

El control de la imputación

Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal

José Luis González Jaramillo



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección mejores trabajos de grado | Pregado

El control de la imputación

Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos
en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal

El control de la imputación

Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos
en el Estado de Derecho, a partir de la dogmática procesal

José Luis González Jaramillo



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Colección *Mejores Trabajos de Grado*

El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática procesal

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

© José Luis González Jaramillo

Edición: 2019

ISBN: 978-958-5526-77-8

Carátula: De la serie *Espacios Interiores*, 2000

Clemencia Uribe Restrepo

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Teléfono (57-4) 219 88 54

Correo electrónico: publicacionesderechoypolitica@udea.edu.co

Página web: <http://derecho.udea.edu.co>

A.A. 1226. Medellín – Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión del autor y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. El autor asume la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley. Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Este libro está disponible en texto completo en la Biblioteca digital de la Universidad de Antioquia: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

González Jaramillo, José Luis

Del control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática procesal / José Luis González Jaramillo; prólogo de Óscar Alberto García Arcila. -- 1. edición. -- Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 2019.

xiv, 124 páginas. -- (Colección: Mejores Trabajos de Grado, No. 36)

ISBN: 978-958-5526-77-8 (versión electrónica)

1. Responsabilidad penal. 2. Derecho penal. 3. Culpabilidad (Derecho). 4. Defensa (Procedimiento penal). 5. Estado de derecho.

I. García Arcila, Oscar Alberto, prólogo. II. Título. III. Serie

LC K5064

345.861-dc23

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

A mis padres.

*Al profesor Oscar García,
por su amistad y generosidad con el conocimiento.*

A Yesica, por su compañía y lectura crítica.

El texto inicial que da origen a esta obra es producto del proceso investigativo en el Semillero en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, al que ingresé en el año 2010, y corresponde al informe final del trabajo de grado que presenté para optar al título de abogado, en el año 2015. Hoy, como coordinador de dicho Semillero presento a la comunidad académica este texto actualizado, teniendo en cuenta los proyectos de ley que se han presentado, la jurisprudencia que modula el tema de la imputación y la legislación pertinente.

Yo quería estudiar las razones que han inducido a los hombres a elaborar los códigos. No los códigos como los estudiaban mis coetáneos, que después se convirtieron en abogados de renombre, sino sus razones soterradas, en un sentido abstracto quizás, no sé si me explico, y si no me explico, qué se le va a hacer

La cabeza perdida de Damasceno Monteiro, Antonio Tabucchi

Contenido

Prólogo	15
Introducción	17
1. Marco contextual	19
Enjuiciamientos penales en el ordenamiento colombiano	19
Ley 600 de 2000: la indagación.	20
Acto Legislativo 03 de 2002: posibilidad de contradicción en la audiencia de formulación de la imputación	21
Proyecto de Ley Estatutaria 001 de 2003: Ley 906 de 2004. Control formal de la imputación en la audiencia de formulación	23
Legislación	25
<i>El control formal a la imputación en la audiencia de formulación, artículo 286 de la Ley 906 de 2004.</i>	25
Jurisprudencia	28
<i>El control de la imputación en la audiencia de formulación según la jurisprudencia de la Corte Constitucional</i>	29
<i>El control de la imputación en la audiencia de formulación según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia</i>	33
Iniciativas y reformas legislativas	48
<i>Proyecto Legislativo 102 de 2014: eliminación de la audiencia de imputación</i>	50

<i>Proyecto Legislativo 107 de 2018:</i> <i>acto de comunicación y vinculación</i>	53
<i>Principio de congruencia: del Proyecto Legislativo 102</i> <i>de 2014, a la Sentencia SP2042 de 2019</i>	56
<i>Ley 1826 de 2017: acusador privado</i> <i>y procedimiento abreviado</i>	66
Formulación de cargos en el procedimiento penal colombiano: acto de comunicación vs acto procesal; derecho a ser informado vs derecho a ser oído	69
Los actos de comunicación	70
Garantía de ser oído.	74
2. Marco conceptual	79
Derecho/doctrina comparada	79
<i>La vista preliminar en Puerto Rico</i>	79
<i>La formalización de la investigación en Chile</i>	80
<i>La imputación en España</i>	81
<i>La primera audiencia en Estados Unidos</i>	81
<i>Italia</i>	84
Proceso penal inquisitorio: Decreto 1399 de 1930	84
El Código Vassalli	85
Doctrina	86
<i>De la acción y la pretensión penal</i>	86
<i>La imputación como manifestación</i> <i>de la acción penal</i>	89
La indagación	91
La investigación.	92
Etapa preliminar como centro de gravedad del proceso penal	94
La imputación	95
3. Control formal y control material	97
Control formal a la formulación de la imputación	97
Control material a la formulación de la imputación	99

<i>Juicio a la imputación</i>	100
<i>Juez de control de garantías</i>	101
<i>Juicio de inferencia razonable</i>	102
<i>Principio acusatorio y sistema de controles en el Estado de Derecho</i>	104
<i>La pena de banquillo</i>	108
<i>Formulación de cargos como tortura</i>	109
<i>¿En qué consiste el control?</i>	113
Reflexión final	117
Referencias bibliográficas	119

Prólogo

Vivo, penetrante, crítico y propositivo. Así podría ser un adecuado resumen del libro *El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática procesal*, de José Luis González Jaramillo, que hoy se presenta a la luz pública.

Un texto que va de lo descriptivo a lo prescriptivo, y que no solo se limita a mostrar la realidad legal de la configuración de la imputación, sino que nos adentra en la interpretación que de ella han realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, así como la doctrina nacional que se ha encargado de revisar este instituto procesal. Pero no solo se queda allí, el libro está fuertemente enriquecido con algunas experiencias extranjeras y hace acopio de la doctrina nacional y extranjera que revisa tal institución desde una lectura constitucional, finalizando con una propuesta de cómo debería realizarse de cara a la mejor protección y realización de los derechos y garantías de quien está sometido a la persecución penal.

La figura jurídica de la imputación como está regulada hoy en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, y la interpretación que de ella han realizado las Altas Cortes, permite concluir que solo admite un control formal, cerrando cualquier intento de realización de un control sustancial a la misma, tanto desde los aspectos dogmáticos de la teoría del delito, como desde los presupuestos procesales de la misma acción penal y sobre todo desde sus aspectos probatorios, generando en quien está sometido a la persecución penal un verdadero estado de indefensión, como reflejo de un poder ilimitado del Estado que en últimas termina castigando al imputado durante el proceso, sin que exista una sentencia condenatoria.

Clarificante resulta ver cómo desde unas adecuadas precisiones teóricas, desde la teoría del proceso, se delinea la gran diferencia que existe entre comunicar y el derecho a ser oído. La imputación se comunica, pero cierra cualquier paso al derecho fundamental a ser oído, con todas las implicaciones que ello conlleva, desde la imposibilidad de ejercicio de una defensa activa a partir de las oposiciones durante el desarrollo de la audiencia, hasta la imposibilidad de refutar la evidencia exhibida que soporta la inferencia razonable de autoría y responsabilidad. Esta es una de las grandes conclusiones.

Es un tema bastante vigente, pues la realidad legal y sus intentos de reforma, muestran cómo es cada vez más evidente que a partir de considerarla un acto “inútil”, propenden por su eliminación, como ya ocurrió en la Ley 1826 de 2017, en vez de potenciarla y darle el sentido que jurídicamente debería tener: ser un punto de control previo al avance de la persecución estatal en aquella carrera de obstáculos que debe ser el proceso penal.

Ilustrador resulta como, al inicio de cada tema, se insertan pequeñas frases de Kafka, tomadas de su obra clásica “El proceso”, citas que dan sentido a lo que se quiere expresar a continuación en el texto, pues lo observará el lector, su contenido no dista de lo que vivimos en nuestro proceso penal de hoy.

Para finalizar, significo que mi otrora alumno, hoy compañero de enseñanza y gran amigo, goza de esas peculiaridades que tanto queremos ver en la vida académica: sencillez, prudencia, sabiduría, humildad en la transmisión del conocimiento. Sea la ocasión para alentarle a continuar por ese camino, pues tiene toda una vida por delante para enriquecer desde su perspectiva la discusión académica alrededor de temas que resultarán de gran interés para quienes hemos decidido ver en la realización de los derechos, aún a contracorriente del poder estatal o de los grupos de poder, el mejor escenario de ejercicio académico y profesional.

Solo me queda decir, que espero que a todo lector resulte tan gratificante y enriquecedor su lectura, como lo ha sido para mí.

Oscar García Arcila
Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Introducción

El objeto de este texto es estudiar la formulación de cargos en el sistema penal oral acusatorio colombiano —Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (también CPP)—, desde la óptica legal, constitucional, de derecho comparado y de la dogmática procesal, lo que se hace relevante en un contexto de reformas legislativas que buscan reemplazar la audiencia de formulación de imputación por un acto de comunicación y vinculación (escrito) al proceso penal; y porque, de hecho, el procedimiento abreviado, explícito en la Ley 1826 de 2017, eliminó la audiencia de imputación y creó una audiencia concentrada.

Las reflexiones aquí planteadas no pretenden agotarse en el posible escenario que ofrece la reforma, pues independientemente del mecanismo que la ley utilice para formular cargos, el derecho de defensa se erige como una garantía en el enjuiciamiento penal, de la misma manera que lo hace el principio de legalidad en el derecho penal sustancial, dado que la noción de imputación procedente de allí no puede resultar ajena a la noción de imputación en el derecho penal procesal.

Si se tiene en cuenta que la intromisión más severa que puede sufrir un ciudadano en la esfera de sus derechos es aquella que parte de la legalidad que emana de los poderes del Estado, a través del enjuiciamiento penal, entender la imputación o la formulación de cargos y la investigación penal como un simple asunto o un engranaje más de la administración de justicia sería inconsecuente con la trascendencia de tales actos (Guerrero Peralta, 2007, p. 99).

A pesar de eso, la jurisprudencia nacional y la doctrina se dividen en entender si la formulación de cargos debe ser sometida a un control por par-

te de la defensa y a examen del juez de control de garantías, o si, por el contrario, tal formulación de cargos es un acto en el cual el fiscal tiene plenas facultades dispositivas en cuanto a su forma y contenido, ya sea en audiencia o en la citación para la notificación de una resolución judicial.

Si se siguen las palabras de Carrara (1985) en cuanto a que “le toca a la presente generación depurar esas nuevas formas, híbridas y peligrosas; y el fin constante de esta depuración debe ser aproximar, lo más que se pueda, el proceso mixto al genuino proceso acusatorio” (p. 299), el sentido de este trabajo es develar el tufillo autoritario del sistema procesal penal colombiano evidente en la forma como ha sido eliminada la formulación de la imputación en la Ley 1826 de 2017 —reformada en la Ley 906 de 2004—, a pesar de que “con facilidad se olvida la gravedad de los fenómenos que están en el meollo del código penal” (Christie, 1984, p. 16).

En ese sentido, este trabajo es una defensa del control jurisdiccional constitucional y material penal de la formulación de la imputación, que pretende ser elevada como una acusación penal. Esta defensa se hace desde el intento de agrupar algunas reflexiones garantistas en torno a la necesidad de estructurar el proceso penal, de manera que sea compatible con los fundamentos y límites del poder político en el Estado de Derecho, como posibilidad reduccionista de su violencia.

La formulación de cargos tal y como la contempla la Ley 906, la jurisprudencia de las altas cortes, la doctrina nacional y los operadores jurídicos terminan recordando a Josef K en todo ciudadano que ha sido objeto de una persecución penal: “¿Quién me acusa? ¿Qué órgano instruye el procedimiento? ¿Son ustedes funcionarios? [...] No puedo decirle en absoluto de qué se le acusa o, mejor dicho, no sé si le acusa. Está usted detenido, es verdad, pero no sé nada más” (Kafka, 2012, p. 24).

La imputación o la formulación de cargos es la oportunidad procesal para que el indiciado ejerza el derecho a la defensa, que implica tener derecho a ser informado y a ser oído, mediante un debate, un contradictorio, que pueda impedir ser vinculado al proceso penal. Solo así se sacia la finalidad —el porqué— de la formulación de cargos: justificar, legitimar la vinculación de un ciudadano a la persecución penal, a pesar de lo que expresa Calle Calderón (2005): “que no hay ninguna posibilidad de salvación para el derecho penal” (p. 147).

1

Marco contextual

Enjuiciamientos penales en el ordenamiento colombiano

La historia del sistema procesal penal colombiano puede sintetizarse en dos periodos:

[...] uno de corte inquisitivo, que comienza desde que se expidió la ley que creó la República conocida como la Gran Colombia, sancionada por el Congreso reunido en Angostura el 17 de diciembre de 1819 y ratificada con la Ley Fundamental o Primera, expedida el 1 de enero de 1821, hasta el 19 de diciembre de 2002, en que se promulgó el Acto Legislativo, con el cual se inicia otro periodo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 25).

En la actualidad, en el ordenamiento procesal penal colombiano coexisten, de manera válida y vigente, varios sistemas en materia de enjuiciamiento: los juicios contra los altos funcionarios estatales, la jurisdicción indígena, la justicia penal militar y la jurisdicción penal ordinaria. Esta última, a su vez, tiene dos sistemas procesales penales vigentes: la Ley 600 de 2000, de corte inquisitivo, y la Ley 906 de 2004, de tendencia acusatoria, bajo una novedosa regla de tránsito adscrita al artículo 533 de la Ley 906 de 2004, que expresa que solo “regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero de 2005”, por lo que los procesos “vinculados a delitos cometidos con anterioridad a la vigencia gradual de esa codificación, se someterán al trámite previsto en el Código derogado (sic), es decir el que se expidió mediante la Ley 600 de 2000” (Álvarez Gómez, 2014, p. 190).¹

1 Para Álvarez Gómez, la Ley 600 de 2000 está derogada, aunque no advierte que la Ley 906 de 2004 no decretó su derogación, pues impuso un sistema de vigencia gra-

Es así como la jurisdicción penal ordinaria se comprende como objeto de estudio en este texto, a través de la formulación de cargos o acto de imputación.

Ley 600 de 2000: la indagación

“Solo quería señalarle”, dijo el juez de instrucción, “que hoy —tal vez no haya tenido conciencia de ello— se ha privado de las ventajas que un interrogatorio reporta en cualquier caso al detenido”. K. se rio, mirando hacia la puerta. “Sinvergüenzas”, exclamó, “os regalo vuestros interrogatorios”

El proceso, Franz Kafka

El sistema de enjuiciamiento en materia penal regulado por la Ley 600 de 2000 es un sistema de corte mixto con tendencia inquisitiva, en donde la etapa previa y de instrucción (investigación —artículos 311 al 328— e instrucción —artículos 329 al 344—) se encuentra al mando de la Fiscalía General de la Nación. Aquí, el fiscal es el *amo y señor* de la investigación previa y de la instrucción, que ejerce funciones jurisdiccionales, por lo cual se le considera como *fiscal-juez* (Arango Giraldo, 2014, p. 14).

La investigación previa tiene como propósito (art. 322) definirle al fiscal la posibilidad de abrir la instrucción; cambio de fase que está determinada por la indagación, la cual es una citación al indiciado para que rinda una declaración libre o interrogatorio (arts. 337 y 338).

Con la apertura de la instrucción (art. 331), el procesado o indiciado pasa a ser imputado, contra lo cual no hay recursos, excepto contra la providencia que niega la vinculación (art. 335) al proceso penal.

dual, que es el sistema procesal penal por el cual la Corte Suprema de Justicia investiga y juzga a los miembros del Congreso, con el que establece de manera expresa un fuero para esos altos dignatarios del Estado, el cual tiene vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Acto Legislativo 03 de 2002: posibilidad de contradicción en la audiencia de formulación de la imputación

En abril del 2002 fue presentado por los entonces ministros del Interior, Armando Estrada Villa, y de Justicia, Rómulo González Trujillo, a solicitud del Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio, un proyecto de reforma constitucional que culminaría en la expedición del Acto Legislativo 03 del 9 de diciembre de 2002. Tal reforma buscaba establecer un proceso penal que fuera “moderno, ágil, eficiente y respetuoso de los derechos de los sindicados y de las víctimas, quedando a la vanguardia de los sistemas comparados de procesamiento criminal”.

Los discursos teóricos (*cf.* Granados Peña, 1996; Fuentes Hernández y Granados Peña, 1999) previos a las reflexiones y los debates que erigieron el Acto Legislativo 003 de 2002, que modificó los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, estaban dirigidos a implementar un sistema procesal penal acusatorio generador de un paradigma jurídico que buscaba revolucionar la manera de entender el sistema procesal penal.

Desde esta mirada, el nuevo modelo de juzgamiento tenía el reto de incorporar una lectura constitucional, acusatoria y democrática, al caracterizarse por adoptar un proceso penal oral de igualdad de partes, público, contradictorio, concentrado e imparcial; es decir, dirigido por un juez que juzga y ante el que se practican las pruebas, y por un fiscal encargado de acusar, de ser el titular de la pretensión penal. En síntesis, se trataba de un modelo procesal que apuntaba a la protección de los derechos fundamentales, a través de los jueces, como límite al poder político, específica y especialmente a la defensa, y del respeto por la garantía a la libertad personal (Vélez Osorio, 2012, p. 25).²

El proyecto de Acto Legislativo “fue objeto de distintas reuniones bajo el liderazgo de la Fiscalía General”, y presentado por expresa solicitud de di-

2 En contraposición a estos discursos teóricos, el profesor Calle Calderón (2005, enero-junio) sostiene que “la reforma no obedecía sino a los afanes de relegitimación de los discursos oficiales, a la manera de un nuevo propósito a favor de la construcción de derecho penal simbólico, con las consecuencias nefastas que ello representa para los derechos y las libertades individuales” (p. 159). Y esto, porque la reforma no garantiza la verdadera función del proceso penal, pues no es solamente la aclaración del hecho punible, sino también la protección del imputado, el cual debe ser presumido inocente y respetándosele el debido proceso (Jaén Vallejo, 2008, enero-junio, p. 196).

cho ente (Congreso de la República, 2002, abril 26). Así, paradójicamente, se solicitaba fortalecer la actividad investigativa, lo que significaba reservar los poderes especiales dados bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000, y al mismo tiempo se denunciaba al ente acusador como una institución dedicada a privar la libertad de los procesados, a través de arbitrarios poderes jurisdiccionales que generaban una aplicación anticipada de la pena. Al respecto:

[...] la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma *es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación*. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal. Por ello, se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función (Congreso de la República, 2002, abril 26; cursivas propias).

Paradójicamente, se concluye:

En todo caso, la Fiscalía fortalece su naturaleza investigativa, con fundamento en los recursos criminalísticos y científicos, conservando la facultad de allanar, interceptar y recoger pruebas, con el propósito de descubrir y establecer la verdad histórica del punible y de la responsabilidad del inculgado. Y aun, en su lucha contra la criminalidad, queda excepcionalmente facultada para capturar, con control judicial posterior (Congreso de la República, 2002, abril 26).

Ahora, en lo referente a la audiencia de formulación de imputación, el proyecto de Acto Legislativo fue motivado a partir de la:

[...] garantía fundamental del sindicado a la defensa se encuentra como eje de esta iniciativa de reforma y que se manifiesta entre otras cosas en el derecho a ser asistido por un traductor, *a que la formulación de la im-*

putación sea completa, es decir integrada con todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos, que la acusación sea notificada oportunamente, de manera expresa y formal, entre otras. [...] Según lo anterior, el control judicial estará a cargo del juez de control de garantías, sobre la legalidad de medidas llevadas a cabo por el fiscal, deberá evaluar cuáles de esas actuaciones se hallan respaldadas por motivos suficientes —razonables o fundados—. Es decir, que las razones que motivaron al fiscal para adoptar alguna de estas medidas durante la investigación, se encuentren apoyadas por motivos razonables, y no simples sospechas de que el individuo que se ve sometido a ellas, oculta cosas relacionadas con un delito. [...] El juez que ejerza la función del control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales (Congreso de la República, 2002, abril 26; cursivas propias).

Proyecto de Ley Estatutaria 001 de 2003: Ley 906 de 2004. Control formal de la imputación en la audiencia de formulación

A pesar del panorama avizorado desde la reforma constitucional de 2002, con la promulgación de la Ley 906 de 2004, si bien se implementó un proceso penal de *tendencia* (Calle Calderón, 2005, pp. 153-157) acusatoria, es decir un sistema mixto, que no puede matricularse en una vertiente pura, a saber anglosajona o continental (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 31), el legislador eligió una ruta distinta a la trazada durante las discusiones del proyecto de Acto Legislativo 003 de 2002, en lo que respecta al contenido de la audiencia preliminar de imputación y por lo tanto al papel del juez de control de garantías. El Fiscal General de la época, Luis Camilo Osorio, en la exposición de motivos de la Ley 906, sostuvo que la imputación

[...] se define como “el acto de comunicar, en audiencia ante el juez que ejerce la función de control de garantías, a la persona, su calidad de imputado”. Con este *acto procesal se pretende única y exclusivamente informar a la persona que existe una investigación en su contra*, por hechos que eventualmente pueden comprometer su responsabilidad penal, para que así el imputado en asocio de su defensor técnico pueda comenzar a preparar de modo eficaz su actividad defensiva respecto de la eventual acusación en ciernes. En todo caso precítese, dada la naturaleza del proceso acusatorio, regido prioritariamente por los principios de inmediación y

concentración, que por *el hecho de la formulación de la imputación la Fiscalía no tiene la obligación de revelar los elementos materiales probatorios que haya recolectado, puesto que aquellos solamente serán dados a conocer a partir de la presentación de la acusación, razón por la cual, se entiende e impone que las actividades que puede desplegar la defensa en orden a preparar su estrategia, no se extienden a la contradicción y solicitud de práctica de pruebas, prohibición expresamente consagrada en el proyecto, cerrándose así las puertas para que la formulación de la imputación se convierta en un escenario sumarial o anticipación del juicio* (Congreso de la República, 2002, abril 26; cursivas propias).

Si bien se ha dicho que la Ley 906 matricula el enjuiciamiento penal colombiano en un proceso mixto con tendencia acusatoria, se agrega que para Carrara (1985) el sistema procesal mixto

[...] no es la compenetración de los dos procesos, para que de ella resulte un tercer método, completamente especial; ni es tampoco una mixtura (*mixto*) en sentido propio; es más bien la reunión alternada de las dos antiguas formas. El metal llamado de Corinto no es un resultado de la fusión de muchos metales, sino un objeto que tiene una parte de cobre y de plata, y en la que la parte cobriza puede predominar sobre la argéntea, y viceversa, a gusto del artífice. *La parte de cobre representa en este caso al proceso inquisitivo, y la de plata al acusatorio. El valor de la institución aumentará cuanto más predominante el elemento de mayor precio* (p. 310; cursivas propias).³

En términos generales, la reforma procesal penal *pela el cobre*, pues “no tiene una vocación garantista o limitativa de la violencia y de las contradicciones autoritarias connaturales a todo sistema penal; se trata de una reforma al servicio del programa político-criminal autoritario y antidemocrático” (Calle Calderón, 2005, p. 158), y obedece además a la *marcha*

3 Para Francesco Carrara, el proceso acusatorio implica las siguientes características: “1. La publicidad plena de todo el procedimiento; 2. La libertad personal del acusado, hasta la condena definitiva; 3. La igualdad absoluta de derechos y de poderes entre el acusador y el acusado; 4. La pasividad del juez al recoger las pruebas, sean de cargo o de descargo; 5. La continuidad de los actos; 6. La síntesis en todo el procedimiento” (1985, p. 298). Y, por otra parte, encuentra que las características del proceso inquisitivo son: “1. Concurso de denunciadores secretos [...]; 2. Dirección de las pruebas al pleno arbitrio del juez; 3. Procedimiento siempre secreto, no solo con respecto a los ciudadanos, sino también frente al acusado [...]; 4. Encarcelación preventiva del procesado, segregándolo por completo de todo contacto con otras personas, hasta el momento de la defensa; 5. Interrupción de los actos, como también formulación de la sentencia a entera voluntad del juez; 6. Orden analítico hasta que la inquisición especial sea transmitida” (1985, p. 304).

triumfal del procedimiento penal americano en el mundo (Schünemann, 2002); lo que, en otras palabras, se explica como consecuencia de la “americanización o presión globalizante en las reformas del sistema judicial colombiano” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 30).

Además de lo anterior, Schünemann (2007) encuentra que:

para la actual marcha triunfal del proceso penal de Estados Unidos deben existir otras razones. En mi opinión, ellas consisten justamente en los déficits de Estado de Derecho de modelo norteamericano (lo que a primera vista parece paradójico). En efecto, detrás de la fachada brillante del proceso ideal de partes, éste practica para más del 90 % de los casos algo diferente: una rápida condena impuesta por las autoridades encargadas de la investigación sin que exista un control judicial serio. Por consiguiente no la fuerza del Estado de Derecho sino, justamente a la inversa, sus debilidades, convierten hoy día al sistema norteamericano en tan atractivo para los órganos europeos de persecución penal y para la legislación que posee su influencia (pp. 112-113).

Legislación

El control formal a la imputación en la audiencia de formulación, artículo 286 de la Ley 906 de 2004

Según la Ley 906 de 2004, la audiencia de imputación, junto con la audiencia de legalización de captura y la audiencia de medida de aseguramiento, forman parte de las llamadas audiencias preliminares (art. 153) que se celebran de manera concentrada.

La audiencia de imputación la define el artículo 286 como “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”. Se dice que esta audiencia da inicio formalmente al proceso penal, es decir, “se erige como el génesis de la actuación procesal en lo penal, puesto que solo existirá proceso” (Arango Giraldo, 2014, p. 17) en tanto la fiscalía manifieste ante el juez de control de garantías la titularidad y el imputado adolezca de la pretensión jurídico-penal. Es necesario que el fiscal en dicha audiencia exprese:

1. Individualización concreta del imputado [...]
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible,

lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento. 3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena [...] (Ley 906 de 2004, art. 288).

En síntesis, los requisitos que se deben cumplir para la imputación de cargos son: 1) la presencia o la declaración de contumaz del indiciado, 2) la determinación fáctica de los hechos y su relevancia jurídica, y 3) el análisis probatorio, por parte de la fiscalía, de los elementos materiales probatorios y de información, obtenidos legalmente, que permitan a través de una inferencia razonable concluir que el indiciado es el probable autor o partícipe del hecho punible investigado.

