

El control judicial al derecho de acción penal en Colombia

POR

JORGE LEON ARANGO ARANGO

ASESOR

ALFONSO CADAVID QUINTERO

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD EAFIT
2015**

1. EL CONTROL JUDICIAL A LA ACCION PENAL EN COLOMBIA, EL PRIMER ESCALON.

“Un sistema procesal democrático no pasa automáticamente, de la investigación al juicio”. Alberto Binder

El Sistema Penal Acusatorio fue introducido en Colombia a partir del año 2002, mediante el acto legislativo 03 de 2002, que dispuso su implementación, de manera gradual, a partir del año 2004.

El cambio de un sistema mixto con tendencia inquisitiva por un sistema adversarial con tendencia acusatoria¹ se justificó, entre otras razones, por la necesidad de

¹ Con respecto a los términos adversarial y acusatorio, es muy común que sean tratados como sinónimos, de ahí, que sea importante aclarar que entre los mismos no solo existe una diferencia semántica sino, además, diferencias en su origen, en su desarrollo e interpretación dogmática y jurisprudencial: el sistema adversarial nace y se desarrolla en Inglaterra en el siglo XVII, trayendo consigo la noción de debido proceso, el cual aparejaba para el sujeto investigado una serie de derechos no reconocidos hasta el momento tales como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y el de contrainterrogar a los testigos de cargo, entre otros; con una clara influencia del pensamiento de la ilustración, especialmente de las ideas de John Locke, este fue creado y desarrollado por los abogados litigantes entre 1730 y 1770 poniendo, por primera vez, al acusado en un nivel de igualdad con el poder soberano del Estado y no como sucede en el sistema acusatorio clásico en el que el acusado se encuentra al mismo nivel de la víctima, que es la parte acusadora. Algunas de sus principales características son: i). el acusado tiene derechos, enmarcados dentro del denominado *debido proceso*, discurso que daría origen al concepto de derechos humanos, desarrollado durante las revoluciones americana y francesa. ii) Creó instituciones impensables hasta el momento como la declaración voluntaria de culpabilidad (*guilty plea*) y la negociación de la pena (*pleabargain*) que representa la cualidad transaccional de su dinámica esencial. iii) La aproximación a la verdad procesal se hace mediante el método relativista y comparativista.

Por su parte el sistema acusatorio encuentra su definición en los postulados por Ferrajoli, cuando sostiene que: *“Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rigidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”.*

De lo anterior se pueden extraer las siguientes características: i) el juez es un sujeto imparcial, imparcial e independiente, claramente separado de las partes, que además no está interesado en la

deslindar a la Fiscalía General de la Nación de funciones jurisdiccionales tales como, entre otras, disponer de la libertad del procesado o restringir derechos a la propiedad; lo anterior con el fin de permitir el desarrollo de un sistema adversarial con tendencia acusatorio donde las partes, esto es, Fiscalía y Defensa, se puedan enfrentar en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien con base en las pruebas practicadas en el juicio, decide si condena o absuelve².

La Corte Suprema de Justicia estableció como características propias del Sistema Acusatorio Colombiano las siguientes:

“a) el reconocimiento expreso y real que se concede a la defensa de enfrentarse con la Fiscalía en un juicio contradictorio, oral y público; b) la equidistancia que guarda el juez tanto de la Fiscalía como de la defensa; y, c) la precisión y respeto por el marcado espacio excluyente de los roles que juega cada uno de los intervinientes en la contienda, que se concreta en un escenario de enfrentamiento entre partes, la separación entre acusación y juzgamiento así como la práctica de

contienda; su misión se restringe a vigilar el cumplimiento del ordenamiento ritual penal y garantizar el respeto del debido proceso. ii) al juez le está prohibido cualquier actividad probatoria, razón por la cual se encuentran proscritas las pruebas de oficio. lii) El juicio es una contienda entre iguales que se inicia mediante una acusación. iv) Al acusador le compete la carga de la prueba y no al acusado, quien goza de antemano del beneficio de la presunción de inocencia. v) El juicio es contradictorio, oral y público, es decir se garantiza de esta manera la contradicción de la prueba que debe ser conocida por la parte contra quien se pretende utilizar la prueba. vi) Finalmente se determina que en el sistema acusatorio el juez pone fin al conflicto penal según su libre convicción, lo que significa que la valoración jurídica de la prueba está sometida a esta libre convicción. Según el profesor Heike Jung, la manera más fácil de distinguir los dos sistemas procesales es que “Mientras que el sistema adversarial apunta al proceso contradictorio de la búsqueda de la verdad, el sistema acusatorio apunta, en primer lugar, a la necesaria existencia de una acusación y de un acusado.”

² Este último concepto derivado en una discusión sobre si en el sistema penal acusatorio tiene cabida la dogmática jurídico penal, pues se considera que si la discusión se centra, única y exclusivamente, en las pruebas introducidas al juicio, el papel de la dogmática queda relegado, en el mejor de los casos a la estructuración de la teoría del caso.

la prueba en el contexto del juicio sobre la base de la inmediación³. (subrayas propias)

Para concretar la separación entre acusación y juzgamiento, la Constitución le encomendó a la Fiscalía General de la Nación⁴ el ejercicio de la acción penal; dicho concepto es exclusivo del proceso acusatorio, pues si bien es cierto que en el sistema inquisitivo también hay acusación, es en el sistema acusatorio donde hay desdoblamiento de las funciones de acusar y juzgar, lo que genera que necesariamente exista un ente acusador que ejercite la acción sin participar en el juzgamiento, por lo que el proceso se condiciona a que exista una acusación de parte *-ius ut procedatur-*; se establece así una diferencia esencial entre los sistemas inquisitivo y acusatorio, pues si bien la potestad estatal a la imposición de penas *-ius puniendi-* es independiente de la forma que el proceso adopte, el *ius ut procedatur*, solo es aplicable a un sistema de partes, propio del sistema acusatorio.

La diferencia entre derecho de acción *-ius ut procedatur-* y derecho a imponer pena *-ius puniendi-*, fue definida claramente por Binding⁵ cuando planteó que ambos conceptos debían estar deslindados, pues la acción penal ni tiene como presupuesto el *ius puniendi*, ni nace del mismo; Goldshimidt⁶ insiste en la separación de ambos derechos, diferenciando entre el derecho de imponer pena, cuyo titular es el Estado y es delegado en Colombia a los jueces, que se ejercita

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia N° 39886 del 16 de octubre de 2013, M.P José Leónidas Bustos Martínez

⁴ La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

⁵ BINDING, Karl, La culpabilidad en Derecho penal, trad. Manuel Cancio, Buenos Aires, Editorial: B de F, 2007.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". En Principios generales del proceso, Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2003.

condenando al culpable y ejecutando la pena y, el derecho de acusación o de acción penal, que es el derecho de investigar y acusar ante un juez a un ciudadano, delegado en Colombia a la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de acción penal es entonces un poder jurídico de iniciativa procesal que le crea al juez la obligación de comprobar la situación de hecho que se le somete a consideración y de declarar si ésta constituye o no delito y en caso de existir responsabilidad penal determinar cual será la sanción correspondiente a esa responsabilidad, es decir, la acción penal es un derecho a que se proceda *-ius ut procedatur-*, que no se sustenta en el derecho subjetivo de penar sino en un hecho con apariencia delictiva, lo que supone reconocer a su vez que en el proceso penal no tiene cabida la teoría concreta de la acción, como ocurre en el derecho civil, puesto que el acusador no ostenta un derecho subjetivo a la obtención de una sentencia de condena.

Si se compara el proceso penal con el proceso civil, se encuentra que existe una profunda diferencia estructural, toda vez que en éste la tutela jurídica solicitada puede consistir en que el juez condene al demandado a hacer o no hacer, o en una mera actividad declarativa o constitutiva de una relación jurídica, sin embargo, en el proceso penal pueden quedar afectados gravemente derechos tales como la libertad, el honor y el patrimonio, piénsese solo en los perjuicios que una imputación infundada puede ocasionar, además de una mas que posible imposición de medida de aseguramiento; en el proceso civil, la demanda admitida constituye la relación jurídico procesal, que por lo general, es disponible por las partes, quienes pueden ponerle fin cuando lo decidan, por su parte en el proceso penal la denuncia no crea la relación jurídica, pues la acción penal es un derecho que necesita ser judicialmente reconocido en sus fundamentos para producir un efecto.

Basta la sospecha fundada de la comisión de un hecho punible para el ejercicio de la acción penal, circunstancia que determina la obligación de admitir la denuncia, siempre que los hechos que la fundan tengan apariencia delictiva⁷. El *ius ut procedatur* se manifiesta inicialmente en Colombia con el control que realiza la oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación⁸, sin embargo el denunciante no puede deducir de ahí ninguna pretensión punitiva, la denuncia tan solo es una declaración de conocimiento mediante la cual se traslada la *noticia criminis* a la fiscalía, sin que ello suponga que pueda considerarse al denunciante como parte en el proceso y mucho menos ejercer la acción penal.

Ahora bien, si se acepta que la acción penal es el *ius ut procedatur*, se admite que el proceso penal responde a un desarrollo escalonado, que no es sino una secuencia de controles jurisdiccionales sobre el derecho de acusar. Lo anterior lo distingue del proceso civil, el cual se constituye en un solo acto mediante la presentación de la demanda. Para Ortego Pérez⁹: *“la necesidad de estos enjuiciamientos intermedios fue advertida por Carnelutti cuando manifiesta que para poder juzgar definitivamente es preciso realizar una serie de juicios provisionales, cuya concatenación puede ser fácilmente apreciada, por cuanto “antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo, pero antes de*

⁷ Artículo 69. **Requisitos de la denuncia, de la querrela o de la petición.** La denuncia, la querrela o la petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la recibe advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.

En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento.

La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación.

Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encausar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente”. (subrayas propias)

⁸ Cuando la denuncia o querrela llega a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación se crea para ésta la obligación general de proceder, examinando si los hechos que allí se describen se subsumen dentro de un tipo penal o no.

⁹ ORTEGO PEREZ, Francisco. El Juicio de Acusación, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, página 116.

condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate”, y antes del juicio de acusación hay un juicio anterior ineludible: “ese juicio es la imputación”, a la que define como el primer peldaño de la cadena”.

Este escalonamiento no es simplemente una división de etapas procesales también está organizado en diferentes grados de verosimilitud, es decir, cada etapa es un juicio intermedio sobre el derecho de acusar que ostenta la fiscalía, que exige que los controles y garantías propias de cada método procesal deban ajustarse al máximo, de ahí que se conciba el proceso penal como un proceso de selección en el que la *noticia criminis* se va depurando hasta hacer llegar al juicio oral solo aquellos hechos punibles en los que se conozca al posible autor y respecto del cual no se configure ninguna causa de extinción o de exención de la responsabilidad penal.

Los escalones del proceso penal en Colombia serian entonces:

- a) Admisión o inadmisión¹⁰ de la denuncia o querrela.
- b) Audiencia de Formulación de Imputación.
- c) Audiencia de Formulación de Acusación.

¹⁰ En la Sentencia C-1177 de 2005 la Corte Constitucional estableció que *“la eventual inadmisión de una denuncia no se vislumbra, como un acto propio de la nuda liberalidad del funcionario investigador, se trata de una decisión que sólo puede legitimarse por la ausencia, en el caso concreto, de los parámetros constitucionales que condicionan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal: la posible existencia del hecho, y que el mismo revista las características de un delito investigable de oficio. Adicionalmente, para que la decisión de inadmisión de denuncia resulte acorde con la Constitución, ésta debe ser proferida por el fiscal, a quien la Constitución (Art. 250.8) y la ley (Art. 200 Ley 906/04) le adscriben la función de dirección, coordinación y control jurídico de la indagación e investigación. Se trata de una decisión que está exigida de motivación. Una de las dimensiones del debido proceso es la motivación de los actos o las decisiones de la administración. En el seno de la administración de justicia la validez de las decisiones depende de las razones justificativas en que se soportan, como un desarrollo del principio de legalidad. A juicio de la Corte, la decisión acerca de la denuncia reviste particular relevancia para la efectividad de los derechos de las víctimas y perjudicados con los delitos, por lo que no puede quedar exenta de controles externos”.*

Pero lo importante del establecimiento de estos escalones es que exigen el cumplimiento de unos grados de verosimilitud para poder acceder al siguiente escalón y responden al trecho que media entre la incertidumbre y la certeza, advirtiéndose que es preferible el empleo del término certeza sobre el de verdad real o procesal, toda vez que la valoración que realiza el fallador conduce a un juicio de probabilidad y verosimilitud, pero nunca de verdad absoluta; iniciando con la *posibilidad* al admitir la denuncia, depurándose con la *probabilidad*, o *inferencia razonable*, en las audiencias de formulación de imputación y acusación respectivamente y terminando con la certeza al final del juicio oral, como anota Ferrajoli, la certeza a la que aspira un sistema de justicia penal garantista no es ya que resulten exactamente comprobados y castigados todos los hechos enjuiciados que estén previstos como delitos, sino que sean castigados solo aquellos en los que se haya probado la culpabilidad de su comisión¹¹

El primero de los controles es realizado por la misma fiscalía con el fin de determinar si el hecho que se pone en conocimiento de las autoridades se subsume dentro de la descripción típica de un delito, la decisión de admitir una denuncia no implica, como se advirtió anteriormente, el derecho del denunciante a obtener una acusación y menos una sentencia; la fiscalía investigará si hay elementos materiales probatorios o evidencia física que sustenten la denuncia presentada y, en caso de haberlos, proceder a ejercer la acción penal, mediante la audiencia de formulación de imputación y de acusación que son los siguientes controles o escalones a los que se debe someter la acción.

Pero estos dos controles, a diferencia del inicial, si involucran la vulneración de

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Editorial Trotta. Sexta Edición. 2004. Página 106

derechos fundamentales del hasta hora denunciado, pues son la vinculación al proceso penal¹² y el llamado a juicio oral¹³, sin embargo y pese a establecerse claramente que el sistema adversarial con tendencia acusatorio colombiano es esencialmente un sistema de partes, estas dos actuaciones son de corte inquisitivo pues no cuentan con la posibilidad de oposición por parte de la contraparte y con un control jurisdiccional meramente formal.

Cuando se afirma que dichas audiencias solo prevén control jurisdiccional formal, se refiere a que el único control que está permitido ejercer a los jueces es la verificación sobre si las actuaciones de la Fiscalía están o no ajustado a lo previsto en la norma como requisitos ya sea para imputar¹⁴, o para el escrito de acusación¹⁵. En resumen, el Estado, como titular del *ius puniendi*, delega en una

¹² ARTÍCULO 286. CONCEPTO. La formulación de la imputación es 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.

