

GONZÁLEZ JARAMILLO, JOSÉ LUIS, "En defensa de la audiencia de imputación. Una propuesta de control material en el sistema procesal penal colombiano", *Nuevo Foro Penal*, 94, (2020).

**En defensa de la audiencia de imputación.
Una propuesta de control material en el
sistema procesal penal colombiano**
*In defense of the imputation hearing. A proposal in the
Colombian criminal procedure system*

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ JARAMILLO*

Fecha de recepción: 09/03/2020 Fecha de aceptación: 24/04/2020

DOI: 10.17230/nfp16.94.3

Resumen

La formulación de cargos en la Ley 906 de 2004 es el acto a través del cual se le comunica al indiciado la imputación preliminar que se realiza en el proceso penal. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina lo han entendido como un acto de parte al cual no se le aplica algún control, desconociendo los presupuestos epistemológicos e ideológicos del sistema penal acusatorio. El legislador ha encontrado en este contexto un ambiente propicio para proponer iniciativas normativas que propugnen

* Este texto se deriva del libro: González Jaramillo, J.L. Del control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática procesal. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019. El presente artículo ha sido actualizado para esta publicación.

** Abogado, especialista en derecho procesal y estudiante de la Maestría en derecho, línea de investigación en derecho procesal de la Universidad de Antioquia. Profesor de tiempo completo de la Universidad Cooperativa de Colombia. Profesor de cátedra de la Universidad de Antioquia. Abogado litigante. Integrante de los grupos de investigación: a) Estado de Derecho y Justicias y b) Democracia, Derecho y Justicia(s). Correos electrónicos: jose.gonzalezj@campusucc.edu.co, jose.gonzalezj@udea.edu.co, josegoja@gmail.com

por la eliminación de la formulación de cargos en la Ley 906 de 2004. En este texto se sostiene que la formulación preliminar de cargos o de imputación es un control a la pretensión penal desde una perspectiva procesal (formal), sustancial (material) y probatoria, sin perder de vista el interés constitucional que debe proteger el juez de control de garantías.

Abstract

The formulation of charges in Law 906 of 2004 is the act through which the preliminary accusation made in the criminal process is communicated to the accused. Legislation, jurisprudence and doctrine have understood it as an act on the part of which no control is applied, ignoring the epistemological and ideological presuppositions of the accusatory criminal system. The legislator has found in this context a favorable environment to propose regulatory initiatives that advocate the elimination of the formulation of charges in Law 906 of 2004. This text maintains that the preliminary formulation of charges or imputation is a control to the Criminal claim from a procedural (formal), threats (material) and evidentiary perspective, without losing sight of the constitutional interest that the judge of control of guarantees must protect.

Palabras clave

Control formal, control material, control probatorio, imputación, formulación de cargos, garantías procesales, juez de control de garantías, procesado, sistema procesal penal.

Keywords

Formal control, material control, evidentiary control, imputation, formulation of charges, procedural guarantees, judge of control of guarantees, accused, criminal procedural system.

Sumario

1. Introducción. **2.** Sistema acusatorio. **3.** Formulación de cargos. **4.** Control formal de la formulación de cargos e iniciativas legislativas. **5.** El derecho a ser informado y ser oído. **6.** El control material de la formulación de cargos. **7.** Reflexiones finales. **8.** Bibliografía.

“Me has llamado hombre justo, rey, pero yo ahora sé que el que imparte justicia comete injusticias y se llena de culpa. Todavía hay hombres en estas profundidades que sufren por culpa de mis palabras (...)”, de Stefan Zweig,

Los ojos del hermano eterno.

1. Introducción

El ordenamiento jurídico colombiano ha definido que la audiencia de imputación regulada en la Ley 906 de 2004 es un mero acto de comunicación sobre la cual se realiza un control formal. Esta situación se presenta como una limitación al debido proceso y, específicamente, al derecho a la defensa. La tesis que se plantea en el texto propone entender la formulación de cargos en el sistema procesal penal como el primer control de la pretensión en un sistema acusatorio. Para cumplir con este objetivo se analizará, en primer lugar, los elementos que conforman el sistema acusatorio. En segundo lugar, se describe los alcances normativos de la formulación de cargos. Posteriormente, se describe en que consiste el control formal de la formulación de cargos y como se han presentado reformas legislativas en pro de su eliminación. En contraposición, en cuarto lugar, se reflexiona en torno a los actos de comunicación y la tensión entre el derecho a ser informado y oído que representa. Por último se analiza la necesidad de hacer un control material a la formulación de cargos.

2. Sistema acusatorio

La Ley 906 de 2004 se presentó en el sistema penal colombiano como una reforma procesal que instituía en el ordenamiento un nuevo modelo de enjuiciamiento penal. La reforma procesal penal se antepone a la Ley 600 de 2000 como un modelo de juzgamiento en el cual se incorporó una constitucionalización sobre las normas procesal penales. La Ley 906 es el reflejo de la adopción del sistema acusatorio como modalidad del proceso penal. Mientras la Ley 600 es un sistema tendencialmente inquisitivo, la Ley 906 es un sistema tendencialmente acusatorio¹. Este cambio implicó una visión democrática en la función de persecución del delito por parte del Estado de derecho. “Normativamente, o en el plano del deber ser, suele asociarse al principio acusatorio como un principio fundamental de cualquier Estado de derecho, y ante su ausencia, ese Estado es denominado “totalitario” o “no garantista”.²

El sistema acusatorio se caracteriza principalmente por la presencia de un fiscal como titular de la pretensión penal y por un juez como destinatario de esta.

1 L. CALLE CALDERÓN. “Acerca de la Reforma Procesal Penal. Un primera aproximación”. *Nuevo Foro Penal* 67. (2005): 153-157.

2 A. MERCEDES ALLIAUD. “Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución”. En E. Hendler, *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, 213. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004).

“[L]a 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”.³ La división de poderes que se establecía en el Estado de derecho para garantizar la limitación del poder del establecimiento fue asumida en el sistema de persecución penal. El sistema acusatorio divide las funciones procesales para impedir a quién juzga afirmar la hipótesis de delito por examinar. El procedimiento de la Ley 906 de 2004 sentó un sistema procesal penal con garantías que permitieran la protección de los derechos fundamentales. El régimen de enjuiciamiento penal acusatorio es un límite al poder político a través de las garantías de la oralidad, igualdad de armas y partes, público, con respeto de la contradicción, concentrado, imparcial, defensa y libertad personal.⁴

3. Formulación de cargos

Una de las instituciones que más cambios y transformación⁵ tuvo en la Ley 906 –respecto la Ley 600– fue la formulación de cargos. En el sistema tendencialmente inquisitivo⁶ del año 2000 la formulación de cargos se realiza en la etapa previa de instrucción (investigación –artículos 311 al 328–, e instrucción –artículos 329 al 344–) y se encuentra al mando de la Fiscalía General de la Nación. En esta estructura procesal el fiscal es el *amo y señor* de la investigación previa y de la instrucción. En el escenario primario de la persecución la Fiscalía General de la Nación ejerce funciones

3 L. FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Madrid: Editorial Trotta, 2011), 567.

4 L. G. VÉLEZ OSORIO. *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. (Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012), 25.

5 MÁXIMO LANGER, “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”. *Revista de Derecho Público* 32. (2014): 244.

(...) lo acusatorio y lo inquisitivo son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal penal concreto o con un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes. Así, por ejemplo, uno de los usos más comunes que se ha dado a esta dicotomía, ha sido denominar acusatorios al grupo de procesos penales de los países de la tradición anglosajona, e inquisitivos a los de la tradición continental-europea.