Entre los efectos que produce la formulación de la imputación, se encuentra que:

- a) Se comunica al indiciado la calidad de imputado (Zapata Betancur, 2009, p. 77), según lo establece el artículo 126; y, de acuerdo con el artículo 129, habrá un “registro de las personas a las cuales se haya vinculado a una investigación penal”.
- b) Se determinan los hechos fácticos y los argumentos jurídicos relevantes para concretar el ejercicio adecuado del derecho a la defensa.
- c) Según el numeral 2 del artículo 288, no hay un descubrimiento de los elementos probatorios, evidencia física ni información en poder de la fiscalía.
- d) Con la calidad de imputado se pueden solicitar las medidas de aseguramiento en la audiencia respectiva. En caso de ser objeto de estas medidas, deben analizarse los términos del régimen de libertad del imputado.
- e) Se abre la investigación formal como etapa previa a la formulación de la acusación.
- f) Se fijan los términos para presentar el escrito de acusación, o la fiscalía puede presentar la solicitud de preclusión.

- g) La fiscalía puede iniciar una negociación con la defensa para determinar la posibilidad de salidas alternas al proceso ordinario, verbigracia la justicia premial y negociada.
- h) La fiscalía realiza el recaudo de medios cognoscitivos para que, a través de actos jurisdiccionales con controles previos y posteriores, se lleven a cabo actividades tales como allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas, vigilancia y seguimiento de personas, inspección corporal, obtención de muestras que involucran al imputado, entre otras (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 46).
- i) En la Ley 906, la formulación de la imputación no tiene recursos de ninguna naturaleza, y “contra la formulación de imputación no procede recurso alguno” (Zapata Betancur, 2009, p. 82).
- j) La fiscalía y la defensa elaboran sus programas metodológicos: el de la fiscalía reafirma la teoría del caso,⁴ y el de la defensa apunta a refutar el plan metodológico del ente acusador (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 49).
- k) Como lo define el artículo 292, se interrumpe la prescripción de la acción penal.
- l) Según el artículo 293, en caso de allanamiento a cargos “se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”.
- m) Se comprende, según el artículo 290, que la defensa podrá iniciar actos encaminados a llevar una estrategia judicial, pues, desde la Fiscalía General de la Nación (2005), es claro que:

Con la formulación de imputación, [...] se activa el derecho de defensa. A partir de ese momento ella puede preparar eficazmente su actividad procesal, lo cual no indica que pueda controvertir los cargos en este estadio, tampoco solicitar práctica de pruebas, excepto aquellas que anticipadamente se puedan allegar en las circunstancias extraordinarias que el código señala, ni requerir actos de investigación o la exhibición de elementos materiales probatorios a la Fiscalía (p. 66).

4 También se debe tener en cuenta que, según los artículos 115 y 140 de la Ley 906, el fiscal deberá investigar, también, objetivamente lo favorable para el indiciado.

Ahora bien, para la Corte Constitucional, en la Sentencia C-025 de 2009,

[...] la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas; luego el ejercicio del derecho a la defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso.

Aun con lo anterior, vale resaltar que el legislador colombiano en la reforma constitucional del 2002 y en la Ley 906 no estableció una estructura normativa que le permitiera inferir al intérprete cuáles son las condiciones para que exista una formulación de imputación que cumpla con los requisitos de legalidad; es decir, no estableció las condiciones para realizar un control judicial de la formulación de cargos.

Asimismo, desde algunas corrientes doctrinales (Gómez Orozco, 2012; Vanegas Villa, 2008) interpretan la audiencia de imputación como un acto de mera comunicación y vinculación al proceso penal; de parte que, por lo tanto, escaparía a cualquier tipo de control por cualquier sujeto procesal; y regulado (Ley 906 de 2004, art. 288), del que se desprende solamente la necesidad de presentar una relación de los hechos relevantes.

Esto es así porque,

[...] Quizás, de la lectura literal y exegética del contenido de los artículos 286 y 288.2 se ha comprendido que la imputación de cargos se erige en un acto de *mera comunicación*, puesto que al no existir descubrimiento probatorio alguno dentro de la misma, y al ser la imputación de cargos una manifestación unilateral del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, se ha pretendido relevar el acto comunicativo de la rigurosidad propia al inicio de la pesquisa penal (Arango Giraldo, 2014, p. 33).

Jurisprudencia

Luego del análisis hecho frente a la Ley 906 de 2004, en este apartado se examinará la formulación de cargos en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

El control de la imputación en la audiencia de formulación según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Se puede decir que, en cuanto al control al acto de imputación del proceso penal, la Sentencia C-475 de 1997 es un hito jurisprudencial; esta sentencia cita y se basa, a su vez, en la Sentencia C-412 de 1993, mediante el control judicial por constitucionalidad del Decreto 2700 de 1991, del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, de espíritu inquisitivo y escritural. Se considera aquí como hito la C-475, en tanto sostiene que:

[...] al sujeto le asiste el derecho a ser oído tan pronto el Estado tiene suficientes elementos para formular en su contra una imputación penal. Los principios de *prontitud* y *oportunidad* han sido defendidos reiteradamente por esta Corporación, al indicar, entre otras cosas:

“El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso —previa o formal—, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo[”] (Corte Constitucional, 1997a).

Tras esta mención al debido proceso, la Corte Constitucional (1997a) expresa en la sentencia:

En estas condiciones, no encuentra la Corte que haya un trato que beneficie a la víctima del delito respecto de la persona sobre la cual recae la imputación penal, afectando el derecho de defensa de esta última. Ciertamente, las dos partes pueden participar en igualdad de condiciones en el cierre de la investigación previa, siempre que la persona afectada por el hecho criminal hubiere denunciado el delito y que el sujeto implicado rinda versión libre, lo que no compromete ninguna norma constitucional.

Después, en el año 2002, mediante la Sentencia C-805, la Corte entiende que hay fundamentos constitucionales para “adelantar un control judicial a las actuaciones y omisiones de la Fiscalía General de la Nación, en especial el de legalidad a la detención preventiva como medida de aseguramiento”; y específicamente, se le da la posibilidad a la parte civil de involucrarse en caso de que encuentre una omisión por parte de la fiscalía.

Ahora bien, en la Sentencia C-1092 de 2003, la Corte sostiene que al juez de control de garantías le está prohibido realizar un análisis probatorio:

Es cierto que en este supuesto la facultad del Juez de Control de Garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento (Corte Constitucional, 2003).

Asimismo, en la Sentencia C-1194 de 2005, citando la Sentencia C-799 de 2005, la Corte entiende que el derecho de defensa se activa una vez realizada la imputación y desde la etapa preliminar en la indagación, así:

[...] la *interpretación incluyente*, es decir, aquella que permite entender que la adquisición de la condición de imputado es *una* de las diferentes condiciones en las cuales se puede encontrar una persona en un proceso penal, pero en momento alguno excluye aquellas anteriores a la condición de imputado lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la referida condición; es una interpretación ajustada a la Carta Política y por ende es Constitucional (Corte Constitucional, 2005a).

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que este se puede ejercer desde antes de la imputación; así lo establece el propio Código de Procedimiento Penal, incluso desde la captura o antes cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos. Por ello, la limitación que se establece en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004 sería violatoria del derecho de defensa, si se interpretara que este solo puede ejercerse desde el momento en que se adquiriera la condición de imputado.

Así, aunque estas sentencias no explicitan la posibilidad de que el procesado y la defensa se pronuncien sobre la imputación, y el juez de garantías realice el control judicial a la misma, sí se insiste en la trascendencia del derecho a la defensa, del cual el derecho a ser oído es una parte fundamental.

De hecho, en la Ley 906, es absolutamente restringido el derecho a la defensa en la misma audiencia de imputación, donde, según la Sentencia C-1260 de 2005, no hay un descubrimiento de material probatorio, sino que esto apenas ocurre a partir de la acusación.

Para la Corte, las expresiones acusadas por el actor, es decir, “lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía”, no desconocen las garantías procesales de defensa y de publicidad, como lo sostiene el actor, en la medida que la implementación del nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria implicó cambios estructurales en el sistema de investigación, acusación y juzgamiento. Uno de ellos, fue precisamente en materia del descubrimiento de las pruebas al señalar el inciso final del artículo 250 Constitucional, que “En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado”, lo cual implica que las pruebas habrán de practicarse dentro de la etapa de juzgamiento con todas las garantías procesales propias como las de publicidad y contradicción. No existen así pruebas secretas ni ocultas en la medida que el nuevo sistema penal impone su práctica durante una audiencia pública —etapa del juicio— donde podrán controvertirse. Por ende, sólo cuando el fiscal decide acusar surge el deber de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información en poder de la fiscalía (Corte Constitucional, 2005b).

De manera similar, la Sentencia C-209 de 2007, al analizar los artículos referidos a la imputación, en especial al artículo 289 de la Ley 906 de 2004 —que regula las formalidades de la audiencia de imputación—, no especifica el control de la imputación, pero sostiene que la Ley 906

[...] sólo prevé la presencia del imputado y su abogado, pero no la de la víctima, por lo cual, a fin de permitir su intervención efectiva, se debe garantizar la presencia de la víctima en esta audiencia, y con este fin es necesario condicionar la norma.

Si bien la víctima o su abogado no hacen la imputación, como quiera que no existe una acción penal privada, para la garantía de los derechos de las víctimas es preciso asegurar su presencia a fin de conocer la imputación que haga el fiscal y para proteger sus derechos y dignificar su condición de víctimas (Corte Constitucional, 2007).

Luego, en la Sentencia C-425 de 2008, la Corte señala:

La diligencia de formulación de la imputación señala el inicio del proceso penal y, a partir de ahí, entran en juego todos los derechos que resultan involucrados con el delito y que corresponde al juez y a todas

las autoridades públicas garantizar y salvaguardar. La diligencia de formulación de la imputación tiene como objetivo comunicar a una persona que se inicia en su contra el proceso penal. En otras palabras, esta actuación formalmente pone en funcionamiento la función investigativa del Estado y el aparato judicial para perseguir el delito y proteger los derechos de las víctimas y de la sociedad. En el sistema penal acusatorio, a partir de la formulación de la imputación, el imputado adquiere el carácter de sujeto procesal y puede ejercer su derecho a la defensa material. A partir de la diligencia de formulación de imputación se activa el ejercicio del derecho a la defensa material del sindicado (Corte Constitucional, 2008).⁵

Ahora bien, la Sentencia C-025 de 2010 delimita el control a la imputación, e incluso de la acusación, en cuanto al principio de congruencia fáctico que también propugna la Corte Suprema de Justicia:

Para la Sala, la formulación de imputación se constituye en condicionante fáctica de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos.

Lo anterior no conlleva a una inmutabilidad jurídica, porque precisamente los desarrollos y progresividad del proceso hacen que el grado de conocimiento se incremente, por lo tanto es posible que la valoración jurídica de ese hecho tenga para el momento de la acusación mayores connotaciones que implican su precisión y detalle, además de exigirse aún la imposibilidad de modificar la imputación jurídica, no tendría sentido que el legislador hubiera previsto la formulación de imputación como primera fase y antecedente de la acusación (Corte Constitucional, 2010).

De esta forma, si la Sentencia C-025 de 2010 reafirma la posición de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo al principio de congruencia, lo

5 Hay que recordar que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-025 de 2009, precisó que “la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación”, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo en todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas.

mismo hace la Sentencia C-303 de 2013, que también define la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo relativo al control formal y al derecho de defensa, el cual —según este organismo— se ejercita luego de la audiencia de imputación, a diferencia de lo que en su momento sostuvo la misma institución en la Sentencia C-475 de 1997 y en la C-412 de 1993. Allí se expresa:

[...] el carácter informativo de la audiencia de formulación de imputación no desconoce el derecho al debido proceso, y en consecuencia, la expresión “comunica” contenida en el artículo 286 del CPP será declarada exequible (Corte Constitucional, 2013).

Con ello, la Corte sostiene que la audiencia de formulación de imputación es el “el punto de partida para el ejercicio del derecho al debido proceso”, y

[...] aunque en esta audiencia el presunto infractor de la ley penal no puede controvertir ni modificar los términos de la imputación, tiene la posibilidad de hacerlo durante todo el procedimiento penal; es decir, la defensa material no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella (Corte Constitucional, 2013).

De ahí que el papel del imputado dentro de la audiencia de imputación

[...] se limita a expresar si entendió los términos de la acusación, y si se allana a los mismos, pero ni él ni el abogado que lo representa tienen la posibilidad de atacar el acto mismo de la imputación o los términos en que se formula, ni de aclarar los hechos en que se fundan los cargos. De esta manera, la presencia del imputado, de su abogado, e incluso del juez, es totalmente inocua porque desde una perspectiva material, no es posible concretar la defensa (Corte Constitucional, 2013).

El control de la imputación en la audiencia de formulación según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Acercas del control de la formulación de la imputación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se mueve en varios sentidos, que para ser mejor comprendidos en este apartado, se han desglosado en doce puntos.

Primero. En sentencias de la Sala de Casación Penal,⁶ se encuentra un argumento decantado en la jurisprudencia de la Corte —y resumido en la sentencia con proceso n.º 24786— en cuanto a la congruencia entre formulación de la imputación, acusación y fallo, específicamente en lo referente a la aceptación o allanamiento de cargos. Además, en la sentencia con proceso n.º 32868, se diferencia la congruencia fáctica de la congruencia jurídica, así:

[...] si en la formulación de acusación se varía la denominación jurídica del punible por el que se formuló la imputación, o se adicionan o suprimen circunstancias agravantes o atenuantes, bien genéricas, ora específicas, siempre que exista perfecta consonancia respecto de los supuestos fácticos.

Precisamente, la razón de ser de la formulación de imputación, en su sentido más prístino, es que la Fiscalía dé a conocer al imputado, que se le registra autor o partícipe de unos hechos concretos, y que a renglón seguido se adelantará la investigación encaminada a determinar no sólo la verificación de esa inicial información, sino la específica vinculación delictiva que esos hechos aparejan.

No es, entonces, el acto de la imputación un momento acabado de definición del delito y consecuente responsabilidad penal, pues, si así fuese, carecería de sentido la investigación subsecuente y no sería posible acudir a mecanismos tales como el de la preclusión, producto, no sobra recalcar, de lo que esa investigación consecuente arroja.

Situación diferente ocurre, frente a la invariabilidad de la imputación, cuando a la sentencia no se llega por la vía del juicio oral, sino en virtud a una aceptación anticipada de cargos, caso en el cual los hechos imputados y su denominación jurídica se tornan inmodificables (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2010, marzo 10).

6 Algunas sentencias de esta sala son las siguientes, aprobadas: en acta n.º 80 del 20 de octubre de 2005, del magistrado ponente Mauro Solarte Portilla, con proceso 24026; en acta n.º 30 del 6 de abril de 2006, del magistrado ponente Jorge Luis Quintero Milanés, con proceso 24668; en acta n.º 24 del 28 de febrero de 2007, radicación 26087; en acta n.º 162 del 6 de septiembre de 2007, del magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, con proceso 24786; en acta n.º 240 del 28 de noviembre de 2007, del magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, con proceso 27518; en acta n.º 73, del 10 de marzo de 2010, de magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, con proceso 32422; en acta n.º 73 del 10 de marzo de 2010, del magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, con proceso 32868; y en acta n.º 46 del 5 de septiembre de 2012, del magistrado ponente Enrique Socha Salamanca, con proceso 39799.

Segundo. De la misma manera, en la Sentencia de Casación Penal, aprobada en acta n.º 13 del 25 de enero de 2012, del magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, con proceso n.º 36294, la Corte analiza las causales de preclusión de la investigación del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, y la función de la Fiscalía General de la Nación (FGN) al momento de renunciar y activar la persecución penal, dejando en claro las responsabilidades de este ente para la formulación de cargos:

El ejercicio de la acción penal exige la administración responsable y leal de las enormes facultades y posibilidades que se otorgan a las FGN, lo que supone, de una parte, que no renuncie de manera inmotivada o gratuita al ejercicio del ius puniendi, y, de otra, que no aumente de forma abusiva las consecuencias jurídicas de los hechos investigados, cargando más de lo justo las imputaciones, para forzar aceptaciones de intimidados capturados. Ese control al ejercicio de la acción penal está, precisamente, en la esencia del Estado de Derecho, más cuando en la investigación se limitan o intervienen derechos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2012, enero 25).

Tercero. En la sentencia del proceso 40053 de Casación Penal, aprobada en acta n.º 39 del 13 de febrero de 2013, del magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández —en donde se discuten el allanamiento, la retractación y las facultades del control de legalidad del juez con funciones de conocimiento en los actos de aceptación de cargos—, se especifica la necesidad de que “exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2013, febrero 13).

Cuarto. Asimismo, en la sentencia con radicación 38547 de Casación Penal, aprobada en acta n.º 60 del 27 de febrero de 2013, del magistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otero, la Corte declara “la extinción de la acción penal por prescripción” tomando como base la fecha de interrupción de la audiencia de imputación.

Quinto. La Sentencia de Casación Penal del 19 de octubre de 2006, del magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, con proceso 25724, si bien analiza y resuelve un asunto de congruencia fáctica entre la imputación, la acusación y el fallo en caso de allanamiento o aceptación de cargos, también conceptúa acerca del papel de la fiscalía y del juez de control de garantías:

El descuido, que no puede ser enmendado en casación por respeto al artículo 31 de la Constitución Política, también debe ser cargado a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6.º y 351, inciso 4.º, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política.

En el evento que ahora estudia la Corte no hubo acuerdo que permitiera la degradación de algún comportamiento, pero incluso en tales supuestos es deber de la fiscalía (y de los jueces en el control que ejercen) fundamentar en la formulación de la imputación o de la acusación, según sea del caso, probatoria y jurídicamente las razones para optar por una conducta punible y no por otra (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2006, octubre 19).

Esta sentencia, junto con la n.º 29117, fueron base para la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, auto de segunda instancia 2009-01033, del 26 de agosto de 2009 (citado en Arango Giraldo, 2014, pp. 91), en donde se considera que se

[...] ha permitido extender a las partes e intervinientes el que puedan ejercer un control efectivo a la imputación, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delito, hechos jurídicamente relevantes. Claro que ese control se advierte muy limitado, pues las partes e intervinientes a lo sumo podrán manifestar su desacuerdo con los términos de la imputación y sugerir al Fiscal que la adecue a su particular concepción, sin que puedan realmente oponerse a la misma, por tratarse de un acto de comunicación el que no es susceptible de recurso alguno.

Sexto. La Corte, en el estudio de nulidades procesales por violación al principio y al derecho de defensa, en sentencias de casación en Sala Plena, sostiene lo siguiente: Por una parte, la Sentencia 27283 del 1 de agosto de 2007, del magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, bosqueja el derecho a ser oído en juicio —¿únicamente en juicio?—, al partir de las

Sentencias C-617 de 1996 y T-589 de 1999 de la Corte Constitucional; allí, para la Corte Suprema de Justicia, “el defensor tiene que actuar en igualdad de condiciones frente al acusador porque debe desarrollar labores similares aunque desde perspectivas diversas” (2007, agosto 1). Por otra parte, la Sentencia 268237 del 11 de julio de 2011, del magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, en lo que respecta al juez de control de garantías en el sistema acusatorio colombiano, sostiene que el principio adversarial es

[...] modulado por cuanto en nuestro sistema de enjuiciamiento oral se reconoce la condición de intervinientes a las víctimas y al Ministerio Público, y además porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar proactivamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, julio 11).

La misma sentencia fundamenta el papel de la defensa como parte del proceso penal, de esta manera:

El nuevo modelo acusatorio es un sistema de partes, según el cual, el imputado ya no es un sujeto pasivo en el proceso, como lo era bajo el modelo inquisitivo, sino que demanda su participación activa, incluso desde antes de la formulación de la imputación de cargos. Por lo que, sin considerar una inversión de la presunción de inocencia, las cargas procesales se distribuyen entre la Fiscalía y el investigado, imputado o procesado a quien le corresponde aportar elementos de juicio que permitan confrontar los alegatos del acusador, e inclusive los aportados por la víctima a quien también se le permite la posibilidad de enfrentar al imputado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, julio 11).

Se agrega en el mismo texto:

[...] en un sistema con tendencia acusatoria, adversarial, en el que la verdad acerca de los hechos no es monopolio del Estado, sino que debe construirse entre las partes, a las que se garantiza la igualdad de armas, y quienes llegan con visiones distintas de lo sucedido a debatirlas en un juicio regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y el respeto a las garantías fundamentales,

con el fin de convencer al juez, tercero imparcial, de su posición jurídica, no es siempre acertado sostener que la defensa técnica se desarrolla en forma válida, efectiva y eficaz con una actitud de inercia, de simple complacencia o indiferencia ante la acusación de la Fiscalía.

Si el artículo 267 de la Ley 906 de 2004, prevé que cualquier persona que sea informada o advierta que se le adelanta una investigación puede buscar asesoría de un abogado y por sí mismo o a través de éste “*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*”, con el fin de utilizarlos en su defensa, esto quiere decir que el sistema, más que sugerir, requiere del imputado, y/o su defensor, desde antes de la misma investigación, un comportamiento activo, que lo comprometa con la indagación de lo que resulte favorable, sin que por ello se disminuya la presunción de inocencia (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, julio 11; cursivas en el original).

No obstante, la Corte insiste en una refundación del derecho de defensa:

En la nueva dinámica que implica el paradigma de enjuiciamiento oral con tendencia acusatoria “las funciones tradicionalmente desempeñadas por el defensor, deben revalorarse para insertar en ellas las exigencias de un *sistema que tiene por fin humanizar la actuación procesal*, alcanzar una justicia pronta y cumplida, activar resoluciones a los conflictos sociales mediante manifestaciones del principio de oportunidad como la abstención, suspensión o renuncia de la persecución penal [...]” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, julio 11; cursivas propias).⁷

7 La Corte Suprema de Justicia entiende anacrónicamente que es un fin del “Estado de Derecho” colombiano, humanizar la actividad procesal penal y facilitar la participación de las personas en el enjuiciamiento penal, única y exclusivamente cuando hay un allanamiento o aceptación de cargos de por medio: “Como corolario de la justicia premial y en cumplimiento de los fines esenciales del Estado de facilitar la participación de las personas en las decisiones que las afectan, se permite al procesado que, renunciando a su derecho a no auto-incriminación y a tener un juicio oral, público, concentrado, contradictorio, con intermediación probatoria, a través de la asunción de su responsabilidad penal obtenga una rebaja en la pena” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, julio 8). Lejos están estas consideraciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, para el cual “la humanización del derecho penal debe entenderse en la demostración que el autor hace de la naturaleza social, y no divina, de la autoridad penal, derivando consecuencias fundamentales, como la necesidad de garantías legales” (Bigliani y Costanzo, 2001, p. 311).

Por último, en la misma sentencia se encuentra también una expresión aislada que no parece acorde a la jurisprudencia de la Corte:

No puede considerarse que tal actitud silente, de inercia en el descubrimiento probatorio por parte del abogado de entonces, obedeció a una estrategia, *pues desde la formulación de la imputación, única diligencia en la que ciertamente estuvo presente el procesado, éste fue enfático en su actitud de rechazo de aquella* y de las circunstancias que la rodearon (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2011, julio 11; cursivas propias).

Frente a todo esto surge la pregunta: ¿La Corte permite una actitud abierta y activa, por parte del acusado en esta diligencia de imputación? Vale decir que la jurisprudencia de la Corte no había dado lugar a estas especulaciones en sentencias anteriores, en donde se entiende bajo algún eufemismo que el papel de la defensa, si bien no es protagónico, no puede ser pasivo o despreocupado.

Séptimo. En sentido similar, la Sentencia de Casación Penal 26878 del 1 de noviembre de 2007, aprobada en acta n.º 215, del magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, sostiene que

La formulación de imputación es en esencia “un acto de comunicación” de la Fiscalía a una(s) persona(s) en relación con la sospecha que existe de que un(os) hecho(s) jurídicamente relevante(s) —delitos— es susceptible de atribuírsele como obra suya (artículos 286 y 287 del CPP).

En virtud de ese acto formal de comunicación que se desarrolla en audiencia pública ante un Juez de Control de Garantías (art. 286), el sujeto adquiere la condición de parte en el proceso penal – Imputado (art. 126).

La formulación de la imputación es el primer “escalón” en el proceso de perfeccionamiento de la imputación (fáctico-jurídica) que se funda a partir de evidencias físicas o de información legalmente obtenida, que le permite a la Fiscalía “inferir razonablemente” que el imputado es autor o partícipe del delito (art. 287). [...]

En tales condiciones, y con ese referente probatorio legalmente obtenido, la Fiscalía podía “inferir razonablemente” y comunicar al (los) capturado(s) de manera más o menos precisa: “*sospecho que Usted(es) traficaba(n) sustancias para el procesamiento de narcóticos*”, y si ello es así, le(s) “*formulo imputación por el artículo 382 del Código Penal*”, con las consecuencias que de ello se derivan (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2007, noviembre 1; cursivas en el original).

Nuevamente, en la Sentencia 31280 del 8 de julio de 2009, aprobada en acta n.º 209, del magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca, la Corte caracteriza la audiencia de formulación de imputación, así:

Es sabido que la imputación es el acto surtido ante un juez con funciones de control de garantías, en desarrollo del cual la Fiscalía General de la Nación le comunica a una persona la calidad de imputada al estar siendo investigada por su posible participación en una conducta punible. [...]

Si bien en ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios ni la evidencia física, si es necesario ofrecer al Juez de Control de Garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, no de otro modo se logra “*inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”, como lo reza el artículo 287 de la normativa en comento.

En efecto, esa etapa embrionaria debe contar, de todas formas, con una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal del imputado con base en los medios persuasivos de que dispone la Fiscalía, por ello, la Corte ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica. La misma se ubica en el terreno de la *posibilidad* al sólo preceder la noticia criminal y las pesquisas tendientes a su verificación, luego, según el *principio de progresividad*, se allegarán elementos materiales probatorios y evidencia a fin de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de *probabilidad de verdad*, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, julio 8).

Octavo. En la Sentencia 29904 del 12 de junio de 2008, del magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte, en el estudio de un recurso extraordinario de casación, dilucida las funciones del juez de control de garantías en el escenario de la audiencia de formulación de imputación; para este organismo, este juez:

[...] no desarrolla una función de trámite o impulso procesal, a la manera de entender que la investigación se desarrolla bajo su tutela o gobierno.

No. En un sistema de partes en el cual la fiscalía tiene la obligación de recaudar los elementos suasorios suficientes para llamar a juicio al procesado, a través de un particular programa metodológico, es claro que el Juez de Control de Garantías no realiza una labor formal de trámite, dentro de los presupuestos del principio antecedente consecuente, que permita advertirlo vinculado desde el principio hasta el final de esta etapa, con un específico gobierno procesal.

Acorde con la estructura dada por el legislador colombiano a esta novísima figura, ella tiene su razón de ser, a la par, en el recorte o limitación de las facultades judiciales de la fiscalía, para efectos de controlar, por vía anticipada o consecuencial, esas actividades del fiscal que limitan o afectan derechos fundamentales.

Así, se cumple con el presupuesto básico de un estado democrático, en el cual se asigna a los jueces la función primordial de proteger los derechos fundamentales de los asociados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, junio 12).