¹³ ARTÍCULO 339. TRÁMITE. Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación. El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.

¹⁴ **ARTÍCULO 288. CONTENIDO.** Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

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
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

¹⁵ **ARTÍCULO 337. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS.** El escrito de acusación deberá contener:

de sus instituciones¹⁶, el derecho de acción penal, esto es, la posibilidad de presentar ante un juez la pretensión de condena de un ciudadano presuntamente responsable de un delito (*ius ut procedatur*), este derecho de acción se traduce entonces en una acusación, que no es mas que una iniciativa de parte a la que necesariamente se le deben imponer controles formales y materiales por parte de los jueces.

Ahora bien, aunque las audiencias de formulación de imputación y de acusación no prevén un control material por parte del juez de control de garantías y de conocimiento y que, además, con ésta se restringen derechos fundamentales, la gravedad de la falta de control material de la audiencia de formulación de imputación y acusación conlleva no la restricción sino la violación de derechos fundamentales y principios inherentes al proceso penal, tales como el derecho de defensa o el principio acusatorio, lo que hace aun mas gravosa esa falta de control para derechos fundamentales tales como el de presunción de inocencia.

-
1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
 2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
 3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
 4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
 5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a) Los hechos que no requieren prueba.
 - b) La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c) El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d) Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e) La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f) Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
 - g) Las declaraciones o deposiciones.

¹⁶ En Colombia es la Fiscalía General de la Nación.

En la legislación comparada este problema se ha solucionado, en algunas ocasiones, con la implementación de un juicio sobre la acusación, prevista entre la investigación y el juicio que permite a los jueces, distintos a los de conocimiento, controlar si la investigación adelantada por el ente investigador tiene vocación de triunfo en un eventual juicio y así evitar acusaciones sin sustento probatorio o fáctico, sometiendo la acusación, no a un chequeo formal como sucede en Colombia, sino a un proceso de saneamiento de la acusación denominado en algunos países como control de *motivos suficientes* o audiencia de *causa probable*¹⁷.

En Colombia, dicha posibilidad fue desechada por la Comisión Constitucional Redactora, pues según ella: “*se debe resaltar en cuanto al cambio de sistema, que en el esquema actual¹⁸ la investigación es anterior a la acusación y se agota además por la acusación, mientras que en el nuevo¹⁹, la investigación es anterior a la acusación, pero no se agota con ella, porque la fiscalía sigue investigando después de acusar, investiga durante la práctica de pruebas, incluso en el juicio*”²⁰.

Así pues, las audiencias de formulación de imputación y acusación terminan siendo un mero ejercicio de verificación de requisitos, una lista de chequeo, que hace el juez de conocimiento para cumplir formalmente con el principio *antecedente consecuente*, y darle legalidad a una actuación de parte que no tuvo control jurisdiccional material pese a afectar derechos fundamentales.

Esta exclusión trae consigo dos efectos graves sobre el acusado y el proceso, uno

¹⁷ Estas son básicamente audiencias preliminares en las que el juez determina si existe suficiente evidencia contra el acusado para ir al juicio. Los jueces utilizan la norma de la causa probable cuando deciden si el caso es susceptible de un juicio.

¹⁸ Ley 600 de 2000.

¹⁹ Ley 906 de 2004

²⁰ OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MARIN MORALES, Gustavo. “Proceso Penal Acusatorio”. Ensayos y Actas. Acta N° 025: comisión Constitucional Redactora, pag.591

que la investigación se puede prolongar, incluso, hasta el juicio y dos, que cualquier discusión sobre error de tipo, atipicidad, antijuridicidad, entre otros, se debe llevar a sede de juicio oral y público, pues el juez no puede ejercer un control material sobre la imputación y la acusación dejando sin razón de ser el establecimiento de escalones o grados de verosimilitud, necesarios para llegar a la condena.

2. AUDIENCIA DE FORMULACION DE IMPUTACION, SEGUNDO ESCALON.

2.1 DESCRIPCIÓN Y DERECHOS QUE INVOLUCRA.

La importancia de la Audiencia de Formulación de Imputación radica que en esta se materializa el derecho fundamental a ser informado de una investigación, dicho derecho se encuentra previsto en los artículos 8, 2, b de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ y 9²² inc. 2 y 14,3, a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ahora bien, este derecho fundamental debe ser entendido en un sentido amplio y no restrictivo, esto es, no solo consiste en el derecho del ciudadano a conocer que existe una investigación en su contra, sino a conocer cuales son los cargos específicos que existen y en que se fundamentan los mismos. Al respecto sostiene EDUARDO JAUCHEN ²³: *“El derecho a conocer las razones por las cuales la persona es imputada es consustancial al derecho de defensa en juicio, pudiendo afirmarse que es el presupuesto necesario e indispensable para que éste último pueda ejercitarse”*.

El derecho a tener información previa y detallada de la imputación en sentido amplio se puede manifestar en tres oportunidades distintas, así:

²¹ Artículo 8. Garantías Judiciales: 2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

²² Artículo 9: 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Artículo 14 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

²³ JAUCHEN, Eduardo. Derechos del Imputado. Ed. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005. Página 39

- a) La comunicación de los cargos en su contra, esto es, que en el momento de la detención (captura) o al inicio del proceso se le comunique a la persona el hecho que motiva tal restricción a su libertad.

- b) La información previa, que se efectuará en el momento de declarar, implica que debe informársele previamente al imputado en forma detallada el o los hechos que se le atribuyen.

- c) Una imputación adecuada: *todo juicio penal solo es válido si está solicitado por un órgano requirente que formule un acusación detallada sobre el o los sujetos y hechos concretos por los que petitiona la apertura del mismo*²⁴

Para la doctrina la imputación es *“un acto procesal formulado por el órgano acusador (público o privado) por el cual se le atribuye a un imputado una acción propia y específica que guarda relación causal con el resultado investigado, reprobado por la ley; imputación que se debe realizar de forma clara, precisa, circunstanciada e integral, en tiempo oportuno y con motivación suficiente”*²⁵

Para Carrara²⁶ este acto procesal, la imputación, definido por él como imputabilidad, lo componen dos elementos: (i). La imputabilidad social, y (ii). la imputación civil.

La imputabilidad social lo describe Carrara como *“un acto práctico de la autoridad, mediante el cual, previendo la posibilidad de una acción humana la declara*

²⁴ ibíd. pág. 360

²⁵ SEGÚI, Ernesto. Imputación, congruencia y nulidad en el proceso penal. Ed. Nova Tesis. Buenos Aires. 2001.

²⁶ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Ed. Temis. Bogotá. 1978

*imputable como delito a su autor por razones de convivencia social*²⁷, es decir, es un juicio que se desarrolla con base en un hecho futuro que puede ser posible y se prevé como tal, dicho juicio es realizado por el legislador cuando afirma que de la conducta prevista será responsable su autor frente a la sociedad.

Para que la imputabilidad social sea válida, según Carrara, se deben cumplir los siguientes requisitos *“(i).- que le sea imputable moralmente; (ii).- la acción, para serle imputada como delito a quien la cometa, debe poderse imputar como acto reprochable; (iii).- la acción debe ser dañosa a la sociedad; (iv).- la ley que prohíbe una conducta debe estar promulgada: a nadie puede atribuírsele la voluntad de violar una ley que no existe o que no conoce”*²⁸

Por su parte la imputación civil aparece cuando a determinada persona se le declara responsable de un suceso ante la sociedad; tal juicio solo lo puede hacer el juez por medio de las siguientes exigencias: (i).- establecer una relación de causalidad física; (ii).- la conducta se encuentra consagrada en la ley; (iii).- demostrar si la persona actuó con voluntad y conciencia.

Sostiene Carrara: *“sólo después que tenga el resultado de esas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito”*²⁹ (subrayas propias)

En conclusión, todo acto de imputación conlleva necesariamente una descripción de unos hechos presuntamente ilícitos (núcleo fáctico), una atribución a una persona específica³⁰ y la consecuente recriminación³¹ de dicho actuar, concretando

²⁷ ibíd. Pág. 35

²⁸ ibíd. Pág. 37 - 38

²⁹ ibíd. Pág. 35

³⁰ Se entiende por “atribución” la capacidad de asignar a un sujeto el papel participativo en un hecho que se le endosa.

como elementos básicos para el acto de imputación:

- a).- El Elemento Descriptivo (hipótesis fáctica): considerado como la narración detallada del *iter criminis*, incluyendo los aspectos objetivos y subjetivos que debe incluir: (i) la caracterización del imputado, (ii) la relación detallada y circunstanciada del hecho, (iii) la apreciación legal del hecho imputado, (iv) relación de fundamentos de hecho y derecho que sustentan la imputación
- b).- El juicio de reproche y atribución: que se traduce en el ejercicio de inferencia razonable de autoría y participación.

2.2. LA AUDIENCIA DE FORMULACION DE IMPUTACION EN COLOMBIA.

La Audiencia de Formulación de Imputación, la más importante de las audiencias preliminares en el sistema procesal penal colombiano y prevista en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, tiene las siguientes características:

- a) Es un acto de mera comunicación.
- b) La imputación es fáctica y jurídica³²

³¹ Por atribución se entiende la facultad de hacer un juicio de reproche con respecto al deber ser (conducta exigida por la ley)

³² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de octubre 20 de 2005, Radicado 24026. Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla La imputación debe ser fáctica y jurídica. “Esta distinción (hechos por delitos) no corresponde a una mera diferenciación lingüística para brindarle coherencia semántica al texto, sino una referencia explícita a la imperiosa urgencia de guardar la congruencia jurídica, pues son hechos jurídicamente relevantes los que se han de consignar en la decisión acusatoria (CPP, art. 337), y que luego en la exposición oral se deberán exponer en forma circunstanciada (art. 442 íd.).Diríase incluso que en un proceso con todas sus etapas, con controversia probatoria y juicio oral, las exigencias serían menores, pues la narración de los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación pueden variar y complementarse en la alegación final en la cual se debe presentar de manera circunstanciada la conducta (L. 906/2004, arts. 443), mas no así en los procesos abreviados en donde la conducta debe tipificarse con la mayor precisión dado que se renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio oral y público (L. 906/2004, arts. 350, num. 2º).En ese orden, puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso, no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la

- c) Es un acto jurídico reglado. (art. 288, Ley 906 de 2004).
- d) Es necesario presentar una relación de hechos jurídicamente relevantes.
- e) Es un acto de parte que, por lo tanto, no tiene control formal ni por parte del juez de control de garantías ni por cualquiera de los intervinientes en la audiencia de formulación de imputación.

De las características mas importantes de dicha audiencia se encuentra que está consagrada normativamente como una audiencia de mera comunicación, pese a traer consigo afectaciones significativas para la persona imputada, entre ellas se encuentran:

1. Formalización de la investigación penal en su contra.
2. Interrupción de la prescripción de la acción penal.
3. Vinculación al proceso penal.
4. Restricción a la disponibilidad de los bienes sujetos a registro.
5. Publicidad de la investigación en su contra.

La única finalidad prevista por la norma para la audiencia de imputación en Colombia es la de comunicarle al indiciado que la fiscalía está adelantando una investigación en su contra y que a partir de ese momento ésta deberá tomar una

conducta por la que se procede, no solo por respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (C.Pol., art. 33). Lo anterior significa que no por realizarse la audiencia de imputación, por lo general coetáneamente con la de control de legalidad de la captura, la fiscalía resulte exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, máxime tratándose de comportamientos con perfiles y con consecuencias diversas, aun si corresponden a diferentes modalidades de riesgo o lesión para el bien jurídico que se tratan en un mismo texto legal con consecuencias similares en relación con la pena considerada en abstracto, pero cuya forma de realización y la lesividad que expresan inciden dramáticamente en los aspectos operacionales de la pena. Si así es, la tensión entre la eficacia que el modelo persigue y las garantías tiene que resolverse a favor de estas. Por eso en este caso le asiste interés a la recurrente para controvertir el fallo en sede extraordinaria, no desde luego para imponer una idea afín con la retractación de los cargos aceptados, sino para denunciar en sede extraordinaria la simetría entre la sentencia y los cargos libremente aceptados”.

de dos opciones: o precluir la investigación o acusar ante un juez de conocimiento; esta comunicación se hace con el fin de que la defensa prepare de modo eficaz su actividad procesal, tal como lo sostiene la Corte Constitucional en la sentencia C-425 de 2008:

“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”³³.

Pese a ser el inicio del proceso penal, tal como lo sostiene la Corte Constitucional, el juez de control de garantías no tiene ningún papel trascendental en esta audiencia pues no decide nada y en consecuencia el acto de imputar no tiene recurso alguno, tal como sostiene Whanda Fernández, *“(l)a sola formalización de imputación no constituye decisión judicial; es apenas una audiencia preliminar de comunicación, por lo que no cabe contra ella ningún recurso”³⁴.*

Sin embargo, pese a que algunos de los efectos, descritos anteriormente, inciden de manera directa en derechos fundamentales tales como la intimidad y el buen

³³ Corte Constitucional. Sentencia C- 425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 30 de abril de 2008

³⁴ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá, 2005. Pág. 92.

nombre, y en algunas ocasiones el derecho a la propiedad³⁵. éste, es un acto de mera comunicación³⁶, que en consecuencia no permite la discusión, la exhibición y el traslado de los elementos a la defensa por parte de la fiscalía, con los cuales ésta pretende sustentar la autoría o el grado de participación del imputado, reduciendo la audiencia de imputación a una audiencia de trámite, de simple formalidad, que lo único que pretende es, en la mayoría de las veces, servir de preámbulo necesario para solicitar medida de aseguramiento y en otras tantas, interrumpir la prescripción de la acción penal.

Este concepto de “*mera comunicación*”, contradice uno de los principios fundantes del sistema penal acusatorio colombiano, es decir, el principio adversarial, pues en esta audiencia preliminar las partes no tienen la oportunidad de enfrentarse en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, para discutir los fundamentos de la imputación.

³⁵ Con la imputación nace la prohibición, para el imputado, de enajenar durante los seis meses siguientes a la imputación, cualquier bien sujeto a registro.