“Según esta aproximación teórico-conceptual, lo acusatorio representa un modelo normativo de proceso penal, exigido por el ordenamiento jurídico y/o por un determinado modelo político-normativo. (...) Lo inquisitivo sería, aquí, la negación de este modelo normativo o constituiría un modelo normativo opuesto a éste (Langer, 2004, pág. 249).

6 “En este sentido teórico o conceptual es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya función sea la obtención coercitiva de reconocimientos de culpabilidad por parte de los imputados” (Langer, 2004, pág. 246).

jurisdiccionales, a tal punto que se le considera como *fiscal-juez*⁷. El constituyente derivado en las discusiones del proyecto de Acto Legislativo 003 de 2002 –como fundamento normativo de la Ley 906 de 2004– determinaba que

(...) la primera necesidad y, a la vez, propósito de esta reforma es la de fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación. El escaso sustento probatorio con el cual se instruyen los procesos es un reflejo del peso que gravita actualmente sobre esta institución: además de dirigir la investigación y detentar la titularidad del ejercicio de la acción penal, debe obrar no sólo como ente acusador sino como defensa y juez, lo que indudablemente entorpece su función principal. Por ello, se ha concebido como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometan derechos fundamentales de los sindicados, de manera que pueda dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal. Lo anterior permitiría al instructor especializarse en la función de su cargo, que es la documentación de sus hallazgos y la búsqueda del material probatorio. El fiscal podrá actuar con más eficiencia y obtener mejores resultados en su habilidad investigativa, sin tener que inhibirse mentalmente por estar pendiente del cuidado de asuntos ajenos a su función.⁸

Desde la exposición de motivos del proyecto de ley que finalizó con la promulgación de la Ley 906 de 2004 el Fiscal General de la época, Luis Camilo Osorio, sostuvo que la imputación

(...) se define como “el acto de comunicar, en audiencia ante el juez que ejerce la función de control de garantías, a la persona, su calidad de imputado”. Con este acto procesal se pretende única y exclusivamente informar a la persona que existe una investigación en su contra, por hechos que eventualmente pueden comprometer su responsabilidad penal, para que así el imputado en asocio de su defensor técnico pueda comenzar a preparar de modo eficaz su actividad defensiva respecto de la eventual acusación en ciernes. En todo caso precísese, dada la naturaleza del proceso acusatorio, regido prioritariamente por los principios de inmediación y concentración, que por el hecho de la formulación de la imputación la Fiscalía no tiene

7 A. F. ARANGO GIRALDO. *Control Constitucional a la Imputación de Cargos. Una Cuestión de Dogmática Procesal Penal*. (Medellín: Ediciones UNAUOLA, 2014), 14.

8 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo 237/2002 (Cámara) y 12/2002 (Senado)*. Gaceta Judicial del Congreso de la República, 2002. 134.

la obligación de revelar los elementos materiales probatorios que haya recolectado, puesto que aquellos solamente serán dados a conocer a partir de la presentación de la acusación, razón por la cual, se entiende e impone que las actividades que puede desplegar la defensa en orden a preparar su estrategia, no se extienden a la contradicción y solicitud de práctica de pruebas, prohibición expresamente consagrada en el proyecto, cerrándose así las puertas para que la formulación de la imputación se convierta en un escenario sumarial o anticipación del juicio.⁹

El legislador eligió una ruta distinta a la trazada por el constituyente derivado. La Ley 906 de 2004 en su artículo 284 prescribe que “[l]a 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”. La expresión *comunica* que regula la norma ha generado en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana un debate alrededor del derecho al debido proceso y la garantía de defensa. La Corte Constitucional en sentencia C-303 de 2013 definió que “el carácter informativo de la audiencia de formulación de imputación no desconoce el derecho al debido proceso, y en consecuencia, la expresión “comunica” contenida en el artículo 286 del CPP será declarada *exequible*”. De tal manera que, para la Corte, la formulación de imputación es el punto de partida para el ejercicio y accionar del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa¹⁰. Así lo determina en la sentencia C-303 de 2013:

(...) 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

9 *Ibidem*

10 Previo a dicha decisión, la Corte Constitucional en sentencias C-412 de 1993 y C-475 de 1997 analizando el Decreto 2700 de 1991, del entonces vigente Código de Procedimiento Penal, de espíritu inquisitivo y escritural, sostenía al respecto que (...) al sujeto le asiste el derecho a ser oído tan pronto el Estado tiene suficientes elementos para formular en su contra una imputación penal. Los principios de *prontitud* y *oportunidad* han sido defendidos reiteradamente por esta Corporación, al indicar, entre otras cosas: “El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso —previa o formal—, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo.

no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella¹¹ (. . .).¹²

La Corte Suprema de Justicia reproduce cómo su jurisprudencia ha dejado sentado que la actuación de la Fiscalía no es objeto de control material por parte de los jueces; “sin perjuicio de que estos, como directores del proceso, deban velar porque la imputación reúna los requisitos formales previstos en la ley (CSJSP, 7 nov. 2018, Rad. 52507; CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 27 feb. 2019, Rad. 51596; entre otras).” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 2019, junio 5. Radicado: 2042-2019). La Corte, citando las sentencias C-127 de 2011 y C-303 de 2013 reiteró las competencias y facultades de la Fiscalía. Reiteró la total autonomía con la que actúa y confirmó que el “*juicio de imputación*” no puede ser rebatido por la defensa, como tampoco puede ser controlado materialmente por los jueces”.¹³ Para la Corte Suprema de Justicia el “investigado no tiene la posibilidad de controvertir los cargos, pues la finalidad de esa actuación es que tenga conocimiento de los mismos y, así, pueda preparar la defensa.”¹⁴

Para la jurisprudencia de las altas cortes colombianas la defensa y el indiciado no tienen la posibilidad de atacar, defenderse, ni pedir aclaración de la imputación fáctica o jurídica que se le formula. La función del juez de control de garantías, por su parte, se limita a preguntar si el procesado entendió los términos de la imputación, y si se allana a los mismos. En conclusión, la presencia del procesado, de su abogado, y del juez, es totalmente inocua, en la medida que solo ejercen un control formal o procesal a la pretensión que se presenta en sede de la imputación o etapa preliminar. Desde los elementos sustanciales y probatorios de la imputación no es posible instruir una defensa. De la regulación de la ley 906 de 2004, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la audiencia de imputación tiene los siguientes efectos:

11 Al respecto es necesario interpelar a la Corte Constitucional con una decisión propia y previa: la Corte Constitucional en la Sentencia C-025 de 2009 sostiene que “la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación, en las etapas pre y procesal, sin que resulte relevante para el ordenamiento constitucional la denominación jurídica que se le asigne al individuo al interior de todas y cada una de las actuaciones penales, pues lo importante y trascendental es que se le garantice a lo largo de todas ellas el ejercicio del derecho a la defensa sin limitaciones ni dilaciones injustificadas; luego el ejercicio del derecho a la defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso”.

12 CORTE CONSTITUCIONAL. C-303 (2013).

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. 2042-2019. (junio 5 de 2019).

14 *Ibíd*em

(1) se comunica al indiciado la calidad de imputado según lo establece el artículo 126.¹⁵

(2) De acuerdo con el artículo 129, habrá un “registro de las personas a las cuales se haya vinculado a una investigación penal”.

(3) Se determinan los hechos fácticos (según el principio de congruencia) para concretar el ejercicio adecuado del derecho a la defensa.

(4) Según el numeral 2 del artículo 288, no hay un descubrimiento total y definitivo de los elementos probatorios, evidencia física o información en poder de la fiscalía.

(5) Con la calidad de imputado se pueden solicitar las medidas de aseguramiento en la audiencia respectiva.

(6) Se abre la investigación formal como etapa previa a la formulación de la acusación.