Y concluye:

[...] en un solo caso el Juez de Control de Garantías desarrolla no una labor tuitiva de derechos, sino la tarea fundamental de impulso procesal, y ello ocurre precisamente en la audiencia de formulación de imputación, pues, sin su intermediación no es posible abrir formalmente el proceso penal a través de la comunicación que el fiscal hace al procesado, acerca de la investigación que se le adelanta por una determinada conducta punible.

Desde luego que esa formulación de imputación tiene una connotación procesal innegable, dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, facultar la posibilidad de formular acusación al imputado, si se trata de la vía ordinaria, o permitir la terminación extraordinaria por el camino del allanamiento a cargos o los acuerdos entre las partes.

Debe, por consecuencia de lo anotado, distinguirse cuándo el Juez de Control de Garantías actúa, como ocurre en la gran mayoría de los casos, en protección de derechos, *de aquella circunstancia singular en la que se le atribuye la tarea de impulsar el proceso* —aunque, desde luego, como ocurre con todos los funcionarios judiciales, haya de propugnar siempre

por el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes—, dado que ello redundaría necesariamente en la definición de competencia.

Ahora bien, diferenciado que unas son las funciones constitucionales y otra la legal (porque es la ley la que defiere al Juez de Control de Garantías la labor de mediación o impulso procesal propia de la formulación de imputación), no puede ser igual el tratamiento del aspecto referido a la competencia, entre otras razones, porque, en lo que toca con la tarea de protección y vigilancia de derechos fundamentales, el espectro protector demanda mayor amplitud en la intervención judicial, para facultar que de inmediato y sin cortapisas pueda restablecerse el derecho en los casos en los cuales éste ha sido conculcado irregularmente (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, junio 12; cursivas propias).⁸

Así mismo, en la Sentencia 26716 del 16 de mayo de 2007, del magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte advierte, para aclarar con ello algunas funciones del juez de control de garantías, que es

[...] poco probable la intervención del juez en función de garantías en punto a la posible exclusión probatoria, puesto que como lo ha sostenido la Corte las posibilidades de exclusión probatoria por parte del juez en función de control de garantías se limitan a solo cinco eventos:

Solo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al Juez de Control de Garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicación, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, u otros medio similares, impartida por la fiscalía [...]. Su expedición —en materia de registros y allanamientos— con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, “por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación” (art. 232).

La razón de que en tales eventos deba recurrirse al juez de control de garantías es precisamente porque estos hallazgos derivan de diligencias

⁸ En dicha sentencia, la Corte determina la función dual del Juez de Control de Garantías; por un lado, la de ser un juez constitucional, y, por otro lado, la de ser un juez penal.

que afectan derechos fundamentales. A dicho funcionario le está asignado el control, formal y material de esos actos de investigación, valga decir, la actividad desplegada por la Fiscalía en ejercicio de su atribución de persecución penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2007, mayo 16).

Noveno. En la Sentencia 29117 del 2 de julio de 2008, del magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, en donde de oficio se casa una sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se declara la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de formulación de la imputación, bajo el argumento de que la adecuación jurídica que se hizo desde esta audiencia era incorrecta, por lo que se invita a realizar un control judicial de la misma, pues

No puede soslayarse el deber que tienen quienes participan en el proceso, tanto la defensa como la Fiscalía y, dentro de su órbita de competencia, el representante del Ministerio Público (que desde luego no es un convidado de piedra a la audiencia de formulación de la imputación así como a ninguna de las actuaciones procesales —artículo 277; 1, 2, 7 de la Constitución Política—). A ellos corresponde ejercer un control efectivo a la imputación, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delitos, en fin, hechos jurídicamente relevantes (artículos 287 y 288 del CPP) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, julio 2).

Ese circunloquio o insinuación de control que según la Corte pareciera recaer única y exclusivamente en la Fiscalía y en el Ministerio Público, debe hacerse para evitar los errores en la formulación jurídica de cargos, toda vez que la imputación, advierte la Corte, “compromete garantías defensivas porque existen estrategias desde aquel estadio procesal que —de explorarlas— pueden incidir de forma directa en la determinación de la condena” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, julio 2).

En todo caso, agrega la Corte: *“los intervinientes en el proceso penal están llamados a ejercer un efectivo control a la exactitud de la imputación, so pena de convertir el derecho en un verdadero terror penal”* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2008, julio 2; cursivas propias).

Décimo. Más allá de lo que pudiera esperarse por esta afirmación de la Corte, aquí destacada, en la Sentencia 31115 del 16 de abril de 2009, del

magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, este despacho judicial puso la jurisprudencia en su lugar, pues entiende que la imputación es un acto de comunicación, incluso controlada. Para hacerlo se valió de los autos del 23 de julio de 2008, de radicado 30120; del 9 de febrero de 2009; con radicado 30955; y del 18 de febrero de 2009, con radicado 30775.

[...] la Corte encuentra oportuno referirse a la mala práctica judicial adelantada por jueces de control de garantías (de Magistrados para el caso apelado), relativa a la aprobación o improbación que hacen de la imputación, cuando la misma está llamada a ser un acto de parte, de comunicación al imputado, cuya legalidad está controlada por el juez, sin que sus atribuciones se extiendan a la posibilidad de aprobarla o improbarla; lo cual no excluye que el juez por iniciativa propia pida a la Fiscalía que precise, aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, contenidos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, especialmente en la relación de los hechos jurídicamente relevantes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, abril 16).

Décimo primero. La Corte entiende la audiencia de formulación de imputación en tanto acto de comunicación, diferenciándolo en todos los casos de un acto procesal; de hecho, la Corte, en la Sentencia 44103 del 22 de septiembre de 2009, aprobada en acta n.º 301, del magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, diseña una *teoría de la comunicación* con unos elementos como los extremos (emisor y receptor), el mensaje, el código, un canal y el retorno, y caracteriza la audiencia como un

[...] un acto de parte, en tanto su bondad ontológica se agota en la comunicación que una parte (la Fiscalía) hace a la otra parte (imputado), de una decisión de parte —adoptada luego de un análisis ponderado y riguroso, para el cual el fiscal cuenta con todo el tiempo necesario mientras no prescriba la acción penal—, la cual consiste en adelantar en su contra de manera formal, un proceso penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, septiembre 22).

Y de esa manera, bajo aquella teoría de la comunicación, la Corte erige al juez de control de garantías como “el encargado de verificar que el proceso de comunicación se realice de manera exitosa”; ese acto de comunicación es eficaz en la medida, no en que todos los actores interactúan o participan, sino en la medida en que el “imputado manifieste su voluntad de aceptar o no los cargos formulados por la Fiscalía con lealtad, de manera

libre, consciente y debidamente informado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, septiembre 22).

No obstante, más allá de lo citado, para el juez de control de garantías,

[...] como servidor público que es, no se encuentra norma alguna que lo comine o lo autorice a aprobar o improbar la imputación, precisamente porque nuestro sistema jurídico concibe tal actividad como un acto de parte, y como tal, no existiendo la posibilidad de decidir sobre su aprobación o improbación, menos podría afirmarse que tal decisión pudiera ser impugnada, como equivocadamente lo entiende el *a quo*.

Y no podría ser de otra manera al confrontarse la situación que se generaría con la eventual improbación de la imputación, en relación con sus consecuencias: en primer término respecto del titular de la acción penal —artículo 250 de la Constitución Política—, puesto que dejaría en vilo su ejercicio, condicionándolo a su propia apreciación, aunado a que la no aprobación carece de efectos sobre la interrupción de la prescripción (lo cual quedaría por fuera del control de la Fiscalía); y, en segundo lugar, dejaría seriamente agrietadas las bases de la estructura acusatoria fundamentada en el enfrentamiento de partes mediado por un juez imparcial, por cuanto dicho funcionario tendría su propia teoría del caso, la cual impondría a una de las partes por medio de la improbación en desprecio, desde luego, de la posición sustentada por la Fiscalía (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, septiembre 22).

Con esta caracterización, la Corte les da alcance a las facultades del juez de control de garantías, y al fiscal mediante la Sentencia del 15 de mayo de 2012, del magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez

[...] la imputación es un acto de parte, de comunicación al imputado, cuya legalidad está controlada por el juez, sin que sus atribuciones se extiendan a la posibilidad de aprobarla o improbarla, lo cual no excluye que el funcionario, por iniciativa propia, pida a la Fiscalía que aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, especialmente en relación de los hechos jurídicamente relevantes.

En esta labor de verificación, el Juez de Control de Garantías está en posibilidad de exigirle a la Fiscalía mayor precisión o suficiencia en la expresión de los hechos jurídicamente relevantes, a fin de garantizar debidamente el derecho a la defensa —art. 8.º, lit. h—. También, como garante de la legalidad del proceso, *le asiste el deber de advertir posibles*

incongruencias entre la imputación fáctica y la jurídica, con el propósito de que el fiscal, si lo estima pertinente, realice los ajustes del caso.

Pero en esta última eventualidad, resáltese, mal podría predicarse que el fiscal está obligado a variar la imputación jurídica; pues, en últimas, como titular de la acción penal (art. 250 de la Constitución), es quien finalmente debe responder ante el juez de conocimiento por la solidez de la imputación y la acusación (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2012, mayo 15).

Décimo segundo. Hasta aquí la Corte ha definido el limitado alcance de las funciones del juez de control de garantías y del control que puede establecerse al acto de imputación. Así, el 13 de febrero de 2019 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, Sentencia 49386, aprobada en acta n.º 36, relacionando algunas sentencias del 2018 de esta misma institución para analizar los controles a la pretensión penal en el ámbito de la acusación y la imputación, confirma que: si bien, ambas “no están sometidas a control judicial, al juez si le corresponde, en desarrollo de los actos propios de dirección de la audiencia, constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplen los requisitos establecidos en la ley.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, febrero 13).

Así la Corte estableció una fundamentación jurídica al control formal de la imputación y acusación de la siguiente manera:

Precisamente, con el fin de salvaguardar esas garantías procesales mínimas, señaló la Sala en el citado fallo, el Juez tiene la obligación de realizar, en cumplimiento de las labores de dirección de la audiencia, la verificación de (i) la presentación sucinta y clara de los hechos jurídicamente relevantes, y (ii) el cumplimiento de los demás requisitos formales establecidos en los artículos 288 y 337 de la Ley 906 de 2004, según presida la audiencia de imputación o acusación, respectivamente. Así, *al juez le corresponde velar porque la Fiscalía presente una acusación que reúna los requisitos legales, mas no insinuar ni, menos, ordenar, que opte por una hipótesis fáctica en particular (CSJSP, 05 Oct. 2016, Rad.45594). En suma, el Juez debe limitarse a garantizar que el fiscal cumpla la ley, lo que se aviene a lo expuesto por la Fiscalía General de la Nación en la Circular 0006 del primero de junio de 2017, donde se resaltó lo siguiente sobre la estructuración de la acusación:*

“Hechos jurídicamente relevantes. Según la Corte Suprema de Justicia “la relevancia jurídica de hecho está supeditada a su correspondencia con la norma

penal". De esta forma, "los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales" (...). Su presentación debe hacerse en forma sucinta, de suerte que el operador jurídico pueda advertir el foco de la respectiva situación fáctica".

Según se acaba de indicar, con este tipo de actos de dirección el juez no propone ni insinúa a la Fiscalía que emita la acusación en un sentido determinado. Su intervención se limita a constatar que la acusación contenga los elementos previstos en la ley, lo que, valga aclararlo, puede resultar beneficioso para el procesado en cuanto tendrá elementos para preparar su defensa e incluso porque puede liberarse del gravoso juicio oral en el evento de que la Fiscalía se percate de que no están dadas las condiciones para formular la acusación. En todo caso, aunque es cierto que al juez le está vedado sugerir hipótesis delictivas, pues con ello podría afectar su imparcialidad, también lo es que tiene la obligación de constatar que las actuaciones de la Fiscalía cumplan los requisitos legales, pues de ello depende la realización de un proceso viable en el sentido indicado en párrafos precedentes. (CSJ SP5660-2018, 11 dic. Radicado 52311). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, febrero 13).

A manera de conclusión, y luego de hacer este recorrido de doce puntos, sobre la jurisprudencia de la Corte, se puede determinar que:

- La audiencia de imputación es un acto de comunicación o de parte, por el cual se le notifica a alguien que inicia contra él un proceso penal que consta de una pretensión.
- El juez de control de garantías es un juez impulsor en el proceso penal en la medida que: a) garantiza el respeto por los derechos humanos de los procesados; b) analiza formalmente los elementos de la adecuación típica, es decir de la pretensión penal que a manera de imputación se le imparte al procesado; c) verifica que se cumpla la posibilidad de notificación al procesado; y d) examina que la aceptación de cargos del imputado no adolezca de vicios del consentimiento.
- El juez que conoce la petición de preclusión tiene la posibilidad de negarla, aduciendo la incapacidad de la fiscalía para estudiar todas las hipótesis que pueden servir de teoría del caso.
- La defensa y el procesado deben tener una actitud activa, solamente en lo referente a lo sustancial de la imputación, es decir la adecuación típica y el allanamiento de cargos.

- El control de la imputación y de la acusación está determinado porque el juez, ya sea de garantías o de conocimiento, según corresponda, constata las actuaciones de la Fiscalía según las disposiciones legales, toda vez que ambas manifestaciones de la pretensión penal están sometidas a controles formales y mínimos en un Estado de Derecho.

Iniciativas y reformas legislativas

Una vez analizada la interpretación jurisprudencial respecto de la audiencia de imputación, se analizarán, a continuación, los más importantes intentos de reforma legislativa que se presentaron hasta el cierre de la legislatura de 2018, con el fin de modificar algunos aspectos de la Ley 906 de 2004, entre ellos la formulación de la imputación.

Entre algunos de estos proyectos encontramos:

- El Proyecto de Ley 047 de 2012, archivado por falta de trámite y con el que se quería ofrecer a las víctimas un mecanismo eficaz de acceso a la justicia.
- El Proyecto Legislativo 126 de 2013, tramitado en Cámara, de autoría del congresista Hernán Penagos Giraldo, por el cual se pretendía modificar la Ley 906 de 2004. Este proyecto no alcanzó ni siquiera a cruzar el primer debate; fue archivado en el tránsito de legislatura de julio de 2014, junto con el Proyecto de Ley 047 de 2012.
- El Proyecto de Ley 115 de 2014, con origen en el Senado, por medio de la cual se modificaría parcialmente la Ley 906 de 2004, en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. De la autoría de Yesid Reyes Alvarado, en ese entonces Ministro de Justicia y del Derecho, y Eduardo Montealegre Lynett, como Fiscal General de la Nación.

Este proyecto no modificaba el objeto de estudio de este texto; por el contrario, en la exposición de motivos enfocaba su sentido legal en tratar de contrarrestar la

[...] creciente tendencia a modificar el sistema penal en aras de aumentar las circunstancias por las que las autoridades judiciales pueden determinar la privación de la libertad de un imputado, muchas veces sin

tener en cuenta todos los aspectos que configuran la política criminal que, como se dijo, no está limitada a la respuesta jurídico-penal contra el delito, sino que también incluye gran cantidad de aspectos de orden institucional y social. En este caso en particular, las modificaciones de los últimos años tienden a aumentar las circunstancias que favorecen la privación de la libertad, causando no solo una excesiva afectación al derecho fundamental a la libertad, sino también una presión desmesurada en el sistema carcelario, sin un adecuado análisis sistemático de la política criminal (Reyes y Montealegre, 2014, octubre 28).

- El Proyecto de Ley 102 de 2014, se tramitó ante la Cámara, de autoría del congresista Hernán Penagos Giraldo, por el cual se intentó modificar la Ley 906 de 2004 y la Ley 599 de 2000. El proyecto fue archivado, no obstante lo analizaremos más adelante, dada la importancia de la reforma que pretendía realizar.
- El Proyecto de Ley 224 de abril de 2015, suscrito por la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia, en conjunto con el representante Hernán Penagos Giraldo. Allí se pretendía una reforma profunda e integral a la Ley 906 del 2004,⁹ en la que se destacaban, entre otros, un procedimiento abreviado y un sistema de conversión reglado mediante el cual se podía ejercitar la acusación privada.
- El Proyecto de Ley 048 en Senado y 171 en Cámara, que culminó en la expedición de la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado, la cual, entre otras cosas, elimina la audiencia de imputación. A la Ley 1826 de 2017 nos referiremos más adelante.
- El Proyecto de Ley 107 de 2018, en Senado, por el cual se pretendía reformar la justicia, esto es, el Código de Procedimiento Penal, el Código

⁹ Los aspectos más importantes de la reforma eran: a) la eliminación de la audiencia de imputación y su sustitución por un acto de comunicación; b) el fortalecimiento de los mecanismos de terminación anticipada del proceso y la justicia premial; c) la introducción de la investigación y prueba de contexto; d) la supresión del fundamento sustancial para reclamar los perjuicios derivados de la conducta punible dentro del proceso penal y del incidente de reparación integral; e) la regulación de la figura de la impugnación excepcional según el mandato de la Corte Constitucional en la Sentencia C-792 del 2014, y e) la inclusión de instrumentos para el sometimiento de organizaciones criminales (cfr. Congreso de la República, 2015, abril 16).

Disciplinario del Abogado, el Estatuto Arbitral, el Código General del Proceso y la Ley 1905 de 2018; se estimulaba la conciliación extrajudicial contencioso-administrativa; se adicionaba la Ley 1437 de 2011 y se dictaban otras disposiciones, todo ello con la intención, según el proyecto, de determinar “reformas para garantizar la eficiencia del sistema penal”. Este proyecto fue archivado en el mes de junio de 2019, no obstante a él también nos referiremos más adelante, dada la importancia de la reforma que pretendía realizar.

Proyecto Legislativo 102 de 2014: eliminación de la audiencia de imputación

El Proyecto de Ley 102 de 2014, que como ya se dijo fue de autoría del congresista Hernán Penagos, presentaba el mismo articulado del Proyecto de Ley 126 de 2013 que resultó impróspero debido a la finalización de las sesiones ordinarias del Congreso de la República. En ese sentido, el Proyecto de Ley 102 intentaba corresponder la imputación penal sustancial de la Ley 599, con la imputación procesal penal de la Ley 906, al ilustrar cómo esta figura es un diálogo de doble vía (Toro Lucena, 2012, enero-junio). Las motivaciones de este proyecto de ley fueron las mismas de las reformas del 2002 y 2004, relativas a la celeridad y la eficiencia. El texto del Proyecto de Ley 102 expresaba:

Ineficacia-Ineficiencia. Los números son catastróficos: Según las cifras de Corporación Excelencia en la Justicia en delitos graves para el año 2010-2011 se produjeron en todo el país 57 sentencias en casos de peculado, de ellas solo 10 por juicio; 13 en casos de lavado de activos, de ellas solo 2 por juicio; 8 por prevaricato, de ellas solo 2 por juicio. En delitos como el homicidio, las sentencias fueron 3.952, de ellas 687 por juicio. Pero de otro lado ingresaron 963.000 noticias criminales, de las cuales se estaban archivando 533.000. Según el mismo reporte (Medicina Legal) se aplazaron y cancelaron el 63 % de las audiencias (Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio, boletín de actualización 2010- 2011; Bogotá, febrero de 2012). Con estos números no da espera a que se tomen medidas que por un lado hagan el proceso penal más dinámico y que por el otro aligeren el peso de algunos anacronismos instrumentales, sin sacrificar garantías por supuesto, para disminuir las causas de aplazamientos, o las insustanciales sesiones de audiencias de lectura

de cientos de documentos, o los juicios sobre causas que de antemano se podrían anticipar como atípicas, entre otros aspectos (Congreso de la República, 2014, septiembre 18).

Para mayor explicación, puede resumirse así el Proyecto de Ley 102 de 2014:

- Se pretendió adicionar al título II el capítulo I bis (arts. 81A al 81I) denominado “Ejercicio de la acción penal por parte de la víctima”, donde se reglamentaba la acción penal privada o el acusador privado, implementado a partir del Acto Legislativo 06 de 2011;¹⁰ de igual manera se adicionaba al libro IV el capítulo III (art. 527A), denominado “Indemnización integral”. En estas adiciones, la víctima se matriculaba como sujeto procesal, pudiendo actuar en la audiencia de acusación, preparatoria y de juicio oral (arts. 90 y 340 de la Ley 906 de 2004), e incluso la víctima podía participar en el interrogatorio cruzado del testigo, cuando así se lo delegara la fiscalía (art. 391 de la Ley 906 de 2004).
- Se pretendió reformar la lectura insulsa de los documentos (art.431 de la Ley 906 de 2004).
- Se intentaron adicionar las causales de procedencia del recurso de casación (art. 181 de la Ley 906 de 2004), cuando se viola el principio de congruencia y se desconoce la estructura esencial del proceso o de las garantías.
- Se quisieron adicionar las posibilidades de entender la captura en flagrancia, de hecho, en casos de grabaciones en sitios abiertos para ser capturado después (art. 301 de la Ley 906 de 2004). Ello en referencia a la Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, que ya había inducido dichos cambios.
- Se desdibujaba de manera absurda el principio de congruencia (art. 448 de la Ley 906 de 2004).
- Se intentó eliminar la audiencia de formulación de imputación (art. 286 de la Ley 906 de 2004), por lo que quedarían dos audiencias pre-

10 En este punto, este proyecto es el antecedente a la Ley 1826 de 2017, que regula el acusador privado y el procedimiento abreviado.

liminares: la audiencia de legalización de captura y la audiencia de medida de aseguramiento (arts. 92 y 175 de la Ley 906 de 2004).

Ello no quiere decir que la reforma no contenía la imputación de cargos, sino que no se trataba de una formulación —de manera oral—, pues era más bien un acto de comunicación y vinculación (por escrito) del imputado —el capítulo único del título III del libro II de la Ley 906 ya no se denominaría “Formulación de la imputación”, sino “Comunicación y vinculación a la actuación”—; tal acto podría realizarse vía citación de la forma más expedita, es decir “se faculta al Fiscal para que acuda a todos los mecanismos posibles en aras de asegurar la comparecencia del indiciado” (Congreso de la República, 2014, septiembre 18), o en caso de flagrancia en la medida de aseguramiento (art. 288 de la Ley 906 de 2004). En ese entendido, una vez que fuera ejecutado el acto de comunicación o cuando se realizara la captura, el individuo adquiriría la calidad de imputado.

A raíz de la eliminación de la audiencia de imputación, la audiencia de acusación se presentaba aquí como un referente para el archivo, antes, y para la preclusión, después (art. 331 de la Ley 906 de 2004), así:

- Se buscó reformar el artículo 86 del Código Penal, Ley 599 de 2000, para el término de prescripción con la audiencia de acusación, pero no a partir del acto de comunicación y vinculación de la imputación.
- Además, se dejó claridad sobre expresiones del código que resultan incompatibles con la eliminación de la audiencia de imputación, como modificar imputación por acusación o formulación por comunicación y vinculación (art. 87 del Proyecto de Ley 102 de 2014).

Hasta este punto, la cuestión central parte de la inquietud de Monroy Victoria (2014), cuando analizó el Proyecto de Ley 126 de 2014: “¿Realmente se justifica una reforma de la Ley 906 de 2004, para suprimir [...] la audiencia de imputación, con el argumento de congestión de los jueces de control de garantías?” (pp. 49-50). Esto se relaciona con que:

Tal y como se observa, lo que se pretende con estas modificaciones es la eliminación de la audiencia de formulación de imputación para sustituirla por un acto de comunicación y vinculación a cargo exclusivamente de la Fiscalía General de la Nación, todo ello con el fin de descongestionar a los Jueces de Garantías, pero, excepcionalmente, acudiendo ante ellos para realizar los actos de comunicación estrictamente neces-

rios por existir afectaciones de derechos fundamentales (Congreso de la República, 2014, septiembre 18).

Proyecto Legislativo 107 de 2018: acto de comunicación y vinculación

El Proyecto de Ley 107 de 2018, que como ya se dijo fue archivado por tránsito de legislatura, aunque iba encaminado hacia una ideología generalizada como la eficiencia¹¹ procesal —desde el texto “Reformas para garantizar la eficiencia del sistema penal”—, no dejaba de ser exótico dentro de la técnica legislativa respecto a la pluralidad de los objetos de reforma, pues buscaba modificar “el Código de Procedimiento Penal, el Código Disciplinario del Abogado, el Estatuto Arbitral, el Código General del Proceso, la Ley 1905 de 2018, se estimula la conciliación extrajudicial contencioso-administrativa, se adiciona la Ley 1437 de 2011 y se dictan otras disposiciones” (Congreso de la República, 2018, agosto 31).

En lo que aquí concierne, en la modificación de los artículos 286 y 288, el proyecto determinaba que la formulación de imputación es un acto de comunicación que se realizará por escrito:

Artículo 5°. El artículo 286 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 286. *Concepto*. La formulación de la imputación consiste en la comunicación de la Fiscalía General de la Nación a una persona su calidad de imputado. Para ello la Fiscalía citará al imputado para hacer entrega del escrito de imputación.

Artículo 6°. El artículo 288 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 288. *Contenido*. El escrito de formulación de la imputación deberá contener los siguientes aspectos:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

11 Sin lugar a dudas, “la eficiencia es tal vez el valor más relevante” (Taruffo, 2009, p. 245) en el derecho.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351 (Congreso de la República, 2018, agosto 31).

De esta manera, la modificación a los artículos 289 y 291 del código, que regula las formalidades de la imputación y la figura de la contumacia para la notificación del escrito de imputación, recrudecía los síntomas de la eficiencia procesal, lo cual implicaría oír al procesado en audiencia solo si luego del traslado del escrito decidía allanarse o negociar:

Según este proyecto, en su artículo 9º: El artículo 293 de la Ley 906 de 2004 quedaría así:

Artículo 293. Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, deberá manifestarlo dentro de los 5 días siguientes a la entrega del escrito de formulación de imputación. De ser así la Fiscalía solicitará al juez de control de conocimiento una audiencia de aceptación de cargos. Se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. La Fiscalía adjuntará el escrito que contiene la imputación o acuerdo que será enviado al Juez de conocimiento. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Parágrafo. La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

Artículo 10. El artículo 350 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 350. Preacuerdos desde la formulación de imputación. Desde la formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

Artículo 11. El artículo 351 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Artículo 351. Modalidades. La aceptación de los cargos determinados en la formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación (Congreso de la República, 2018, agosto 31).

Es tal el sentimiento eficientista de esta reforma que, en cuanto al argumento para entregar la acción penal a la víctima, el promotor se centraba en advertir que:

el sistema acusatorio no está otorgando en la actualidad una respuesta suficientemente pronta a las víctimas y existen además, grandes problemas de congestión en la etapa de indagación penal, por lo que se hace necesario contar con alternativas que pueda solucionar este inconveniente (Congreso de la República, 2014, septiembre 18).