³⁶ La Corte consideró que el legislador al regular la imputación de cargos, dotó de garantías el derecho de defensa, al menos por tres razones: (i) en primer lugar, porque se diseñó un momento procesal específico dotado de todas las garantías procedimentales e institucionales, para informar al presunto responsable sobre la existencia de un procedimiento penal en su contra: la audiencia de formulación de la imputación, la cual, lejos de limitar el derecho de defensa, lo hace posible; (ii) en segundo lugar, porque la ley previó un escenario específico para delimitar el alcance de la controversia jurídica, es decir, para que el Estado informe al particular sobre los hechos considerados relevantes y la calificación jurídica provisional de las conductas y para que este último tenga claridad sobre la materia sobre la cual recaerá la actividad procesal del ente acusador; como esa delimitación es fundamental para ejercer la defensa, toda vez que no es posible defenderse frente a acusaciones indeterminadas, la realización de esta audiencia informativa posibilita el ejercicio del derecho; (iii) 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. Por estas razones, el carácter informativo de la audiencia de formulación de acusación no desconoce el derecho al debido proceso y en consecuencia, el término “comunica” contenido en el artículo 286 del Código de Procedimiento Civil, fue declarado exequible. (Corte Constitucional. Sentencia C- 425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 30 de abril de 2008)

Si bien es cierto, que existe un ejercicio de inferencia razonable³⁷ realizada por el fiscal que vincula directamente al juez (se debe recordar que éste no puede desechar la inferencia razonable presentada por el fiscal), pues con ella debe tomar una decisión concreta y univoca: declarar como imputado al ciudadano, no se permite una discusión mínima, por ejemplo, frente a la tipicidad o atipicidad del hecho imputado, pues según considera la Corte Constitucional:

“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. Por estas razones, el carácter informativo de la audiencia de formulación de acusación no desconoce el derecho al debido proceso”³⁸

El ejercicio realizado por el juez, de *inferencia razonable*, es una construcción realizada única y exclusivamente con la teoría del caso presentados por la fiscalía, pues la defensa no tiene oportunidad de presentar su consideración sobre el ejercicio realizado por la fiscalía, ni la posibilidad de interponer recurso alguno en contra de la decisión de dar por imputado al ciudadano; al respecto ha sostenido la

³⁷ El concepto *inferencia razonable* empleado en Colombia, es una adaptación del concepto *causa probable* del derecho anglosajón, específicamente del Norteamericano, conforme lo expone GUERRERO PERALTA citando a STEPHEN THAMAN: *explica que existe audiencia preliminar al juicio oral para decidir, entre otros, el aspecto de la probable vinculación de la persona con el comportamiento presuntamente criminal, audiencia de causa probable para acusar, en la que se garantiza el contradictorio e incluso hay posibilidad de solicitar pruebas, incluidas las testimoniales y técnicas, que permitan valorar los fundamentos indiciarios de responsabilidad con que cuenta la Fiscalía. Esta vista preliminar para determinar causa probable contiene entonces la posibilidad de cada parte de presentar evidencias con miras a demostrar que hay o no hay causa probable para adelantar el juicio, pudiendo la defensa contrainterrogar los testigos de cargo y presentar sus propias pruebas de afirmación de defensa o de refutación. Se trata entonces de una audiencia preliminar en la que se discute probatoriamente si la Fiscalía tiene causa probable para convocar a juicio oral al investigado, lo que significa que aun en el derecho norteamericano no es el juicio el único escenario de contradicción probatoria, sino que es posible encontrar audiencias "preliminares" sometidas al principio del contradictorio.*

³⁸ Sentencia C 303 de 2013

Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, mediante Auto de 17 de septiembre de 2008 con ponencia del Magistrado Augusto Ibáñez Guzmán, que la audiencia de formulación de imputación es de carácter comunicativo, que tiene como fin dar la oportunidad para la preparación del ejercicio del derecho de defensa y que, al igual que la audiencia de acusación, es un acto de parte de la Fiscalía no susceptible de recurso alguno:

“Así, por vía de ejemplo, cuestiona (el Juez de Primera Instancia) que el apoderado no hubiera interpuesto recurso alguno contra la formulación de imputación o la formulación de acusación, pasando por alto que en el esquema de la Ley 906 del 2004, la imputación y la acusación son actos de parte (la Fiscalía), por medio de los cuales da a conocer al indiciado o acusado los cargos y las pruebas que tiene en su contra, a efectos de que pueda delinear la estrategia defensiva.

Esa circunstancia comporta que, a diferencia de lo que sucede con la Ley 600 del 2000, esas pretensiones de la Fiscalía no tengan la connotación de providencias judiciales y, por tanto, no pueden ser recurridas. Sucede lo propio, valga la comparación, con una demanda ante la jurisdicción civil, que por su condición no puede ser recurrida. Simplemente, adelantado el debate respetuoso de las formas propias de un proceso como es debido, las pretensiones prosperan o no.”

Si como sostiene la Corte Suprema de Justicia³⁹, la audiencia de formulación de imputación es un simple acto de comunicación⁴⁰, aclarando que una vez realizada la imputación la investigación empieza su verdadero proceso de perfeccionamiento, no parecería razonable que la misma conllevara consecuencias frente a los derechos fundamentales del ciudadano, máxime que la

³⁹ Auto 31141 Del 29 de enero de 2009. Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

⁴⁰ Esta posición también se encuentra en Auto 33571 de 30 de junio de 2010, Auto 27303 de 19 de abril de 2007 y la Sentencia de Casación Penal No. 26878 con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero.

comparación con el derecho civil que propone la Corte se hace desafortunado, toda vez que los derechos involucrados no son comparables, pues en el civil, generalmente, se encuentran involucrados derechos sobre la propiedad y, en el penal esta en juego el honor y la libertad, además del patrimonio en muchas ocasiones, del ciudadano.

Ahora bien, desconoce la Corte Suprema que una característica estructural del proceso penal y que lo diferencia del proceso civil, es que demandado es contra quien se admite la demanda, pero en el proceso penal imputado no es quien afirme el denunciante, sino la persona que el juez declare imputado, además, la imputación solo es la vinculación al proceso penal, apenas la fiscalía abrirá formalmente la investigación y durante este periodo, entre imputación y acusación, habrá de comprobarse la verosimilitud y fundamento de la imputación que se ejercita para determinar la procedencia o improcedencia del juicio oral.

Sin embargo, en este pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Eso significa, entonces, que aún en agraz la investigación, ella debe depurarse en el término siguiente a la formulación de imputación, a fin de precisar los hechos, sus consecuencias jurídicas y la participación del procesado, como quiera que la formulación de acusación obedece a que se lograron esos mínimos estándares de demostración.

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 arroja⁴¹.”

Conforme a la estructura adoptada en Colombia, la audiencia de formulación de imputación vulnera no solo el derecho a la defensa, sino el derecho fundamental a la dignidad, a la honra y al buen nombre pues permite que un ciudadano sea vinculado a un proceso penal sin que el ente acusador haga un descubrimiento probatorio pleno y sin que ésta tenga la capacidad de ejercer el derecho a la defensa para impedir dicha vinculación.

Ser vinculado a un proceso penal no solo implica un gasto general de tiempo y de recursos que la persona debe sacrificar para poder ejercer su derecho a la defensa; como dice Ernesto Chiesa Aponte, *“para el acusado, hay un estigma social que no se borra necesariamente con el resultado favorable del juicio”⁴²*.

2.3 ¿ES NECESARIA LA AUDIENCIA DE FORMULACION DE IMPUTACION EN COLOMBIA?

Si como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia la audiencia de formulación de imputación de manera alguna es el momento de definición de lo que se debatirá en juicio y que entender lo contrario, haría parecer irrazonable la existencia de la etapa subsiguiente entre formulación de imputación y formulación de acusación, ¿no sería razonable eliminar esta audiencia y crear una etapa intermedia entre la *noticia criminis* y la audiencia de juicio oral en la que se evaluara la procedencia o no de la acusación en contra del ciudadano a fin de evitarle a éste sufrimientos innecesarios por la restricción de sus derechos fundamentales, cuando aun no se

⁴¹ Sentencia de Casación Penal No. 32868 de 10 de marzo de 2010. Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴² CHIESA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III. Editorial Fórum. Colombia, 1993. pág. 64

tiene certeza de si los elementos materiales y evidencia física con la que cuenta la fiscalía son suficientes para llevarlo a juicio?.

El problema que surge en la práctica es que la audiencia de formulación de imputación al vincular a un persona al proceso penal, lo hace sin realizar un descubrimiento probatorio, lo que conlleva una incapacidad de ejercer el derecho de defensa para evitar ser vinculado a un proceso penal

Un aspecto importante a resaltar al evaluar la necesidad o no de la audiencia de formulación de imputación, es que en un alto numero de solicitudes de audiencia de imputación incluyen la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, audiencia que se verifica luego de terminada la audiencia de formulación de imputación y para la cual ésta es prerrequisito; de conformidad con la naturaleza de la audiencia de formulación de imputación, la información y los elementos materiales probatorios con los que cuenta la defensa son casi inexistentes pues acaba de conocer la imputación y los elementos que la sustentan, razón por la cual no cuenta con elementos que le permitan oponerse a la solicitud elevada por la fiscalía.

Según la norma contenida en el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal el Fiscal hará la imputación fáctica *“cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga”*, sin embargo no se consagra obligación alguna para la fiscalía de descubrir los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida sobre la cual construyó la inferencia razonable de autoría o participación con la cual imputa al ciudadano; el único derecho que se le otorga a

la defensa en el desarrollo de la audiencia de formulación de imputación es el de *“preparar de manera eficaz la defensa”*⁴³

Las consecuencias reales de esta limitación al ejercicio del derecho de defensa en la audiencia de formulación de imputación se pueden resumir en tres presupuestos:

1. Cuando el ciudadano no incurrió en ninguna conducta delictiva y no sabe que le imputan y por qué se lo imputan, no conocer los elementos de los que dispone la fiscalía limita la preparación de la defensa, pues desconoce completamente el presunto delito por el cual lo imputan.
2. Cuando el ciudadano conoce los hechos, pero no participó en ellos o considera que su participación no conlleva una actuación dolosa o culposa, al no conocer los elementos no puede ejercer la defensa pues no sabe que prueba lo incrimina.
3. Cuando el ciudadano conoce los hechos y reconoce su participación en los mismos, pero no sabe qué elementos sustentan su grado de participación en el ilícito, se limita su derecho de defensa pues la falta de claridad sobre los elementos materiales probatorios dificulta su derecho a aceptar cargos en dicha audiencia.

Pese a la evidente violación al derecho de defensa, la Corte Constitucional en sentencia C-1260 de 2005 declaró exequible el no descubrimiento de material probatorio en la formulación de imputación, al sostener:

“Para la Corte, las expresiones acusadas por el actor, es decir, “lo cual no

⁴³ ARTÍCULO 290. DERECHO DE DEFENSA. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código.

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”⁴⁴

Lo paradójico es que tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han sostenido que el derecho de defensa se extiende a todo el proceso⁴⁵ y no solo a ciertas etapas procesales, para el caso de la audiencia de formulación de imputación dicho derecho puede ser reducido y limitado.

Ni la Corte Constitucional, ni la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado sobre la posibilidad de oposición del ciudadano a la formulación de imputación, la jurisprudencia solo se remite a reiterar que a partir de la audiencia de formulación

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1260 de 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández. 5 de diciembre de 2005.

⁴⁵ Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P Clara Inés Vargas Hernández. 9 de julio de 2005. Y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Rad. 27192. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

de imputación la defensa puede preparar de modo eficaz su actividad procesal⁴⁶; con esta limitante la audiencia de formulación de imputación se convierte en una carga para el imputado pues este debe soportar las consecuencias de la imputación sin poder ejercer su defensa, es decir, como mínimo, oponerse a que se le formule la imputación, convirtiendo el juicio oral en la única opción viable.

2.4 VIOLACION AL DERECHO A LA DEFENSA EN LA AUDIENCIA DE FORMULACION DE IMPUTACION

Colombia ha ratificado varios tratados internacionales que prescriben como norma fundamental el derecho de todo ciudadano acusado en un proceso penal o disciplinario a ser oído y a defenderse ante un juez imparcial, imparcial e independiente; entre estos tratados se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14 consagra que *“toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”*; en el mismo sentido se encuentra el artículo 8 numeral primero del Pacto de San José de Costa Rica que señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*

⁴⁶ Estas sentencias han entendido que el ejercicio del derecho a la defensa surge a partir de la formulación de imputación o a partir del momento en que la persona se entera que se está llevando un proceso en su contra. Así dice la sentencia C-799 de 2005, parr. 118.: “Por consiguiente, el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso.”

Hay que poner de presente, acudiendo nuevamente a los tratados internacionales que vinculan al Estado Colombiano, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 6.1 de la Convención de los Derechos Humanos⁴⁷ concluye que por *“cualquier acusación” se entiende que es “una notificación oficial dada a un individuo por la autoridad competente con la acusación que él ha cometido una conducta criminal”*⁴⁸

De lo anterior se concluye que cuando se habla de acusación en los tratados y pactos internacionales, no se alude a una acusación formal, como sería la que se lleva a cabo en la audiencia de formulación de acusación, sino a cualquier acusación por medio de la cual se vincule a una persona a un proceso penal o disciplinario, tal como sería la audiencia de formulación de imputación; de donde, y según los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, a una persona imputada se le debería conceder el derecho a manifestarse con respecto a la imputación realizada por la fiscalía y en consecuencia a defenderse de la misma, derechos que no se concede en Colombia, es decir, se está violando el derecho de defensa al considerar que la audiencia de formulación de imputación es un acto de parte y de mera comunicación frente al cual no caben recursos.

La Corte Constitucional ha salvado el problema jurídico sosteniendo:

“En los dos escenarios la posición de la Corte ha sido “unívoca, consistente y sólida, en el sentido de sostener que, a luz de la Constitución y de los tratados

⁴⁷ El artículo 6.1 de la Convención de la Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella . (...)”*.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Decisión en el caso Eckle c. Alemania. 10 de diciembre de 1982. Parr. 73. Versión en inglés dice: *“Charge”, for the purposes of Article 6 par. 1 (art. 6-1), may be defined as “the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence .”* (traducción libre)

*internacionales de derechos humanos, no pueden consagrarse excepciones al ejercicio del derecho de defensa, esto es, no puede edificarse sobre él restricción alguna, de manera que debe entenderse que la defensa se extiende, sin distingo ninguno, a toda la actuación penal, incluida por supuesto la etapa preprocesal, conocida como investigación previa, indagación preliminar o simplemente indagación*⁴⁹.

La pregunta sería, ¿cómo se ejerce el derecho de defensa que garantiza la Corte en sus sentencias?; si la fiscalía decide formular una imputación no hay manera de controvertir dicha decisión ante un tercero, la defensa se reduce entonces a poder acudir al despacho del fiscal, aportar elementos materiales probatorios, solicitar entrevista al indiciado y eventualmente asistir a alguna audiencia preliminar, tal como la solicitud de búsqueda selectiva en bases de datos, siempre y cuando la fiscalía permita la presencia de la defensa, ya que por ser una audiencia reservada se puede guardar el derecho a no dejar asistir a la contraparte.