(7) Se fijan los términos para presentar el escrito de acusación.

(8) La Fiscalía puede presentar la solicitud de preclusión.

(9) La Fiscalía realiza el recaudo de medios cognoscitivos para que, a través de actos jurisdiccionales con controles previos y posteriores, se lleven a cabo actividades tales como allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas, vigilancia y seguimiento de personas, inspección corporal, obtención de muestras que involucran al imputado, entre otras.¹⁶

(10) En la Ley 906, en contra de la formulación de la imputación no proceden recursos de ninguna naturaleza.¹⁷

(11) La Fiscalía y la defensa elaboran sus programas metodológicos. El del ente acusador reafirma la teoría del caso. El de la defensa apunta a refutar el plan metodológico del ente acusador.¹⁸

(12) Según el artículo 292, se interrumpe la prescripción de la acción penal.

(13) Según el artículo 293, en caso de allanamiento a cargos “se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación”.

(14) Se comprende, según el artículo 290, que la defensa podrá iniciar actos encaminados a llevar una estrategia judicial, pues, desde la Fiscalía General de la Nación, es claro que:

15 C. M. ZAPATA BETANCURT. *Las Audiencias Preliminares del nuevo Sistema Penal Acusatorio* Tercera Edición (Medellín: Señal Editora, 2009), 77.

16 J. & SANDOVAL FERNÁNDEZ. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004*. (Barranquilla: Grupo Editorial Ibañez. Editorial Universidad del Norte, 2013), 46.

17 *Ibidem.*, 15, 82.

18 *Ibidem.*, 16, 49.

[c]on la formulación de imputación, [...] se activa el derecho de defensa. A partir de ese momento ella puede preparar eficazmente su actividad procesal, lo cual no indica que pueda controvertir los cargos en este estadio, tampoco solicitar práctica de pruebas, excepto aquellas que anticipadamente se puedan allegar en las circunstancias extraordinarias que el código señala, ni requerir actos de investigación o la exhibición de elementos materiales probatorios a la Fiscalía.¹⁹

4. Control formal de la formulación de cargos e iniciativas legislativas

Desde la doctrina se han presentado algunas construcciones sobre las cuales se advierte que la formulación de cargos en el sistema procesal penal es un acto de mera comunicación y vinculación a la persecución penal.²⁰ La posición doctrinal que defiende la imputación como un mero acto de comunicación se ha caracterizado por realizar una

(...) lectura literal y exegética del contenido de los artículos 286 y 288.2 se ha comprendido que la imputación de cargos se erige en un acto de mera comunicación, puesto que al no existir descubrimiento probatorio alguno dentro de la misma, y al ser la imputación de cargos una manifestación unilateral del ejercicio del ius Puniendi del Estado, se ha pretendido relevar el acto comunicativo de la rigurosidad propia al inicio de la pesquisa penal.²¹

Desde otra perspectiva —y con gran acierto conceptual e ideológico— se han identificado en el sistema acusatorio tres controles básicos al poder de persecución del Estado con el fin de defender el debido proceso y la libertad. De esta manera, un sistema acusatorio debe garantizar, en primer lugar, la intervención del juez en todas las decisiones que involucren responsabilidad para el procesado, entre estas la: (a) cause probable para arrestar o para allanar (b) inferencia razonable para formular cargos o imputar, (c) probabilidad para acusar, (d) aprobar las alegaciones de aceptación de cargos o de culpabilidad preacordada, (e) imponer una condena, entre otros. Segundo, el legislador debe intervenir con criterios normativos claros

19 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de procedimientos de la fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. (Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005), 66.

20 J. A. GÓMEZ OROZCO. *Nuevo Sistema Penal Acusatorio: Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento*. (Medellín: Editorial Señal Editora, 2012).

21 ARANGO GIRALDO. *Control Constitucional a la Imputación de Cargos...*,33

para establecer actuaciones procesales, tales como preacuerdos, inmunidades, allanamientos, entre otros. Y, tercero, la Fiscalía debe formular y expedir protocolos o manuales de procedimiento para el cumplimiento de sus funciones.²²

En la Ley 906 de 2004, la pretensión penal requiere de algún grado de conocimiento como aspecto de control. Las situaciones por las que atraviesa la pretensión son: (1) según el artículo 200, la fiscalía debe ejercer la acción penal cuando esté frente a “hechos que revistan las características de un delito”. (2) Según el artículo 297, para aceptar la legalidad de la captura de un indiciado se necesitan motivos para “que aquel contra quien se pide librarla es autor o partícipe del delito que se investiga”. (3) Según el artículo 287, para formular la imputación, el fiscal debe contar con medios de conocimiento de lo que “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. (4) Según el artículo 308, para imponer medida de aseguramiento al imputado se necesitan elementos materiales y de información de los que “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”. (5) Según el artículo 336, para formular acusación, la fiscalía necesita medios de conocimiento de los que se “pueda afirmar con probabilidad de verdad, que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe”. (6) Según el artículo 381, para fallar, el juez lo debe hacer si existe “conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado”. Sintetiza Aponte Cardona:

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

En total contradicción, años más tarde Jaime Granados Peña sostiene que el legislador se equivocó al estructurar en el procedimiento ordinario – Ley 906 de 2004 – la formulación de cargos o de imputación preliminar y posteriormente– de

22 A. & FUENTES HERNÁNDEZ, *Garantismo, Eficiencia y Reforma Proceso Penal en Colombia*. (Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999), 174.

23 APONTE CARDONA, A. *Manual Para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. (Bogotá: Consejo Superior De La Judicatura. Sala Administrativa. Escuela «Rodrigo Lara Bonilla», 2006).

forma redundante – una formulación de acusación definitiva²⁴²⁵. En un sistema penal acusatorio –en consideración de este autor– el derecho a la defensa se satisface con una formulación de acusación que incluya una formulación de imputación definitiva con un descubrimiento probatorio pleno²⁶. De tal manera –desde esa perspectiva– que si el legislador, la jurisprudencia y la doctrina colombiana no prohíjan un control material en el estado de la imputación es preferible su eliminación. Significa ello que la formulación de cargos o –en palabras de la Ley 906 de 2004– la audiencia de imputación no hace parte del núcleo esencial del sistema acusatorio. Dicho de otra manera: para este sector de la dogmática, la eliminación de la audiencia de imputación no controvierte los presupuestos normativos del sistema penal colombiano.

El proceso, entonces, iniciaría con la audiencia de formulación de acusación, en la cual se haría la imputación fáctica y jurídica y el descubrimiento probatorio. Además si llegase a ser necesario, después de la acusación el fiscal puede solicitar la medida de aseguramiento²⁷.

Desde esta perspectiva un proceso penal donde la acusación absorba las funciones de la imputación “se tornaría mucho más garantista, y [...] se volvería mucho más eficiente y facilitaría la descongestión”²⁸. Fórmula que parece contradictoria: garantismo y eficientismo procesal son –por lo general– dos conceptos proporcionalmente inversos. Esta posición ha sido materializada en algunas iniciativas legislativas presentadas con el fin de reformar el sistema procesal penal colombiano.

24 P. L. VANEGAS VILLA. “La Imputación”. En *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, 233-266. (Medellín: Librería Jurídica Sanchez, 2008).

25 J. GRANADOS PEÑA. “Breves reflexiones sobre la afectación de garantías fundamentales en la formulación de imputación”. En *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 97. (2012). La imputación y la acusación son dos manifestaciones diferentes de la pretensión penal. La primera es la formulación de cargos preliminar, la segunda es la formulación de cargos definitiva. Vanegas Villa afirma que “mientras que la imputación tiene como escenario una audiencia preliminar ante el juez de garantías, acto en el cual la fiscalía le comunica a una persona que está siendo investigado por unos hechos con una relevancia penal, y con ella se activa el derecho a la defensa y se interrumpe los términos de prescripción de la acción penal; la acusación, se hace ante juez de conocimiento competente según la ley por la gravedad del delito que se acusa, con este acto se da inicio a la fase del juicio con la que se resolverá el derecho que está en conflicto.