Es así como la reforma lo que buscaba era darle vía a la otra propuesta que surgió en la discusión del proyecto que se convirtió en la Ley 906, cuando se solicitaba por Jaime Granados Peña (2012, octubre-diciembre) que se “satisficieran a cabalidad los derechos de la defensa con una formulación de acusación que incluyera una imputación definitiva y un descubrimiento probatorio pleno” (p. 97). Según este abogado, “lastimosamente el legis-lador en la Ley 906 optó por incluir formulación de cargos, hoy llamada formulación de imputación y posteriormente realizar una acusación definitiva” (Granados Peña, 2012, octubre-diciembre, p. 97). En ese orden de ideas, un proceso penal donde la acusación absorba todos los elementos y objetivos de la audiencia de imputación colaboraría en que “el sistema judicial se tornaría mucho más garantista, y [...] se volvería mucho más eficiente y facilitaría la descongestión” (p. 99), aunque Granados Peña desconozca que garantismo y eficiencia son dos conceptos proporcionalmente inversos, tal y como lo demuestra su contradicción intelectual al aceptar, por un lado, la necesidad de control material de la audiencia de imputación, cuando analiza la Ley 906, y, al mismo tiempo, preferir la propuesta de, por otro lado, eliminar cualquier acto de imputación.

Michel Taruffo, por su parte, explica de esta forma la relación garantismo-eficiencia en el sistema acusatorio estadounidense, a propósito de su concepto *marcha triunfal por el mundo*, que demuestra la incapacidad del enjuiciamiento para efectivizar en concreto estas garantías para la mayor parte de los imputados:

Es ya un lugar común, en verdad, la contestación de que si todos los imputados pretendieran ejercitar sus derechos en el adversary trial tal sistema “saltaría” inmediatamente, de tal manera que en realidad es la renuncia a tales derechos por parte de muchos la que permite a pocos obtener un proceso adversary provisto de todas las garantías suministradas por la Constitución en tutela del imputado (Taruffo, 2008, p. 221).

Es necesario, en este punto, aclarar que si bien la reforma retomaba una discusión que se dio en las discusiones del Proyecto de Ley Estatutaria 001 de 2003, la cual dio luz a la Ley 906 y recoge en una parte la propuesta de Granados Peña (2012, octubre-diciembre, pp. 97-100), mantenía asimismo un acto de imputación y vinculación al proceso, frente a lo que el abogado Granados Peña no está de acuerdo. Este autor propone eliminar cualquier acto imputativo o de formulación de cargos en el enjuiciamiento penal colombiano: “El proceso, entonces, iniciaría con la audiencia de formulación de acusación, en la cual se haría la imputación fáctica y jurídica y el descubrimiento probatorio. Además si llegase a ser necesario, después de la acusación el fiscal puede solicitar la medida de aseguramiento” (Granados Peña, 2012, octubre-diciembre, pp. 97-98).

Principio de congruencia: del Proyecto Legislativo 102 de 2014, a la Sentencia SP2042 de 2019

En este punto nos vamos a centrar en el análisis del principio de congruencia. Se parte de la reforma que proponía el Proyecto Legislativo 102 de 2014, que si bien no fue aprobada tuvo algunos desarrollos vía jurisprudencia que analizaremos, para luego concluir con el análisis de la Sentencia SP2042 de 2019.

En la reforma que proponía el Proyecto Legislativo 102 de 2014, el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 se alteraba para anexarle el inciso en cursiva:

Artículo 448. Congruencia. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena; *se entiende solicitada la misma de manera definitiva y entregada en el juez la competencia para fallar, con la pretensión de condena que formule la Fiscalía General de la Nación en la presentación de la teoría del caso de que trata el Art. 371 de este Código y el desarrollo de la práctica de pruebas conforme al Título IV Capítulo III de este Código* (Congreso de la República, 2014, septiembre 18).

Falazmente, el proyecto de reforma optó por permitir la congruencia desde la acusación, pero de manera contemplativa para el ente fiscal; se estableció allí un momento procesal en donde este tendría la oportunidad de variar la adecuación jurídica provisional que se plasma en el escrito de acusación, que obra a manera de trámite o incidente en la audiencia de juicio oral, y si bien se brinda a la defensa la oportunidad de solicitar prueba únicamente para debatir esa nueva calificación, constituye una burla a las garantías procesales tales como *in dubio pro reo*, derecho de defensa, contradicción y concentración. De tal manera que: “La Fiscalía General de la Nación presenta acusación de forma definitiva en la instalación del juicio y una vez practicada la prueba, el juez adquiere la competencia para fallar con independencia de si la Fiscalía General de la Nación solicita condena o absolución en sus alegatos finales” (Congreso de la República, 2014, septiembre 18).

Para algunos defensores del sistema acusatorio, son mayoría quienes reclaman el hecho de que “el principio de congruencia es frente a la acusación y no la imputación, que debe congruencia con la sentencia” (Gómez Orozco, 2012, p. 119). No obstante, desde otra concepción se promueve el necesario respeto

[...] al principio de congruencia, al que si bien habitualmente parte de la doctrina lo simplifica mediante la enunciación de la necesaria “correlación entre acusación y sentencia”, ciertamente su concepto técnico en el proceso penal es mucho más amplio, desde que tal correlación, en puridad, se origina con la demarcación fáctica efectuada por la Fiscalía al requerir la instrucción, luego con la información previa que de los mismos hechos se le hace conocer al imputado antes de su declaración, para continuar con el auto de procesamiento, el requerimiento fiscal acusatorio de elevación a juicio, el auto de elevación a juicio en su caso, y aquel por el cual se dicta la sentencia (Jauchen, 2005, p. 168).

Entonces, el hecho de que en la etapa preliminar se definan los perímetros judiciales que se van a discutir en el juicio oral, convierte la congruencia en el centro de gravedad del proceso penal.

Ahora bien, en esta materia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se optó por una imputación doble, fáctica y jurídica; en sus providencias es claro el entendimiento del principio de congruencia entre imputación y sentencia cuando hay aceptación de responsabilidad por allanamientos a cargos; en este caso, lo actuado en la audiencia de impu-

tación sería la base de la sentencia, situación contraria cuando se continúa el proceso, pues este tiene una estructura lógica y otra conceptual. La primera está conformada por la indagación, la imputación, la investigación, la acusación, la audiencia preparatoria y el juicio oral; y la segunda, por la persona, los hechos y los delitos que participan e integran el proceso.

Para la Corte es claro que las estructuras lógica y conceptual deben ser inseparables en la medida en que hay una coherencia en las personas, en los hechos y en las adecuaciones jurídicas que deben resaltarse en la imputación, la acusación y la sentencia. Dicho de otra manera, el principio de congruencia es “la exigencia que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una *litis* incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima” (De los Santos, 2004, p. 244).

En palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 31280 del 8 de julio de 2009, del magistrado ponente Julio Enrique Socha Salamanca:

[...] resultaría imposible exigirle a la Fiscalía que para el momento de la formulación de imputación tuviera y aportara toda la información otorgándole así a tal acto un carácter inmodificable y vinculante para el diligenciamiento; sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica respetar el núcleo de los hechos, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un *principio de coherencia* a lo largo del *diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación.*

Lo anterior se impone para garantizar desde un inicio el derecho de defensa, pues al fin y al cabo el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria,

una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena (hasta del cincuenta por ciento) o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aducen en su contra (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2009, julio 8; cursivas propias).

En síntesis, “no se puede acusar ni condenar a una persona por los hechos distintos a aquellos que se le pusieron de presente al momento de la imputación” (Urbano, 2013, p. 136). Vale agregar que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se puede determinar que la congruencia fáctica —no ya la congruencia jurídica— “no solo se predica de la acusación y sentencia, sino también de la imputación, acusación y sentencia, triada en la cual se edifica el proceso penal colombiano” (Narváez, 2011, p. 83).

La finalidad del principio de congruencia es su relación intrínseca con el ejercicio del derecho de defensa (Arango Giraldo, 2014, p. 73), en atención a que el imputado y su defensa deben realizar un plan metodológico que contrarreste los hechos y la adecuación jurídica calificados en la imputación. En ese sentido, no hay necesidad de esgrimir “‘defensas preventivas’ contra eventuales variaciones *in peius* de los hechos imputados, producto de hipótesis o sospechas que no hallen sustento en la imputación” (Pérez Sarmiento, 2005, p. 36). Así, si después de la imputación de cargos se averiguan nuevos hechos que implican una relevancia penal y no estaban incluidos en la narración fáctica de la imputación, el fiscal deberá realizar una nueva formulación de cargos, pues si bien la adecuación jurídica es flexible y modificable, no lo es la adecuación fáctica.

No puede perderse de vista el carácter evolutivo de la investigación, por lo cual el hallazgo de nuevos elementos cognoscitivos podría dar lugar a variaciones a la calificación inicial de los hechos incluso a la formulación de nuevos cargos. Igualmente, con base en nuevas valoraciones de la información obrante en la actuación, y por razón, *verbi gracia*, del respeto al principio de estricta legalidad, el fiscal podrá calificar de manera diferente los hechos al formular acusación variando la adecuación típica o el grado de participación, que fueron comunicados en la audiencia de imputación, siempre y cuando esa nueva tipificación no implique hechos y circunstancias no considerados en aquella, ni alteración del contenido esencial de la misma en su perspectiva fáctica (Vanegas Villa, 2008, p. 246).

Aunque, en principio, la reforma al artículo 448 de la Ley 906 en el Proyecto Legislativo no implicaba una violación al principio de congruencia fáctica, la teoría del caso (art. 317 de la Ley 906 de 2004) debe corresponder a la relación clara y sucinta de los hechos relevantes consignados en el contenido de la comunicación que hace las veces de imputación de cargos; y según el artículo propuesto como reforma lo que se podía variar era la “pretensión de condena” formulada en la teoría del caso.

En todo caso, la posibilidad que se le concede a la fiscalía de solicitar la acusación en la audiencia de juicio significa que de facto se está eliminando también la audiencia de formulación de acusación. El dilema se presenta, entonces, en la medida en que, si hay una posibilidad de variación de la pretensión penal, y si el proceso inicia cuando se afecta con la pretensión, entonces, ¿el proceso penal inicia en la audiencia de juicio oral?, ¿el juicio oral abarca la estructura del proceso penal?

Para responder a estos cuestionamientos habrá que recordar que el sistema procesal penal se encuentra permeado, además, por el principio de legalidad y el debido proceso, los cuales se convierten en una barrera contra la arbitrariedad y limitan las facultades legales que indiscriminadamente se otorgan a los operadores judiciales o ejecutivos cuando deben resolver y participar en un asunto penal.

Si bien dicha reforma no fue exitosa, vía jurisprudencia se ha implementado este entendimiento del principio de congruencia en la Ley 906 de 2004.

Es así como en la Sentencia 43837 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, aprobada en acta n.º 160 del 25 de mayo de 2016, del magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, se soluciona el siguiente problema jurídico:

¿Cuál sería la naturaleza del acto mediante el cual un juez se limita a reconocer el acto de voluntad del titular de la acción penal? ¿Podría afirmarse que es una decisión judicial?, y (...) ¿Procedería el recurso de apelación contra ese mecanismo de absolución? ¿Cuál sería su objeto y cuál el ámbito material de decisión de la segunda instancia? (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2016, mayo 25).

Pero no es hasta la Sentencia 45589, del mismo magistrado, aprobada en acta n.º 387 del 30 de noviembre de 2016, cuando se advierte:

[...] la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que “La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado”, por cuanto “En la ley procesal actual —Ley 600 de 2000—, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3) (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2016, noviembre 30).¹²

Concluyendo esta línea, en la Sentencia 43041, aprobada en acta n.º 50 del 22 de febrero de 2017, del magistrado ponente Eyder Patiño Cabrera, se menciona que:

[...] la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2017, febrero 22).

Pues, continúa la Corte,

[...] recientemente, en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, al examinar un asunto regulado por la Ley 906 de 2004, esta Corporación señaló que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta, no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal, al igual que en los procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000.

12 Sentencias del 16 de marzo de 2016, radicado 44288; del 8 de noviembre de 2011, radicado 34495, y del 14 de septiembre de 2011, radicado 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, radicado 18457, y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, radicado 23540, y del 2 de julio de 2008, radicado 25587.

De lo anterior se sigue que, hoy en día, es procedente variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, así no corresponda al mismo título, capítulo y bien jurídico tutelado, siempre que se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad, y se respeten los derechos de las partes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2017, febrero 22).

Ahora, en el proceso de publicación de este texto, se expidió la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal SP 2042-2019, bajo radicado 51007, aprobada en acta 134 del 05 de junio de 2019, de la magistrada ponente Patricia Salazar Cuellar. Esta providencia contiene una visión pormenorizada del estado de cosas actual acerca del principio de congruencia, y destaca la relevancia de la imputación de cargos en este punto.

Al respecto, la Corte reproduce cómo su jurisprudencia ha dejado sentado que la actuación de la Fiscalía no está posibilitada a realizar el control material por parte de los jueces; “sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

En esta ocasión la Corte, citando las sentencias C-127 de 2011 y C-303 de 2013 reiteró las competencias y facultades de la Fiscalía, de tal forma que se refirió a la total autonomía con la que actúa y confirmó que el “*juicio de imputación*”¹³ no puede ser rebatido por la defensa, como tampoco puede

13 Respecto al juicio de imputación, según la Corte, de una manera sucinta determina que “se extraen las siguientes reglas sobre la formulación de imputación: (i) el análisis sobre la procedencia de la imputación *-juicio de imputación-* está reservado al fiscal; (ii) los jueces no pueden ejercer control material sobre esa actividad, sin perjuicio de las labores de dirección, orientadas a que se cumplan los presupuestos formales del acto comunicacional y a evitar la tergiversación del objeto de la audiencia; (iii) producto de ese análisis, el fiscal debe extraer la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, que debe abarcar el tipo básico, las circunstancias genéricas y específicas de mayor punibilidad, etcétera, para lo que debe diferenciar los aspectos fácticos y jurídicos del cargo; (iv) el referido análisis, o juicio de imputación, no puede realizarse en medio de la audiencia; (v) en ese escenario la defensa no puede controvertir el juicio de imputación, ni determinar a la Fiscalía para que formule los cargos; (vi) en la audiencia de imputación no hay lugar a descubrimiento probatorio, por lo que el fiscal

ser controlado materialmente por los jueces”. De hecho, el elemento transcendental es que el “investigado **no tiene la posibilidad de controvertir los cargos**, pues la finalidad de esa actuación es que tenga conocimiento de los mismos y, así, pueda preparar la defensa.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5; negrillas en el texto original).

De esta manera la Corte observa que es la

[...] adición a la imputación es un mecanismo idóneo para afrontar esta problemática, pero puede dar lugar a dilaciones innecesarias y/o a la mayor congestión judicial si se exige para todo tipo de modificaciones de la premisa fáctica. Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

En este sentido, la Corte ha optado por determinar una diferencia entre los cambios favorables y desfavorables al procesado. De esta manera, los cambios favorables pueden resumirse así:

(i) si se eliminan circunstancias genéricas o específicas de agravación; (ii) se suprimen aspectos fácticos y, por ello, hay lugar a subsumir la conducta en un tipo penal menos grave, siempre y cuando ello no implique indefensión; (iii) se dan por probados los presupuestos fácticos de circunstancias genéricas o específicas de menor punibilidad, que no habían sido consideradas; etcétera. Estas modificaciones, además de favorecer al procesado, no conllevan una sorpresa que limite el ejercicio de la defensa, porque los hechos que se mantienen en la acusación ya le habían sido informados en la audiencia de imputación, cuyo núcleo fáctico debe mantenerse. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos; (vii) al efecto, no pueden confundirse los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores y los medios de conocimiento que les sirven de fundamento; y (viii) si el fiscal, por estrategia, pretende descubrir anticipadamente evidencias físicas, entrevistas o cualquier otro tipo de información, debe hacerlo por fuera de la audiencia, para evitar la dilación y tergiversación de la misma” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

Por el contrario, los cambios desfavorables al procesado –que son diferentes al cambio de calificación jurídica– son relevantes cuando en la audiencia de acusación la Fiscalía se refiere a hechos que pueden subsumirse en un determinado tipo penal. En ese sentido es necesario ya que:

(i) no puede afirmarse que los presupuestos fácticos de nuevos delitos puedan ser catalogados como “*detalles*”, en los términos expuestos en la sentencia C-025 de 2010; (ii) aunque el ordenamiento jurídico consagra expresamente la posibilidad de variar la imputación en el sentido de incluir nuevos delitos e, incluso, optar por otros más graves -Art. 351-, también lo es que el mismo texto legal, así como las reglas establecidas por la Corte Constitucional y el desarrollo jurisprudencial a cargo de esta Corporación, establecen que ello debe hacerse a través de la adición a la imputación; y (iii) lo que mantiene un punto de equilibrio entre las necesidades de la justicia y la materialización de las garantías debidas a las partes. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

De esta manera, en pro de las garantías procesales –la seguridad, la igualdad– la Corte en esta sentencia sostiene que la variación fáctica que conlleve a un delito más grave y que implique el “cambio del núcleo fáctico de la imputación, no encaja en la categoría de “*detalles*” o complementos –C-025 de 2010–, por lo que deben hacerse a través de la adición del referido acto comunicacional.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5). De otro modo, si las modificaciones no tocan el núcleo esencial, según la Corte, este

[...] tipo de modificaciones pueden realizarse en la audiencia de acusación, pues difícilmente puede aducirse que se genera indefensión cuando, en ese estadio procesal (...) Ello, bajo ninguna circunstancia, implica privar a la defensa del tiempo suficiente para diseñar su estrategia, entre otras cosas porque **ese es uno de los criterios que debe tener el juez para establecer el término que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria**, en orden a materializar la garantía judicial prevista en los artículos 8° y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴, respectivamente. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5; negrillas en el texto original).

14 Según la Corte Suprema de Justicia en la sentencia en comento: El estudio sobre la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación se ha suscita-

En resumidas cuentas, la Corte determina que frente a las modificaciones que se pueden introducir a los supuestos fácticos de la imputación:

(i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (v) cuando, el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de adicionarla; (vi) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (vii) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (viii) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo

Lo anterior bajo el entendido de que la imputación es un aspecto estructural del sistema de enjuiciamiento criminal regulado en la Ley 906 de 2004, no solo por su incidencia en el derecho de defensa, sino, además, porque determina el debate sobre la medida de aseguramiento, fija los límites factuales de la sentencia en los casos de terminación anticipada de la actuación y limita significativamente los hechos que pueden incluirse en la acusación, sin perjuicio de su importancia en materia de prescripción, competencia, preclusión, etcétera, razones suficientes para que la Fiscalía realice esta función con el cuidado debido. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5).

do porque el legislador optó por desarrollar esos componentes de los tratados internacionales sobre derechos, entre otras, con la consagración de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del Código Penal.

Ley 1826 de 2017: acusador privado y procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado regulado en esta norma está compuesto de una estructura bifásica, ello gracias a que se caracteriza por celebrarse dos audiencias, una destinada a la preparación de la *litis* y otra a la práctica de la prueba, junto con la realización de dos actos escritos de traslado. Sus diferencias principales frente al proceso ordinario, además de un acortamiento general de los términos, son que:

- i) se suprime la audiencia de imputación, introduciéndose en reemplazo un acto de traslado del escrito de acusación; ii) se reúnen las actuaciones de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria en una audiencia concentrada; y iii) se elimina la audiencia de lectura del fallo, estableciéndose en su lugar un acto de traslado escrito de la sentencia (Villa García, 2018, p. 93).

De esta forma, la característica más trascendente del procedimiento abreviado está determinada en el escrito de acusación como medio de vinculación formal al proceso.

El acusador puede realizar este acto por fuera de audiencia (art. 536, CPP) o, si es del caso, al inicio de la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento (art. 537, CPP); siempre con presencia del indiciado si no hay declaratoria de persona ausente (art. 127, CPP), o contumacia (art. 291, CPP) del defensor y de la víctima. Luego de haberse realizado el traslado, el acusador deberá presentar dentro de los cinco días siguientes el escrito ante el juez de conocimiento competente (art. 540, CPP) y, paralelamente, comenzará a correr un término de sesenta días para que el acusado prepare su defensa (art. 541, CPP) (Villa García, 2018, p. 93).

Coincido con Luis Felipe Villa García al plantear que este acto de parte equivale materialmente a la formulación de imputación (art. 536, par. 4.º, CPP). En palabras de este autor:

[...] lo cierto es que en relación con aquella tiene por lo menos dos contrastes esenciales —que son presentados como avances garantistas por el discurso oficial—, al representar en estricto sentido un ejercicio de formulación de acusación. En primer lugar, el estándar probatorio aumenta, exigiéndose una probabilidad de verdad, en lugar de la simple inferencia razonable requerida para imputar (art. 287, CPP). Desde un punto de vista abstracto ello puede parecer más garantista, al implicar que la vinculación se realizará con un fundamento probatorio superior

a lo que podría ser una simple sospecha. No obstante, en un plano más concreto, donde es difícil superar la vaguedad y subjetividad de aquellos términos, esta diferencia puede resultar siendo francamente ilusoria. En segundo lugar, el traslado del escrito de acusación exige un descubrimiento probatorio total, a diferencia de la imputación, en la que el relato de los hechos no implica ningún tipo de descubrimiento (art. 288.3, CPP). Nuevamente, este contraste también puede exhibirse como un avance garantista, toda vez que el acusado tendría a su disposición todos los elementos de convicción que se utilizarán en su contra desde su primer contacto con el proceso y antes de iniciar la preparación de su defensa. Sin embargo, es precisamente esta razón la que abre las puertas a un cuestionamiento, pues el derecho a la defensa debería activarse desde el momento en que inicie la investigación, no cuando la misma haya concluido y el acusador haya recolectado, sin contradicción alguna, el sustento probatorio requerido para formular una acusación completa.

La idea de introducir la figura del traslado del escrito de acusación, tal y como se desprende de las motivaciones de otros proyectos de ley que han pretendido eliminar la audiencia de imputación del proceso penal ordinario, halla su fundamento cardinal en una concepción de la imputación como acto de parte y de mera comunicación, no susceptible de un control judicial material ni de controversia, señalado como culpable de entorpecer en la práctica el funcionamiento de la justicia penal al gestionar los despachos de los jueces de control de garantías y al engendrar discusiones que corresponden a otros escenarios (Villa García, 2018, pp. 93-94).

Continuando entonces con el trámite,

[...] una vez vencido el término de 60 días que le asiste al acusado para preparar su defensa, se deberá celebrar la audiencia concentrada¹⁵ dentro de los 10 días siguientes ante el juez de conocimiento (art. 541, CPP). En este escenario se reúnen y reorganizan las actuaciones de las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, iniciando con el

15 Con la desaparición de la audiencia de imputación, “era predecible que la audiencia concentrada se proyectaría como el escenario inicial y formal de discusión y control frente a la pretensión punitiva en el enjuiciamiento abreviado. No obstante, el legislador y la Corte Suprema de Justicia han reducido el juicio sobre la acusación a una simple tarea de verificación de requisitos formales (art. 337, CPP), que nunca procede de oficio y que no toca aspectos sustanciales (art. 336, CPP), dando lugar a un poder de acusar entendido en términos absolutos, casi que ilimitado y sin controles reales” (Villa García, 2018, p. 97).

interrogatorio al acusado sobre su voluntad de allanarse, pasando por el control formal de la competencia, las observaciones frente al escrito de acusación, la verificación del descubrimiento probatorio, las solicitudes probatorias y la proposición de nulidades, y culminando con el traslado a las partes para efectos de la interposición de los recursos a que haya lugar sobre las decisiones adoptadas en la audiencia (art. 542, CPP). Para realizar la audiencia se requiere la presencia del acusador y el defensor (art. 541, CPP), tal cual se exigiese en el caso de la audiencia preparatoria en el proceso ordinario (art. 355, CPP). No obstante, se considera que la presencia del acusado también es una condición necesaria de validez, como se contempla para la audiencia de formulación de acusación (art. 339, CPP); y no sólo porque dentro de las actuaciones previstas se encuentre el interrogatorio sobre la aceptación de cargos, sino también como garantía del derecho que le asiste de estar presente en el proceso (Villa García, 2018, p. 95).

Y agrega Villa García (2018):

Concluida la audiencia concentrada, deberá celebrarse dentro de los 30 días siguientes la audiencia de juicio oral (art. 543, CPP), cuyo desarrollo se encuentra regido por los lineamientos establecidos para el proceso penal ordinario (art. 544, CPP). Una vez sea anunciado el sentido del fallo, el juez tendrá 10 días para proferir la sentencia y citar a las partes oportunamente para correr traslado escrito de la misma, con lo cual se entenderán notificadas aunque no asistan y comenzará a correr un término de 5 días para apelar la sentencia mediante escrito (art. 545, CPP) (p. 97).

Con esto presente, se comparte la conclusión sobre el análisis del procedimiento abreviado realizada por Villa García (2018), quien insiste

[...] en que la búsqueda de un proceso célere, simplificado y de corta duración no es, *per se*, una pretensión censurable, máxime teniendo en cuenta que en no pocas ocasiones el proceso en sí mismo funge como un auténtico dispositivo de tortura cercano a un relato kafkiano. Lo reprochable es, en cambio, que el proceso se abrevie y simplifique bajo un ideal eficientista de la justicia penal, que repercute en el desmonte de valiosas garantías procesales, siendo necesario plantear una serie de límites que orienten la simplificación del proceso penal sobre valores liberales y democráticos (pp. 98-99).

Formulación de cargos en el procedimiento penal colombiano: acto de comunicación vs acto procesal; derecho a ser informado vs derecho a ser oído

K. no debía olvidar que el procedimiento no era público, podía serlo si el tribunal lo estimaba necesario, pero la Ley no prescribía ese carácter. Como consecuencia, tampoco los escritos del tribunal, sobre todo el de acusación, eran accesibles al acusado y a su defensa, por lo que, en general, no se sabía, o por lo menos no exactamente, contra qué había que dirigir ese primer escrito, y por ello, en realidad, solo casualmente podía contener algo que fuera de importancia para el asunto

El proceso, Franz Kafka

Para la mayor parte de la doctrina que interpreta la Ley 906 de 2004 y para todo el conjunto de la jurisprudencia en materia penal, parece un consenso que la formulación de cargos en el sistema procesal colombiano es un acto de comunicación, de información, de mero trámite, un acto de parte, y por tanto un acto de vinculación al incipiente proceso penal.

Esto pese a que, como lo recuerda la Sentencia C-303 de 2013 de la Corte Constitucional,

[...] ni el texto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen una formalidad específica para este acto informativo, el legislador previó un acto procesal especial para la materialización de este deber, exigiendo que la comunicación se efectúe en esta audiencia, con la presencia del imputado, su abogado y juez (Corte Constitucional, 2013).