Con la formulación de imputación se viola entonces el derecho a la defensa, tal como se describió anteriormente, pero además se viola el derecho al buen nombre, a la honra y a la dignidad, pues aunque estar imputado no significa estar condenado, pues el Estado aun no ha desvirtuado la presunción de inocencia que acompaña al ciudadano, socialmente se está poniendo en entredicho su reputación sin derecho a oponerse a ello pues no hay descubrimiento probatorio y tampoco derecho a la contradicción y a la defensa.

2.5 PROYECTO DE ELIMINACION DE LA AUDIENCIA DE IMPUTACION EN COLOMBIA

⁴⁹ Corte Constitucional C- 127 de 2011. Magistrada Ponente: María Victoria Calle. Bogotá, 2 de marzo de 2011. Ver también las sentencias C- 025 de 2009 y la C- 799 de 2005

Pese a lo planteado anteriormente la mayor preocupación del Estado no es la afectación innecesaria de derechos fundamentales y la falta de control jurisdiccional en el ejercicio de poder que realiza la fiscalía en la audiencia de formulación de imputación; la mayor preocupación es el alto número de audiencias realizadas y la, según La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia, cantidad de aplazamientos de las mismas⁵⁰.

La Corporación Excelencia en la Justicia en asociación con la USAID ha identificado frente a la necesidad de eliminar la audiencia de formulación de imputación que:

“Cuando con la expedición de la Ley 906 de 2004 se dispuso que ese acto de imputación ocurriera en desarrollo de una audiencia presidida por un juez de garantías, se pretendía que este último pudiera cerciorarse de que ese acto de comunicación doble (fáctica y jurídica) se hiciera con claridad y precisión por parte de la Fiscalía y de que el imputado lo había comprendido a cabalidad. Si una de estas dos comprobaciones fallaba, el juez debería procurar que la Fiscalía corrigiera la imputación en forma tal que pudiera ser entendida, en su descripción y consecuencias, por la persona a quien iba dirigida. Las funciones del juez de garantías en estas audiencias tienen esa precisa limitación, por lo que le está vedado realizar controles sobre la veracidad de la descripción fáctica hecha por la Fiscalía, sobre el material probatorio que la sustenta o sobre la adecuación típica de la misma⁵¹

(...) se ha evidenciado que los Jueces de Control de Garantías tienen una alta sobrecarga de trabajo, misma que entre otras razones, es consecuencia del gran número de audiencias que deben atender.

⁵⁰ Según las estadísticas con las que cuenta la fiscalía, para el año 2013 se celebraron un promedio de 7.511 audiencias de formulación de imputación mensuales en todo el país de las cuales 12.500 debieron ser aplazadas o no se pudieron realizar por distintas causas, en PROPUESTA FISCALIA DE REFORMA LEY 906 DE 2004

⁵¹ Corporación Excelencia en la Justicia. Reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA). Primera entrega. Agosto de 2013

El Consejo Superior de la Judicatura a través del Informe al Congreso 2010-2011 mostró como “en el periodo 2005-2010 se realizaron 1.929.966 audiencias; de las cuales 1.149.090, el 59.54%, fueron de control de garantías y 780.876, el 40.46%, de conocimiento. Esta cifra muestra la sobrecarga de los Jueces de Control de Garantías en comparación con los Jueces de Conocimiento; es por esta razón que, a través de la creación de un sistema más práctico, se descongestionaría las agendas, no sólo de los jueces, sino además de fiscales, defensores públicos y representantes del Ministerio Público”⁵².

Se concluye, de los argumentos de la Corporación Excelencia en la Justicia, del Ministerio de Justicia y de la Fiscalía General de la Nación y de USAID, que la principal razón para evaluar la continuidad o no de la audiencia de formulación de imputación se reduce a un problema de congestión de los despachos judiciales y no de violación de derechos fundamentales de los ciudadanos; pero independientemente de las razones argumentadas lo cierto es que la supresión de la audiencia de formulación de acusación y el inicio del proceso penal a partir de una audiencia de formulación de acusación con descubrimiento probatorio pleno, control formal y material del juez y derecho de contradicción por parte de la defensa, no solo ajustaría el proceso penal colombiano a los estándares internacionales de derechos humanos sino que también permitiría, vía control jurisdiccional, evitar que procesos sin suficiente calidad probatoria llegasen a juicio violando derechos fundamentales.

⁵² Corporación Excelencia en la Justicia. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: Boletín de actualización 2010 - 2011. Ver pág. 13.

3. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN: TERCER ESCALÓN.

3.1. LA ACUSACION ES UN ACTO DE PARTE.

No es el delito, entendido como la acción u omisión típica antijurídica y culpable, la que determina la puesta en marcha del proceso penal, es el conocimiento de la *noticia criminis*, que es el presupuesto inicial para la fase de investigación, pero para que el proceso avance se requiere el ejercicio de la acción penal, esto es, de la acusación. La acusación es la denominación genérica de la acción penal que sirve de base al proceso, que de acuerdo con la definición de Chiovenda sobre la acción como derecho potestativo se desprende que el imputado se convierte en sujeto pasivo del ejercicio de este derecho, pues éste no puede hacer nada para evitar el ejercicio de dicho derecho, independientemente de que en las siguientes actuaciones pueda tratar de desvirtuar la acusación, no puede impedir que el ente acusador la mantenga y la lleve a juicio.

El sistema adversarial con tendencia acusatoria exige el ejercicio y sostenimiento de la acción penal por medio de un órgano público o privado distinto e independiente del que ha de juzgar, únicamente para que pueda iniciarse y desarrollarse el juicio oral, es decir, la acusación, en los sistemas adversariales y acusatorios, es un acto de parte insustituible, pues no puede haber juicio sin acusación previa⁵³; en Colombia la Fiscalía, como dueño de la acción penal, según el artículo 250⁵⁴ de la Constitución Política, tiene la obligación y el deber de solicitar

⁵³ Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y Razón* (Editorial Trotta S.A. Madrid 1995. pág. 567), sostiene que 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.

⁵⁴ Si bien el acto legislativo 06 de 2011, dispone que "Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá 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 Audiencia de Formulación de Acusación cuando surjan elementos materiales probatorios que lleven a configurar un comportamiento típico y respecto de una persona de la cual surgen indicios de participación en su comisión.

“La forma acusatoria del procedimiento exige de la ley una división tajante de las tareas que al Estado le corresponden en el procedimiento judicial, por vía de la adopción de un sistema de persecución penal pública: Al Ministerio Público – Fiscalía- debe serle encomendada toda la tarea relativa a la persecución penal estatal (función requirente) y a los jueces les corresponde la decisión de los casos llevados ante ellos por el acusador (función jurisdiccional). La responsabilidad de ambos organismos también varía: el primero no responderá por el control de los jueces según el origen de su nacimiento, sino antes bien, por la eficiencia y efectividad de la aplicación de la ley penal (persecución penal); los jueces, en cambio, no serán responsables, como hasta ahora, como inquisidores, comprometidos a hallar la verdad para aplicar la ley, sino, tan solamente, por su función de custodiar el respeto debido a los derechos y garantías individuales y por la aplicación de la ley al caso sometido a su decisión. En esta diferenciación tajante entre acusador y juez, que provoca, en los delitos de persecución pública, una diferenciación formal, pero nítida entre las dos tareas que, en el procedimiento penal le corresponden al Estado, requerir y decidir, confiándolas a órganos diferentes, consiste buena parte de aquello que se concibe como PRINCIPIO ACUSATORIO en el derecho procesal penal y como IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES en el Derecho de la organización judicial⁵⁵”.

GÖSSEL⁵⁶ determina que la función de la Fiscalía consiste en “examinar objetiva y críticamente los hechos averiguados por la policía en el procedimiento preliminar,

la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente”, el mismo aun no encuentra desarrollo normativo por parte del congreso

⁵⁵ Gaceta del Congreso No 134 de 26 de abril de 2.002, página 4; cita de JULIO BERNARDO MAIER, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1.996.

⁵⁶ GÖSSEL, Karl Heinz. En búsqueda de la verdad y la justicia. Ed. Porrúa. México, 2002, pág. 112

para discernir si existen evidencias de un comportamiento punible, y por ello la alta probabilidad de un fallo penal condenatorio; o, la ausencia de elementos de criminalidad que hagan procedente el sobreseimiento de la causa”.

Conforme a lo anterior cuando el fiscal considera que los elementos materiales probatorios y evidencia física de que dispone pueden, eventualmente, demostrar la existencia de un delito y la participación o autoría del imputado en el mismo, presenta ante un juez de conocimiento el escrito de acusación, ejecutando así un acto de parte imprescindible para el desarrollo del mismo, pues este es requisito previo y necesario para la celebración de la audiencia de formulación de acusación .

La función principal de la Acusación, es pues, la de delimitar el objeto del proceso, permitiendo así que la defensa conozca con detalle los elementos materiales probatorios y evidencia física de que dispone la fiscalía para probar su teoría del caso, así mismo, le fija al juez los límites dentro de los cuales debe estar la sentencia.

En palabras de Gimeno Sendra⁵⁷: *“una vez concluida la instrucción y dentro de la fase intermedia en el plazo legal el Fiscal puede presentar el escrito de acusación que es un acto de postulación en que esta parte procede a formalizar la pretensión punitiva descansando en las máximas romanas **ne procedat iudex ex officio** y **nemo iudex sine accusatore**”,* en otros términos: no hay proceso sin acusación, y no puede haber condena sin que haya proceso, es decir, la acusación conduce al proceso, y el proceso conduce a la condena o absolución.

De lo anterior se puede concluir que la premisa mayor del proceso penal, en el sistema procesal colombiano, es el derecho de acusar, *ius ut accusatur*, ejercido

⁵⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Colex. Madrid. 2001. p.325-326

por mandado constitucional por la Fiscalía General de la Nación, mediante la presentación del escrito de acusación y perfeccionado mediante la celebración de la audiencia de formulación de acusación, pues de conformidad con el principio acusatorio, sin acusación de parte no puede existir el juicio penal.

3.1.1. SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN.

El derecho comparado prevé tres sistemas de control de la acusación⁵⁸:

- El primero, consiste en la apertura directa del juicio, es decir la defensa carece de facultades para pronunciarse sobre la instrucción y la acusación, este sistema de control es el previsto para los sistemas inquisitivos y es denominado como sistema negativo, es decir, no hay control.
- En el segundo sistema el control de la acusación solo se prevé si es provocado por la defensa, es decir, no hay un control de oficio, de donde, puedo o no ejercerse oposición a la acusación y en caso de no hacerse no representa obstáculo alguno para continuar con el juicio, sin embargo, si se ejerce, se prevé un trámite a esta objeción, este sistema se conoce como facultativo.
- El tercer sistema, denominado como imperativo, prevé esta etapa como indispensable y es obligatorio el control jurisdiccional, permitiéndole al juez, a petición de parte, y por razones previstas tácitamente, rechazar la acusación.

Tanto en el sistema imperativo como en el facultativo se prevén dos variables con

⁵⁸ CLARIA OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

respecto a la práctica o no de pruebas para sustentar o desvirtuar la acusación, es decir, si la controversia es meramente dialéctica o es necesaria la practica de pruebas.

El código procesal penal de la provincia de Santa Fe en Argentina, por ejemplo, permite la discusión sobre la admisión de la acusación evaluando tanto cuestiones formales como sustanciales, pero no admite la producción de pruebas; por su parte, el sistema procesal penal chileno, al igual que el colombiano, solo admite control formal, pero admite la controversia de la contraparte, así sea limitada a este ítem.

En el sistema procesal anglosajón⁵⁹, todos los elementos probatorios recogidos en la investigación preliminar y que sustentan la acusación deben presentarse al Gran Jurado o jurado de acusación; este control solo esta previsto para los delitos graves, es abiertamente contencioso y las dos partes presentan pruebas sobre las cuales se pronunciara el Gran Jurado en el sentido de permitir o no que la acusación puede ser presentada al Pequeño Jurado⁶⁰.

3.2 DECIDIR SOBRE LA ACUSACION DEBE SER UN ACTO DE JUEZ

⁵⁹ En la actualidad solo es usado en Estados Unidos, incluyéndolo como garantía individual en la V Enmienda; en Inglaterra fue eliminado por la Ley de Administración de Justicia del año 1933.(MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Ed. Legis. Bogotá. Primera Edición, 2006)

⁶⁰ El Gran Jurado o jurado de acusación es un tribunal integrado por ciudadanos convocados al efecto. Su función, consiste básicamente en dar aprobación o no a una acusación, y permitir de esa manera la apertura del juicio consiguiente, se distingue del Jurado de Enjuiciamiento o Pequeño Jurado en que, por el contrario, éste limita sus funciones a juzgar el caso concreto una vez elevado por el Gran Jurado. A pesar de su clara distinción en cuanto a sus atribuciones, ambos comparten la característica principal de estar formados por legos, y ser instituciones de claro corte acusatorio. (MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Ed. Legis. Bogotá. Primera Edición, 2006)

En Colombia, no se aplica ninguno de los tres sistemas mencionados, pues si bien existe control, el mismo solo es formal, es decir, no le esta permitido al juez rechazar la acusación y mucho menos le esta permitido a la defensa oponerse a la acusación, hecho que atenta de manera directa contra del derecho fundamental al debido proceso pues *“la fiscalía no debe estar legitimada para afectar derechos fundamentales y para emitir decisiones con valor de cosa juzgada.... Se impone destacar que ninguno de estos contenidos supone que la sola decisión de acusar de la fiscalía conlleve, de forma inexorable, la apertura del juicio oral, pues, como se indico, dicho efecto esta supeditado a que se decida, de forma positiva, el control judicial sobre la acusación”*⁶¹

Ahora bien, no se discute que la acusación es un acto de parte, ejercido en Colombia por la Fiscalía General de la Nación, e indispensable para el impulso del proceso penal, pero este debe contar con el control de un tercero imparcial, imparcial e independiente y con la posibilidad de oposición por parte de la defensa, que evite la vulneración de derechos fundamentales del ciudadano, así como el desgaste innecesario de la actividad judicial en un ciudadano que no es responsable de los hechos que se le atribuyen, dicho control y debate no se hace sobre la responsabilidad del individuo, pues es el tema de juicio de responsabilidad, sino sobre el derecho de ejercer la acción penal⁶², es un juicio sobre la acusación⁶³.