26 J. GRANADOS PEÑA. “Breves reflexiones sobre la afectación de garantías fundamentales en la formulación de imputación”, 97.

27 *Ibíd.* 97, 98.

28 *Ibíd.* 99.

Entre algunos de estos proyectos encontramos: el (1) Proyecto de Ley 047 de 2012; el (2) Proyecto Legislativo 126 de 2013; el (3) Proyecto de Ley 102 de 2014; el (4) Proyecto de Ley 224 de abril de 2015 con el cual se pretendía una reforma profunda e integral a la Ley 906 del 2004. Se destacaban, entre otros, un procedimiento abreviado y un sistema de conversión reglado mediante el cual se podía ejercitar la acusación privada. En relación con la iniciativa anterior, se insistió con el (5) Proyecto de Ley 048 en Senado y 171 en Cámara, que culminó en la expedición de la Ley 1826 de 2017, por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado, la cual, entre otras cosas, elimina la audiencia de imputación.

El (6) Proyecto de Ley 107 de 2018, en Senado, por el cual se pretendía reformar la justicia, esto es, el Código de Procedimiento Penal, el Código Disciplinario del Abogado, el Estatuto Arbitral, el Código General del Proceso y la Ley 1905 de 2018; se estimulaba la conciliación extrajudicial contencioso-administrativa; se adicionaba la Ley 1437 de 2011. El (7) Proyecto de Ley 102 de 2014, presentaba el mismo articulado del Proyecto de Ley 126 de 2013 caracterizado por que (i) se desdibujaba de manera absurda el principio de congruencia (art. 448 de la Ley 906 de 2004); y, (ii) se intentó modificar la audiencia de formulación de imputación (art. 286 de la Ley 906 de 2004). Excepto por el Proyecto de Ley 048 en Senado y 171 en Cámara que culminó en la expedición de la Ley 1826 de 2017²⁹ ninguna de estas iniciativas culminó en leyes y fueron archivadas. El texto del Proyecto de Ley 102 expresaba:

(...) Ineficacia-Ineficiencia. Los números son catastróficos: Según las cifras de Corporación Excelencia en la Justicia en delitos graves para el año 2010- 2011 se produjeron en todo el país 57 sentencias en casos de peculado, de ellas solo 10 por juicio; 13 en casos de lavado de activos, de ellas solo 2 por juicio; 8 por prevaricato, de ellas solo 2 por juicio. En delitos como el homicidio, las sentencias fueron 3.952, de ellas 687 por juicio. Pero de otro lado ingresaron 963.000 noticias criminales, de las cuales se estaban archivando 533.000. Según el mismo reporte (Medicina Legal) se aplazaron y cancelaron el 63 % de las audiencias (Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio, boletín de actualización 2010- 2011; Bogotá, febrero de 2012). Con estos números no da espera

29 Respecto del procedimiento ordinario de la Ley 906 de 2004, esta norma disminuye los términos procesales. Para tal fin (1) eliminó la audiencia de imputación. En reemplazo propuso un acto de traslado del escrito de acusación. (2) La audiencia concentrada reúne los actos procesales de la audiencia de acusación y preparatoria. (3) Reemplazó la audiencia de lectura del fallo por un acto de traslado escrito de la sentencia.

a que se tomen medidas que por un lado hagan el proceso penal más dinámico y que por el otro aligeren el peso de algunos anacronismos instrumentales, sin sacrificar garantías por supuesto, para disminuir las causas de aplazamientos, o las insustanciales sesiones de audiencias de lectura de cientos de documentos, o los juicios sobre causas que de antemano se podrían anticipar como atípicas, entre otros aspectos.³⁰

La reforma propuesta propuso eliminar la audiencia de imputación mas no la formulación de cargos en el proceso penal colombiano³¹. En dicho texto la formulación de cargos no se realiza en audiencia sino que tiene una estructura escrita. La formulación de cargos se denominaba *comunicación y vinculación a la actuación*. Podía realizarse con una citación según la forma más expedita: “se faculta al Fiscal para que acuda a todos los mecanismos posibles en aras de asegurar la comparecencia del indiciado”.³² En este sentido comparto la inquietud de Monroy Victoria cuando analizó el Proyecto de Ley 126 de 2014: “¿Realmente se justifica una reforma de la Ley 906 de 2004, para suprimir [...] la audiencia de imputación, con el argumento de congestión de los jueces de control de garantías?”.³³ La formulación de cargos escrita y por fuera de las instancias jurisdiccionales procuraba descongestionar los Jueces de Garantías, excepcionalmente, se acudiría a ellos para realizar los actos de comunicación estrictamente necesarios por existir afectaciones de derechos fundamentales.³⁴

Las iniciativas legislativas no han logrado eliminar la audiencia de imputación y por lo tanto no se ha modificado la formulación de cargos en la Ley 906 de 2004. No obstante, el contexto jurídico cultural –desde la legislación, la política criminal establecida, la jurisprudencia y la doctrina– direccionan la posibilidad de la modificación o eliminación de dicha institución. De la regulación de la norma, de la interpretación de la jurisprudencia colombiana y de la construcción de la

30 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos Proyecto Legislativo 102 de 2014 Cámara* Vol. 514. Bogotá: Gaceta Judicial del Congreso de la República, 2014.

31 La multiplicidad de mecanismos por los cuales se presenta la formulación de cargos va en la vía de lo analizado por la Corte Constitucional. Esto pese a que, como lo recuerda la Sentencia C-303 de 2013 de la Corte Constitucional: “(...) ni el texto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen una formalidad específica para este acto informativo, el legislador previó un acto procesal especial para la materialización de este deber, exigiendo que la comunicación se efectúe en esta audiencia, con la presencia del imputado, su abogado y juez.

32 *Ibíd.*, 27.

33 *Ibíd.*, 27. 49-50

34 *Ibíd.*, 27.

doctrina se puede concluir que el ordenamiento colombiano no estableció una estructura normativa y jurídica que le permitiera inferir al intérprete cuáles son las condiciones para que exista un control judicial a la formulación de cargos que cumpla con los requisitos de legalidad. En conclusión, se encuentran los siguientes como los efectos más problemáticos de la regulación de la imputación: (1) es un mero acto de comunicación. (3) tiene una gran relevancia la congruencia fáctica que se predica desde dicha institución. (4)(9) No hay un descubrimiento total de los medios de prueba y desde allí se inician actos de investigación. (10) Contra la decisión de imputar a cargos no proceden recursos. (14) Con la imputación se inicia las estrategias judiciales para la protección del derecho a la defensa. A continuación, se reflexionará sobre estos asuntos.

5. El derecho a ser informado y ser oído

El entendimiento de la formulación de cargos como un acto de comunicación implica una cantidad de consecuencias en el enjuiciamiento ordinario penal en Colombia. Los actos de comunicación³⁵ son actos procesales que provienen del órgano jurisdiccional y se direccionan a cualquier sujeto procesal que esté llamado a intervenir en cualquier aspecto del proceso jurisdiccional³⁶. Las notificaciones judiciales son el régimen de comunicación en el proceso jurisdiccional. La relevancia de las notificaciones reside en que estas procuran generar el conocimiento del proceso jurisdiccional o un asunto de éste³⁷. Busca operativizar el principio de publicidad y de contradicción. Como lo señala Ferrajoli la publicidad *per se* no tiene trascendencia, se publicita para poder ejercer un control de la actividad judicial.³⁸ La contradicción, la confrontación y el control es quizá

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

36 N. FURQUET MONASTERIO. *Los Actos de Comunicación Procesales*. (Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. Facultad de Derecho, 2001), 10.