De hecho, la reforma procesal analizada en este trabajo, bajo el Proyecto Legislativo 102 de 2014, elige una formalidad específica que se llamará “Comunicación y vinculación a la actuación”, y en el artículo 107 del Proyecto de Ley de 2018 una citación, que será tramitado bajo la citación y la notificación de la decisión de ser imputado y por tanto vinculado a un proceso penal. Es esencial recordar, para el análisis, que este mismo mecanismo, el de la citación a la indagatoria, era utilizado en la Ley 600 de 2000 en la etapa de instrucción para así predicar la calidad de imputado

del procesado, con la connotación que el derecho colombiano tenía clara para antes del 2004: que en un acto de imputación, el mínimo derecho que le asiste al indiciado es el ser oído y contradecir (Corte Constitucional, 1993; 1997b).

En todo caso, independientemente del mecanismo utilizado —propuesto en las reformas procesales—, en el escenario de la audiencia o en la citación, la formulación de cargos para el derecho colombiano hoy (C-303 de 2013) entiende la imputación como un acto de mera vinculación; esto es un acto que garantiza únicamente un control formal a la imputación presentada por el órgano acusador.

Los actos de comunicación

Los actos de comunicación son aquellos que provienen del órgano judicial, lo validan o son impulsados por este “con dirección a cualquier sujeto llamado a intervenir en el juicio, sean éstos las partes, otro órgano judicial, una administración pública o cualquier otro ente o individuo” (Furquet Monasterio, 2001, p. 10). Cuando los actos de comunicación se transmiten de una parte a la otra, con impulso o validación, es decir con admisión del órgano judicial, reciben el nombre de *traslado* (p. 24); tal figura constituye una especie del género actos de comunicación (p. 25).¹⁶

La relevancia de los actos de comunicación o de información reside en la oportunidad que tiene la parte demandada para conocer el debate, lo mismo que para garantizar el derecho a la defensa y el principio de la contradicción, en atención al conocimiento de las resoluciones judiciales y la intervención de las partes en el proceso (Furquet Monasterio, 2001, p. 8).

16 Los actos de comunicación tienen una clasificación en función del sujeto al que se dirigen, si están destinados a algún particular reciben el nombre de notificaciones, las cuales se subclasifican entre citaciones, emplazamientos, requerimientos y notificaciones; si los actos se dirigen a algún órgano judicial, se denominan exhortos; si por el contrario, los actos de comunicación se dirigen a algún órgano o funcionario de la administración, se designan como oficios y mandamientos. Todos estos actos son especies de lo que la teoría general del proceso define como género: la notificación, concepto que describe “la formalidad de llevar un acto a conocimiento del interesado”. Es pues en ese sentido que “todos los actos de comunicación puedan ser considerados notificaciones” (Furquet Monasterio, 2001, pp. 13-14).

Tales tienen un número de funciones asignadas desde la teoría general del proceso; según el tipo de comunicación, los sujetos emisor y receptor y el escenario procesal para el que se remiten, estas son: de publicidad, de información, de advertencia, de prueba, de eficacia y de simplificación (Furquet Monasterio, 2001, pp. 20-21). Se puede decir que la función del acto de comunicación ocurre a partir del envío de una citación para provocar y procurar un conocimiento en el destinatario de la información, o sea que el destinatario conozca el contenido de la información que se encuentre en una resolución judicial. En conclusión, el acto de comunicación en sí mismo no es si no contiene la información (p. 22). En esta perspectiva, el acto de comunicación o la notificación es en sí un “acto procesal por el que se pone en conocimiento de un sujeto determinado el contenido de un acto o resolución conforme a unos requisitos legalmente establecidos, debiendo quedar constancia de su recepción por el destinatario” (p. 18). De hecho, por acto procesal “se entiende cada uno de los actos que conforman la sucesión cronológica y ordenada hacia un fin en la que se divide todo proceso o juicio” (p. 13).

Ahora bien, los actos de comunicación toman una especial importancia en los procesos judiciales, especialmente en la primera comunicación como medio por el cual el demandado adquiere conocimiento de la existencia del proceso; esta la constituye el derecho a ser informado.

La indagación en la Ley 600 de 2000, la audiencia de formulación de imputación en la Ley 906 de 2004, el acto de comunicación y vinculación en el Proyecto de Ley 102 de 2014, la Ley 1826 de 2017 y el Proyecto de Ley 107 de 2018 se erigen como la garantía consagrada en el artículo 14 inciso 3 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; es allí donde se satisface el derecho a ser informado: “Toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación contra ella” (Naciones Unidas, 1966, diciembre 16).

Este es un mandato que implica que desde un comienzo de la persecución penal el imputado conozca los hechos, las circunstancias, y la adecuación típica que se le atribuye, pues

[...] aún antes del debate, que implica el momento central del proceso penal, el derecho a ser oído que tiene el acusado deviene imposible si no se conoce el motivo que lo vincula como sujeto pasivo del mismo. Su defensa personal o material requiere conocer entonces la causa fáctica que da origen a una incriminación en su perjuicio, único modo de poder responder dando las razones del caso: exculpaciones, descargos, negaciones o demás explicaciones que correspondan, derecho este que surge directamente de su estado de inocencia [...]; el recaudo no se encuentra satisfecho con cualquier comentario que el instructor comunique al imputado. Para ser válida la información debe necesariamente ser: concreta, expresa, clara y precisa; circunstanciada, integral y previa a la declaración, única forma para que sea eficaz y cumpla sus fines (Jauchen, 2005, pp. 363-365).

Por su parte, para Noelia Furquet Monasterio (2001), en el proceso penal, pero con mayor razón en los juicios que están precedidos de un sumario o una investigación, “el derecho a ser informado de la acusación surge desde [...] que se realiza una imputación a persona determinada” (p. 36), pues sus derechos fueron o serán afectados. Y advierte la autora: el “término acusación [...] no debe ser interpretado en el sentido de la acusación técnica, que se produce en el escrito de calificación o acusación ya en la segunda fase del proceso, sino en el más general de imputación” (p. 36).

Entonces, las finalidades de la imputación, como acto de comunicación, son: 1) informar al indiciado, 2) garantizar la defensa del imputado y 3) formalizar la investigación penal. De esta manera, se puede afirmar que las características de los actos de comunicación no son congruentes con las consecuencias que se le asignan a la formulación de cargos en el proceso penal colombiano; es decir, no es posible plantear que la formulación de cargos sea meramente un acto de comunicación.

Las razones de esta conclusión anterior son variadas. En primer lugar, la principal función de la imputación es el conocimiento de la *pendencia del proceso* (Furquet Monasterio, 2001, p. 34); es decir, la formulación de cargos como acto de imputación no es un acto neutro o indiferente en tanto manifestación del poder político, porque afecta profundamente al ciudadano, al procesado; y la trascendencia de los intereses en juego en la persecución penal implican la posibilidad de adolecer de penas que afectan el derecho a la libertad del imputado, la presunción de inocencia, lo que debe contrarrestarse con derechos como “el de autodefensa y el derecho a ser informado de la acusación formulada” (p. 35).

En segundo lugar, la posibilidad de ser anulada la formulación de cargos, cuando no hay una adecuada tipificación del hecho punible en caso de allanamiento, y los vicios de nulidad cuando no hay una debida notificación del indiciado, demuestran la naturaleza jurídica de un acto procesal que tiene, entre otras funciones, ser evidentemente informativo y publicitario.

La tercera razón se evidencia en la necesidad de declarar a una persona como contumaz; este fenómeno demuestra que la imputación no se agota como acto de comunicación, pues en tanto en el evento de no comparecencia, el proceso debe continuar, lo que obedece a objetivos eficientistas del enjuiciamiento penal colombiano. Esa declaratoria de contumacia implica diferenciar entre quien toma una posición de rebeldía —quien renuncia asistir a la audiencia y a soportar las consecuencias que se derivan de la misma— y quien no tiene oportunidad de enterarse del proceso, cuando por falla del Estado no es posible notificar a la persona que va a ser imputada (Corte Constitucional, 1996).

Esta situación demuestra la trascendencia del acto procesal que constituye la formulación de cargos, y el agotamiento del mismo al tratar de explicarlo como un traslado más. Es de resaltar que si fuera este un acto de comunicación, no tendría ninguna trascendencia el deber de garantizar la presencia del procesado y ahora imputado en el proceso penal. Si fuera un traslado, no se establecería la presunción de renuncia tácita a los derechos que involucran ser imputado, entre ellos, ser informado, porque la imputación no se agota en el traslado o en la notificación, sino que se agota en el conocimiento y en la refutación de la resolución de imputación de cargos que decide el fiscal, con los contenidos exigidos por ley.

La cuarta razón es que si la Ley 906 de 2004 realmente se quiere erigir como un paradigma jurídico y desea “superar la impronta inquisitiva del sistema procesal anterior” (Urbano, 2013, p. 79), la imputación no debe regularse de la misma manera; incluso debe advertirse que el enjuiciamiento penal regulado bajo la Ley 600 entiende la imputación como un acto procesal complejo, en tanto por medio de un acto de comunicación se cita al indiciado a un acto procesal (indagatoria) en donde va a rendir interrogatorio o versión libre, lo que implica ser informado y que pueda ser oído al respecto.

Por último, y atendiendo al rigor técnico de los actos de información o de parte, no se puede involucrar la imputación como un acto de comunicación en sí mismo; si bien la imputación tiene como finalidad la información y la publicidad del conocimiento del proceso, esta es un acto procesal, pues se asiste a una audiencia donde se realiza la formulación de cargos. En consecuencia, con exacto rigor técnico procedimental, se podría afirmar que en caso de flagrancia no hay necesidad de notificación o traslado, pues la aprehensión material del procesado implica la garantía de comparecencia en el acto procesal de formulación de imputación.

En suma, aunque se puede concordar con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que la audiencia de formulación de imputación de la Ley 906 y ahora la estructura pensada para el acto de comunicación y vinculación del Proyecto de Ley 102 de 2014 garantiza el derecho a ser informado, es necesario aclarar que este derecho, como arandela al derecho de defensa, no se agota allí.

Garantía de ser oído

El pensamiento del proceso ya no lo abandonaba. Con frecuencia había pensado si no sería mejor preparar un escrito de defensa y presentarlo al tribunal. Quería hacer en él una breve descripción de su vida y explicar, con respecto a cada acontecimiento importante, por qué razones había actuado así; si, según su criterio actual, esa forma de actuar debía ser rechazada o aprobada, y qué razones podía aducir para una cosa y la otra

El proceso, Franz Kafka

Para la teoría general del proceso es claro que en todo caso hay dos intereses adversos, representados por la relación dicotómica entre demandante-demandado o acusador-acusado, según sea un proceso civil o penal, respectivamente. Como el proceso consta de dos partes —hay excepciones como la jurisdicción voluntaria y no es posible hablar de un proceso de tres partes procesales, más allá de que cada parte conste de una pluralidad de sujetos—, entre las posiciones encontradas se establece un debate, un diálogo, y por tanto se instrumenta el *principio de audiencia* (Furquet Monasterio, 2001, p. 30), el principio de contradicción, el derecho de defensa y el principio de igualdad de armas en el proceso penal. Estos

principios implican un entendimiento del proceso, bajo la concepción de que “no es un monólogo, es un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques” (p. 30).

Los principios de audiencia, de igualdad de armas, de contradicción y de defensa se erigen como una garantía que supone que las partes deben tener la posibilidad real de ser oídas, el *derecho a ser oído*, o principio de ser oído conforme a la ley (Roxin, 2000, p. 77), sin que ello signifique que no tengan la posibilidad de renunciar al mismo, es decir guardar silencio o que el juicio pueda celebrarse en rebeldía (Furquet Monasterio, 2001, p. 30).

Para Julio Maier,

[...] garantizar el derecho al imputado a ser oído consiste en ponerlo en conocimiento de la imputación correctamente deducida; darle a conocer al imputado aquello que se le atribuye se conoce técnicamente bajo el nombre de la intimación. En verdad, no tendría ningún sentido expresar el derecho a ser oído, ni regular pormenorizadamente la necesidad de una imputación correcta para darle vida, si no se previera el deber de comunicar al perseguido la imputación que a él se le dirige (2002, p. 559).

La Ley 600 eligió la citación a la indagación como el acto por el cual, luego de celebrarse, se atribuye la calidad de imputado; por su parte, la Ley 906 prefirió el escenario de la audiencia como el acto procesal mediante el cual se celebra la formulación de la imputación, y la reforma sobre esta implicaría un acto de comunicación. Dice Furquet Monasterio (2001),

[...] el respeto de la audiencia en cada una de las fases del juicio se asegura mediante los actos de comunicación, entre los cuales reviste singular importancia la primera comunicación por la que el demandado adquiere conocimiento de que se ha iniciado un proceso en su contra, especialmente en el ámbito penal, en el que debe garantizarse la presencia del acusado previniendo una condena dictada en su ausencia (p. 30).

Maier (2002), por su parte, expresa:

[...] cuando se coloca en manos del ministerio público el procedimiento preparatorio, el deber de escuchar al imputado es uno de los presupuestos formales de la acusación. Por lo demás aparte de estas oportunidades, en

las que la concesión de la audiencia significa un presupuesto de validez de actos posteriores (la sentencia, el procesamiento o auto de mérito instructorio), el imputado está facultado a requerir que lo escuchen en cualquier momento del procedimiento (p. 562).

En contraposición, el derecho a ser informado y el derecho a ser oído implican el *derecho a la contradicción*,¹⁷ esto es que el procesado pueda “replicar dialécticamente las posiciones contrarias” (Furquet Monasterio, 2001, p. 31). En este aspecto, los actos de comunicación resultan de gran importancia para garantizar el acatamiento de los principios de audiencia, de contradicción, de igualdad de armas y el derecho a la defensa, que abarca el derecho a ser informado, el derecho a ser oído y, en consecuencia, el derecho a la contradicción. En palabras de Maier (2002):

el derecho a ser oído no sólo se pone en miras a la sentencia definitiva, sino también respecto de decisiones interlocutorias que pueden perjudicar al imputado, las leyes procesales obligan a cumplir formalmente el acto de intimación en diferentes oportunidades desde el comienzo del procedimiento (p. 560).

La negación de la posibilidad de ser oído y contradecir constituye una afectación al derecho de defensa, pues establece una posición de *indefensión* (Furquet Monasterio, 2001, p. 33); y para “evitar toda indefensión, las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. Es decir, se debe posibilitar el enfrentamiento dialéctico” (Jaén Vallejo, 2008, p. 199).

Nadie puede ser juzgado

[...] en el transcurso de un proceso en el que no se le ha dado oportunidad de ser oído y vencido en juicio. Por ello, los actos de comunicación de las decisiones judiciales no constituyen meras exigencias formales en la tramitación procesal, sino que son establecidos por las leyes procesales para garantizar a los litigantes, o a aquellos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos (Furquet Monasterio, 2001, p. 34).

17 Furquet Monasterio (2001) cita la Sentencia 176 del 17 de diciembre de 1985 del Tribunal Constitucional Español: “La falta de audiencia y contradicción acarrea ‘una forma de indefensión, aunque es cierto que tales defectos provocan también la falta de un proceso con todas las garantías, es más preciso señalar el derecho específico vulnerado (el derecho a la defensa) que no un derecho más genérico en que aquél se engloba (derecho a un proceso con todas las garantías)’” (p. 33).

En ese sentido, más allá de que se cite a una versión libre o interrogatorio (Ley 600 de 2000) o que el acto sea en audiencia (Ley 906 de 2004), o se cite para notificar una resolución (Proyecto de Ley 102 de 2014) o un escrito (Proyecto de Ley 107 de 2018), la solución para garantizar la arandela al derecho a ser informado y a la defensa que hemos analizado es citarlo para *ser oído y contradecir*. La citación a la indagación, a la audiencia de formulación de imputación o el acto de comunicación y vinculación

[...] no pretende asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, sino posibilitar su declaración ante el juez. En ella debe especificarse que se le cita en calidad de imputado y no de testigo, dado el distinto régimen que se aplica a uno y otro, con el objeto de que el imputado, asistido de su Abogado, pueda defenderse de los cargos de los que se le acusa, teniendo su declaración el valor de una diligencia de instrucción más (Furquet Monasterio, 2001, p. 36).¹⁸

Con esta argumentación, en el escenario de la Ley 906, vale retomar la salida legal que ofrece Arango Giraldo (2014), al entender que ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, le permiten a la parte o al juez la posibilidad de referirse y controlar la imputación; por ello, el juez de garantías puede “desechar y entender por ineficaces los actos de comunicación que no cumplan con el rigor legal y constitucional [...]. En otros palabras, puede el juez dar por no cumplida la formalidad de la imputación, levantando el trámite y finalizando la diligencia” (p. 137).

Ahora, en el posible panorama que implica la reforma del Proyecto Legislativo 107, no basta que el acto de comunicación garantice el derecho a ser informado, pues se requiere también el derecho a ser oído; y aun si los legisladores eligen aquel instrumento para imputar, deben entonces propugnar por un trámite que respete esta garantía fundamental.

18 Se debe advertir que asiste en calidad de imputado, ya que “el testigo está obligado penalmente a decir la verdad, en tanto el imputado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, e incluso mentir” (Jaén Vallejo, 2008, p. 198).

Marco conceptual

En este apartado se analizará el acto de imputación en la doctrina comparada y en la doctrina nacional; así mismo se presentará una descripción de la etapa inicial del proceso penal regulado en la Ley 906 de 2004.

Derecho/doctrina comparada

El derecho comparado se ha entendido como una herramienta epistemológica y un método jurídico; es decir, como un instrumento complejo que no puede aplicarse de forma desorganizada, de modo tal que se han elaborado una serie de trabajos que componen lo que se identifica ya como una disciplina jurídica comparada. En este apartado, se aclara que se desarrolla ejercicio “artesanal” de derecho comparado, que quiere respetar y ser consciente de la compleja metodología que implica su realización como parte de esta disciplina.

La marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo profetizada por Schünemann (2002), a raíz del fenómeno de la globalización, continúa extendiéndose cada vez más en el continente europeo y en la reforma del procedimiento en América Latina, si bien este autor (Schünemann, 2007, julio-diciembre) señala que lo que se está expandiendo es la institución más importante del procedimiento estadounidense: el *plea bargaining*, por lo que no pueden dejarse de lado las características que lo conforman, entre ellas el acto de formular cargos.

La vista preliminar en Puerto Rico

Para el profesor Calle Calderón (2005, enero-junio), con el Acto Legislativo 03 de 2002 y con la Ley 906 de 2004, se ha celebrado una reforma que

se adscribe a una estructura acusatoria, “pero a la manera americana y de Puerto Rico” (p. 157). Esto se puede explicar, según Heliodoro Fierro Méndez (2005), en tanto “el prototipo puertorriqueño tiene por inicio de la imputación un acto procesal que recibe el nombre de vista preliminar” (p. 104). Y esta conserva como objetivo determinar la causa probable para acusar a una persona, en donde la finalidad de esta audiencia es “evitar que se someta a un ciudadano, en forma arbitraria e injustificada, a los rigores del proceso criminal” (p. 104).

Allí, el fiscal muestra la prueba que según él es necesaria para conseguir que le autoricen la acusación; la ley permite que no se muestre toda la prueba que tenga, como quiera que solamente está obligado a entregarle a la defensa los testimonios o declaraciones de aquellos que lleve a la vista preliminar (Granados Peña, 1996, p. 48); de esta manera, por vía jurisprudencial, se dice que la defensa puede justificar la necesidad de acceder a las declaraciones, contrainterrogar y ofrecer pruebas a su favor (Fierro Méndez, 2005, p. 104).

En cualquier caso, la vista preliminar busca persuadir al juez de la causa probable, para que autorice al fiscal a formular la acusación, y esto puede ser objeto del recurso de alzada o de apelación (Fierro Méndez, 2005, p. 104).

La formalización de la investigación en Chile

Si bien la Ley 906 fue un trasplante procesal del “derecho penal a lo Puerto Rico”, la figura del juez de garantías e incluso la de la audiencia de formulación de imputación fue tomada de la legislación chilena (Guerrero Peralta, 2007, p. 177).

El nombre de juez de control de garantías es el utilizado en el Código de Procedimiento Penal de Chile (Guerrero Peralta, 2005, pp. 162-164); esta figura se denomina en Alemania “juez de la investigación” y en Italia, “juez para las indagaciones preliminares”.

Así mismo, el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal chileno denomina la formulación de cargos como formalización de la investigación, que consiste en la “comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, sobre la existencia de una investigación en su contra, respecto a uno o más delitos” (Fernández León, 2005, p. 91).

En esta audiencia, el imputado tiene la palabra “para que manifieste lo que estime conveniente, pero sin controvertir o responder a los cargos formulados”, en la cual solo puede pedir aclaración (p. 91).

La imputación en España

Whanda Fernández León, citando a Víctor Moreno Catena, sostiene que la imputación en el derecho español “cumple la doble finalidad de servir de garantía al sujeto pasivo, al permitirle conocer el contenido de la investigación y las razones de su apertura, a la vez que reaccionar frente a la agresión que la imputación supone” (2005, p. 92).

La ley española de Enjuiciamiento Criminal no permite realizar actividades de investigación preliminar o indagación, sin que antes se le haya asignado a la persona el estatus de imputado; la imputación es la primera oportunidad que tiene el procesado de ser asistido de abogado, “de ser oído, exculparse de los hechos, aclararlos, reclamar inocencia, etc.” (Fernández León, 2005, p. 93). Dicho estatuto sostiene que si el imputado se declara en situación de rebeldía, se suspende el procedimiento y no se da apertura hasta que el indiciado se encuentre o se presente, pues la ley española permite investigar, pero no condenar a los ausentes (p. 93).

Así, para el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia 186 del 15 de noviembre de 1990, citada por Furquet Monasterio (2001), la finalidad de la imputación es:

[...] comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y en modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los arts. 788 y 188.4) y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes (p. 36).

La primera audiencia en Estados Unidos

Si bien en la Quinta Enmienda se establece un derecho a ser acusado por un *Grand Jury* (jurado de acusación) cuando el delito imputado esté castigado con pena capital, hay que decir que esta instancia se encuentra en decadencia en la mayor parte de los estados, los cuales la han sustituido por la acusación del Ministerio Fiscal, al que se denomina en esta función *gran jurado de un solo hombre*. Allí, el gran jurado o el de un solo hombre

decide, en una audiencia secreta, si a partir del material probatorio recogido se puede predicar causa probable para acusar y ser juzgado en juicio; no obstante, este procedimiento se reviste de unos tintes inquisitorios en tanto allí no se le permite el ingreso al abogado defensor (Fierro Méndez, 2005, pp. 103-104).

Como fuere, Orlando Muñoz Neira (2006) describe el procedimiento penal (*adversary system*) de los Estados Unidos como una serie de actos procesales que inician con una fase investigativa, la cual “incluye una serie de tareas y acciones tendientes a establecer unas bases razonables que permitan inferir o corroborar el suceso delictivo” (p. 135). Esa fase inicial se plantea con el reporte del crimen, ya sea la *notitia criminis*, una detención breve donde se entregue una citación al implicado (*appearance ticket*) (p. 142), o por la investigación anterior al arresto (captura), *reactiva* —previa al reporte criminal— o *proactiva*, que en atención a la política criminal de Estados Unidos debe adelantarse al momento de ocurrencia del delito (pp. 135-137).

En el sistema procesal de este país, como regla general, no se necesita una orden de arresto, incluso por fuera de casos de flagrancia, “si la policía tiene causa probable que le permitiera inferir que el sospechoso ha cometido un crimen” (Muñoz Neira, 2006, p. 139). En caso de arresto sin orden de captura, sigue necesariamente un control judicial del mismo, en la audiencia Gerstein, lo que significa que “antes o después del arresto, el control judicial de su procedencia legal es ineludible” (p. 146).

En todo caso, cuando los organismos judiciales no pueden inferir esta causa probable o el sospechoso se encuentra en otra jurisdicción territorial (como en la extradición), es necesaria esa orden de captura. Para obtenerla, la policía deberá demostrar ante un magistrado (operador jurídico de menor jerarquía que el juez) la causa probable, lo que se hace a partir de testigos o declaraciones juradas (*affidavits*) en donde la persona, además de demostrar cómo obtuvo el conocimiento, realiza una relación sucinta de su trayectoria personal y profesional (Muñoz Neira, 2006, pp. 141-142).

Entonces, el sindicado (*defendant*) obtiene su condición con la presentación de la denuncia, la cual puede hacerla la víctima o el policía investigador (Muñoz Neira, 2006, p. 145). Ahora bien, la formulación de cargos no se hace con la captura, ni después de esta (como en el caso colombiano), pues quien ejecutó el arresto (con o sin orden) debe realizar un informe

que será sometido a revisión por parte del fiscal, para estipular si este debe ser llevado ante un magistrado (*first appearance*) al que debe presentar los cargos. El fiscal realiza la adecuación típica y determina cuáles cargos imputar, y además tiene la posibilidad de declinar la persecución penal: *rejection, declination* o *no paper decision* (p. 144). En esta audiencia, “el capturado recibe información sobre la imputación que se le hace, y sobre sus derechos constitucionales” (p. 149). La principal función de esta diligencia, más allá de la lectura de cargos, es “la posibilidad de fijar una fianza bajo la cual se le otorgue la libertad al capturado” (p. 150). El sistema de fianzas estadounidense es: *cash bond, surety bond* y *personal bond*.¹⁹ (p. 151).

Retomando, si el arresto ocurre sin orden, el arrestado se presenta en la audiencia Gerstein; y, por el contrario, si hay orden previa en el arresto, no es necesario celebrar la audiencia anterior, sino que sucede directamente el *first appearance*, con lo cual se aplica “el principio de control judicial, vale decir, que siempre que una persona sea capturada, exista luego una vista judicial” (Muñoz Neira, 2006, p. 151).

Una vez cumplida la *first appearance* o formulación de cargos, se da la lectura de acusación (*arraignment*), en la cual se le pregunta al acusado si se declara culpable o no culpable, en donde este, además, puede responder en casos penales “*nolo contendere*”, es decir “no lo impugnaré”, que significa “que no disputará [...] los cargos que hay contra él. Esta respuesta tiene el mismo efecto que declararse culpable pero no permite, a diferencia de una declaratoria de culpabilidad a secas, que tal contestación sea usada en contra del procesado en un proceso civil” (Muñoz Neira, 2006, p. 160). Posteriormente, si el acusado se declara no culpable, se fija fecha para el juicio, que empieza con la teoría del caso, continúa con la práctica de pruebas y culmina con las conclusiones (p. 164); pero antes de la audiencia de juicio, hay una serie de mociones que pueden ser presentadas: defecto en el establecimiento del procesamiento, defecto en la acusación, suprimir evidencia, separar cargos o procesados y descubrir evidencia (p. 162).