⁶¹ URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los limites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C 2013, Página 43

⁶² Para Vincenzo Manzini en su obra " Tratado de Derecho Procesal Penal" la Acción Penal se puede considerar desde dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo: i) El aspecto subjetivo, es el poder, deber jurídico que compete al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivado de un hecho que la ley prevé como delito. li) Objetivamente la Acción Penal es el medio con que el órgano ejecutivo constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones penales, determina la intervención

Sin embargo en Colombia, la audiencia de formulación de acusación prevé un control meramente formal, no material, pues se ha aceptado de manera pacífica que ésta:

“[...] no puede ser cuestionada por el juez [...] La Fiscalía tiene asignada una titularidad de la acción penal, y en su condición de parte tiene unas obligaciones y responsabilidades que debe cumplir a partir del uso de una serie de facultades investigativas ejercidas de manera autónoma y responsable [...] el ejercicio de la acción penal es propio de la Fiscalía General de la Nación y la acusación como acto de parte ni tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo o señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación la cual es controlada por el fiscal⁶⁴”.

Es mas, para la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia: *“La función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación⁶⁵”.*(subrayas propias)

de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva. Dice Manzini " La acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. El juez conociendo o desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión, pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la realizabilidad de esa misma pretensión se refiere, cuando existan las condiciones de precedibilidad. En el derecho procesal penal no existen acciones penales de mera declaración de certeza".

⁶³ ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO. El Juicio de Acusación. Ed. Atelier. Barcelona. 2007, pág. 51, manifiesta al respecto que más allá de consideraciones dogmáticas sobre la punibilidad, es la inexistencia de motivos suficientes para acusar lo que determina la extinción del proceso. De ahí que no deba equipararse la expresión juicio de fondo con el juicio sobre el hecho, so pena de desconocer la existencia de otros enjuiciamientos intermedios de fondo que se materializan en resoluciones tales como los autos de procesamiento, de transformación en procedimiento abreviado, de sobreseimiento o de apertura del plenario.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 6 de mayo de 2009, radicado 31.538, M. P.: José Leónidas Bustos Martínez. Cfr. Definición de competencia, radicado 29.994 de 15 de julio de 2008.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia N° 39886 del 16 de octubre de 2013, M.P José Leónidas Bustos Martínez

Esta postura jurisprudencial ha sido reiterada en múltiples oportunidades⁶⁶, reivindicando, desde la misma implementación del sistema procesal actual⁶⁷, como característica principal, la necesidad de la separación de roles:

“En tercer lugar, el sistema adoptado de forma gradual y progresiva en el territorio nacional a partir del 1° de enero de 2005, tiene sustrato en el denominado “principio acusatorio”, entendido por tal, básicamente que no hay proceso sin acusación (nemo iudex sine accusatore), apareciendo como su nota más distintiva el hecho de que acusación no puede ser formulada por el mismo juzgador, esto es, existe separación absoluta entre las funciones de acusación y juzgamiento.

Estableciendo como regla de decisión⁶⁸ que:

“El problema jurídico puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar en el contexto del proceso penal regulado por la Ley 906 de 2004 si existe control judicial del escrito de acusación, y de ser así, cuál sería su alcance.

Como se sabe, mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 el esquema procesal adoptado por el Estado colombiano fue de tendencia adversarial, lo cual se concretó con la expedición del Código de Procedimiento Penal, en el que se optó por un sistema de corte acusatorio, el que, según la doctrina⁶⁹, se caracteriza fundamentalmente por la separación de funciones de investigación y juzgamiento, un enfrentamiento con paridad de armas entre acusador y defensa, y la existencia de un juez imparcial llamado a regular y resolver la controversia.

⁶⁶ Sentencia de 28 de febrero de 2007 radicado 26087, auto de 5 de octubre de 2007 radicado 28294, auto de 15 de julio de 2008 radicado 29994, auto de 6 de mayo de 2009 radicado 31538, auto de 31 de agosto de 2009 radicado 31900, sentencia de 13 de diciembre de 2010 radicado 34370, sentencia 38020 de 2 de mayo de 2012, sentencia de 18 de abril de 2012 radicado 38256, y auto de 18 de abril de 2012 radicado 38521; entre otros.

⁶⁷ Sentencia de 28 de febrero de 2007 radicado 26807.

⁶⁸ Auto de segunda instancia de 18 de abril de 2012 radicado 38521.

⁶⁹ MAIER, entre otros, citado en la exposición de motivos del proyecto de ley que luego sería el Código de Procedimiento Penal, Gaceta del Congreso 134 del 26 de abril de 2004, página 4.

Pues bien, nuestro Legislador dejó sin control judicial el escrito de acusación, precisamente como expresión de las tres mencionadas características, pues de otra manera no se podría predicar división de funciones entre investigación y juzgamiento si el acto que concreta el resultado de las averiguaciones, como es la acusación, fuera corregido, cuestionado, o validado por el juez, actividad en la cual se comprometería inapropiadamente con su éxito reflejado en una segura condena; y no se podría pregonar la igualdad de las partes cuando la posición procesal de una de ellas es avalada por el juez llamado a dirimir la –hasta entonces- desequilibrada controversia; y qué no decir de la imparcialidad de un juez que ya ha cobijado con su aprobación una acusación que anuncia un debate que apenas comienza. (subrayas propias)

Para concluir⁷⁰ que:

“Así las cosas, el juez no cuestiona materialmente el contenido de la acusación, esto es, si es completo, si en ella se excluyen o dejan de incluirse delitos, o circunstancias con consecuencias punitivas, dado que es la Fiscalía la llamada a determinar el tipo de conductas y cuáles deben hacer parte de la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal –atendiendo las reglas contenidas en el ordenamiento positivo-, cuáles van a investigarse en uno y cuáles en otro proceso, cuáles imputa a tales procesados, etcétera⁷¹; porque siendo la titular de la acción penal, de la acusación y de la prueba, es la gerente de su condición de parte.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia N° 39886 del 16 de octubre de 2013, M.P José Leónidas Bustos Martínez

⁷¹En todo caso, en el auto de 15 de septiembre de 2010 radicado 34787, la Sala aclaró que si el juez advierte que faltan delitos por imputar, ello no es razón para invalidar la aceptación hecha por el procesado, ya que corresponde a la Fiscalía resolver la situación relacionada con los otros posibles delitos: “Y si ello es así, lo perceptible es que la procesada pudo haber incurrido en un concurso heterogéneo de conductas punibles (jurídico penalmente relevantes), una de ellas contra la administración pública (que fue objeto de preacuerdo), y otras contra diferentes bienes jurídicos. Si alega la representante del perjudicado (sr. De Vivero) que se omitió investigar y acusar a la procesada por el delito heterogéneo, concurrente de privación ilegal de la libertad derivado de la acción prevaricadora (artículo 174 del C.P.), lo predicable naturalmente es que la conducta contra el bien jurídico de la libertad individual no ha sido objeto de investigación penal como lo dijo –con total claridad- el Juez colectivo del conocimiento: “En cuanto a que se dejó de investigar el delito de

Además, porque, unida a la diferenciación o especificidad de funciones, corre la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal y las manifestaciones de conformidad con los cargos a cambio de reducciones de pena, bien como elementos operativos del modelo o ya como expresión de la política criminal del Estado.

Luego, la conclusión preliminar es que el escrito contentivo de la acusación –en lo referente a procesos ordinarios- no tiene control material por parte del juez de conocimiento⁷²”.

Según la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, las características propias del sistema procesal previsto en la Ley 906 de 2004, hacen que el control material del escrito de acusación por parte no de un juez, sino del juez⁷³, vulneran la imparcialidad, imparcialidad e independencia del mismo, pues éste tendría, por así decirlo, una teoría del caso propia, al respecto sostiene Urbano Martínez, en su obra El Control de la Acusación:

“En esa dirección, se tiene en cuenta que una de las manifestaciones mas fuertes del poder político que ejerce el Estado es el poder de investigar y acusar; que en razón de las graves implicaciones de ese poder, los distintos sistemas jurídicos han fijado limites para su ejercicio y han establecido instancias judiciales de control

privación ilegal de la libertad (o cualquier otro delito) que se derivó de la acción prevaricadora, no constituye factor que propicie la no aprobación o invalidación del preacuerdo, por cuando dicho delito no fue imputado, como tampoco se incluyó en el escrito de acusación, siendo posible que la fiscalía lo investigue por separado” (fl. 78, segundo párrafo).

⁷² En cambio, hay que advertir que el Legislador le ha confiado a la autoridad judicial el control formal de la acusación, a solicitud de parte, toda vez que de acuerdo con lo expresado en el artículo 339, “*Abierta por el juez la audiencia (de formulación de la acusación), ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes ... para que expresen oralmente ... las observaciones sobre el escrito de acusación, sino reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.*”

⁷³ Dando a entender aquí la Corte Suprema de Justicia, sala penal, que necesariamente el control lo debería hacer el juez de conocimiento y no un juez de control de garantías, quien sería el llamado a hacerlo dado los derechos constitucionales que se encuentran en juego con la acusación.

que exigen el respeto de esos límites, lo que explica que la formalización de la investigación y la acusación estén sometidas a un riguroso control judicial. Pero, al mismo tiempo, se toma en consideración que ese control, lamentablemente no existe en el sistema acusatorio colombiano, pues en este solo hay lugar para un control formal que se agota en la verificación de una lista de requisitos, pero no para un control material sobre la concurrencia del fundamento sustancial para acusar (...)

(...) Las consecuencias de una omisión tan relevante como esa en la estructura del proceso penal son evidentes: se considera que la facultad de imputar y acusar es un poder absoluto de la fiscalía, que no esta sometida a límites ni a controles, y que, en razón de ello, cualquier ciudadano corre el riesgo ser imputado y acusado no solo sin fundamento razonable, sino incluso sin fundamento alguno⁷⁴

No es legítimo que en un Estado Social y Democrático de Derecho, como el colombiano, exista un ejercicio de poder, cualquiera que este sea, sin que exista el correlativo contrapeso, pues de no existir este último, se estaría ejerciendo un poder arbitrario, en palabras de Jaime Córdoba Triviño:

La idea es relativamente simple: i) si el orden jurídico precisa presupuestos jurídicos materiales para un acto de poder, alguien debe controlar que esos presupuestos se cumplan; ii) el control jurídico formal devine insuficiente y iii) el acto carece de control material se enfrenta a su propia ilegitimidad, o bien sobrevive como poder absoluto⁷⁵

Es indudable que el proceso penal es un instrumento necesario para juzgar, pero a su vez, supone un indudable costo para quien debe padecerlo, Carneluti al respecto sostuvo que desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal

⁷⁴ URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C 2013, página 19

⁷⁵ ibíd. página 11

manera que no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes; esta es, desgraciadamente, una necesidad a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto⁷⁶, de ahí, que para hacer menos gravoso el padecimiento al ciudadano, la solicitud de llevarlo a juicio debe ser controlado por un juez y no de manera formal, esto es, si cumple con un mínimo de requisitos dispuestos en la norma, sino, además de manera material para evitar acusaciones infundadas o incluso falsas; pues controlar no solo formalmente, sino materialmente, la acusación de la fiscalía, por parte de un juez, sirve para garantizarle al ahora imputado su derecho a ser escuchado frente a la acusación presentada por la fiscalía, otorgándole la posibilidad de presentar consideraciones, pruebas y objeciones, entre otros, tendientes a evitar la apertura a juicio, donde quedará cuestionado la honorabilidad del ciudadano procesado, aunque termine siendo absuelto, al respecto sostiene Urbano Martínez:

“Ahora bien, no solo la investigación es susceptible de afectar los derechos del imputado pues lo mismo ocurre con la acusación. Indistintamente que una persona sea absuelta o condenada, el solo hecho de la acusación ya implica una fuerte interferencia en ella; su conducta ha sido sometida a juicio en el proceso se considera que la fiscalía tiene fundamento razonable para tomar al acusado como el probable autor de una conducta punible; en razón del principio de publicidad, ello es de conocimiento general, para mantener vigente la presunción de inocencia que le ampara, el acusado deberá esforzarse en varios frentes, como el jurídico y el económico, y después de todo ello, aun en caso de ser absuelto, frente a la comunidad de que hace parte quedará el estigma de haber sido acusado y juzgado”⁷⁷.

⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. Ed. Temis. Bogotá DC, Segunda Edición, 2010, página 75

⁷⁷ ibíd. página 48

En el mismo sentido advierte Ortego Pérez:

“... es necesario rodear al procesado de las garantías precisas para hacer frente a aquellas acusaciones que no presentes la entidad y el fundamentos suficientes para abrir el juicio contra una persona. Esta es una de las máximas fundamentales, sobre las que se asienta el proceso penal moderno, pues si todo juicio criminal tiene su base en una acusación, es indispensable que toda legislación procesal reconozca la necesidad de evitar las acusaciones temerarias o infundadas que podrían perjudicar la libertad individual y los derechos del acusado”⁷⁸

Es claro que ningún sistema procesal penal puede permitirse llevar a cabo debates sin sentido, esto es, debates basados en acusaciones infundadas, subjetivas y arbitrarias; dada la gran connotación pública que ellos conllevan; ni puede permitirse exponer al imputado a una exposición pública donde el buen nombre y honor siempre quedarán dañado, aun con una absolución, de donde se hace necesario que una persona distinta a las partes controle su procedencia no solo desde una perspectiva formal sino, también especialmente, material, evaluando desde una posición diferente de las partes la viabilidad y razonabilidad de la pretensión del acusador; entonces, la decisión de seguir o no hacia otro estadio procesal y en su caso en qué condiciones, queda en manos de un juez, que va pronunciarse luego de haber escuchado a las partes en la audiencia de formulación de acusación, pues *“uno de los elementos a tener en cuenta es el ateniendo a los límites y controles del poder de acusar, y, por último, el principio*

⁷⁸ ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO. El Juicio de Acusación. Ed. Atelier. Barcelona. 2007, pág. 51, pagina 18 y 19

*acusatorio no supone que para la apertura del juicio baste con el solo acto de acusa, pues es preciso superar el control judicial de la acusación*⁷⁹

Sin embargo y pese a los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal con respecto a que el juez solo puede ejercer un control formal a la acusación, pues de lo contrario se estaría convirtiendo en parte del proceso, vulnerando el principio de imparcialidad, en fallo de acción de tutela del 20 de mayo de 2014, magistrado ponente EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, con radicado N° 73555, sostuvo la Corte:

“3. Control material del juez a los actos del fiscal en la Ley 906 de 2004.

Pareciera que el demandante en esta acción de tutela entiende que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el juez no puede hacer control al Fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, juicio que de manera equivocada se está divulgando entre los operadores judiciales, razón por la cual se aborda dicho tema para hacer las precisiones que el asunto reclama.