37 La teoría general del proceso les asigna varias funciones a los actos de comunicación; esto, según el tipo de comunicación, los sujetos que lo emiten o reciben. Entre estas funciones encontramos la de (1) publicidad, (2) información, (3) advertencia, (4) prueba, (5) eficacia y (6) simplificación.

38 FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 616.

la mejor expresión de un modelo acusatorio. Los actos de comunicación permiten que oportunamente se conozca el debate y se garantice el debido proceso, en sus garantías de derecho a la defensa y contradicción.³⁹

Una de las principales premisas del régimen de notificación del proceso jurisdiccional es que estos actos procesales procuran generar un conocimiento en el destinatario de la comunicación. Los actos procesales que integran el régimen de comunicación son instrumentos, en sí mismo no contiene más información que la apreciación de otro acto procesal. Significa ello que el acto procesal como medio de información “pone en conocimiento de un sujeto determinado el contenido de un acto o resolución conforme a unos requisitos legalmente establecidos, debiendo quedar constancia de su recepción por el destinatario”.⁴⁰

La valía de los actos de comunicación se demuestra en procurar y provocar el conocimiento de la manifestación inicial del proceso. El derecho a ser informado de la existencia del procedimiento es la garantía inicial del proceso justo. Esta garantía del debido proceso está consagrada en el artículo 14 inciso 3 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “[t]oda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causa de la acusación contra ella”. El derecho a ser informado es contemplado en el sistema procesal colombiano en algunas instituciones: (1) la indagación en la Ley 600 de 2000; (2) la audiencia de formulación de imputación en la Ley 906 de 2004; (3) el acto de comunicación y vinculación en el Proyecto de Ley 102 de 2014, la Ley 1826 de 2017 y el Proyecto de Ley 107 de 2018. Esta garantía no es exclusiva del proceso penal, sino de todo tipo de sistemas de procesamiento que estén precedidos de una investigación donde el “el derecho a ser informado de la acusación surge desde (...) que se realiza una imputación a persona determinada.”⁴¹

La formulación de cargos preliminar o la audiencia de imputación generan el conocimiento de la pendencia del proceso.⁴² En el sistema procesal penal colombiano la formulación de cargos es la manifestación del poder político del Estado, afecta al ciudadano respecto la presunción de inocencia, la libertad personal, el buen nombre, entre otros. El derecho a ser informado no puede ser activado en la acusación técnica

39 Ibid., 32. 8.

40 Ibid., 32. 18.

41 FURQUET MONASTERIO. *Los Actos de Comunicación Procesales...*,36.

42 Ibid., 34.

o definitiva de la segunda fase del proceso, “sino en el más general de imputación”.⁴³ Las regulaciones normativas y las iniciativas propuestas por el legislador en ningún momento violan o desconocen el derecho a ser informado. La formulación de cargos en su manifestación de indagación, audiencia preliminar, acto de vinculación o acto de comunicación informan al ciudadano la decisión de enjuiciamiento penal.

El problema reside en que –tal y como se ha advertido– ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, le permiten al juez de control de garantías, al defensor o al procesado la posibilidad de referirse y controlar la imputación. Es necesario que nuestro procedimiento le permita –al menos– al juez de control de garantías la facultad de “desechar y entender por ineficaces los actos de comunicación que no cumplan con el rigor legal y constitucional (. . .). En otras palabras, puede el juez dar por no cumplida la formalidad de la imputación”.⁴⁴ Para garantizar esto no basta el derecho a ser informado, se requiere la garantía a ser oído. Si el proceso jurisdiccional se desarrolla de forma oral, el *principio de audiencia*⁴⁵, esto es el derecho a la contradicción, a la defensa y a la igual de armas debe ser fundamental.

El principio de audiencia asegura que en cada una de las fases del proceso se adquiera “conocimiento de que se ha iniciado un proceso en su contra, especialmente en el ámbito penal, en el que debe garantizarse la presencia del acusado previniendo una condena dictada en su ausencia”.⁴⁶ El derecho a ser informado y a ser oído se debe garantizar desde la fase preliminar del proceso. Por un lado, el derecho a ser informado implica que, la información debe ser: “concreta, expresa, clara y precisa; circunstanciada, integral y previa a la declaración, única forma para que sea eficaz y cumpla sus fines”.⁴⁷ Por otro lado, el derecho a ser oído requiere de la posibilidad de ejercer la defensa que desde la formulación de cargos preliminar puede hacer el procesado. El “derecho a ser oído no sólo se pone en miras a la sentencia definitiva, sino también respecto de decisiones interlocutorias que pueden perjudicar al imputado”⁴⁸.

Garantizar el derecho a ser informado, pero no el derecho a ser oído viola el debido proceso en su manifestación de derecho a la defensa. La negación de ser oído para

43 FURQUET MONASTERIO. *Los Actos de Comunicación Procesales...*,36

44 ARANGO GIRALDO. *Control Constitucional a la Imputación de Cargos...*,137

45 *Ibíd.*, 38. 30.

46 *Ibíd.*

47 E. JAUCHEN. *Derechos del Imputado*. (Buenos Aires: Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2005), 363-365.

48 MAIER, J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos*. Segunda Edición ed. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002), 560.

defenderse constituye una posición de indefensión⁴⁹. El principio de audiencia como estructura del proceso y como garantía del debido proceso implica erosionar toda posición de indefensión del proceso entre las partes, por las cuales tengan oportunidad de alegar y probar en audiencia, bajo la metodología procesal: un enfrentamiento dialéctico en la contraposición de intereses.

El control a la pretensión por parte del juez de control de garantías es uno de los controles necesarios en un sistema acusatorio penal. Los actos de comunicación materializan la realización de un adecuado control a la pretensión. Dicho en otras palabras: el control a la pretensión en el escenario de la formulación de cargos preliminar es inocuo en la Ley 906 de 2004 por la mala configuración de la audiencia de imputación como un acto de comunicación. En un sistema procesal penal que se precie de acusatorio nadie puede ser juzgado

(...) en el transcurso de un proceso en el que no se le ha dado oportunidad de ser oído y vencido en juicio. Por ello, los actos de comunicación de las decisiones judiciales no constituyen meras exigencias formales en la tramitación procesal, sino que son establecidos por las leyes procesales para garantizar a los litigantes, o a aquellos que deban o puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos⁵⁰.

El acto procesal por el cual se pretenda formular cargos –ya sea indagación, audiencia de formulación de cargos, acto de comunicación y vinculación– no puede solamente asegurar la presencia del procesado en las etapas del proceso, sino que debe asegurar su declaración. La declaración del indiciado debe hacerse en “calidad de imputado y no de testigo, dado el distinto régimen que se aplica a uno y otro, con el objeto de que el imputado, asistido de su Abogado, pueda defenderse de los cargos de los que se le acusa”⁵¹.

6. El control material de la formulación de cargos

Los operadores del sistema penal entienden que la etapa de juicio es la fase más trascendental del proceso. Los manuales de la Fiscalía General de la Nación insisten en que la “audiencia de juicio oral es la audiencia procesal más importante del **nuevo**

49 Furquet Monasterio. *Los Actos de Comunicación Procesales...*,33

50 *Ibíd.*, 34.