La conclusión a la que se puede llegar sobre el *adversary system* de los Estados Unidos es que es bajísima, según Taruffo (2008), la “proporción de casos en los cuales la sentencia subsigue a un *adversary trial*” (p. 221). Según este autor, la causa de esto recae en la institución del *plea bargaining*, y sobre todo en su resultado, el *guilty plea*: “Parece demostrada la casi total

19 Bonos en efectivo, bonos de garantía y bonos personales.

incapacidad del sistema procesal penal estadounidense para efectivizar en concreto estas garantías con respecto a la mayor parte de los imputados” (p. 222).

En suma, la imputación es una decisión del fiscal, por más que en ella se utilice como escenario una audiencia; el objetivo allí es completar la lectura de los cargos y asegurar la asistencia al proceso condicionado a una fianza que se le asigna al imputado. No hay allí contradicción de la defensa ante la formulación de cargos, y el control del juez es absolutamente ineficiente, pues compromete las garantías procesales.

Ahora, en lo respectivo al *plea bargaining*, en el enjuiciamiento penal colombiano, Ley 906, sí hay una —quizás la única— función relevante que se le asigna al juez de control de garantías, es esta la evaluación del allanamiento y aceptación a cargos para que esta declaración no adolezca de vicios. Por su parte, el sistema penal estadounidense es decepcionante en este aspecto, pues “el control que el juez ejerce para comprobar si la renuncia al trial es *‘knowing and voluntary’* es puramente formal, al paso que la verificación acerca de la *factual basis* del *guilty plea* consiste simplemente en preguntar al imputado si es culpable” (Taruffo, 2008, p. 220).

Italia

El sistema de enjuiciamiento penal italiano (Decreto 1399 de 1930), configurado durante la dictadura fascista con una impresión marcadamente inquisitoria, fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 81 de 1987, que delegó en el Gobierno la competencia para emanar un nuevo Código de Procedimiento Penal, y por medio del Decreto 447 del 22 de septiembre de 1988, que entró en vigor el 24 de octubre de 1989, con una impronta acusatoria, aunque con el mantenimiento de algunos elementos inquisitivos.

Proceso penal inquisitorio: Decreto 1399 de 1930

Este procedimiento penal fue concebido por Víctor Manuel III, “con una filosofía acorde con el sistema totalitario de la época” (Medina, Castellanos y Salamanca, 1997, p. 15). Según Giovanni Leone, este enjuiciamiento penal italiano concebía la posibilidad de un control a la decisión de elevar a juicio las causas, lo cual, en el escenario de la acusación, cons-

tituye la primera manifestación de la acción penal que realiza la fiscalía. De hecho, el juez instructor tenía la posibilidad de emitir sentencia para la clausura de la instrucción, que podía ser de tres especies: “1) Sentencia de incompetencia, en el caso de que el delito sea de competencia (más propiamente: jurisdicción) de un juez especial [...]; 2) sentencia de reenvío a juicio; 3) sentencia de sobreseimiento” (Leone, 1963, p. 109). La tercera puede dividirse en dos grupos:

1) Sobreseimiento por motivos de mérito: a) El hecho no existe, b) El imputado no ha cometido el hecho, c) No imputabilidad del imputado, d) No punibilidad del imputado, e) El hecho no está previsto por la ley como delito, f) Extinción del delito, g) Concesión del perdón judicial, h) Insuficiencia de pruebas, i) No haber lugar a proceder por ignorarse quiénes han cometido el hecho. 2) Sobreseimiento por motivos procedimentales, dejan totalmente intacta e imprejuzgada la valoración del mérito: a) Falta de presupuestos procesales, b) Falta de presupuestos de validez de la relación procesal, c) Falta de condiciones de procedibilidad (p. 127).

El Código Vassalli

Ahora bien, en 1946, por medio de un referéndum en Italia, se suprimió la monarquía y se estableció un régimen republicano. Según, Medina, Castellanos y Salamanca (1997), el Código de Procedimiento Penal italiano actual, Decreto 447 del 22 de septiembre de 1988,

se erigió a partir de la ley de delegación legislativa del 3 de abril de 1974, la cual buscaba modificar aquellos aspectos del procedimiento penal que no eran acordes con la democracia y el sistema republicano, entre los cuales hubo algunas normas de orden legislativo que determinaron: el cambio de las medidas urgentes de las actuaciones policivas, la flagrancia y la detención; además se reformó la abreviación de los plazos de prisión y la apelación contra sentencias del pretor, etc. [...]

La comisión que redactó el Código fue creada mediante decreto del 3 de marzo de 1987, fue dirigida por G. Doménico Pisapia y el trabajo del Consejo de Ministros, la Comisión Superior de la Judicatura y sobre la propuesta del Ministro de Gracia y Justicia: Vasalli; así, De Mita el presidente del Consejo de Ministros permitió la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal: DPR núm. 447 del 22 de septiembre de 1988 (p. 16).

Para ello se estudió el sistema norteamericano durante cinco años, de hecho, “una comisión vivió y trabajó en los Estados Unidos, antes de llegar al sistema adoptado en el Código Vassalli” (Granados Peña, 1996, p. 49), de orientación adversarial.

En el estatuto procesal penal italiano, una vez se concluye la fase de indagación preliminar, el Ministerio Público puede solicitar ante el juez de indagaciones: el archivo (arts. 408 y 411), la autorización para proseguir la indagación por desconocimiento del autor (art. 415), o ejercitar la acción penal a través del procedimiento que se considere más adecuado: juicio abreviado, aplicación de la pena a instancia de parte o dictar decreto de citación a juicio (Medina, Castellanos, Salamanca, 1997, p. 27).

De todos modos, esta audiencia preliminar no siempre se lleva a cabo, pues se puede ir a juicio directísimo (art. 449), juicio de inmediato (art. 453), o el Ministerio Penal puede solicitar el decreto penal de condena o procedimiento monitorio (arts. 449.1, 455 y 459) en los delitos que sean competencia del Pretor.

Doctrina

De la acción y la pretensión penal

En principio, según la teoría general del proceso, la definición de la acción abarcaría cualquier especialidad del derecho procesal; no obstante, conviene analizar las diferentes concepciones en la doctrina (Vanegas González, 2003, p. 52).

Si bien en la doctrina hay un consenso acerca de que con la pretensión nace el enjuiciamiento penal, algún sector comprende, frente a esta, que

[...] la pretensión en Colombia se circunscribe al hecho de que el fiscal formule acusación, pues los demás actos que se llevan a cabo ante el juez de control de garantías, si bien conllevan un ruego de jurisdicción, en verdad son simples actos preparativos de la pretensión punitiva o de renuncia de la misma, no queda duda que la actuación que antecede a la fase de juzgamiento o la fase de transición, según sea la posición académica que se adopte, constituye una fase previa al proceso jurisdiccional o una fase pre proceso, en todo caso procesal (Cadavid y Bedoya, 2008, p. 155).

De hecho, en el

[...] modelo procesal penal angloamericano, que en mucho ha servido de base para el proceso penal colombiano, la fase anterior al juicio es prácticamente innominada se le conoce como *pretrial*, entendiéndose que el verdadero proceso comienza con la acusación y la investigación se asume como un problema meramente policial (Guerrero Peralta, 2007, p. 110).

Por otro lado, la titularidad de la acción penal²⁰ es la potestad que tiene la fiscalía para iniciar la pesquisa de los hechos que son motivo de sospecha, perseguir a los posibles autores y partícipes, y presentar contra los supuestos sujetos pasivos la imputación de cargos, que contiene la pretensión penal. Se puede concluir con rigor técnico que las formas de manifestación procesal de la pretensión penal en el sistema procesal penal colombiano se denominan: imputación y acusación (Pérez Sarmiento, 2005, p. 33); y la investigación constituye un ejercicio de la acción penal —con la claridad antes fijada—, la cual está afectada por el principio de la legalidad, pues la fiscalía no puede realizar investigaciones preventivas o indagaciones que no resalten el carácter punible del hecho (Guerrero Peralta, 2007, p. 167).

El ejercicio de la acción penal, como función de la fiscalía, se circunscribe a los principios de obligatoriedad, monopolio estatal, acceso a la justicia, igualdad de los ciudadanos ante la ley, independencia judicial y de progresividad. Si bien la obligación de su ejercicio está sujeta al principio de igualdad, existen excepciones a través del llamado principio de oportunidad, una institución que, al decir de Calle Calderón (2005), es

[...] muy útil para desarrollar el anverso del derecho penal del enemigo, es decir, un derecho penal del amigo, que vendría a ser una concepción del control según la cual algunos de modo definitivo no podrán tener jamás la condición de delincuentes, justamente por ser amigos, y en consecuencia no habrá ninguna posibilidad de que accedan al sistema penal (p. 164).

20 Otro sector de la doctrina, a partir de las tesis de Chiovenda, opina que el concepto de acción penal “deja afuera al derecho penal que, en esa misma época, parte de una concepción totalmente distinta: esto es, que la actuación de la ley penal le compete directamente al Estado y no puede depender del poder del ciudadano. Solo habla del concepto de acción referido a la acción privada penal y por eso Chiovenda acierta en un punto central: no se puede utilizar el concepto de acción para hablar de una facultad de Estado” (Binder, 2014, p. 325).

La acción y pretensión²¹ de tipo penal también se caracteriza por el principio de progresividad: *no existe jurisdicción sin acción ni acción sin jurisdicción*, lo que implica el desarrollo progresivo y escalonado del enjuiciamiento penal. En la audiencia de formulación de imputación, el primer escalón en este camino procesal, y en la de acusación, se debe realizar un control, así como en la sentencia, “debiéndose rechazar de plano todas las acusaciones infundadas o sorpresivas que no avizoren la verosimilitud de la acusación” (Narváez, 2011, julio-diciembre, p. 83).

Ahora bien, la imputación y la acusación son dos manifestaciones diferentes de la pretensión penal,

[...] mientras que la imputación tiene como escenario una audiencia preliminar ante el juez de garantías, acto en el cual la fiscalía le comunica a una persona que está siendo investigado por unos hechos con una relevancia penal, y con ella se activa el derecho a la defensa y se interrumpe los términos de prescripción de la acción penal; la acusación, se hace ante juez de conocimiento competente según la ley por la gravedad del delito que se acusa, con este acto se da inicio a la fase del juicio con la que se resolverá el derecho que está en conflicto (Vanegas Villa, 2008, p. 235).

Por lo anterior, es necesario establecer una diferenciación entre las nociones de imputado y acusado. El imputado es ante quien se ejerce la persecución penal, porque hay alguna sospecha policial; y el acusado es aquel al que se le ha endosado formalmente la realización de un hecho punible, porque las pruebas recogidas hasta la investigación formal así lo determinan, por lo que se debe proceder a acusar para ir a juicio oral, excepción dada, el principio de oportunidad (Guerrero Peralta, 2007, p. 205).

Adicionalmente, la pretensión penal requiere de algún grado de conocimiento como aspecto de control; las situaciones por las que atraviesa pueden ser ilustradas de la siguiente manera, a partir de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal:

- Según el artículo 200, la fiscalía debe ejercer la acción penal cuando esté frente a “hechos que revistan las características de un delito”.

21 Se entiende que la pretensión penal es la consecuencia lógica de la primera; esto significa que se accede a la jurisdicción con la finalidad de solicitar al juez la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses.

- Según el artículo 297, para aceptar la legalidad de la captura de un indiciado se necesitan motivos para “que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga”.
- Según el artículo 287, para formular la imputación, el fiscal debe contar con medios de conocimiento de lo que “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.
- Según el artículo 308, para imponer medida de aseguramiento²² al imputado se necesitan elementos materiales y de información de los que “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.
- Según el artículo 336, para formular acusación, la fiscalía necesita medios de conocimiento de los que se “pueda afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe”.
- Según el artículo 381, para fallar, el juez lo debe hacer si existe “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado”.

Esto, en palabras de Aponte Cardona (2006) significa que

Existe un consenso general en relación con el modelo de procedimiento penal del cual hace parte el colombiano: en la etapa de investigación se trata de esclarecer una sospecha; en la etapa del juicio oral, se trata de obtener una convicción. [...] En el ámbito procesal se requiere, ante todo, que se trate de una sospecha inicial seria. (La preservación del derecho a la presunción de inocencia exige la verificación de una sospecha suficientemente consistente de la existencia de los hechos) (pp. 23-24).

La imputación como manifestación de la acción penal

Para Pérez Sarmiento (2005), se han “conocido tres tipos de sujetos que se disputan la dirección de la fase preparatoria y el control de las diligencias que en ella se verifican: los jueces, los fiscales y los policías” (p. 131).

Desde la Constitución de 1991, y con la reforma del Acto Legislativo 03 de 2002, reglamentado en el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, se le attri-

22 La medida de aseguramiento es una medida cautelar, esto es, una pretensión.

buyó a la fiscalía la facultad de adelantar el ejercicio de la acción penal remitido en la imputación y realizar la investigación y la instrucción de todos los hechos que revistan las características de delito, para plasmarlo en la acusación, con un control del juez de garantías, siempre que impliquen afectación a los derechos fundamentales del procesado.

En ese entendido, la fiscalía es una autoridad consagrada a una actividad trascendental en la administración de justicia, que se edifica como un puente entre los poderes jurisdiccional y ejecutivo, y siendo defensor de los intereses del Estado frente a los poderes de la rama judicial. Lo anterior plantea varios problemas: la relación con la judicatura, la independencia del gobierno como director de la política criminal, la relación con la policía y el trato con el acusado (Guerrero Peralta, 2007, p. 102).

De esta manera, y en relación al último problema, la función de la fiscalía en el proceso penal, como guardián de la legalidad, es proteger al acusado y a la vez actuar contra él, pues es esta una entidad que germinó como medio de liberación del ciudadano ante el poder del Estado y no como instrumento de represión autoritaria (Guerrero Peralta, 2007, p. 100); esto porque, más allá de la obligación de imputar o acusar, “de servir de impulsor del proceso penal, a la Fiscalía le correspondería el ejercicio limitador en el marco procesal del *ius puniendi*” (p. 105).

Según la Ley 906 de 2004, las audiencias de imputación, de legalización de captura y de medida de aseguramiento forman parte de las llamadas audiencias preliminares (artículo 153) que se pueden celebrar de manera concentrada. En todo caso, la audiencia de imputación se ubica en la estructura del proceso penal en la etapa preparatoria, entre la fase de indagación y de investigación. De hecho, la estructura del proceso penal identificado en el Código de Procedimiento Penal comprende las etapas de indagación, imputación, investigación, acusación, audiencia preparatoria y juicio oral.

La fase preliminar del proceso penal (indagación, imputación e investigación) inicia en el momento en que la *notitia criminis* es considerada por el ente acusador como que reviste ciertas características de delito. Las formas de manifestación de la noticia criminal son: 1) de oficio del ente acusador, 2) la denuncia, 3) la querrela y 4) la flagrancia.

En palabras de Pérez Sarmiento (2005):

dada la masividad y complejidad del fenómeno delictivo, la investigación criminal y su colofón la acción penal, no pueden ser, en la sociedad moderna, facultades exclusivas de los particulares, sino deber principista de ese supuesto depositario del bien común que es el estado (pp. 118-119).

La indagación

El asunto es demasiado insignificante para recurrir a un abogado

El proceso, Franz Kafka

La indagación, el sumario o la investigación no formal, es una etapa previa a la imputación e investigación formal; una fase preliminar propia del ejercicio de la acción penal en la formulación —pretensión— de la imputación. En la indagación,

[...] la Fiscalía General de la Nación, a través de la policía judicial, averigua sobre los hechos que revisten características de delito y que han llegado a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial, informe de policía judicial, delación o por cualquier otro medio idóneo que reúna las condiciones de procedencia mencionadas en el acápite de la noticia criminal (Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 23).

De acuerdo con Claus Roxin (2000),

para iniciar la persecución penal es necesaria y suficiente la llamada sospecha inicial simple [...], es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos [...] y fundado en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible; para ello no son suficientes las meras presunciones (p. 329).

Se comprende, pues, que la indagación es una etapa preprocesal, y no de índole administrativa, toda vez que el órgano que la tramita, los controles a los cuales se remite y la normatividad que la regula así lo determinan (Cadavid y Bedoya, 2008, p. 150). Así, la formulación de cargos no se comienza a desarrollar en la misma audiencia, sino que se construye desde la fase de indagación, a través de las diligencias de averiguación con las que cuenta la policía judicial y con la calificación jurídica que determina el fiscal (Vanegas Villa, 2008, p. 248); sin embargo, en los delitos donde hay una detención en flagrancia, no hay indagación, ya que el proceso pe-

nal inicia con la aprehensión “*in fraganti* o por una confesión espontánea de este que desata el procedimiento de instrucción directamente” (Pérez Sarmiento, 2005, p. 120).

En este caso específico, se debe legalizar la captura por parte de la fiscalía ante el juez de control de garantías en la audiencia correspondiente; lo que se realiza de manera concentrada con la audiencia de formulación de imputación, y en caso de ser imputado el procesado, la fiscalía puede solicitar —en la audiencia— alguna medida de aseguramiento, es decir, una medida cautelar, como prisión provisional, detención preventiva o reclusión domiciliaria, y afectaciones a bienes. En todo caso, es necesario que el enjuiciamiento se desarrolle en plena libertad del imputado, y sin ser afectado por alguna medida, lo cual es perfectamente posible y deseable en el sistema acusatorio. No obstante lo anterior, “sin mayores tropiezos, fue aprobada por el Congreso de la República una reforma constitucional que seguía utilizando el derecho a la libertad como instrumento para luchar eficazmente contra la criminalidad” (Vélez Osorio, 2012, p. 45).

Los principios, derechos y garantías procesales no pueden ser obviados en la fase preliminar; aquí, incluso las garantías tienen prevalencia en el sistema acusatorio: el derecho a la libertad y el principio de publicidad que permiten el acceso del indiciado y el imputado a todas las diligencias preparatorias, para que, a raíz del principio de contradicción, tenga la posibilidad de controlarlas y refutarlas si es el caso. Además, la labor realizada por la fiscalía en la etapa preliminar debe estar mediada por el principio de legalidad, el cual “entre los límites a la coacción penal del Estado establecidos para la protección de la libertad” (Bigliani y Costanzo, 2001, p. 308) es el de mayor tradición.

En palabras de Sandoval y Del Villar (2013):

El derecho de defensa es de carácter intemporal, universal y general dentro del proceso penal y las distintas mutaciones procesales no pueden afectarlo. Cuando una persona ha sido individualizada e identificada dentro de la etapa de la indagación penal, existe la obligación de comunicar por parte de la Fiscalía que se ha iniciado una indagación en su contra (p. 61).

La investigación

La investigación, por su parte, es una etapa comprendida entre la audiencia de formulación de imputación y la audiencia de formulación de acusa-

ción. El objetivo de esta etapa, ya sea en sede de indagación o de investigación, es dilucidar la sospecha, y comprobar si esta cumple los requisitos penales sustanciales para catalogar un hecho punible. Existen diversas acciones por parte del órgano acusador encaminadas a tal objetivo; estas constan de reconocimiento e inspecciones visuales a cosas o personas, interrogatorios al indiciado, entrevistas a testigos, reconstrucción de hechos, interceptaciones telefónicas, allanamientos, etc. Todo esto para insistir o rechazar la formulación de cargos.

Estos actos de investigación, más las labores preventivas, son las que se denominan *labores de inteligencia*, que, según Óscar Rodas Villegas (2013), son “un campo de tensiones entre fuerzas activas y pasivas que emergen de un Estado que hace posible crear y calificar situaciones, disponer recursos de asalto y producir efectos punitivos” (p. 105).

No hay que olvidar que las diligencias derivadas de la actividad instructiva o investigativa que realiza la fiscalía, deben tener control por parte del juez de control de garantías, siempre que estas impliquen una afectación de los derechos fundamentales. Este control puede ser *a posteriori* o *ex ante*, y tendrá que evaluar que las actividades del ente acusador en su papel de investigador se ajustan a las formas establecidas en la Constitución Política y en la ley, pues la inferencia razonable que exige el artículo 288 de la Ley 906 para imputar no puede estar basada en información ilegalmente obtenida.

Si bien la Ley 1453 de 2011, que dice reglamentar las funciones del juez de control de garantías, determina unas competencias difusas, con las facultades establecidas en la Ley 906 de 2004, el juez actúa en audiencias de control previo, posterior y de trámite de las actividades investigativas del fiscal; entre estas encontramos:

- a) De control previo: 1) para permitir o no la búsqueda selectiva en base de datos; 2) autorización o no sobre la petición de inspección, registro corporal y obtención de muestras que involucran al imputado; 3) de la petición de orden de captura, entre otras.
- b) De control posterior: 1) control de captura en flagrancia; 2) de registros y allanamientos; 3) de interceptación de comunicaciones telefónicas similares, de recuperación de información dejada al navegar por internet, entre otras.
- c) La audiencias de trámite: 1) aplicación del principio de oportunidad; 2) declaratoria de persona ausente; 3) decretar la medida de aseguramiento contra el imputado, revocatoria o sustitución de medida, entre otras (Narváez, 2011, p. 75).

La investigación, pues, finaliza de tres formas: 1) con solicitud de preclusión; o 2) se aplica el principio de oportunidad, o bien el procedimiento de la justicia premial; o 3) se hace escrito de acusación y se cita para la audiencia de formulación de acusación.

Etapa preliminar como centro de gravedad del proceso penal

Si bien algún sector de la doctrina considera que “debería reducirse al máximo la instrucción y potenciarse la celebración de los juicios orales” (Jaén Vallejo, 2008, p. 202), ya que el proceso única y exclusivamente ocurre en el juicio, más allá de que “hay algunas actividades regladas antes del juicio que son importantes” (Granados Peña, 1996, p. 46), no puede obviarse que la investigación tiene una función última: la de preparación del juicio oral (Jaén Vallejo, 2008, p. 199).

Es decir, la fase preliminar o de sumario, primero, consiste en preparar la formulación de cargos, y, luego, busca asegurar el material informativo mediante “la recolección de la evidencia que luego se presentará como prueba de la acusación en juicio oral” (Pérez Sarmiento, 2005, p. 118).

De esta manera, la etapa preliminar (indagación, imputación e investigación) se constituye como *centro de gravedad* del proceso penal, en atención a que allí se *etiqueta* como sospechoso al sujeto pasivo de la acción penal, incluso desde las facultades de detención; de ahí que desde la etapa de indagación se puedan predicar y se deban garantizar los principios de inmediación, publicidad, concentración, contradicción, oralidad de la prueba, y el derecho de defensa (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 36).

Eso sí, el derecho de defensa faculta al procesado para

intervenir en el proceso, en todas sus etapas y actos procesales, desde el más prematuro inicio, esto es, cuando por cualquier medio se anoticie de que ha sido sindicado como responsable de un delito o al ser detenido [...] y hasta su total terminación, o sea, cuando haya cesado el cumplimiento de la pena o medida de seguridad (Jauchen, 2005, p. 153).

En síntesis, si una etapa preliminar, conformada por una indagación, una formulación de cargos —entendida como una imputación— y una investigación formal, es incoherente, desprovista de controles judiciales en cuanto a la pretensión fiscal y a la protección de los derechos fundamentales, esta dará lugar a la ineficacia del acto procesal afectado por una nulidad, y

conllevaría a una sentencia absolutoria o condenatoria que adolece de legitimación, ello porque no se ciñe a la estricta legalidad, y porque pasa de largo el debido proceso y sus componentes: la defensa y la contradicción.

Para la Fiscalía General de la Nación (2005), sin embargo: “La audiencia de juicio oral es la audiencia procesal más importante del nuevo proceso penal” (p. 129), ignorando con ello que la etapa preliminar, especialmente la imputación de cargos, no tiene su razón de ser en la preparación del juicio, sino que se constituye en una traba, la cual, una vez superada, permite la preparación del escrito y la audiencia de acusación, y posteriormente la audiencia a juicio.

De acuerdo con Schünemann (2007),

[...] la tendencia que domina actualmente en todo el mundo en el desarrollo del juicio oral, consistente en hacerlo retroceder, llegando incluso a suprimirlo en la mayoría de los casos, y la continuada focalización de la discusión en estos diferentes modelos, amenaza incluso con degenerar en una especie de “discusión fantasma”: se discute sobre cuestiones que tan sólo tienen una importancia de segunda fila para el proceso penal moderno (p. 113).

La importancia principal del procedimiento preliminar e intermedio, dice Roxin (2000), “reside en su función de control negativa: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior por un juez independiente [...] se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado” (p. 347).

La imputación

Sin embargo, en una cosa estaban todos de acuerdo: en que no se formulan acusaciones a la ligera y el tribunal, cuando acusa, está firmemente convencido de la culpabilidad del acusado y solo con dificultad se deja disuadir de esa convicción

El proceso, Franz Kafka

La imputación se define, de acuerdo con Maier (2002), como “una hipótesis fáctica [...] atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible” (p. 553). Es,

pues, la primera manifestación de la pretensión penal que tiene lugar en la fase de investigación o instrucción, con el fin de “evitar así acusaciones sorpresivas de ciudadanos en juicio oral, sin que se les haya dado la posibilidad de participación en aquella fase” (Jaén Vallejo, 2008, p. 198). Ello sin perder de vista que la imputación es un acto que se da aún “desde cuando se captura o aprehende a una persona o desde ese primer acto de procedimiento en el que los órganos de la persecución penal la señalan directamente como partícipe de un ilícito penal” (Pérez Sarmiento, 2005, pp. 35-36); de modo tal que,

cualquier acto imputativo inicial que importe sindicar, mencionar, aludir, señalar o considerar a alguien como presunto autor, partícipe, instigador o encubridor de un delito es idóneo para la apertura en cabeza de dicha persona de la legitimación y facultades para ejercer todos los derechos constitucionales y procesales de los que goza todo imputado en un proceso penal (Jauchen, 2005, p. 15).

Así, imputado es toda persona que haya sido aprehendido materialmente por particulares o autoridad competente y a quien formalmente se le han formulado —la Ley 906 de 2004 dirá comunicado— unos cargos en la audiencia de imputación. En rigor técnico, y de manera paralela al avance de la pretensión y el enjuiciamiento penal, el procesado precisa su calidad de indiciado, imputado, acusado y condenado.

Ahora bien, el acto de imputación en el sistema de enjuiciamiento penal y la doctrina colombiana se enfrentan a varios interrogantes, según Óscar Julio Guerrero Peralta (2007):

¿Qué tipo de actuación es la imputación? ¿Cómo se debe asumir este trámite por cuenta del juez de control de garantías? ¿Es un mero acto de comunicación que no afecta los derechos fundamentales del investigado? ¿Qué significa que la imputación permita la iniciación de los actos de defensa? ¿Es un momento procesal apto para culminar anticipadamente el proceso penal por la aceptación de los cargos, dada la suficiencia de evidencia en manos de la Fiscalía? (p. 261).

Control formal y control material

Hasta aquí queda claro como normativamente, esto es, desde la legislación y jurisprudencia colombiana se entiende el acto de imputación en la Ley 906 de 2004 como un ejercicio de control meramente formal a través del cual el juez enjuicia los actos del Fiscal. A partir de allí se fundamenta el porqué es necesario que haya un control material a la imputación penal y, finalmente, se explica en qué consiste esta propuesta.