Por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos abreviados u ordinarios, ni a las consecuencias que de ello se derivan, pero, excepcionalmente deben hacerlo frente a actuaciones que de manera grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes”.

Para la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, es posible ejercer control material a la acusación por parte del juez solo cuando se esta ante la vulneración

⁷⁹ URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C 2013, pagina 45

de garantías fundamentales de las partes e intervinientes, por las siguientes razones:

“En el sistema acusatorio las garantías fundamentales de las partes o intervinientes no pueden ser vulneradas en los procesos abreviados u ordinarios de la Ley 906 de 2004. El ordenamiento jurídico en esa materia le impuso al juez el deber de hacer control material para salvaguardarlas.

Y ello es así mientras la Carta Política establezca que el Estado Colombiano es de derecho (artículo 1°), que la Constitución es norma de normas (artículo 4°), que debe prodigarse en los procesos judiciales igualdad de trato jurídico (artículo 13), que el juzgamiento tiene que adelantarse en forma debida y con respeto por las garantías establecidas para las partes e intervinientes (artículo 29), o se le haya asignado a los jueces y magistrados el sagrado deber de administrar justicia (artículo 103, modificado por el 1° del Acto legislativo 03 de 2002), misión en la que ha de hacerse prevalecer el derecho sustancial (artículo 228).

La potestad de hacer control constitucional que se le reconoce con criterio pacífico al juez implica control material, porque para que en los procesos penales se realice la justicia como valor, garantía y derecho fundamental, además de los principios referidos en el párrafo anterior, la Ley 906 de 2004 y las normas que la han modificado, consagran que los jueces deben orientar sus decisiones por el “imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (artículo 5°); han de obrar con sujeción a la legalidad (artículo 6°); el respeto por los derechos fundamentales “de las personas que intervienen”, la eficacia de la justicia; la prevalencia del derecho sustancial; la no autorización de acuerdos o estipulaciones que impliquen “renuncia de los derechos constitucionales”; la facultad de corrección de los jueces de garantías y de conocimiento debe circunscribirse a los “derechos y garantías de los intervinientes” (artículo 10° y 136); que las víctimas conozcan la verdad, se les administre justicia en el problema jurídico en el que están inmersos y se respete el derecho a la reparación, además “que se consideren sus intereses al adoptar una decisión”

(artículo 11); de otra parte la aceptación de cargos y las negociaciones deben “aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento” (artículo 348), de tal manera que “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales” (artículo 351 inciso 4°), previsión esta que está estrechamente ligada con el principio general que la Fiscalía debe adecuar “su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley (artículo 115) y como deber específico debe “Proceder con objetividad” (artículo 142).

Importante resulta subrayar, para la comprensión del criterio que se sustenta, que la Ley 906 de 2004 no excluyó de los procesos penales ordinarios y abreviados los controles del juez sobre el error en el nomen iuris, la congruencia, en la preclusión por atipicidad que sea de carácter absoluto y no relativa y velar en todo momento por las garantías fundamentales de partes e intervinientes.

Los principios y las reglas a que se viene haciendo referencia parten del supuesto que el fiscal es el titular de la acción penal, pero también aquellas le otorgan al juez el deber de administrar justicia en el caso concreto, al primero se le faculta para promover la investigación comunicando los supuestos de hecho con trascendencia en el ámbito penal conforme a la ley penal aplicable y de ahí en adelante la relación jurídica que surge luego de su comunicación genera derechos, obligaciones y deberes procesales y sustanciales para el fiscal y las demás partes e intervinientes y el juez debe velar porque ello sea así, para el servicio de la justicia material en el expediente al cual se ha integrado como patrimonio lo que se ha judicializado, momento procesal a partir del cual los derechos exclusivos son un una situación excepcionalísima y no la regla ni el principio.

Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta

tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen iuris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etc.”

La Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, dispone entonces que en caso de grave violación de garantías fundamentales de las partes e intervinientes, es posible ejercer el control material a la acusación por parte del juez, y aunque sostiene que dicho control se puede hacer tanto en los procesos abreviados como los ordinarios, se refiere específicamente a los procesos abreviados; sin embargo, el control material propuesto solo podrá ejercerse cuando se esta ante un error en el *nomen iuris*⁸⁰, y no sobre la “*causa probable*” que debe como mínimo indicar los elementos materiales en los cuales sustenta la fiscalía su acusación.

Cabe también advertir que la misma es una posición secular de la Corte Suprema de Justicia, sede de tutela y que como se advirtió ampliamente, va en contravía de todos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que ha reiterado insistentemente que el control de la acusación por parte del juez solo puede ser formal.

3.3. ¿SE DEBE CONTROLAR MATERIALMENTE LA ACUSACION EN COLOMBIA?

⁸⁰ El error *nomen iuris* también denominado como principio de “primacía de la realidad” significa que “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”.

Si todo juicio penal tiene su base en la acusación, es indispensable que toda legislación procesal reconozca la necesidad de evitar acusaciones temerarias o infundadas que podrían perjudicar la libertad individual y los derechos del acusado, para ello, se establecieron, lo que en párrafos anteriores se denominó como escalones del proceso penal, esto es, que mediante una secuencia de enjuiciamientos intermedios sobre la acción penal, se articule el control jurisdiccional que ha de impedir la celebración de juicios carentes de base acusatoria sólida, o por el contrario, posibilitar que se sienta en el banquillo de los acusados aquel imputado contra el que existan motivos suficientes para ello, pero dicho control no puede ser autónomo y solo sobre las formas, debe ser sobre los fundamentos mismos de la acusación, si se parte del hecho que para que el proceso penal pueda iniciarse y continuar hasta abrir el juicio oral es necesario que concurren, al menos en grado de posibilidad o probabilidad, determinadas condiciones de derecho material, esto es, tipicidad, culpabilidad, inferencia razonable de autoría y participación, consecuentemente el control material a la acusación representa un enjuiciamiento de fondo, pues la viabilidad de la acusación se determina desde la óptica del derecho sustantivo, no se trata de un juicio anticipado sobre la culpabilidad o la inocencia del imputado, sino tan solo sobre el *ius persecuendi*, para determinar si existen o no motivos bastantes que justifiquen el paso al juicio oral.

Al respecto la doctrina penal Alemana, cuestionó al Tribunal Constitucional Alemán sobre si el control material y formal de la acusación por parte de un juez, era un presupuesto exigido en la constitución para adquirir la calidad de acusado o si por el contrario era suficiente con que el control fuera ejercido por el ministerio

público⁸¹, fiscalía en Colombia, la respuesta fue que el control judicial constituía un requisito de orden constitucional (*Richtervorbehalt*) para la protección del acusado ante juicios orales injustificados, pues en este sistema el ministerio público no decide si lleva o no la acusación a juicio, pues existe la posibilidad de una intervención judicial vinculante, aun contra la voluntad del acusador⁸², razón por la cual es determinante que exista un control judicial a la acusación; si bien en Colombia cada fiscal es autónomo para acusar, ejercer solo control formal, equivale a que la fiscalía no tiene quien la controle, permitiéndole adelantar, en muchas ocasiones, juicios orales injustificados.

Pero, ¿porque es importante un control no solo formal sobre la acusación, sino también material?: el control material permite que el juez controle no solo los requisitos previstos por la norma para la acusación, sino también su fundamento y sustento, es decir, los elementos materiales probatorios, obviamente el control material debe permitir el pronunciamiento de la defensa frente a los elementos de la acusación presentada por la fiscalía, pues una acusación sin posibilidad de defensa equivale a una condena anticipada; en palabras de Urbano Martínez⁸³ *“La concepción de una fiscalía como parte procesal con legitimidad para afectar los derechos fundamentales del acusado implicaría, desde una perspectiva teórica, el correlativo reconocimiento a la defensa del derecho de dejar sin efectos esa*

⁸¹ El Ministerio Público ejercitara la acción pública, cuando las investigaciones ofrezcan suficientes elementos para dicho ejercicio, presentando el escrito de acusación ante el tribunal competente, en el que deberá solicitar la apertura del procedimiento principal (§§ 151, 170.(1), 199.(2), y 200 StPO). Si el Ministerio Público decide ejercer la acción pública anotará en los autos la terminación de las investigaciones (§ 169a StPO). Esta anotación es importante ya que, a partir de la misma, el defensor del inculcado tiene un derecho ilimitado para examinar los autos y, en concreto, la documentación de la investigación del Ministerio Público (§ 147.(1) y (2) StPO)

⁸² HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

⁸³ URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C 2013, página 41

afectación. Sobre la base de este razonamiento se advierte que con el proceso penal contemporáneo es tan inconsistente lo uno con lo otro"; de donde, si el sistema procesal penal en Colombia es considerado como un sistema adversarial, ello significa que debe haber discusión entre las partes, basada en la teoría de los controles y equilibrios para evitar limitaciones graves e inútiles a los derechos del individuo pues un sistema que permita que la acusación no tenga un control material convierte al fiscal en juez y parte dentro del proceso.

Más que evitar condenas, lo que el Estado debe impedir es la celebración de juicios innecesarios, de modo que frente a los efectos gravosos de la acusación no ha de bastar únicamente con que el imputado puede ejercer una defensa efectiva, sino que también es necesario rodear al procedimiento de las garantías precisas para hacer frente a aquellas acusaciones que no presentan la entidad y el fundamento suficientes para abrir juicio contra un ciudadano, esto es el desarrollo del principio de seriedad de la pretensión punitiva, valoración procesal que trata de impedir los juicios penales carentes de fundamento, pues el proceso penal moderno, esta justificado siempre y cuando garantice la tutela efectiva de los derechos fundamentales del procesado.

La importancia de controlar materialmente la acusación radica en que el proceso penal comporta una serie de relaciones en las que se reflejan un sinnúmero de encuentros y desencuentros entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad individual, por lo que, sin menoscabo de las garantías que deben establecerse para las víctimas o para la protección de la sociedad, es fundamental que se establecen garantías máximas para el imputado; ello deviene de lo expresado por Ferrajoli al establecer que entre los fines esenciales del derecho penal garantista se encuentra la de servir de límite al poder punitivo del estado, *ius*

puniendi, y en consecuencia del derecho de acusar del Estado, *ius ut procedatur*, de donde, controlar materialmente el proceso debe ser una garantía mas del debido proceso.

El control material de la acusación, debe limitarse a determinar si se dan o no los presupuestos de apertura del juicio oral, pues tan importante como la sentencia, es la decisión jurisdiccional de abrir el juicio o precluir el proceso; mediante el control material se somete la acusación a un tamiz de un juicio previo al definitivo, que establezca la razonable probabilidad de sus fundamentos facticos y jurídicos como garantía ofrecida al ciudadano de que no se seguirá contra el mismo, con todo el desgaste, incomodidades y perjuicios que ello supone, una acusación absolutamente infundada; es pues un autentico enjuiciamiento que no atiende a los motivos para la condena o la absolución, sino tan solo a la existencia o inexistencia de lo que en derecho anglosajón se denomina como causa probable, para someter al ciudadano al juicio oral, teniendo como regla de decisión, que la acusación no requiere la certeza de la sentencia de condena, solo de una razonable probabilidad; en palabras de José Antonio Neyra Flórez⁸⁴ *“debe existir sospecha vehemente de criminalidad, de tal manera que se revelen suficientes indicios de que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de un tipo penal, fuera de ese presupuesto material queda vedada cualquier posibilidad de que los órganos de persecución penal ejecuten actos de intromisión en la esfera de libertad de los individuos”*.

⁸⁴ Citado por URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C 2013, página 39

El control judicial de la acusación, tanto desde el punto de vista formal como material, no solo atiende a una necesidad de garantía de los derechos fundamentales del ciudadano consagrado como fin esencial del derecho penal, sino que también se establece como un requisito esencial para que la jurisdicción obtenga legitimidad al ejercer su función de juzgamiento, Ferajolli⁸⁵ al respecto sostiene: *"en esta sujeción del juez a la constitución y, en consecuencia, a su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, esta el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean, -o precisamente porque son- poderes de mayoría"*. Esto en razón de que uno de los pilares del derecho penal moderno se sustenta, entre otros, en la vigencia del principio de intervención mínima, según el cual el Estado debe buscar el mayor bienestar social con el menor costo social posible, de ahí que el derecho penal sea la *ultima ratio* en cuanto a los medios utilizados para sancionar, este principio no tendría relevancia si un ciudadano pudiera ser llevado a juicio oral como consecuencia de una acusación en la que no concurren los presupuestos mínimos.

Sin embargo, es oportuno también advertir que ante un exceso en el control material de la acusación podrían terminar llegando a juicio solo las acusaciones que invariablemente terminarían en condena, convirtiendo un trámite garantista en el anuncio anticipado de que todo aquel que resulte acusado puede considerarse por anticipado como condenado; para evitar este tipo de excesos es que este control se debe hacer, como se ha advertido, sobre la causa probable que permite llevar a juicio solo a aquel que pueda ser responsable del delito más allá de la

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Editorial Trotta. Sexta Edición. 2004. Pág. 26

duda sobre la probabilidad, es decir, la verosimilitud de la acusación es una probabilidad cualificada, pero nunca es certeza, que es propia del juicio oral. el juez al ejercer este control debe entonces moverse entre:

a) No permitir que cualquier acusación pueda llevar a juicio a una persona sin un fundamento serio y razonable; y

b) No exigir que la acusación aparezca fundada en niveles probatorios tan rigurosos, que la concesión del derecho de acusar suponga prácticamente estar anticipando la condena del que solo es imputado.

3.5 ¿EXISTE UN CONTROL MATERIAL DE LA ACUSACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO?

Como se ha advertido previamente el control material de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento en la misma, por tanto si la apertura de un juicio oral ya es un reproche público de la imputación de un delito, hecho que es conocido por la publicidad de las actuaciones en el juicio oral, donde queda cuestionada la honorabilidad de la persona, es también razonable que se le permita realizar un juicio valorativo a la luz del órgano jurisdiccional⁸⁶. En el mismo sentido dice Horvitz Lennon: “no parece aconsejable prescindir del control judicial negativo de la acusación, dejando librada la decisión de llevar el caso a juicio al exclusivo arbitrio del fiscal”⁸⁷, por su parte Roxin⁸⁸, en una abierta crítica a Schmidt, quien sostiene que dicho control se

⁸⁶ HURTADO POMA, Juan. Qué se discute en la audiencia de control de la acusación. En: revista del instituto de ciencia procesal penal, Lima, Perú. Página 5- 6

⁸⁷ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

⁸⁸ ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

debe eliminar, sostiene que prescindir de este control implica una renuncia precipitada a la protección que significa para el imputado.