51 *Ibíd.*, 36.

proceso penal”⁵². Se ignora que la etapa preliminar —especialmente la imputación de cargos— no es solo una preparación del juicio sino que se constituye en la principal traba de la pretensión penal que será acusación y condena o absolución. La etapa preliminar o investigación se constituye como *centro de gravedad* del proceso penal. Es tal la trascendencia que desde esta etapa se *etiqueta* como sospechoso al sujeto pasivo de la acción penal. Desde este momento procesal se predicen los principios de inmediación, publicidad, concentración, contradicción, oralidad de la prueba, y el derecho de defensa.⁵³ En palabras de Jauchen

(...) cualquier acto imputativo inicial que importe sindicar, mencionar, aludir, señalar o considerar a alguien como presunto autor, partícipe, instigador o encubridor de un delito es idóneo para la apertura en cabeza de dicha persona de la legitimación y facultades para ejercer todos los derechos constitucionales y procesales de los que goza todo imputado en un proceso penal⁵⁴.

El sistema procesal penal colombiano —desde la legislación, la jurisprudencia y también la doctrina— debe reflexionar en torno a los siguientes interrogantes:

¿Qué tipo de actuación es la imputación? ¿Cómo se debe asumir este trámite por cuenta del juez de control de garantías? ¿Es un mero acto de comunicación que no afecta los derechos fundamentales del investigado? ¿Qué significa que la imputación permita la iniciación de los actos de defensa? ¿Es un momento procesal apto para culminar anticipadamente el proceso penal por la aceptación de los cargos, dada la suficiencia de evidencia en manos de la Fiscalía?⁵⁵

Uno de los elementos que deben analizarse de la formulación de cargos en el sistema procesal colombiano es la función de la Fiscalía General de la Nación. Esta entidad en el sistema de enjuiciamiento penal de un Estado —que se precie de derecho— es el guardián de la legalidad. La aplicación del principio de legalidad en el proceso penal implica que por parte de la Fiscalía, por un lado, actúa contra un ciudadano en su papel del procesado; y, por el otro, a su vez, protege al procesado. La dicotomía que enfrenta la Fiscalía General de la Nación se debe a que dicha entidad germinó como medio de liberación del ciudadano ante el poder del Estado y no como instrumento de

52 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de procedimientos de la fiscalía...*, 19.

53 SANDOVAL FERNÁNDEZ. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva*.

54 JAUCHEN. *Derechos del Imputado...* 15.

55 O. J. GUERRERO PERALTA. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007), 261.

represión autoritaria⁵⁶. Es profundamente relevante esta situación: la Fiscalía General de la Nación, además de “servir de impulsor del proceso penal, (...) le correspondería el ejercicio limitador en el marco procesal del *ius puniendi*”.⁵⁷

La inferencia razonable que habilita la formulación de cargos no es discrecional y mucho menos arbitraria. La Fiscalía no puede inventar la imputación; por ello debe –según la interpretación de Gómez Orozco– tener, más no descubrir los medios de prueba que sustentan la formulación de cargos⁵⁸. De lo contrario “lastima la presunción de inocencia del imputado, esto obviamente en el caso de que no se allane a la imputación el indiciado o imputado”.⁵⁹ Al respecto Bernal y Montealegre invitan a interpretar dichas normas, de tal forma que la audiencia de acusación sea la “última oportunidad para descubrir esos elementos materiales probatorios y evidencia física”.⁶⁰ La inferencia razonable que desprende la posibilidad de formulación de imputación para la Fiscalía consiste en

(i) haber verificado una hipótesis delictiva, (ii) haber constatado que los hechos de la hipótesis se le atribuyen a quien será convocado a la audiencia de formulación de imputación, (iii) que esta hipótesis se proyecta con la probabilidad de verdad para juicio, (iv) que con base en ella, la fiscalía pretende solicitar condena por estar más allá de toda duda razonable, la participación de él en los hechos que se investigan⁶¹.

Sería ingenuo pensar que el único deber respecto de la formulación de cargos está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. El estado de cosas que regula el sistema procesal penal, predica que el papel del juez control de garantías es absolutamente pasivo en cuanto a la pretensión penal. Diametralmente distinto a la función de control constitucional en cuanto a la posible afectación de derechos fundamentales. El juez de control de garantías es un mero instrumento a través del

56 Ibid., 100.

57 Ibid., 105.

58 Siguiendo a Máximo Langer esta situación explica la paradoja que el autor menciona. La imputación y la estructura probatoria son considerados propios del modelo inquisitivo como categoría histórica. La regulación jurídica de la audiencia de imputación la determina como un mecanismo procesal que sirve para obtener admisiones de culpabilidad de modo coercitivo.

59 GÓMEZ OROZCO. *Nuevo Sistema Penal Acusatorio...*, 114.

60 MONTEALEGRE LYNETT. & BERNAL CUELLAR. *El Proceso Penal*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 150.

61 VANEGAS VILLA. “La Imputación”. En *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio...*, 240-241.

cual se formaliza e impone la pretensión al imputado. La legislación, la jurisprudencia y –lastimosamente– la doctrina, subrayan que “el juez no puede introducir criterios de valoración jurídica, ya que ello significará una intromisión en la función de investigación de la Fiscalía”⁶². De tal manera que un control material –esto es, probatorio y material– a la pretensión “debe resolverse en la audiencia de acusación o el juicio, y no en esta audiencia de imputación”⁶³.

Defender un control nítido o diáfano a la imputación de cargos supone dejar en la voluntad de la Fiscalía la posibilidad de inventar o inflar la formulación de cargos. Afectando a cualquier ciudadano con el peso del proceso penal, en tanto se trata de una manifestación del poder público absoluto del Estado, quizás el único absoluto en el Estado de Derecho. El juicio a la imputación –esto es, a la calificación provisional– reclama un papel activo de la defensa y del juez de control de garantías. En el estado actual de cosas, donde el juez de control de garantías no plantea un juicio a la inferencia razonable determina que sea la misma Fiscalía la que determina que existe fundamento sustancial, procesal y probatorio para formalizar la imputación y acusación. Así, en un sistema procesal penal tan particular y complejo como el colombiano es posible que se llegue a “sentencia sin ningún control material sobre la imputación y la acusación; es decir, hasta entonces y en relación con tales actos de parte del acusado ha estado a merced de la fiscalía”⁶⁴.

Los controles que el sistema acusatorio le asigna a la pretensión penal, a través del cual se garantizan una serie de derechos como componentes del debido proceso, es un presupuesto de legitimidad de la sentencia. Los controles a la pretensión penal no privilegian a ninguna de las partes. El adecuado sistema de controles a la pretensión honra el espíritu del sistema acusatorio y el concepto de debido proceso.⁶⁵ En palabras de Carnelutti, “es necesario, para juzgar definitivamente, pasar a través de una serie de juicios provisionales; la escala de los juicios, precisamente. La escala de la paciencia, en fin de cuentas”⁶⁶.

El mero control formal de la formulación de cargos ha reducido el procedimiento penal en la fase de indagación e investigación. Se ha fomentado una política de supresión de la audiencia de juicio oral. La formulación de cargos como un mero

62 APONTE CARDONA, A. *Manual Para el Juez de Control de Garantías...*, 60.

63 GÓMEZ OROZCO. *Nuevo Sistema Penal Acusatorio...*, 109.

64 M. J, URBANO. *El control de la acusación*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 84.

65 ARANGO GIRALDO. *Control Constitucional a la Imputación de Cargos...*, 121.

66 F. CARNELUTTI. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. S. S. Melendo, Trad. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961), 139.

acto de comunicación y con simple control formal ha fomentado la aparición de instituciones propias de la justicia negociada como el *plea bargaining*. Esto significa que en el proceso penal quiénes toman las decisiones más trascendentales para el procesado son los órganos de persecución –entiéndase Policía Nacional y Fiscalía General de la Nación– “presentando una vuelta al clásico proceso inquisitivo”⁶⁷.