Control formal a la formulación de la imputación

Solo está detenido, nada más. Eso es lo que tenía que comunicarle, lo he hecho y he visto también cómo se lo tomaba usted. Con eso basta por hoy y podemos despedirnos, aunque solo provisionalmente

El proceso, Franz Kafka

El “control formal a la formulación de imputación” es definido por Zapata Betancur (2009) como

un acto de comunicación y de ejercicio de la acción penal, de responsabilidad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal delegado asignado al caso y que, por lo tanto, la inferencia razonable sobre que el indiciado es autor o partícipe de la conducta que se investigue, no es objeto de discusión en la respectiva audiencia (p. 75).

Según la Ley 906 de 2004, se requiere un control formal por parte del juez de garantías, acerca de: si en el procedimiento de la indagación se ha cercenado algún derecho fundamental del imputado o de terceros, si se

violaron derechos humanos, si se han cumplido los términos en la fase de indagación, verificar que la aceptación de cargos por parte del imputado sea libre y espontánea, y evaluar la correcta y completa tipificación de la adecuación típica atribuida al imputado. No obstante, frente a este control, la defensa está impedida para alegar excepciones como la prescripción, la falta de jurisdicción, la falta de competencia, la violación del *non bis in idem* y de cosa juzgada.

De ninguna manera se legitima allí la actitud indiferente del juez de control de garantías ante la acción penal presentada por la fiscalía, ya que la imputación es un acto discrecional, mas no arbitrario. En este sentido,

el fiscal no está inventando la imputación, por lo menos debe tener, no descubrir, aquellos medios cognoscitivos que sustentan en forma elemental la imputación, pues de no hacerlo lastima la presunción de inocencia del imputado, esto obviamente en el caso de que no se allane a la imputación el indiciado o imputado (Gómez Orozco, 2012, p. 114; cursivas propias).

Para Piedad Lucía Vanegas Villa (2008), la inferencia razonable que comprende la imputación no es arbitraria ni discrecional como actividad de la fiscalía, ya que

solo habrá de ser admisible cuando exista un mínimo probatorio debidamente obtenido y allegado a la indagación. [...] La nueva ley procesal penal, dispone que el fiscal deberá formular imputación, cuando de los elementos probatorios se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Esto implica (i) haber verificado una hipótesis delictiva, (ii) haber constatado que los hechos de la hipótesis se le atribuyen a quien será convocado a la audiencia de formulación de imputación, (iii) que esta hipótesis se proyecta con la probabilidad de verdad para juicio, (iv) que con base en ella, la fiscalía pretende solicitar condena por estar más allá de toda duda razonable, la participación de él en los hechos que se investigan (pp. 240-241).

Así, desde esta tesis, la lectura de los artículos 287 y 288 de la Ley 906 conlleva a que los operadores jurídicos argumenten que en la fase preliminar, tanto de la indagación como de la investigación formalizada después de la imputación, no se aplica el régimen probatorio, pues allí se está ante una actividad de recolección de elementos materiales de información.

El papel del juez, entonces, es estrictamente pasivo; se convierte en un “instrumento a través del cual se formaliza la pretensión al imputado. Se subraya que el juez no puede introducir criterios de valoración jurídica, ya que ello significará una intromisión en la función de investigación de la Fiscalía” (Aponte Calderón, 2006, p. 60). La función penal (jurisdiccional) del juez de garantías queda de lado; este se convierte en un mero convidado de piedra, que no ejerce sino un control constitucional en cuanto a la posible afectación de derechos fundamentales, y en un formalismo en cuanto a las puntualidades de la imputación.

En síntesis, el corolario de esta postura se resume en que si el ente fiscal presenta una imputación, la cual considera adecuada para el caso concreto, y “la defensa no la comparte, ello, es una situación que debe resolverse en la audiencia de acusación o el juicio, y no en esta audiencia de imputación” (Gómez Orozco, 2012, p. 109).

Al respecto, José Joaquín Urbano Martínez (2013) advierte que

la inferencia razonable en torno a que el indiciado es autor o participe del delito que se investiga no la realiza el juez de las audiencias preliminares, sino el fiscal que formula la imputación. [...] De esta forma, ¡es la misma Fiscalía, no obstante su calidad de parte procesal, la que determina, con base en su propia actuación, que existe fundamento sustancial para formalizar la imputación y acusar!

En razón de un régimen tan particular como este se llega a la sentencia sin ningún control material sobre la imputación y la acusación; es decir, hasta entonces y en relación con tales actos de parte del acusado ha estado a merced de la fiscalía (pp. 83-84).

Control material a la formulación de la imputación

su proceso estaba en marcha y tenía que oponerse; aquella primera investigación debía ser la última

El proceso, Franz Kafka

La tesis del control material a la formulación de la imputación se rige por un papel activo de la defensa y del juez de control de garantías frente a la hipótesis de delito presentada en la pretensión penal. En principio, la au-

diencia de formulación de imputación y el juez de control de garantías son las instituciones que abanderan el cambio coyuntural del proceso penal (Congreso de la República, 2002, abril 26).

A diferencia de la Ley 600, la audiencia de imputación se erige en la Ley 906 de 2004 como una etapa en la fase preliminar en la estructura del proceso penal colombiano, y el juez de control de garantías se constituye como un inspector frente a los poderes judiciales que tiene el fiscal en la indagación y la investigación, donde este juega a ser *juez de instrucción* (Guerrero Peralta, 2005, pp. 163-164).

La formulación de la imputación “pone de presente los indisolubles lazos disciplinares entre derecho procesal y dogmática penal” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 88), de manera que el derecho de defensa, el principio de contradicción, el principio de congruencia y el debido proceso rigen las actuaciones de este juicio de cara a la acción penal predicable, por lo demás, en todas las etapas del proceso penal.

Juicio a la imputación

*La sentencia no se dicta de repente:
el proceso se convierte poco a poco en sentencia*

El proceso, Franz Kafka

El juicio a la pretensión penal, es decir el juicio a la imputación que determina la formulación de cargos, no comporta necesariamente la posibilidad de la formulación de la acusación; pues solo se podrá realizar esta si la acción penal sortea favorablemente el control judicial de la primera. Así, promover un control nítido o diáfano a la imputación de cargos supondría que se puede imputar por todo y de igual manera por nada, es decir afectar a cualquier ciudadano con el peso del proceso penal, en tanto se trata de una manifestación del poder público absoluto del Estado, quizás del único poder en el Estado de Derecho.

Este juicio a la imputación, es decir el juicio a la calificación provisional, quiere significar que la audiencia de formulación de la imputación reclama un papel activo de la defensa y del juez encargado de una función que obedece a un control constitucional y material, el cual constituye un examen a la pretensión que está en titularidad de la fiscalía, desde lo fácti-

co, lo sustantivo y, por supuesto, lo probatorio, ya sea porque se decida el control a petición de parte o de oficio.²³

Si bien para Roxin (2000) esta especie de juicio sumario implica que “el procesado preliminar, es suficientemente sospechoso de haber cometido una acción punible, es decir, cuando se espera su condena, con fuerte probabilidad” (p. 349), para Carnelutti (1961) “es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de una serie de juicios provisionales; la escala de los juicios, precisamente. La escala de la paciencia, en fin de cuentas” (p. 139).

Se cuenta también la imparcialidad como una de las características del principio acusatorio —la separación entre juicio de imputación, juicio de acusación y juicio oral—, que, además de ofrecer garantías al procesado por su vinculación al proceso, va a estar constantemente puesta en duda, lo que asegura que el juez de conocimiento llegue al momento del juicio oral y del fallo con sospechas sobre la responsabilidad del imputado, mas no con prejuicios sobre su inocencia.

En últimas, el control material a la imputación, es decir el juicio de la imputación, permite el ejercicio del derecho a la defensa y se implica como un presupuesto de legitimidad de la sentencia. El adecuado control formal, material y constitucional a la formulación de imputación, según Arango Giraldo (2014), “no es un aspecto que privilegie a la parte defensiva, ni a la parte acusadora, ni mucho menos a los intervinientes. El adecuado control constitucional a la imputación de cargos, privilegia el concepto del derecho al debido proceso” (p. 121).

Juez de control de garantías

Las funciones ya analizadas en el juicio de imputación se reclaman al juez de control de garantías, ya que la imputación requiere de un juicio de inferencia razonable de autoría y participación, lo que solo puede establecerse desde una inspección sustancial y probatoria, pero sobre todo compren-

23 Siguiendo a Bertelotti (2009), históricamente se han presentado tres tipos de modelos de control en la etapa intermedia del proceso penal, que pueden tomarse para el control en la etapa preliminar del mismo: “1) El sistema de remisión directa a juicio, donde no hay control ni del juez ni de la defensa e inmediatamente la elevación del fiscal va a juicio; 2) el sistema facultativo, donde el control solo se efectúa si se opone el defensor; y por último 3) el sistema imperativo, donde de oficio, automática y obligatoriamente el juez siempre debe controlar el requerimiento del fiscal” (p. 105).

siva de lo jurídico, es decir que se dé un desarrollo procesal y dogmático, para que se realice este juicio preliminar y sumario, dirigido a la mínima posibilidad de responsabilidad penal. Además, “el juez penal es también hoy, por la complejidad alcanzada por el derecho, un juez constitucional” (Aponte Cardona, 2005, p. 107).

Desde esta tesis se espera que el juez de garantías no sea “un simple juez exegeta o mecánico, apegado a las fórmulas o al tecnicismo, sin reparar el derecho penal material, especial, procesal y la trascendencia de sus funciones como juez ‘controlador de garantías’” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 81)., pues ello conllevaría a los peligros del automatismo judicial, en donde el juez es un mero instrumento a través del cual se formula la imputación de cargos, y allí, según Nils Christie (1993), “un juez reducido a ser un funcionario que aprieta un botón para obtener la respuesta correcta está muy lejos de ser libre” (p. 188).

En síntesis, en la Ley 906 de 2004, el juez de control de garantías se erige

como el funcionario encargado de establecer límites y controles al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía, con el fin de garantizar la vigencia de los principios constitucionales y las garantías del imputado, para lo cual acude a criterios de proporcionalidad, ponderación, razonabilidad, y necesidad, en aras de ejercer un control de los actos que llegan a su conocimiento (Narváez, 2011, pp. 82-83).

Juicio de inferencia razonable

—Pero, como usted es inocente, tampoco lo necesitará.

Yo lo sacaré de esto.

—¿Cómo va a hacerlo? —preguntó K.—.

Usted mismo me ha dicho hace un momento que el tribunal es totalmente impermeable a las pruebas.

—Impermeable solo a las pruebas que se presentan al tribunal

El proceso, Franz Kafka

Si bien desde la orilla del control formal se entiende que los artículos 287 y 288 de la Ley 906 hablan de elementos materiales y de información, pero no de régimen probatorio o pruebas propiamente dichas, “la ley es clara

en exigir que los elementos probatorios, la evidencia y la información a que se refiere el artículo 287, sean obtenidos legalmente” (Aponte Cardona, 2006, p. 61). De lo que se concluye que “la lectura del artículo 287 del CPP dejaría en claro que el Juez de Control de Garantías tiene facultades de exclusión en la audiencia de imputación” (Guerrero Peralta, 2009, p. 176).

Para Bernal y Montealegre (2013), “la imputación que se comunica es una categoría que exige valoración probatoria, porque a partir de dicha información, como se afirmó, se inicia la construcción de la responsabilidad penal y empieza a desvirtuarse la presunción de inocencia” (p. 151). Es porque que el juicio de inferencia razonable y la posibilidad de exclusión de la prueba por parte del juez de control de garantías intentan blindar a este acto público, como lo es la formulación de cargos, para que proteja en últimas la presunción de inocencia y el buen nombre del procesado (p. 148).

Así, los artículos 15, 125, 142 y 337 de la Ley 906 que establecen el deber del fiscal de descubrir a la defensa los elementos probatorios que haya obtenido hasta la investigación, no debe entenderse de forma exclusiva para la audiencia de acusación; de igual manera deben entenderse los artículos 287 y 288, en lo referente a la posibilidad que tiene la fiscalía de no descubrir todos los elementos materiales, más allá de lo requerido para la medida de aseguramiento y la imputación. Es decir, dichas normas deben interpretarse y entenderse de tal forma que la audiencia de acusación sea la “última oportunidad para descubrir esos elementos materiales probatorios y evidencia física, por lo que si en la audiencia de imputación están en poder del fiscal elementos favorables” (Bernal y Montealegre, 2013, p. 150), y con mayor razón, desfavorables, el fiscal tiene la obligación de descubrir y de entregarlos al defensor, desde la audiencia de imputación en honor al debido proceso, al derecho a la defensa, a los principios de igualdad de armas y de contradicción.

De todas maneras, dice Aponte Cardona (2006),

la intervención del juez en ningún caso supone que él adelante un juicio de responsabilidad penal. Controlar las consecuencias jurídicas, que no son fenómenos puramente fácticos, no significa que el juez obre como Juez de Conocimiento. Él ajusta, en el mundo de derecho, la razonabilidad de una sospecha sobre la comisión de una conducta. Tampoco

significa que el juez asuma actividades que contraríen el principio acusatorio (p. 23).

Por otro lado, es claro que si la doctrina no ha podido consensuar o al menos definir el nivel de certeza que requiere el juicio de inferencia del estándar probatorio *más allá de toda duda razonable* en el juicio oral y la sentencia,²⁴ ¿qué nivel de inferencia razonable exige la sospecha para emitir una hipótesis seria de delito, considerar terminada la etapa de indagación, formular la imputación de cargos y ordenar la investigación formal? E, incluso, “¿qué nivel de corroboración de la hipótesis acusatoria se considera suficiente para concluir el sumario ordenando la apertura del juicio oral contra el acusado?” (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 141-142).

Principio acusatorio y sistema de controles en el Estado de Derecho

¿Qué era aquella? ¿De qué hablaban? ¿A qué administración pertenecían? K. vivía sin embargo en un Estado de Derecho, por todas partes reinaba la paz y se respetaban las leyes, ¿quién se atrevía a asaltarlo en su propia vivienda?

El proceso, Franz Kafka

El principio acusatorio tiene por base “que nadie puede ser llevado a juicio sin que otro sostenga contra él una acusación ante las autoridades competentes” (Carrara, 1985, p. 297). En ese sentido, “la separación del juez y la acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás” (Ferrajoli, 1997, p. 567).

El principio acusatorio implica, pues, la prohibición de acumular funciones en el proceso penal: instruir, acusar y juzgar. Igualmente, la acción penal debe estar —en atención al principio de progresividad— en constante impulso, ejercicio y mantenimiento por el órgano fiscal. Según esto, “la existencia de un juez que acuse es la negación del principio acusatorio y la afirmación del principio inquisitivo” (Urbano, 2013, p. 39).

24 Cfr: Aramburo Calle (2010), Ferrer Beltrán (2007), Guerrero Peralta (2009) y Laudan (2005).

De igual manera se trata de una negación del principio acusatorio, cuando

el fiscal por sí sólo fuese a llevar a juicio a alguien sin pedir permiso, sería incomprensible en el sistema acusatorio puesto que hay una especie de balance de poderes. El Fiscal investiga pero debe controlarse su labor. En consecuencia esta autorización para acusar significaría en este punto que el sistema norteamericano no es totalmente acusatorio (Granados Peña, 1996, pp. 41-42).

Es claro, sin embargo, que en este aspecto la pretensión penal asume un carácter público,²⁵ y de hecho se le considera un ejercicio de la función pública²⁶ del Estado (Carrara, 1985, p. 298). En ese orden de ideas, “la adjudicación de la pretensión penal no puede estar exclusivamente en manos del órgano acusador” (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 92), lo que significa que el juez de control de garantías tiene la función de aprobar o rechazar la legalidad de la formulación de la imputación que le hace la fiscalía al indiciado para formalizar la etapa de la investigación. Por esta vía de análisis, el control a la imputación no solo surge como un control constitucional o material a la acción penal, sino que también se erige como una fuente de legitimidad para la jurisdicción.

El juez de control de garantías es, pues, un garante de la constitución, y ante todo un supervisor de la imputación penal, es decir un *juez de autorización* (Calle Calderón, 2005, p. 159), sin que ello implique que se vea amenazada la imparcialidad como juzgador. En palabras de Maier (2002), “La imputación, por lo demás, no debe comprometer al tribunal que juzga, esto es, no debe partir de él: para conservar su imparcialidad y evitar toda sospecha de parcialidad, todo compromiso con la hipótesis acusatoria que conforma el objeto del procedimiento” (p. 554).

25 Así, “el antiguo proceso acusatorio, donde la iniciativa penal estaba atribuida a la parte ofendida o a cualquier ciudadano, el poder de acusación sólo podía ser discrecional. [...] Pero al afirmarse el carácter público del derecho penal [...] también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos” (Ferrajoli, 1997, p. 567).

26 Salvedad que debe hacerse en atención al Acto Legislativo 06 de 2011, donde se reforman los artículos 234.4, 250 y 251 de la Constitución; acto que derivó en la Ley 1826 de 2017, donde el legislador puede asignarle “el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”, y lo cual desmonopolizó el ejercicio de la pretensión penal.

La posibilidad de que el requerimiento a juicio se encuentre a discrecionalidad y arbitrariedad de la fiscalía va en contra de los valores y principios que funda el modelo acusatorio, del Estado de Derecho y de las garantías procesales. Si se quiere, la imputación juega a ser un requisito de procedibilidad para el escrito y la audiencia de acusación, y por ende del juicio oral.

En principio, en el sistema acusatorio, para imposibilitar que el *fiscal sea una rueda suelta*, se han trazado tres controles básicos:

- a) La intervención del juez en todas las decisiones que involucren responsabilidad del imputado (causa probable para allanar, arrestar y acusar; aprobación de las alegaciones de culpabilidad preacordadas, determinación de la fianza a imponer, etc.).
- b) La intervención del legislativo estableciendo criterios para ciertas actuaciones principales como alegaciones preacordadas, régimen de inmunidades, confiscaciones, etc.
- c) La regulación interna en las propias fiscalías expidiendo los manuales de procedimiento operativo de imperioso cumplimiento (Fuentes y Granados, 1999, p. 174).

Investigar e imputar corresponden a las manifestaciones más frías y severas del poder estatal, lo que implica la necesidad de fijar límites en su ejercicio. Al respecto, si bien el ordenamiento nacional fija unas restricciones —así sean determinadas por un control posterior— frente al respeto de los derechos fundamentales en la etapa de indagación e investigación, la omisión en la posibilidad de controlar la formulación de cargos determina unos efectos en el enjuiciamiento penal, de modo tal que “cualquier ciudadano corre el riesgo de ser imputado y acusado no solo sin fundamento razonable, sino incluso sin fundamento alguno” (Urbano, 2013, p. 19).

Entonces, el principio acusatorio exige que el fiscal sea el titular de la pretensión penal, de manera que “está obligado a promover la acción, cuando ‘las investigaciones ofrecen motivos suficientes para la promoción de la acción pública’, es decir, cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible” (Roxin, 2000, p. 336).

El sistema acusatorio reclama, pues, un control a la pretensión por parte del juez penal de control de garantías, dado que el “procedimiento para compeler a la promoción de la acción pública le da la posibilidad al ofendido de que un tribunal independiente examine el cumplimiento del principio de legalidad por parte de la fiscalía” (Roxin, 2000, p. 341).

De ahí que si la acción penal es una expresión de la función pública estatal —en concordancia con el sistema de pesos y contrapesos propios del sistema republicano y con las prioridades del Estado de Derecho, donde no se enlista la persecución penal como una de ellas—, el control a los actos de poder, y a los de iniciación de la persecución penal, sí ocupa un lugar central en el Estado de Derecho, por lo que, dice Mariano Bertelotti (2009), “no podemos dejar sólo en manos del fiscal decidir cuándo un caso va a juicio” (p. 118) y a formulación de cargos: imputación o acusación.

En palabras de Armando Luis Calle Calderón (2005):

El proceso penal, es decir, la persecución penal, constituye un instrumento al servicio de la discusión de una hipótesis de delito y nunca un fin en sí mismo. Dicho política y jurídicamente, el proceso carece de autonomía definitoria de cualquier *theos* diferente a su utilidad para racionalizar los términos de aquella hipótesis, justamente el objeto principal del proceso penal (p. 149).

Entonces, si los controles a la imputación y a la acusación constituyen una intromisión indebida en los actos de poder público, con la etiqueta de acto de comunicación o de parte, bajo ese mismo supuesto habría que prescindir del control de constitucionalidad de las leyes, la acción de tutela, el *habeas corpus*, e incluso la acción de nulidad de los actos administrativos por inconstitucionalidad o ilegalidad, lo que lleva irremediablemente a la conclusión de que el poder de acusar o de imputar “está sometido a límites y sujeto a controles, y que ello es así no solo en razón de las particularidades mismas del proceso penal, sino del espacio político y jurídico en el que él se concibe” (Urbano, 2013, p. 73).

En ese sentido,

Controlar esa labor de la Fiscalía en esa audiencia de imputación implica evitar investigaciones arbitrarias o caprichosas, alejadas de inferencias ponderadas y rigurosas y que no consulten principios de legalidad, lealtad y buena fe, a los cuales debe responder de manera estricta la imputación. [...] el papel del juez no puede circunscribirse únicamente a ser un simple cancerbero del rito formal de la imputación o proyectista de eventuales penas ante las negociaciones de cargos, cuando una de las formas de ejercer la protección de los derechos es a través de la observancia de la teoría del hecho punible (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 90).

Se concluye de todo esto que las funciones del juez de control de garantías se enfocan en inspeccionar las posibles afectaciones de las garantías y los derechos fundamentales del indiciado o a terceros; y en cuestionar, es decir avalar o no, la hipótesis de delito que presenta la fiscalía a modo de pretensión penal. Los riesgos, en este sentido, al no controlar la imputación fiscal, llegan incluso a que “se exagere la imputación para lograr la imposición de una medida de aseguramiento o que la fiscalía no cuente con los elementos suficientes para hacer una inferencia razonable de autoría o que éstos no hayan sido legalmente obtenidos” (Arango, 2010, p. 236).

La pena de banquillo

¿Es que quieres perder el proceso? ¿Sabes lo que significa? Significa que quedarás sencillamente eliminado. Y que todos tus parientes se verán arrastrados, o por lo menos, humillados hasta lo más bajo. Josef, recupera el sentido común. Tu indiferencia me saca de quicio.

*Al verte, uno creería casi en el proverbio que dice:
“Tener un proceso significa haberlo perdido ya”*

El proceso, Franz Kafka

Aparte de los argumentos jurídicos que pueden invocarse a la hora de rescatar un control material en la audiencia de imputación, se pueden sumar argumentos de orden *moral*, pues “al llegar a cierto punto el problema del delito y de la pena deja de ser un problema jurídico para seguir siendo solamente, un problema moral” (Carnelutti, 1993, p. 86).

Para Carnelutti (1993), *las miserias del proceso penal* no solo obedecen a condenas arbitrarias, sino también a imputaciones y acusaciones infundadas:

pena y proceso o, más exactamente castigo y proceso, son el anverso y el reverso de una misma medalla; esto quiere decir la fórmula de la implicancia: no se puede castigar sin proceder ni proceder sin castigar. [...] Excluir la implicación del castigo en el proceso no es posible. El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal. [...] Lo que se puede y se debe hacer es construir el proceso de tal modo que se reduzca al mínimo el riesgo, que no se refiere tanto al error como al sufrimiento injusto derivado del error (1960, pp. 52-53).

Según este autor (Carnelutti, 1993), el sometimiento a un proceso genera un grado tal de aflicción que se constituye *per se* en una pena, de allí la importancia de limitar y controlar un poder tan desahogado como el de investigar y acusar:

es un hecho que este terrible mecanismo, imperfecto e imperfectible, expone a un pobre hombre a ser llevado ante el juez, investigado, no pocas veces, arrestado, apartado de la familia y de los negocios, perjudicado, por no decir arruinado ante la opinión pública, para después ni siquiera oír que se le dan las excusas por quien, aunque sea sin culpa, ha perturbado y en ocasiones destrozado su vida (p. 75).

Este fenómeno que denuncia Carnelutti en el que se advierte que los ciudadanos deben estar exentos no solo de sentencias arbitrarias, sino que deben ser protegidos de imputaciones y acusaciones infundadas, es denominado *pena de banquillo* (Cafferata Nores, 2005, p. 84). Al respecto, dice Bertelotti (2009): “¿por qué esperar hasta el juicio si ya mucho antes está en condiciones de poner ‘término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal?’” (p. 111).

Un sistema procesal penal puede predicar un juicio justo, es decir conforme a todas las garantías, cuando contiene un control a la imputación, que se erige fundamental en cuanto cierra la posibilidad del ejercicio infundado, apresurado o arbitrario de la acción y pretensión penal.

Formulación de cargos como tortura

Me he olvidado de preguntarle ante todo qué clase de liberación quiere. Hay tres posibilidades a saber, la absolución auténtica, la absolución aparente y el aplazamiento indefinido. [...] Como es usted inocente, sería realmente posible que confiara únicamente en su inocencia. Pero entonces no necesitaría mi ayuda ni ninguna otra

El proceso, Franz Kafka

En atención a remediar los efectos de la *pena de banquillo*, en el proceso penal colombiano no se ha contemplado siquiera el control material de

la audiencia de imputación como solución; por el contrario, se han invocado los *principios de oportunidad y de consenso de las partes*, conceptos jurídicos que han legitimado instituciones como la justicia negociada y la justicia premial, y abren la puerta a figuras procesales como la *guilty plea* y *negotiated plea* o *plea negotiation*, que significan la formalización del convenio por medio de un acuerdo entre la justicia (fiscalía) y la defensa (acusado), donde el acusado se convierte en un objeto del procedimiento penal, sacrificándose así las garantías procesales, tales como la publicidad, la intermediación, la oralidad, el juez natural, la presunción de inocencia y el no declarar contra sí mismo (Schünemann, 2002, p. 298). Y se ensalza, en esta forma, la etapa preliminar de tal manera que el florecimiento de los acuerdos implican “la renuncia al juicio oral y por la condena basada solamente en el reconocimiento, parcial o total, por parte del acusado, del contenido de la instrucción” (p. 299); mientras los operadores jurídicos y los manuales penales siguen vendiendo la idea de que el juicio oral es la audiencia más importante del proceso penal, un fenómeno que incluso se da en el escenario del proceso o en la administración de justicia no penal, tal y como lo advierte Octavio Macías González (2015, p. 50).

