de Colombia:

*"La declaración de persona ausente es una medida con que cuenta la administración de justicia para cumplir en forma permanente y eficaz la función que el Constituyente le ha asignado y, por tanto, al estar comprometida en ella el interés general no puede postergarse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, y esperar a que éste voluntariamente se presente o que sea capturado o que la acción penal prescriba, como lo pretende el actor, sino que la actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicar al sindicado la existencia de la investigación que cursa en su contra y designarle un defensor de oficio que lo represente en el ejercicio de su derecho; además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se haya podido incurrir por falta de adecuada defensa".*

## 11.2. EI SISTEMA ESPAÑOL

11.2.1 Durante la fase de investigación de los hechos delictivos, y una vez que se ha formulado la imputación, la presencia del sujeto pasivo de la pretensión penal-punitiva, no es necesaria, es como lo dice el profesor español VICENTE JIMENO SENDRA, una carga, imperativo del propio interés.

Puede igualmente la instrucción ser orientada para lograr el aseguramiento del sujeto pasivo de la pretensión penal, en varias formas.

**11.2.2** En cambio, para el juicio oral, el acusado ha de estar presente físicamente o a disposición del tribunal. NO SE PUEDE DICTAR SENTENCIA SI EL ACUSADO HA SIDO DECLARADO EN REBELDÍA.

**11.2.3** Con el fin de localizar al "renuente", se hacen requisitorias, que según dice VICENTE JIMENO SENDRA: *"Es un acto del juez que ordena, en razón del deber de colaboración con la administración de justicia, la localización de un imputado y la puesta a disposición del órgano judicial. Las requisitorias para el llamamiento y busca de ausente (art. 791.4, 835 y 846 Lecrim), para el caso de no ser hallada en su domicilio la persona cuyo ingreso en prisión provisional, se hubiera decretado, (art. 512) se expiden en diversas circunstancias: en primer lugar, cuando al ir a notificarle al imputado cualquier resolución judicial, no fuere hallado en su domicilio por haberse ausentado de él, se ignore su paradero o no tuviese domicilio, etc."*.

**11.2.4** Como en la requisitoria se señala un plazo, si no se presenta o no fuese hallado y presentado al juez que la ordenó, se declarará en rebeldía.

**11.2.5** Si la declaración se produce durante la etapa de investigación, se termina, se suspende el curso de la actuación y se archiva el expediente.

**11.2.6** Se suspende como en el caso anterior cuando el rebelde está pendiente del juicio oral.

**11.2.7** En los casos anteriores, sólo se reanudará el proceso cuando el rebelde se presente o sea habido.

**11.2.8** En determinadas circunstancias se puede utilizar, la extradición activa, para lograr la comparecencia del rebelde.

**11.3** Sin embargo se ha introducido la figura de la contumacia en los procesos abreviados y en el juicio de faltas<sup>17</sup>. Se puede dictar sentencia

<sup>17</sup> Dice VICENTE JIMENO SENDRA, VÍCTOR MORENO CATENA Y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ, ob cit: y resumiendo su explicación, la figura de la contumacia introducida en



en rebeldía en los procesos abreviados, cuando se solicite pena privativa de la libertad que no exceda de un año, o de otra naturaleza que no exceda de seis años.

#### CONCLUSIONES:

1. En el proceso penal y civil, se debe manejar el concepto de acción, y lo es en el mismo sentido.
2. Se debe manejar el concepto de pretensión y en el mismo sentido en materia penal y civil, solo que teniendo en cuenta lo que se pretende, ya que en materia penal es el "ius puniendi".
3. Es más garantizador para el justiciable que los funcionarios y los doctrinantes manejen el concepto de pretensión en materia penal, con sus aristas propias, porque obliga a su delimitación precisa.
4. Se debe utilizar en el mismo sentido en materia civil y penal, el llamado derecho de contradicción.
5. El derecho de contradicción se puede ejercitar en la misma forma en materia civil y penal, solo que teniendo en cuenta el derecho al cual se le presta el servicio.

Ejemplo: en materia civil, se puede proponer como excepción la fuerza: esta es un hecho impeditivo, es decir, que impide el nacimiento válido de la obligación, en materia penal, la legítima defensa, es un hecho que impide el nacimiento de un verdadero hecho punible.

6. Teniendo en cuenta un significado estrictamente procesal, en materia penal se debe manejar el concepto de parte.

española, es respetuosa con la referida Resolución del Consejo de Europa. 1. Le corresponde al Estado indagar el domicilio real del imputado, a fin de citarlo personalmente cuando se le pueda imponer una pena privativa de la libertad.

2. Si en el momento de la celebración del juicio oral no comparece el acusado, el juez "dispondrá la suspensión del juicio si estima que la comparecencia personal del acusado es indispensable o que existen razones para creer que el imputado se le ha impedido la comparecencia.

3. Los plazos para interponer los recursos : no deben empezar a correr más que a partir del momento en que el condenado ha podido tomar conocimiento efectivo de la sentencia pronunciada.

7. Si se tiene claro el concepto de parte puede existir sentencia, dictada contra el sindicado contumaz.

8. Por razones de espacio no se trató la intervención de las otras partes en el proceso, pero debemos ser conscientes de su intervención y utilidad en el proceso penal.