Dadas estas claras desigualdades materiales, no es difícil imaginar en qué condiciones llegan, en la mayoría de los casos, el fiscal y el defensor a negociar reconocimientos de culpabilidad a cambio de desistimientos de cargo y/o reducciones de pena. Éste es, entonces, uno de los principales problemas que presenta la práctica del *plea bargaining* en Estados Unidos. Pero esta desigualdad también tiene obvias consecuencias en los juicios⁶⁸.

En otros términos: si sobre el ciudadano pesa una imputación y éste a) desconoce los elementos probatorios que contra él hay; b) no tiene posibilidades de ejercer una defensa material; c) se activan los beneficios de allanamientos procura una eliminación de la posición del sujeto indiciado, lo que supone regresar al sistema inquisitivo pues dicha indefensión no puede ser compensada en juicio. El procesado entonces en la etapa preliminar es oído para allanarse a los cargos –*guilty plea*–; es oído para negociar –*plea bargaining*–; pero, contradictoriamente, no es oído para defenderse. En ese sentido, “las semejanzas entre el sistema estadounidense moderno de *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofrantes”, dice⁶⁹. El *plea bargaining* es un “procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de graves delitos”⁷⁰.

El sistema acusatorio al encargar a la Fiscalía la titularidad de la pretensión penal, requiere también de su progresividad. La pretensión durante el proceso penal debe estar en constante impulso, ejercicio y mantenimiento por el órgano fiscal. El principio

67 B. SCHÜNEMANN. “Sistema Penal Acusatorio. Aspectos Problemáticos”. U. S. Tomás, Ed. *Revista IUSTA* . (2007): 115.

68 M. LANGER,. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”. En *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, 267. (Buenos Aires: Editorial del Puerto).

69 J. LANGBEIN “Tortura y Plea Bargaining”. En *El procedimiento abreviado*, 3-30. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001).

70 *Ibíd.*, 9.

acusatorio tiene por base “que nadie puede ser llevado a juicio sin que otro sostenga contra él una acusación ante las autoridades competentes”⁷¹. El juez de control de garantías en el sistema procesal penal colombiano ha sido un juez constitucional pero ha omitido su faceta de juez penal. Un “juez reducido a ser un funcionario que aprieta un botón para obtener la respuesta correcta está muy lejos de ser libre”⁷².

En el sistema procesal penal colombiano el juez de control de garantías debería ser un *juez de autorización*⁷³ de la constitución y de la pretensión penal. De tal manera que el Fiscal está obligado a promover la acción y el juez a autorizarla cuando las investigaciones ofrecen motivos claros para promoverla, “es decir, cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible”⁷⁴. El fiscal no puede ser el único que decida cuando un caso va a juicio.⁷⁵

Que se deje en manos de la Fiscalía la decisión de formular cargos y sobre ella no haya ningún tipo de control –más allá de ese somero control formal– genera la posibilidad de someter a un ciudadano a la denominada *pena de banquillo*⁷⁶. Los ciudadanos deben estar exentos, no solo de sentencias arbitrarias, sino también deben estar protegidos ante imputaciones y acusaciones infundadas. Ya lo ha reclamado el mismo Bertelotti: “¿por qué esperar hasta el juicio si ya mucho antes está en condiciones de poner ‘término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal?’⁷⁷.”

Ahora, ¿en qué consiste el control que realiza el juez de control de garantías a la formulación de cargos? En cuanto al *control constitucional*, el juez de control de garantías debe enfocarse en que se respeten las garantías procesales, tales como:

- a) Sustanciales (principio de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia e in dubio pro reo, derecho de defensa, prevalencia del derecho

71 F. CARRARA. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Cuarta Edición Revisada ed., Vol. II. (Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985), 297.

72 N. CHRISTIE. *La industria del Control de Delito, ¿La Nueva Forma del Holocausto?* Segunda Edición ed. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993), 188.

73 CALLE CALDERÓN. “Acerca de la Reforma Procesal Penal. Un primera aproximación”.

74 C. ROXIN. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. R. p. Gabriela E. Córdoba y Daniel R Pastor, Trad. (Buenos Aires: Editoriales del Puerto, 2000), 336.

75 BERTELOTTI. “El Control Jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación...”, 118

76 J. CAFFERATA NORES. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Tercera Edición. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005), 84.

77 *Ibid.*, 71. 111.

sustancial); b) procesales: principio acusatorio, juez natural, celeridad, derecho a los recursos, inmediación de la prueba, contradicción, concentración, oralidad; y c) orgánicas: imparcialidad e independencia y responsabilidad del juez⁷⁸.

El control probatorio consiste en interpretar, apreciar y valorar los elementos probatorios o medios cognoscitivos que utilizan la Fiscalía para reforzar la pretensión. Para ello se debe:

a) debe controlar la inferencia razonable de autoría o partícipe del delito investigado sobre la base de evidencia física o información legalmente obtenida, es decir, que exista esa base para poder determinar en un grado de inferencia razonable que la persona es susceptible de imputación como autor o partícipe del delito que se está investigando; b) controlar que los elementos probatorios y evidencia física que soportan la imputación hayan sido legalmente obtenidos, es decir, recaudados con cumplimiento del debido proceso, y c) determinar la inferencia razonable, en otras palabras un examen de la lógica sobre la pretensión de la fiscalía, de manera que la imputación sea correcta entre persona y conducta⁷⁹.

y d) Posibilidad de controvertir las pruebas presentadas por la fiscalía⁸⁰. El control procesal: consiste en verificar condiciones objetivas de procedibilidad⁸¹⁸² como por ejemplo: a) caducidad en los delitos querellables; b) prescripción; c) ausencia de querrela legítima, o que se haya presentado debidamente, verbigracia el sujeto que la interpone sea el legitimado, d) agotamiento de audiencia de conciliación pre-procesal y judicial, es decir los requisitos de procedibilidad; e) presencia de la defensa técnica y material; f) debida individualización e identificación del imputado; f) relación clara y sucinta de los hechos; se exige que se determine las circunstancias de tiempo, modo y lugar; g) adecuación jurídica de los hechos; h) falta de competencia, o de jurisdicción; i) cosa juzgada; j) existencia de fuero; k) que la imputación contenga la denominación y los fundamentos jurídicos;

78 SANDOVAL FERNÁNDEZ. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva...*, 36.

79 ZAPATA BETANCURT. *Las Audiencias Preliminares del nuevo Sistema Penal Acusatorio...* 76

80 M. I. ARANGO H, "A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación". *Revista Nuevo Foro Penal* 75, N° 6, (2010): 235.

81 SANDOVAL FERNÁNDEZ. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva...*, 79-80

82 *Ibíd.*, 74. 234-235.

l) especificación clara de la consecuencia jurídica, es decir de la sanción, de la pena.

El control sustancial: consiste en la verificación de los presupuestos mínimos que permitan un juicio de imputación; es decir, es un análisis de lo que recolectó el fiscal en la etapa preliminar o investigación^{83 84}: a) que la imputación, o mejor la conducta imputada, corresponda a las mínimas categorías de la teoría del hecho punible, es decir que haya una hipótesis seria de delito; b) análisis de la atipicidad; c) que no se vulnere el principio de *non bis in idem*; d) falta de acción; dicho de otra manera, es la inexistencia del delito que se predica del imputado; e) que la conducta que se atribuya se adecúe al tipo penal imputado; f) definir si la conducta se desarrolló de forma culposa o dolosa; g) que no haya una imputación exagerada o inflada; h) falta de participación o autoría del imputado respecto de la conducta descrita.