También se ha advertido suficientemente que en Colombia dicho control es solo formal y no material por expresa disposición de la norma y la jurisprudencia, pero pese a ello el Congreso de la República creó, para la Justicia Penal Militar, un Tribunal de Garantías Penales, diferente a la instancia de juzgamiento, entre cuyas funciones se prevé, el control material y formal de la acusación.

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los jueces administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar... (Inciso adicionado por el art. 1 del Acto Legislativo 2 de 2012) Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal y ejercerá las siguientes funciones: 1. De manera preferente, servir de juez de control de garantías en cualquier investigación o proceso penal que se adelante contra miembros de la Fuerza Pública. 2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral; 3. De manera permanente dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Penal Militar; 4. Las demás funciones que le asigne la ley...El Tribunal de Garantías estará integrado por 8 Magistrados, cuatro (4) de los cuales serán miembros de la Fuerza Pública en retiro. Sus miembros serán elegidos por la Sala de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Gobierno del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pleno...”

De conformidad con lo previsto en el acto legislativo 02 de 2014, que modificó el artículo 116 de la Constitución política, se puede concluir que en Colombia:

1. La titularidad de la acción penal continua radicada en la Fiscalía.
2. Se creó un Tribunal de Garantías penales, con competencia en todo el territorio y en cualquier jurisdicción penal. Y conformado por militares en retiro y civiles.
3. Dicho Tribunal de Garantías ejercerá de manera preferente, desplazando a los demás funcionarios o jurisdicciones y es una mixtura entre juez de control de garantías y juez de conocimiento, en tanto y en cuanto pueden ejercer como juez de control de garantías según el acto legislativo y a su vez ejercer las funciones de Tribunal de control.
4. Se prevé un control de acusación formal y material respecto únicamente de los procesos en donde aparezcan vinculados miembros de la Fuerza Pública.
5. Dicho control de acusación no esta previsto para los demás procesos en donde no haya miembros de la Fuerza Pública, es decir, se creó unas garantías para unos cuantos acusados” pues se refiere en particular a miembros de la fuerza pública.

Pese a nos estar reglamentado dicho acto legislativo, lo cierto es que constitucionalmente esta creado un control material a la acusación ejercido por un juez diferente al juez de conocimiento que puede desplazar la competencia de los demás operadores jurídicos, de donde, pese a las interpretaciones de la ambas Cortes, es claro que en el sistema procesal penal colombiano si puede haber un control material a la acusación y plantea la posibilidad de crear una fase intermedia entre investigación y juzgamiento, a cargo de un juez diferente que evalúe la calidad de la pretensión de la fiscalía, es decir, tal como lo sostuvo la comisión redactora del código procesal penal⁸⁹, en su momento al sostener que debe existir en Colombia una etapa intermedia en donde un juez diferente al juez

⁸⁹ Acto legislativo 02 de 2012

de conocimiento evalué si la pretensión acusatoria de la fiscalía tiene mérito suficiente para someter al ciudadano al proceso penal.

4. ¿ES NECESARIA UNA ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO?

La Ley 906 de 2004, estipula la existencia de dos fases, una es la fase de investigación, que la componen la fase de indagación y de investigación, advirtiendo que la fase de indagación es considerada como una fase proprocesal, y la fase de juicio, que es la fase final del proceso penal.

La fase de investigación comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la de juicio es la fase final del proceso penal previsto en la ley 906 de 2004 y está integrado por las audiencias de formulación de acusación, preparatoria, juicio oral, y fijación de sentencia, es decir, se pasa de la fase de investigación a la de juicio de manera directa; la acusación, acto de parte, esta incluida en la fase de juicio, y esta prevista como la que, precisamente, da inicio a este; es decir, estar acusado significa que necesariamente se ira a audiencia de juicio oral, lo que trae como consecuencia que:

- Las labores de investigación de la fiscalía van hasta, inclusive, la audiencia preparatoria, hecho que viola el derecho de defensa, pues la fiscalía podrá ir anexando elementos que no necesariamente descubrió en la audiencia de formulación de imputación.
- Temas como el error de tipo, antijuridicidad material, atipicidad, deberán ser discutidos en sede de juicio oral por falta de un control previo.
- Lo anterior significa el sometimiento del ciudadano al escarnio de un juicio oral público que se pudo evitar si existieran controles.

En el sistema procesal penal colombiano el ejercicio de la acción penal esta reservada única y exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación⁹⁰, de conformidad al artículo 250 de la constitución política, ésta, luego de realizar la imputación y descartar una preclusión, presenta su escrito de acusación ante un juez de conocimiento⁹¹, dando con ello inicio a la etapa de juicio. Este juez será el que adelante las tres audiencias propias de esta etapa procesal: (i) acusación⁹², (ii) preparatoria y (iii) juicio oral, es decir, el mismo juez que conoce de la acusación y adelanta la fase preparatoria del juicio oral es ante quien se practicará la prueba en esta última audiencia, lo que cuestiona la imparcialidad del juez ante el cual se desarrollara el juicio oral, dando como resultado que en algunas oportunidades el juez deba ser recusado por haber “participado dentro del proceso”⁹³, al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“(...) el juez que presida la audiencia de formulación de acusación, en cuanto la definición de nulidades ha de tener un cuidado extremo de abstenerse de valorar situaciones que comprometan su imparcialidad y no permitir que se le induzca, por medio de peticiones inoportunas para esta fase procesal, a calificar la conducta o a valorar hechos o pruebas en ningún sentido, so pena de ser recusado, como en el caso analizado.”⁹⁴

⁹⁰ Si bien el acto legislativo 06 de 2011, dispone que “Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá 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”, el mismo aun no encuentra desarrollo normativo por parte del congreso.

⁹¹ Distinto del *juez de control de garantías*, ante quien se tramitan solicitudes en orden a autorizar y/o controlar ciertos actos de indagación e investigación de las partes durante el curso de la investigación y el juicio.

⁹² La audiencia de formulación de acusación “*tiene como función primordial el saneamiento del proceso*” (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, providencia del 15 de julio de 2008, radicado 29994); es el escenario apropiado para cuestionar la competencia, formular recusación, solicitar nulidades, fijar los hechos relevantes del juicio, y para el reconocimiento de la víctima.

⁹³ Artículo 56 Ley 906/04: “*Causales de impedimento*. Son causales de impedimento: (...) 6. Que el funcionario (...) hubiere participado dentro del proceso (...)”

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, Auto 32826 del 3 de diciembre de 2009, MP. BUSTOS MARTÍNEZ: “Una primera cuestión que abordó el Tribunal fue la existencia de la flagrancia para

Pero evitar la parcialidad del juzgador, que puede crear unos perjuicios irremediables para el ciudadano procesado, se debe crear una etapa intermedia, en la que un juez, diferente al de conocimiento, evalúe la procedencia o no de abrir el juicio oral con los elementos que presenta la fiscalía, es decir, la procedencia o improcedencia de la acusación formulada por el ente acusador, realizando un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación; también para que admita o inadmita los elementos materiales probatorios y sanee el proceso

4.1. EL OBJETO DE UNA FASE INTERMEDIA

El objeto de la etapa intermedia consistiría en establecer la existencia o no de la “causa probable”⁹⁵, esto es, es un juicio que busca la existencia de causa razonable para someter a una persona determinada a juicio, en ningún caso se deben buscar razones para la condena de un sujeto, eso será objeto de un momento posterior, el juicio oral, bastando para ordenar la apertura del juicio oral la constatación de una razonable probabilidad de la acusación que no atiende a los motivos para la condena o la absolución, sino tan sólo a la existencia o inexistencia de la “causa probable” para someter al ciudadano al juicio oral. Diferenciando claramente entre no permitir que cualquier acusación pueda llevar a juicio a un ciudadano sin un fundamento serio y razonable, pero no exigir que la acusación aparezca fundada en niveles probatorios tan exigentes, que la

concluir que se produjo la captura en tal situación; para lo cual agotó el juicio de tipicidad, lo que resulta suficiente para considerar que se produjo una anticipación en el análisis, lo que hace que su participación en el proceso sea de tal intensidad que ya ha comprometido su criterio en tal sentido.”

⁹⁵ Adicionando lo expresado en la nota al pie N° 30, se puede decir que "Causa probable" es un estándar de evidencia más fuerte que una sospecha razonable, pero más débil que lo que se requiere para asegurar una condena penal.

concesión del derecho de acusar suponga, prácticamente, estar anticipando la condena de la persona que hasta ese momento sólo es un imputado.

4.1.1. FUNCIONES DE UNA FASE INTERMEDIA

La función principal de esta etapa o fase procesal será el control de la acusación que comprende esencialmente la decisión jurisdiccional de decidir o no abrir el juicio. Sin embargo, como este control no recae, únicamente, sobre el aspecto formal sino sobre el aspecto material, el control se haría sobre los elementos materiales probatorios con los que cuenta el ente acusador para sustentar su pretensión condenatoria.

4.1.1.1- FUNCIÓN DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Esta función permite que el juez ejerza control con el fin de evitar que la falta de rigurosidad o la parcialidad de la fiscalía expongan a un ciudadano, sin contar con elementos materiales probatorios o evidencia física suficientes y significativos al desgaste psicológico, moral, social y económico que significa un debate oral y público sobre la acusación que sobre él se lanza, es decir, el juez ejerce un control negativo, pues estaría evitando la celebración de juicios sin fundamento y evitando el escarnio público al que se somete al ciudadano; también, desde el punto de vista formal, se sanea la acusación al excluir las acusaciones en donde hay una deficiente identificación del imputado, el hecho está imperfectamente descrito, ya sea por exceso o por defecto, entre otros.

El control sustancial, implica comprobar si efectivamente la fiscalía tiene un caso sustentable y si los elementos materiales probatorios y la evidencia física pueden acreditar los extremos de la acusación, es decir, se verifica si la fiscalía tiene suficientes elementos de prueba para abrir el juicio oral, en caso de no ser

suficientes para acreditar cada una de las proposiciones fácticas de su teoría del caso, la solicitud de ir a juicio debe ser descartada.

La discusión sobre la suficiencia del acervo probatorio, se debe hacer en un debate entre las partes cuyo objeto de discusión es la posibilidad suasoria de los elementos probatorios en un eventual juicio.

4.1.1.2.- FUNCIÓN DELIMITADORA E INFORMATIVA

Una de las funciones básicas de la acusación es la de delimitar el objeto del proceso penal desde el punto de vista objetivo y subjetivo, esto es, por un lado en relación al hecho atribuido, el derecho y la pena aplicable, y por el otro al sujeto a quien se acusa esto con el fin de evitar sorpresas que podrían afectar la defensa a través de la vulneración del llamado principio de congruencia, de esta forma la fiscalía se auto limita pero también impone límites al juez.

Con respecto a la función informativa esta permitirá que cada parte prepare sus estrategias generales y específicas; de hecho, aunque no a nivel de exigencia legal, sino de técnicas de litigación, si va a introducir un relato propio de los hechos que constituya la base de su teoría del caso será la oportunidad de hacerlo y, en general, dejar sentadas todas las bases para el desarrollo de su estrategia defensiva en el juicio oral⁹⁶.

4.1.1.3.- FUNCIÓN DE ADMISIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FISICA OFRECIDA

⁹⁶ CAROCCA PÉREZ, Alex, Manual El Nuevo sistema Procesal Penal, 3ª Edición, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005. Página 200.

La Ley 906 de 2004 prevé para la admisión o inadmisión de los elementos materiales probatorios⁹⁷, entre otras funciones⁹⁸, la audiencia preparatoria, sin embargo, como se advirtió previamente, esta se adelanta ante el mismo juez de conocimiento, lo que pone en duda su imparcialidad al abordar el juicio, sobre la audiencia preparatoria ha dicho la Corte Constitucional que “*constituye, dentro del nuevo sistema, el acto procesal por excelencia para el trámite de las solicitudes de pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral.*”⁹⁹ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en el sistema acusatorio la audiencia preparatoria cumple el papel de realizar los principios de depuración y eficacia probatoria y “*se convierte exclusivamente en el escenario en que se alista la controversia que habrá de celebrarse en la vista pública*”, pues sus objetivos están relacionados con el “*aprestamiento del juicio oral, en tanto escenario de construcción de conocimiento*”¹⁰⁰.

⁹⁷ Los escenarios procesales en que pueden elevarse solicitudes probatorias en el proceso penal acusatorio colombiano son: i) En audiencia preliminar: Por las *partes* ante el juez de control de garantías en los eventos de prueba anticipada. ii) En la audiencia preparatoria: Por las partes cuando el juez les concede la palabra “*para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión*”. Por el ministerio público, excepcionalmente, una vez agotadas las solicitudes de las partes en la audiencia preparatoria, cuando aquél “*tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.*” iii) En la audiencia de juicio oral: Por las *partes*, hasta antes de que se cierre el período probatorio, en los supuestos de prueba sobreviniente o de refutación.

⁹⁸ Una interpretación sistemática del procedimiento penal permite percibir cuales son las cuestiones para las cuales es propicio el escenario de la audiencia preparatoria: i) Realizar las observaciones correspondientes al descubrimiento probatorio ordenado en sede de la audiencia de formulación de acusación. ii) Efectuar el descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física en poder de la defensa, siempre y cuando pretenda hacerlos valer en el juicio. iii) La fiscalía y la defensa enuncian la totalidad de medios probatorios que llevarán a juicio. iv) Se abre un espacio para que las partes discutan acerca de la posibilidad de realizar estipulaciones probatorias. v) Es una nueva oportunidad para que el procesado se allane a los cargos. vi) El juez decide acerca de la licitud y pertinencia de las pruebas, así como el orden en el cual se presentarán durante el juicio. vii) Última oportunidad para que el querellante pueda desistir de la querrela. Viii) Momento en el cual la defensa puede solicitar al Juez se decrete la conexidad.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006, M.P. CORDOBA TRIVIÑO.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, auto de segunda instancia 36562 del 13 de junio del 2012, M.P. BUSTOS RAMÍREZ.

Con la creación de una fase intermedia dentro del proceso penal, adelantado por un juez diferente al de conocimiento, se blindaría la imparcialidad del juez al no someterlo a un juicio previo sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los elementos materiales probatorios, en esta fase se cumplirían las funciones de la audiencia preparatoria; El debate sobre admisibilidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física en la etapa intermedia tiene relación directa con el control sustancial de la acusación, de forma tal que si el fiscal no logra demostrar que tienen elementos necesarios y suficientes para sustentar su teoría caso, la acusación deberá ser reputada como infundada.