Para Schünemann (2007), es claro que hay una supresión de la audiencia del juicio oral, mismo que se ha constituido en el sistema acusatorio como la única base legal de una condena o una pena, sustituida por el *plea bargaining*, *guilty plea*, etc., de tal suerte que el proceso acusatorio queda reducido al procedimiento de la indagación y la investigación, con la gravedad de que “este procedimiento está completamente controlado por la policía, de modo que en realidad [...] se está presentando una vuelta al clásico proceso inquisitivo” (p. 115). Lo que demuestra, según Schünemann (2007), la incompatibilidad entre el *plea bargaining* y los principios que erigen el Estado de Derecho (p. 121).

La institución o figura del *plea bargaining*,

de acuerdo con la estructura de un proceso de partes, el acusado puede prescindir completamente de la audiencia sobre la cuestión de la culpabilidad y, con ello, también de la prueba, si desde el principio se declara culpable. Su *guilty plea* (confesión de culpabilidad) sustituye entonces la determinación de su culpabilidad judicial y resulta inmediatamente el fundamento para la determinación de la pena. De esta forma se ha desarrollado en los Estados Unidos, desde hace unos cien años, un

nuevo modelo de procedimiento: el *plea bargaining*. En éste se negocia entre la fiscalía y la defensa el reconocimiento de culpabilidad del acusado de antemano es decir, que de cierta forma se compra a través del reconocimiento de culpabilidad una considerable reducción de la pena que determina la fiscalía, de manera formal o informal, con el tribunal (Schünemann, 2002, p. 289).

Para Schünemann (2007), es claro que “mediante el *plea bargaining* se destruye nuevamente la posición de sujeto del imputado, lo que había sido una de las conquistas esenciales del proceso reformado en Europa” (p. 121). Esta posición débil del procesado en la etapa preliminar regresa al proceso inquisitivo (2002, p. 299), de manera que dicha situación de indefensión ya no puede ser compensada en juicio (2007, p. 115).

En ese sentido, “las semejanzas entre el sistema estadounidense moderno de *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofrantes”, dice Langbein (2001, p. 9), pues el *plea bargaining* es un “procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de graves delitos” (p. 9).

En la etapa preliminar, el proceso penal colombiano, que ha acogido esta metodología de negociación (Velásquez, 2009), así como en el derecho europeo y latinoamericano (Schünemann, 2007, p. 112),²⁷ se ha convertido en un círculo vicioso, pues el fiscal decide sobre la imputación, la acusación, los hechos y la pena (Langbein, 2001, pp. 22-23), lo que hace que esta etapa preliminar sea idéntica al antiguo proceso inquisitivo (Schünemann, 2007, p. 123).

No es de extrañar que se vean

[...] casos en que los fiscales para acicatear los allanamientos hacen alarde de elementos probatorios plurales e inexistentes e inflan las imputaciones sin ningún sustento, con lo cual se pone en crisis uno de los sustentos de la reforma que es la justicia premial, al margen de averiar los principios de objetividad y lealtad en la actuación procesal (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 39).

27 En España se conoce como conformidad, en Italia se llama *patteggiamento*, la forma francesa es acuerdo al igual que en Polonia, en Alemania se llama *Urteilsabsprachen*; tiene el agravante de que es un acuerdo informal entre la defensa y el juez (Schünemann, 2007, p. 122).

La semejanza²⁸ más significativa entre el *plea bargaining* y el proceso inquisitorial, por ejemplo el sistema medieval europeo de tortura judicial, es que no velan ni garantizan una función de responsabilidad penal, de modo que cuando en ambos se presenta un grado de sospecha, el acusado es inducido a confesar, antes de que el fiscal cumpla con la carga probatoria, es decir, se desvirtúa la presunción de inocencia (Langbein, 2001, p. 15). Y esto es lo que implica la formulación de imputación, tal como se concibe en la cultura jurídica nacional: ser vinculado a un enjuiciamiento penal sin conocer de entrada las pruebas que tiene la fiscalía para considerar tal decisión.

De esta manera, el *plea bargaining*, junto con el control tenue de la formulación de la imputación, coadyuva a que se constriña al indiciado, contra quien se establece una causa probable de responsabilidad a confesar y negociar su culpabilidad, sin necesidad de tortura a la usanza medieval, pues se hace extremadamente oneroso reclamar el ejercicio de derecho de defensa a través de la garantía del juicio previo; y el derecho a ser oído en esta instancia no se corrobora en cuanto a la pretensión de la que adolece el procesado, sino en la decisión de allanarse o no, de acordar o no, de negociar o no. Dice Langbein (2001): “El *plea bargaining*, como la tortura, es coercitivo” (p. 15).

Es coercitivo en la medida que viola el derecho a la defensa, al impedir que una persona no pueda impedir ni discutir su vinculación al proceso penal, dejándole como única salida, a quien no le es menester aceptar cargos, ir hasta el juicio oral, lo cual, por principio de oportunidad, justicia restaurativa, o premial, es una salida que implica un eufemismo, pues se trata de una aceptación de responsabilidad.

Para Schünemann (2007),

Detrás de ello se oculta un sometimiento del imputado (a raíz de la fuerte presión de parte de la justicia penal) a la medida de la pena perseguida por el ministerio fiscal o el juez como “resultado mínimo”. Por consiguiente, el principio de consenso es, desde el punto de vista práctico, una ficción (p. 123).

28 Se encuentran otras semejanzas, como: “1) el discurso de crisis que subvirtieron los sistemas de juicios vigentes antes de que estos se erigieran como soluciones; [...] 2) la creación de mecanismos que voluntariamente impulsaron la renuncia de garantías del procesado” (Langbein, 2001, pp. 14, 17).

¿En qué consiste el control?

Ahora bien, ¿en qué consiste el control material con mérito procesal, sustantivo y probatorio que se defiende en este libro? Habría que advertir primero la necesidad de entender el control a la audiencia de imputación como la inspección que se hace a las garantías constitucionales y a la imputación o pretensión penal desde una óptica sustancial, procesal y probatoria.

En cuanto al control constitucional y de derechos fundamentales, el juez de control de garantías debe enfocarse en que se respeten las garantías procesales, tales como:

- a) Sustanciales (principio de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, derecho de defensa, prevalencia del derecho sustancial); b) procesales: principio acusatorio, juez natural, celeridad, derecho a los recursos, inmediación de la prueba, contradicción, concentración, oralidad; y c) orgánicas: imparcialidad e independencia y responsabilidad del juez (Sandoval y Del Villar, 2013, p. 36).

Ahora bien, en cuanto al control que hace el juez penal, como juez de autorización que aprueba o niega la legalidad o viabilidad de la pretensión penal, en este caso de la formulación de imputación, tal control debe clasificarse en:

Control probatorio: consiste precisamente en controlar los elementos probatorios que utilizan el fiscal para reforzar la pretensión fiscal y la defensa para desvirtuar:

- a) debe controlar la inferencia razonable de autoría o partícipe del delito investigado sobre la base de evidencia física o información legalmente obtenida, es decir, que exista esa base para poder determinar en un grado de inferencia razonable que la persona es susceptible de imputación como autor o partícipe del delito que se está investigando; b) controlar que los elementos probatorios y evidencia física que soportan la imputación hayan sido legalmente obtenidos, es decir, recaudados con cumplimiento del debido proceso, y c) determinar la inferencia razonable, en otras palabras un examen de la lógica sobre la pretensión de la fiscalía, de manera que la imputación sea correcta entre persona y conducta (Zapata Betancur, 2009, p. 76)

y d) Posibilidad de controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía (Arango, 2010, p. 235).

Control procesal: consiste en verificar condiciones objetivas de procedibilidad (Sandoval y Del Villar, 2013, pp. 79-80, 91; Arango, 2010, pp. 234-235), como por ejemplo:

- a) Caducidad en los delitos querellables.
- b) Prescripción.
- c) Ausencia de querrela legítima, o que se haya presentado debidamente, verbigracia el sujeto que la interpone sea el legitimado.
- d) Agotamiento de audiencia de conciliación preprocesal y judicial, es decir los requisitos de procedibilidad.
- e) Presencia de la defensa técnica y material.
- f) Debida individualización e identificación del imputado.
- g) Relación clara y sucinta de los hechos; se exige que se determine las circunstancias de tiempo, modo y lugar.²⁹
- h) Adecuación jurídica de los hechos.
- i) Falta de competencia, o de jurisdicción.
- j) Cosa juzgada.
- k) Existencia de fuero.
- l) Que la imputación contenga la denominación y los fundamentos jurídicos.
- m) Especificación clara de la consecuencia jurídica, es decir de la sanción, de la pena.

Control sustancial: consiste en la verificación de los presupuestos mínimos que permitan un juicio de imputación; es decir, es un análisis de lo que “colectó el fiscal en la etapa investigativa” (cfr. Bertelotti, 2009, pp. 107, 109; Arango, 2010, pp. 236, 240):

- a) Que la imputación, o mejor la conducta imputada, corresponda a las mínimas categorías de la teoría del hecho punible, es decir que haya una hipótesis seria de delito.³⁰

29 Una indefinición de la formulación de la imputación afecta la definición del derecho de defensa, lo que vicia el proceso penal; en palabras de Carnelutti (1961): “la indefinición es la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso penal” (p. 136).

30 La definición válida y legal de la imputación como acto procesal vinculante solo se logrará al tener como referente la estructura objetiva y subjetiva del tipo penal, es decir el aval de legalidad de la formulación de la imputación, demanda del juez de control un examen donde advierta que la imputación hecha por el fiscal tenga una

- b) Análisis de la atipicidad.
- c) Que no se vulnere el principio de *non bis in idem*.
- d) Falta de acción; dicho de otra manera, es la inexistencia del delito que se predica del imputado.
- e) Que la conducta que se atribuya se adecúe al tipo penal imputado.³¹
- f) Definir si la conducta se desarrolló de forma culposa o dolosa.
- g) Que no haya una imputación exagerada o inflada.
- h) Falta de participación o autoría del imputado respecto de la conducta descrita.

De esta manera, al juez de control de garantías y a la defensa se les entregarían herramientas jurídicas —que de ninguna manera son taxativas— sobre las cuales se puede aprobar y controvertir, respectivamente, la legalidad y la viabilidad de la formulación de la imputación; dicho de otra manera, si el juez avala o no la acción y pretensión penal manifestada en la imputación y una posible formulación de acusación.

Y como la defensa debe emplear un papel activo, en tanto la fiscalía como parte procesal tiene legitimidad, facultad y capacidad para afectar derechos del indiciado y vincularlo al enjuiciamiento penal como imputado, bajo los principios de contradicción, de igualdad de armas de las partes y del derecho de defensa, el imputado, con mucha más legitimidad, facultad y capacidad, puede procesalmente atacar e impugnar la afectación de derechos, así como debatir y discutir su vinculación al enjuiciamiento penal.

La decisión del juez de control de garantías, entonces, puede estar matriculada en estas opciones:

- 1) Por un lado, puede aprobar la legalidad de la imputación; en ese caso, el proceso sigue el curso normal e iría a la formulación de la acusación. Esta decisión es objeto de impugnación, a través del sistema de recursos procesales.

construcción dogmática, esto es los elementos objetivos y subjetivos del hecho punible (*cf.* Toro Lucena, 2012).

31 Debe precisarse la conducta, que puede ser por acción o por omisión.

- 2) Si bien esta alternativa no es acorde con el principio acusatorio, puede ser una solución, ya que se debe diferenciar la causal sobre la cual no se aprueba la legalidad de la imputación, que se diferencia, entonces, en que:
 - a) El vicio procesal declarado sea subsanable; el juez puede entregarle al fiscal un tiempo determinado dentro del plazo de la indagación (art. 49, Ley 1453 de 2011) para concluirla y pueda subsanar los vicios o tratar de recolectar material probatorio para intentar de nuevo la formulación de la imputación.
 - b) Se niegue la imputación por vicios a un presupuesto sustancial o probatorio; se presenta, entonces, una causal de nulidad insubsanable y por lo tanto un fallo absolutorio (Bertelotti, 2009, p. 117).
- 3) Anteponiéndose a la solución 2), una salida afín y afortunada al principio acusatorio, en caso de que el juez no apruebe la legalidad de la imputación, es que “las consecuencias tendría que soportarlas el ente acusador, pues su pretensión no podría prosperar en juicio oral” (Arango, 2010, p. 236) ni en la formulación de la acusación, y, en consecuencia, debe ser este un fallo absolutorio, con mérito de cosa juzgada.

Lo anterior, toda vez que el fiscal cuenta con los recursos estatales para recoger las pruebas que estime para sustentar el inicio del proceso penal y su llamado a la imputación, máxime si se tiene en cuenta el estándar probatorio de mínima responsabilidad o probabilidad que exige la imputación. En ese sentido, una vez que el fiscal presentó su hipótesis de delito con la pretensión de llevarlo a formulación de cargos, si no pasa el examen judicial, debe cargar con el costo de perderlo. La posibilidad de volverlo a presentar no se compadece con el principio acusatorio, ni ser consciente del desequilibrio de poderes que significa la persecución penal (Bertelotti, 2009, p. 117), y mucho menos compadecerse con la función del procedimiento preliminar del proceso penal, la cual, expresa Carnelutti (1960), “no debe entenderse en el sentido de una preparación del procedimiento definitivo, sino al contrario, en el de un obstáculo a superar antes de poder abrir el procedimiento definitivo” (p. 120).

Reflexión final

Muy a mi pesar, observo cómo el sistema inquisitivo es la verdadera ruta del enjuiciamiento penal colombiano, que dice ser acusatorio. La materialización de las garantías constitucionales en el proceso penal fueron sancionadas desde una visión autoritaria de programas político-criminales con tufillo autoritario y antidemocrático, desde las excesivas facultades jurisdiccionales que se le asignan al ente acusador, y desde las irrisorias posibilidades de contradicción de la defensa y de control por parte del decisor, por lo que se concluye que, del sistema tendencialmente mixto y de la reforma procesal discutida, no se proponga una inspiración acusatoria y mucho menos garantista.

En unos años serán abundantes los trabajos teóricos que invoquen a Carrara, demandando quizás la mínima garantía que exige, hoy, una metodología de persecución penal: el derecho de defensa. En palabras de Carrara (1985):

Desde hace algún tiempo, los filósofos más amigos del progreso y de la libertad civil sostienen, con ardor creciente, la idea de que en el proceso mixto debe concedérsele al indagatorio un defensor, aún en el primer período del juicio. El principio en que se apoya este concepto es sagrado, pues son graves los peligros que amenazan la inocencia, aún en ese primer período; la encarcelación preventiva y la segregación son males que a veces se sienten más que la pena misma en que al final se incurre; y la incertidumbre y el pensamiento de estar sin protección alguna, al arbitrio de un juez instructor, aumenta las angustias (pp. 311-312).

Referencias bibliográficas

Álvarez Gómez, M. A. (2014). *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Vol. II. Bogotá: Temis.

Aponte Cardona, A. (2005). La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad. En: R. Uprimny, G. Barbosa, A. Aponte, O. J. Guerrero, D. Bazzani y J. J. Urbano. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (pp. 107-155). Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Aponte Cardona, A. (2006). *Manual para el juez de control de garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. 2.^a ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Rodrigo Lara Bonilla.

Aramburo Calle, M. (2010). Averiguación de la verdad, racionalidad legislativa y debido proceso: sobre la regla de exclusión probatoria en el proceso penal colombiano. *Revista Nuevo Foro Penal*, 6(74), pp. 29-57.

Arango Giraldo, A. F. (2014). *Control constitucional a la imputación de cargos. Una cuestión de dogmática procesal penal*. Medellín: Ediciones Unaula.

Arango, M. I. (2010, julio-diciembre). A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación. *Revista Nuevo Foro Penal*, 6(75), pp. 231-242.

Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El proceso penal*. 6.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bertelotti, M. (2009). El control jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación. En: C. G. Tedesco. *La cultura penal. Homenaje al profesor Edmundo S. Hendler* (pp. 103-122). Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Bigliani, P. y Costanzo, M. (2001). El olvido de la legalidad. Un análisis del principio de legalidad a través de la inflación penal y sus consecuencias. En: E. S. Hendler. *Las garantías penales y procesales* (pp. 307-336). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal*. Tomo II. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bolívar, H. F. (2009, enero-julio). Formulación de imputación y sus presupuestos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Humanas*, Fundación Universitaria Luis Amigó, pp. 25-36.
- Cadavid, M. N. y Bedoya, L. F. (2008). La fase de investigación y la fiscalía en el sistema acusatorio colombiano. En: J. J. Posada y J. G. Jaramillo. *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial* (pp. 133-189). Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Cafferata Nores, J. (2005). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. 3.^a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Calle Calderón, L. A. (2005, enero-junio). Acerca de la reforma procesal penal. Una primera aproximación. *Nuevo Foro Penal*, 67, pp. 145-175.
- Carnelutti, F. (1960). *Derecho procesal civil y penal: Vol. II. Derecho procesal penal. Principios del proceso penal*. Bogotá: Temis.
- _____. (1961). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- _____. (1993). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Temis.
- Carrara, F. (1985). Programa de derecho criminal. Parte general. 4.^a ed. Vol. II. Bogotá: Temis.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- _____. (1993). *La industria del control de delito, ¿la nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Congreso de la República. (2002, abril 26). Exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo 237/2002 (Cámara) y 12/2002 (Senado). *Gaceta Judicial del Congreso de la República*, 134.
- _____. (2014, septiembre 18). Exposición de motivos Proyecto Legislativo 102 de 2014 (Cámara). *Gaceta Judicial del Congreso de la República*, 514.
- _____. (2015, abril 16). Proyecto de Ley número 224 de 2015 (Cámara). *Gaceta Judicial del Congreso de la República*, 205.
- _____. (2018, agosto 31). Proyecto de Ley número 107 de 2018 (Senado). *Gaceta Judicial del Congreso de la República*, 628.

- Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-412. Gobierno de Colombia.
- _____. (1996). Sentencia C-488. Gobierno de Colombia.
- _____. (1997a). Sentencia C-475. Gobierno de Colombia.
- _____. (1997b). Sentencia C-427. Gobierno de Colombia
- _____. (2002). Sentencia C-805. Gobierno de Colombia.
- _____. (2003). Sentencia C-1092. Gobierno de Colombia.
- _____. (2005a). Sentencia C-1194. Gobierno de Colombia.
- _____. (2005b). Sentencia C-1260. Gobierno de Colombia.
- _____. (2007). Sentencia C-209. Gobierno de Colombia.
- _____. (2008). Sentencia C-425. Gobierno de Colombia.
- _____. (2009). Sentencia C-025. Gobierno de Colombia.
- _____. (2010). Sentencia C-025. Gobierno de Colombia.
- _____. (2013). Sentencia C-303. Gobierno de Colombia.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (2006, octubre 19). Sentencia 25724. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Gobierno de Colombia.
- _____. (2007, agosto 1). Sentencia 27283. M. P. Yesid Ramírez Bastidas. Gobierno de Colombia.
- _____. (2007, mayo 16). Sentencia 26716. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Gobierno de Colombia.
- _____. (2007, noviembre 1). Sentencia 26878. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Gobierno de Colombia.
- _____. (2008, julio 2). Sentencia 29117. M. P. Alfredo Gómez Quintero. Gobierno de Colombia.
- _____. (2008, junio 12). Sentencia 29904. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Gobierno de Colombia.
- _____. (2009, abril 16). Sentencia 31115. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Gobierno de Colombia.
- _____. (2009, julio 8). Sentencia 31280. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Gobierno de Colombia.
- _____. (2009, septiembre 22). Sentencia 44103. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Gobierno de Colombia.
- _____. (2010, marzo 10). Sentencia 32868. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez. Gobierno de Colombia.

_____. (2011, julio 11). Sentencia 268237. M. P. Julio Enrique Socha Salamanca. Gobierno de Colombia.

_____. (2012, enero 25). Sentencia 36294. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Gobierno de Colombia.

_____. (2012, mayo 15). Sentencia 60459. M. P. José Leonidas Bustos Martínez. Gobierno de Colombia.

_____. (2013, febrero 13). Sentencia 40053. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Gobierno de Colombia.

_____. (2013, febrero 27). Sentencia 38547. M. P. Luis Guillermo Salazar Otero. Gobierno de Colombia.

_____. (2016, mayo 25). Sentencia 43837. M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Gobierno de Colombia. (2017, febrero 22). Sentencia 43041. M. P. Eyder Patiño Cabrera. Gobierno de Colombia.

_____. (2019, febrero 13). Sentencia 49386. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. Gobierno de Colombia.

_____. (2019, junio 5). Sentencia SP2042-2019/51007. M. P. Patricia Salazar Cuéllar. Gobierno de Colombia.

De los Santos, M. (2004). Postulación y flexibilización de la congruencia. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, iv(6), pp. 239-257.

Fernández León, W. (2005). *Procedimiento penal acusatorio y oral: una reflexión teórica sobre la Reforma Constitucional del 19 de diciembre de 2002 y la Ley 906 de 2004, nuevo CPP*. Bogotá: Librería.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Fierro Méndez, H. (2005). *La imputación y la acusación en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Fiscalía General de la Nación. (2005). *Manual de procedimientos de la Fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

Fuentes, A. y Granados, J. E. (1999). *Garantismo, eficiencia y reforma del proceso penal en Colombia*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Furquet Monasterio, N. (2001). *Los actos de comunicación procesales*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, Facultad de Derecho.

Gómez Orozco, J. A. (2012). *Nuevo sistema penal acusatorio: legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento*. Medellín: Señal Editora.

Granados Peña, J. (2012, octubre-diciembre). Breves reflexiones sobre la afectación de garantías fundamentales en la formulación de imputación. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 41, pp. 79-100.

_____. (1996). *El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia. Hacia un reinterpretación funcionalista*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Guerrero Peralta, O. J. (2005). El Juez de Control de Garantías. En: R. Uprimny, G. Barbosa, A. Aponte, O. J. Guerrero, D. Bazzani y J. J. Urbano. *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (pp. 157-205). Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

_____. (2007). *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. 2.^a ed. Bogotá: Nueva Jurídica.

_____. (2009). *Institutos probatorias del nuevo proceso penal*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Jaén Vallejo, M. (2008, enero-junio). Acusación e investigación en el sistema procesal penal. *Diálogos de Saberes*, 28, pp. 195-217.

Jauchen, E. (2005). *Derechos del imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Kafka, F. (2012). *El proceso. Obras Completas*. Barcelona: Random House, Debolsillo.

Langbein, J. (2001). Tortura y *plea bargaining*. En: J. Maier y A. Bovino. *El procedimiento abreviado* (pp. 3-30). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), pp. 95-113.

Leone, G. (1963). *Tratado de Derecho procesal penal II. Desenvolvimiento del proceso penal en proceso de primera instancia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Macías González, O. (2015). Una mirada a la oralidad como herramienta de eficiencia de la justicia civil en el marco de la reforma judicial. Tesis de pregrado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

Maier, J. (2002). *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Medina, G.; Castellanos E. y Salamanca, G. (1997). *Sistema acusatorio comparado. Colombia - Italia*. Bogotá: Librería Jurídica Ethos.

Monroy Victoria, W. (2014). Principales aspectos de la reforma de la Ley 906 de 2004. Proyecto de Ley número 126 de 2014. En: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, *Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (pp. 43-62). Bogotá: Universidad Libre.

- Muñoz Neira, O. (2006). *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.
- Naciones Unidas. (1966, diciembre 16). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ICCPR. Disponible en: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>.
- Narváez, F. E. (2011, julio-diciembre). Principio de congruencia en la imputación fáctica y jurídica. *Revista Jurídica: Ideas de Ideas*, 3(2), pp. 73-84.
- Penagos Giraldo, H. (2014, septiembre 17). Proyecto de Ley “por el cual se modifica la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, y la Ley 599 de 2000, Código Penal”. Documento. *Corporación Excelencia en la Justicia*. Disponible en: http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/files/2014/SL_PL_CAM_102_2014.pdf.
- Pérez Sarmiento, E. L. (2005). *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Bogotá: Temis.
- Reyes, Y. y Montealegre, E. (2014, octubre 28). Proyecto de Ley “por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad”. Documento. Ministerio de Justicia y del Derecho. Disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/P-1.L.%20Detenci%C3%B3n%20Preventiva..pdf>
- Rodas Villegas, O. (2013, junio). Las “labores de inteligencia”. El concepto de despliegue. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, LXX(155), pp. 103-128.
- Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. 25.^a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sandoval, J. y Del Villar, D. D. (2013). *Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia - Ley 906 de 2004*. Barranquilla: Grupo Editorial Ibáñez, Editorial Universidad del Norte.
- Schünemann, B. (2002). ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio* (pp. 280-302). Madrid: Tecnos.
- _____. (2007, julio-diciembre). Sistema penal acusatorio. Aspectos problemáticos. *Revista IUSTA*, 2(27), pp. 111-125.
- Taruffo, M. (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis.
- _____. (2009). Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. En: *Páginas sobre justicia civil*, (pp. 245-267). Madrid: Marcial Pons.
- Toro Lucena, O. A. (2012, enero-junio). De la imputación penal sustancial a la imputación penal procesal válida. Un diálogo de doble vía. *Criterio Jurídico Garantista*, 3(6), pp. 188-203.

Urbano, M. J. (2013). *El control de la acusación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vanegas González, D. (2003). *El sistema acusatorio. Estructura del proceso penal. Acto Legislativo N.º 003 de diciembre de 2002*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Vanegas Villa, P. L. (2008). La imputación. En: J. J. Posada Orrego y J. G. Jaramillo Díaz. *Reflexiones sobre el sistema acusatorio. Una visión desde la práctica judicial* (pp. 233-266). Medellín: Librería Jurídica Sánchez.

Velásquez, F. (2009, octubre 5). La justicia negociada: Un ejemplo del peligro de la privatización del proceso penal con el nuevo sistema. IV Congreso de Estudiantes de Derecho Penal. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Vélez Osorio, L. G. (2012). Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal. Tesis de pregrado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín. Disponible en: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/9884>.

Villa García, L. F. (2018). El acusador privado en los laberintos eficientistas: una lectura de la desmonopolización de la persecución penal desde la reforma judicial. Tesis de pregrado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Medellín.

Zapata Betancur, C. M. (2009). *Las audiencias preliminares del nuevo sistema penal acusatorio*. 3.^a ed. Medellín: Señal Editora.



Vivo, penetrante, crítico y propositivo. Así podría ser un adecuado resumen del libro *El control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática procesal*, de José Luis González, que hoy se presenta a la luz pública.

Un texto que va de lo descriptivo a lo prescriptivo, y que no solo se limita a mostrar la realidad legal de la configuración de la imputación, sino que nos adentra en la interpretación que de ella han realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, así como la doctrina nacional que se ha encargado de revisar este instituto procesal. Pero no solo se queda allí, el libro está fuertemente enriquecido con algunas experiencias extranjeras y hace acopio de la doctrina nacional y extranjera que revisa tal institución desde una lectura constitucional, finalizando con una propuesta de cómo debería realizarse de cara a la mejor protección y realización de los derechos y garantías de quien está sometido a la persecución penal.

Oscar García Arcila



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