La decisión del juez de control de garantías posterior a analizar la pretensión penal que se analiza en la formulación de cargos se puede circunscribir así: (1) El juez puede aprobar la legalidad de la imputación y el proceso sigue el curso normal e irá a la formulación de la acusación. Esta decisión es objeto de impugnación a través del sistema de recursos procesales. (2) Si bien esta alternativa no está acorde al principio acusatorio, el juez debe diferenciar la causal sobre la cual no se aprueba la legalidad de la imputación. En ese sentido (2.1) si el vicio procesal es subsanable la Fiscalía tendría un término dentro del plazo de la indagación (art. 49, Ley 1453 de 2011) para concluirla y subsanar los vicios o tratar de recolectar material probatorio para intentar de nuevo la formulación de la imputación. (2.2) si la imputación no se legaliza por vicios presupuestados en el control material o probatorio el juez debe entonces definir un fallo absolutorio⁸⁵ (3) Una solución acorde a los presupuestos ideológicos del sistema acusatorio es que el juez, en caso de no aprobar la legalidad de la imputación traslada las consecuencias de ello al ente acusador⁸⁶; de tal forma que debe expedirse un fallo absolutorio, con mérito de cosa juzgada.

83 Ibid., 236-240.

84 M. BERTELOTTI. "El Control Jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación. En C. G. Tedesco". En. *La Cultura Penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, 107-109. (Buenos Aires: Editoriales del Puerto, 2009).

85 BERTELOTTI. "El Control Jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación...", 117.

86 ARANGO H, "A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación", 236.

7. Reflexiones finales

El estado actual de cosas da cuenta de que las instituciones que contiene reforma procesal penal que se propuso en Colombia y que finalizó con la Ley 906 de 2004 “no tiene una vocación garantista o limitativa de la violencia y de las contradicciones autoritarias connaturales a todo sistema penal; se trata de una reforma al servicio del programa político-criminal autoritario y antidemocrático”⁸⁷. Es claro que obedece a la marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo⁸⁸; lo que, en otras palabras, se explica como consecuencia de la “americanización o presión globalizante en las reformas del sistema judicial colombiano”⁸⁹. Lo que refleja que nuestro Estado de derecho es absolutamente débil y antidemocrático⁹⁰. En palabras de Schünemann no es “la fuerza del Estado de Derecho sino, justamente a la inversa, sus debilidades, convierten hoy día al sistema norteamericano en tan atractivo para los órganos europeos de persecución penal y para la legislación que posee su influencia”⁹¹.

Bibliografía

- APONTE CARDONA, A. *Manual Para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela «Rodrigo Lara Bonilla», 2006.
- ARANGO GIRALDO, A. F. *Control Constitucional a la Imputación de Cargos. Una Cuestión de Dogmática Procesal Penal*. Medellín: Ediciones UNAULA, 2014.
- ARANGO H., M. I. “A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación”. *Revista Nuevo Foro Penal* 75, N° 6, (2010): 231-246.

87 CALLE CALDERÓN. “Acerca de la Reforma Procesal Penal. Un primera aproximación”. 158.

88 B. SCHÜNEMANN. ¿“Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”. En *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, 280-302. (Madrid: Tecnos, 2002).

89 SANDOVAL FERNÁNDEZ. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva...*, 30.

90 Y esto es así porque lo acusatorio y lo inquisitivo comparten con los análisis alternativos del derecho procesal penal comparado no solo las tradiciones teóricas, sino también un interés limitado a solamente ciertos aspectos del proceso penal. Mi principal argumento es que la yuxtaposición de las categorías acusatorio e inquisitivo ha resaltado a determinadas jurisdicciones y a ciertos aspectos de la administración de justicia en detrimento de otros”, LANGER. “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”. *Revista de Derecho Público*, 20-21.

91 SCHÜNEMANN. “Sistema Penal Acusatorio. Aspectos Problemáticos”, 112-113.

- BERNAL CUELLAR, J. & MONTEALEGRE LYNETT, E. *El Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- BERTELOTTI, M. "El Control Jurisdiccional del mérito sustantivo de la investigación. En C. G. Tedesco" En *La Cultura Penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, 103-122. Buenos Aires: Editoriales del Puerto, 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL. C-303 (2013).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. 2042-2019. (junio 5 de 2019).
- CAFFERATA NORES, J. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Tercera Edición. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- CALLE CALDERÓN, L. "Acerca de la Reforma Procesal Penal. Un primera aproximación". *Nuevo Foro Penal* 67. (2005): 145-175.
- CARNELUTTI, F. *Cuestiones Sobre el Proceso Penal*. S. S. Melendo, Trad. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal. Parte General*. Cuarta Edición Revisada ed., Vol. II. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1985.
- CHRISTIE, N. *La industria del Control de Delito, ¿La Nueva Forma del Holocausto?* Segunda Edición ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos Proyecto Legislativo 102 de 2014 Cámara* Vol. 514. Bogotá: Gaceta Judicial del Congreso de la República, 2014.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo 237/2002 (Cámara) y 12/2002 (Senado)*. Gaceta Judicial del Congreso de la República, 2002. 134.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual de procedimientos de la fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación, 2005.
- FUENTES HERNÁNDEZ, A. & *Garantismo, Eficiencia y Reforma Proceso Penal en Colombia*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.
- FURQUET MONASTERIO, N. *Los Actos de Comunicación Procesales*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. Facultad de Derecho, 2001.
- GÓMEZ OROZCO, J. A. *Nuevo Sistema Penal Acusatorio: Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento*. Medellín: Editorial Señal Editora, 2012.
- GONZÁLEZ JARAMILLO, J. *Del control de la imputación. Una reflexión acerca de los límites del poder de formular cargos en el Estado de derecho, a partir de la dogmática*

- procesal*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2019.
- GRANADOS PEÑA, J. (2012). "Breves reflexiones sobre la afectación de garantías fundamentales en la formulación de imputación". *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, 79-100.
- GUERRERO PERALTA, O. J. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- JAUCHEN, E. *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2005.
- LANGBEIN, J. TORTURA Y PLEA BARGAINING. En *El procedimiento abreviado*, 3-30. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- LANGER, M. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado". En *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, 239-268. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004.
- LANGER, M. "La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo". *Revista de Derecho Público* 32. (2014): 1-34.
- MAIER, J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos*. Segunda Edición ed. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2002.
- MERCEDES ALLIAUD, A. "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución". En E. Hendler, *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, 211-236. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- MONROY VICTORIA, W. "Principales aspectos de la reforma de la Ley 906 de 2004. Proyecto de ley número 126 de 2014". En *I. C. Procesal, Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal (ICDP)*, 43-62. Bogotá: Universidad Libre, 2014.
- ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. R. p. Gabriela E. Córdoba y Daniel R Pastor, Trad. Buenos Aires: Editoriales del Puerto, 2000.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, J. *Responsabilidad Penal y Detención Preventiva. El proceso penal en Colombia-Ley 906 de 2004*. Barranquilla: Grupo Editorial Ibañez. Editorial Universidad del Norte, 2013.
- SCHÜNEMANN, B. ¿"Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)". En *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio*, 280-302. Madrid: Tecnos, 2002.
- SCHÜNEMANN, B. "Sistema Penal Acusatorio. Aspectos Problemáticos". U. S. Tomás, Ed. *Revista IUSTA*. (2007)

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

VANEGAS VILLA, P. L. "La Imputación". En *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*, 233-266. Medellín: Librería Jurídica Sanchez, 2008.

VÉLEZ OSORIO, L. G. *Otra cara del sistema acusatorio colombiano: menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2012.

ZAPATA BETANCURT, C. M. *Las Audiencias Preliminares del nuevo Sistema Penal Acusatorio* Tercera Edición ed. Medellín: Señal Editora, 2009.