4.1.1.4.- FUNCIÓN DE FILTRO O DEPURACIÓN

Teniendo en cuenta que uno de los principios fundamentales del sistema procesal colombiano consagrado en la ley 906 de 2004 es el de inmediación, que pretende que las audiencias deben desarrollarse en forma concentrada en una sola audiencia o en varias consecutivas para fortalecer el recuerdo y la memoria que el transcurso del tiempo pueden afectar por la oralidad de su desarrollo, es necesario evitar controversias e incidentes ajenos al debate de fondo, por esta razón es importante que todas las discusiones que puedan entorpecer, dilatar o distraer el objeto de la controversia que debe reservarse para que el juicio sea lo más eficaz posible¹⁰¹, de donde, esta sería la última oportunidad para plantear discusiones relacionadas con excepciones, nulidades, incidentes, entre otros.

Comparando la fase intermedia propuesta con las demás fases del proceso penal, esto es, la de investigación y la de juicio, se podría pensar que la fase intermedia no revestiría una importancia trascendental para el proceso penal, sin embargo, primero, se trata de decidir si es viable llevar la acusación de la fiscalía a juicio;

¹⁰¹ JAUCHEN, Eduardo. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

segundo, que de ser llevada esta acusación a juicio, éste se podría desarrollar válidamente y tercero, dejar todo dispuesto para que la fase de juicio se desarrolle sin contratiempos; lo que se pretende, en definitiva, con la creación de una fase intermedia y del respectivo control de la acusación, es evitar la realización de juicios innecesarios, de garantizar el efectivo respeto de los principios constitucionales del procedimiento y de este modo validar la imposición de la pena en el juicio posterior¹⁰².

La fase intermedia cuya función principal sería controlar la acusación, se traduce en una garantía para el imputado, pues con esta se le concede la primera oportunidad cierta, real y objetiva de que un tercero imparcial, imparcial e independiente controle a una de las partes, precisamente la que ejerce la acción penal, pues uno de los principios del juicio oral, la publicidad, más allá de sus beneficios, tiene un costo para el imputado ya que *“por más que la persona sea absuelta y se compruebe su absoluta inocencia, el solo sometimiento a juicio siempre habrá significado una cuota considerable de sufrimiento, gastos y aun de descrédito público. Por tal razón, un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también, que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”*¹⁰³.

¹⁰² PERLINGER, Nahuel – BIBLIANI, Paola, Crítica de la fase crítica en el Código Procesal Penal de la Nación, en El proceso penal adversarial, Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

¹⁰³ BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, ed. Ad-Hoc, 2da. ed., Bs. As. 1999. Página 245

5. CONCLUSIONES

Existe una clara diferencia entre el derecho que tiene el Estado de imponer penas, conocido como *ius puniendi* y el derecho de acceder a la jurisdicción o acusar a un ciudadano de una presunta conducta penal ante un juez, conocido como *ius ut procedatur*, en Colombia el primero es ejercido por la Jurisdicción penal y el segundo por la fiscalía general de la nación de conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 250.

El principio acusatorio supone que su eje central es la existencia de una acusación de parte sin el cual el juicio resulta inviable, la exigencia de la acusación y la idea de perjuicio que comporta implica que el proceso penal deba rodearse con las mayores garantías, y ahí es donde entra en juego la necesidad de realizar con carácter previo un adecuado control judicial sobre la acción de acusar.

La acción penal o *ius ut procedatur*, es un derecho que necesariamente debe ser reconocido judicialmente para que pueda producir efecto.

Teniendo en cuenta que el ejercicio de este derecho trae consigo graves consecuencias al destinatario, debe incluir estrictos controles para su ejercicio, los cuales se vuelven más exigentes a medida que avanza el proceso, convirtiéndose en escalones necesarios e imprescindibles para alcanzar la siguiente etapa y con grados de verosimilitud más elevados a medida que se asciende en los escalones.

El primer escalón, la admisión de la denuncia querrela, tiene un control solo por parte de la fiscalía, debido a que en este momento procesal no hay afectación de derechos fundamentales, sin embargo a medida que la fiscalía decide avanzar, esto es, decide imputar y acusar, también debe refinar su nivel de verosimilitud y

someter su impulso al control jurisdiccional pues con ello se afectan derechos fundamentales del ciudadano.

Este control, jurisdiccional se hace tanto formal como material y se realiza como un saneamiento a la imputación o acusación todo con el fin de evitar que una acusación superfluas o con mediocre sustento probatorio vincule a un ciudadano al proceso penal, El control formal en Colombia fue desechado por la comisión redactora del código de procedimiento penal. En consecuencia las audiencias de formulación de imputación y acusación solo tienen un control formal por parte de los jueces, trayendo como consecuencia graves para el acusado y el proceso, uno que la investigación se puede perpetuar, incluso, hasta el juicio y dos, que cualquier discusión sobre error de tipo, atipicidad, antijuridicidad, entre otros, se debe llevar a sede de juicio oral y público.

Con la audiencia de formulación de imputación se materializa el derecho fundamental a ser informado de una investigación, y a conocer los cargos y los elementos materiales probatorios en que se sustenta dicha imputación, sin embargo esta audiencia en Colombia es de mera comunicación, es decir, solo de trámite y sin ningún control material por parte de la jurisdicción y por ende sin derecho a controversia por parte de la defensa y sin recurso alguno; dicho esquema contradice el espíritu de un sistema adversarial al permitir la actividad de una de las partes sin que la otra pueda cuestionar dicha actividad

La audiencia de formulación de acusación delimita el objeto del proceso y permite a la defensa conocer con detalle los elementos materiales probatorios y evidencia física con los que cuenta la fiscalía así como delimitarle al juez los extremos de una eventual sentencia, en otras palabras la acusación es la premisa mayor del proceso penal.

Existen, según la doctrina, tres sistemas de control a la acusación, el primero consiste en la apertura directa a juicio, es decir, no existe control alguno por parte de un tercero, el segundo sistema prevé un control formal y material por parte de un juez, pero solo a instancia de parte, es decir, solo si la defensa considera necesario que un juez o jurado controle la acusación y el sustento de la misma, esta se hará, es el control empleado en el sistema anglosajón. El tercero prevé como indispensable el control de la acusación por parte del juez, este es el control adoptado en Chile, la provincia de Santa fe en Argentina, el sistema italiano, alemán y español entre otros.

En Colombia, el control a la acusación solo es formal, descartando el control material, por lo tanto, este sistema no se ajusta a ninguno de los previstos por la doctrina, convirtiéndose la audiencia de formulación de acusación en un trámite de mera información, en el que se descubre y se da traslado de los elementos materiales probatorios con los que cuenta la fiscalía, siendo esto último lo más trascendente de dicha audiencia. Queda descartado cualquier control material por parte del juez y oposición por parte de la defensa.

El control jurisdiccional que se realiza en otros sistemas se adelanta sobre la acusación es un juicio sobre la causa probable no sobre la responsabilidad del acusado, solo sobre el derecho de acusar.

En el sistema procesal penal colombiano se ejerce un poder sin control de parte cuando la Fiscalía General de la Nación imputa y acusa a un ciudadano de un hecho punible, este ejercicio de poder va en contra no solo del sistema acusatorio, sino de un proceso penal garantista que es el que va aparejado a un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como está consagrado en el preámbulo de la Constitución Política de 1991.

El control material de la acusación permite que el juez controle no solo los requisitos previstos por la norma para la ésta, sino también su fundamento y sustento, es decir, los elementos materiales probatorios, obviamente el control material debe permitir el pronunciamiento de la defensa frente a los elementos de la acusación presentada por la fiscalía, pues una acusación sin posibilidad de defensa equivale a una condena anticipada.

El control judicial de la acusación, tanto desde el punto de vista formal como material, no solo atiende a una necesidad de garantía de los derechos fundamentales del ciudadano consagrado como fin esencial del derecho penal, sino que también se establece como un requisito esencial para que la jurisdicción obtenga legitimidad al ejercer su función de juzgamiento.

Pese a que para el proceso penal previsto en la Ley 906 de 2004, no esta previsto un control material de la acusación, el Congreso de la Republica creó, para la Justicia Penal Militar, un Tribunal de Garantías Penales, diferente a la instancia de juzgamiento, entre cuyas funciones se prevé, el control material y formal de la acusación.

Una de las razones expuesta para no permitir el control material de la acusación, es que se vería afectada la imparcialidad del juez, pues es el mismo juez de conocimiento que adelantara el juicio oral, para evitar esta supuesta contaminación se podría acudir a la figura de la fase intermedia, en la que se juntaran la acusación y la audiencia preparatoria, adelantada por un juez diferente al de conocimiento que adelantará el juicio oral.

BIBLIOGRAFÍA:

NORMAS:

- Ley 906, artículos 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294
- Acto legislativo 02 de 2012

CONGRESO

- Gaceta del Congreso No 134 de 26 de abril de 2.002, página 4; cita de JULIO BERNARDO MAIER, XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1.996.

JURISPRUDENCIA:

SALA PENAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 24026 de octubre 20 de 2005.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 25.724 del 19 de octubre de 2006.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 26807 del 28 de febrero de 2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 26.309 del 25 de abril de 2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 26.878 del 1 de noviembre de 2007.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 27.117 de 2008
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 29.772 del 17 de septiembre de 2008
- Corte Suprema, Sala Penal, Sentencia de Definición de Competencia Radicado: 31141, del 29 de enero de 2009
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado 32868 de 10 de marzo de 2010.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 33571 del 30 de junio de 2010
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado: 39.039 del 16 de diciembre de 2010,
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado 34370 del 13 de diciembre de 2010.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado 38256 del 18 de abril de 2012
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia de Casación Penal, Radicado 38020 de 2 de mayo de 2012
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia Radicado: 39886 del 16 de octubre de 2013.

AUTOS

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 19 de abril de 2007, radicado 27303
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 5 de octubre de 2007, radicado 28294
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 15 de julio de 2008, radicado 29994
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto del 29 de enero de 2009, radicado 31141
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 6 de mayo de 2009, radicado 31538
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 31 de agosto de 2009, radicado 31900
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 30 de junio de 2010, radicado 33571
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 15 de septiembre de 2010, radicado 34787,
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 18 de abril de 2012, radicado 38521

CORTE CONSTITUCIONAL:

- Corte Constitucional, sentencia T 4103 de 2001.
- Corte Constitucional, sentencia C 1260 de 2005
- Corte Constitucional, sentencia C 425 de 2008.
- Corte Constitucional, sentencia C 303 de 2013.

DOCTRINA:

BERNAL CUELLAR, Jaime; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Estructura y Garantías Procesales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2013.

BINDING, Karl, La culpabilidad en Derecho penal, trad. Manuel Cancio, Buenos Aires, Ed. B de F, 2007.

BINDER, Alberto M., Introducción al Derecho Procesal Penal, Ed. Ad-Hoc, Segunda Edición. Buenos Aires. 1999.

CARDENAS GOMEZ, Juan Guillermo. Temas de Utilidad Práctica, en el Derecho Procesal Penal de Corte Acusatorio. Ed. Biblioteca Jurídica Dike. Ed. CES. Segunda Edición. Medellín.

CARNELUTTI, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. Ed. Temis. Bogotá DC, Segunda Edición, 2010.

CAROCCA PÉREZ, Alex, Manual El Nuevo sistema Procesal Penal, 3ª Edición, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Ed. Temis. Bogotá. 1978

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Reformas normativas al Sistema Penal Acusatorio (SPA). Primera entrega. Agosto de 2013

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio: Boletín de actualización 2010 - 2011.

CHIESA APONTE, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen III. Editorial Fórum. Bogotá, 1993.

CLARIA OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

DEL RIO LABERTHE, Gonzalo. La Epata Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio. Ara Editores. Lima. 2010.

FELIX CARDENAS, Rodolfo; LOPEZ SAURE, Ernesto; ROMAN QUIROZ, Verónica; VELASQUEZ, Fernando. Dogmática Jurídica Penal y Ley Procesal Penal "Vínculo Inescindible". Ed. Ubijus. Colección Sistema Acusatorio. Primera Edición. México D.F., 2010.

FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá D.C. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Editorial Trotta. Sexta Edición. 2004.

GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". En Principios generales del proceso, Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2003.

GÖSSEL, Karl Heinz. En búsqueda de la verdad y la justicia. Ed. Porrúa. México, 2002.

GIMENO SENDRA, Vicente. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Colex. Madrid. 2001.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián. Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C. 2005.

HEIKE, Jung. "El Proceso Penal, Conceptos, Modelos y Supuestos Básicos. En Constitución Y Sistema Acusatorio. Un Estudio De Derecho Comparado". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Primera Edición, Septiembre 2005.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

HURTADO POMA, Juan. Qué se discute en la audiencia de control de la acusación. En: revista del instituto de ciencia procesal penal, Lima, Perú.

JAUCHEN, Eduardo. Derechos del Imputado. Ed. Rubinzal- Culzoni Editores. Buenos Aires. 2005.

LANGBEIN, John. "El juicio criminal antes de los abogados". Revista legal de la Universidad de Chicago, 1978, Vol. 45, Pág. 263 a 316.

LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, Volumen II. Ed. Valleta. Madrid. 2007.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Ed. Librería El Foro. Buenos Aires. Tomo III. 1996

MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Ed. Legis. Bogotá. Primera Edición, 2006.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MARIN MORALES, Gustavo. "Proceso Penal Acusatorio". Ensayos y Actas. Acta N° 025: Comisión Constitucional Redactora. Bogotá

ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO. El Juicio de Acusación. Ed. Atelier. Barcelona.

2007.

PERLINGER, Nahuel – BIBLIANI, Paola, Crítica de la fase crítica en el Código Procesal Penal de la Nación, en El proceso penal adversarial, Revista de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

PRIETO VERA, Alberto José. Régimen de Libertad en el Sistema Acusatorio Colombiano (Ley 906 de 2004), Lectura constitucional. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 2006.

SABOGAL QUINTERO, Moisés. Las Audiencias Preliminares en el Nuevo Sistema Acusatorio. Ed. Ibañez. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2012.

SEGUÍ, Ernesto. Imputación, congruencia y nulidad en el proceso penal. Ed. Nova Tesis. Buenos Aires. 2001.

ROXIN, Claus. Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007.

URBANO MARTINEZ, José Joaquín. El Control de la Acusación. Una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado Constitucional de Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. D.C. 2013.

ZAPATA BETANCUR, Carlos Mario. Las Audiencias Preliminares del Nuevo Sistema Acusatorio. Ed. Señal Editora. Tercera Edición. Medellín. 2009.