

Desventajas de la defensa en el sistema penal acusatorio*

Disadvantages of the Defense in the New Accusatory Penal System

Guillermo Montoya Ocampo*

Resumen

A los colombianos se nos ofreció una transformación sustancial en el proceso penal con el advenimiento del sistema acusatorio: celeridad, eficiencia y vigencia de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad ha sido distinta: una indagación preliminar sin término definido y, además, secreta; unos actos de investigación realizados por la Fiscalía sin la intervención de la defensa; unas decisiones del órgano acusador sin recursos y sin control judicial; establecimiento de unas penas de prisión más severas, cuyos destinatarios son los sectores más desprotegidos de la sociedad, con el objeto de estimular los allanamientos, los preacuerdos y las negociaciones que eviten la realización del juicio oral; en fin, un proceso diseñado para que el Estado “gane” y el ciudadano “pierda”, en aras del eficientismo; es decir, la justicia penal manejada como una empresa.

* Trabajo de grado en la Especialización en Instituciones Jurídico-Penales, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia. Dirigido por la Dra. Whanda Fernández León. Julio de 2007.

Palabras clave:

Justicia, Derecho, Proceso Penal Acusatorio, Defensa, Juicio.

Abstract

To the Colombians a substantial transformation in the penal process with the coming of the accusatory system was offered: speed, efficiency and the enforcement of the fundamental rights. Nevertheless, the reality has been different: A preliminary inquiry shows that it operates without a defined term and that, in addition is secret; some investigation acts are made by the office of the Attorney General without the intervention of the defense; some decisions of the accusing organ without resources and judicial control; the establishment of severe prison sentences, applied to those who are the most unprotected sectors of society, with the intention of stimulating house raids, the pre-agreed cases and the negotiations that avoid the accomplishment of the oral judgment. In short, a process designed so that the State "gains" and the citizen "loses", for the sake of the efficiency. That is to say, the penal justice handling like a company.

Key words:

Justice, Law, Prosecution, Penal Accusatory Process, Legal Defense, Trial.

1. Introducción

“Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia”
(Eduardo J. Couture: *Los mandamientos del abogado*).

Una verdadera y revolucionaria modificación en la justicia penal se le ofreció al pueblo colombiano con la entrada en vigencia de la Ley 906/04. Después de un largo periodo, en el cual, como regla general, un proceso tardaba años para la decisión del juez –cuando no era la usual vía de la prescripción la que definía el asunto–, se adujo, por parte del Fiscal General de la Nación de entonces, y de los fieles voceros de sus tesis, que con el nuevo procedimiento se garantizaban los principios de celeridad, eficiencia y eficacia, sin tener que sacrificar las garantías fundamentales consagradas a favor de la persona. Obviamente, la sociedad acogió con beneplácito la entrada en vigencia del novedoso ordenamiento jurídico, inconforme como se hallaba con un sistema inquisitivo que no ofrecía confianza alguna en su funcionamiento: unas “pruebas” que se producían en la propia sede de la Fiscalía con vocación de permanencia en el proceso; un instructor con funciones juridentes, como la expedición de una orden de captura, una medida de aseguramiento o una preclusión; el exagerado apego al escrituralismo heredado de la Corona española como sinónimo de que “*lo que no está en el acta no está en el mundo jurídico*”; el abuso de la diligencia de indagatoria, destinada más a provocar

“*la confesión*” que a servir de eficaz medio de defensa, y la existencia de una audiencia de juzgamiento que no se ajustaba a los requisitos y finalidades que debe cumplir ese trascendental acto procesal.

Los Distritos Judiciales de Bogotá, Armenia, Pereira y Manizales se constituyeron en los precursores de este reciente modelo, y ya han transcurrido dos años y medio desde su entrada en vigencia, tiempo más que suficiente para hacer un balance sobre él. Por consiguiente, es menester decir que las expectativas creadas con los supuestos beneficios que la comunidad iría a recibir a partir de su implantación no se han cumplido en gran parte, entre otras, por las siguientes razones:

1.^a Los elementos materiales de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, no obstante que no constituyen “*prueba*” propiamente dicha, sí pesan demasiado en contra del encartado, por lo menos hasta la audiencia de formulación de acusación, momento en el cual opera el descubrimiento de pruebas por parte de la Fiscalía. Por lo general, esa carga “*probatoria*” conduce inevitablemente al allanamiento o al preacuerdo del imputado o acusado.

2.^a El término indefinido de la indagación preliminar vulnera el debido proceso, toda vez que el indiciado no puede defenderse durante esa etapa y mientras tanto la Fiscalía recauda elementos de convicción para sorprenderlo formalizando la

investigación mediante la audiencia de formulación de imputación. A partir de este momento los términos procesales son breves y, por ende, escaso el tiempo que tiene la defensa para desvirtuar los cargos imputados por el ente acusador.

3.^a El indigno silencio impuesto al indiciado durante la fase de la indagación previa lo convierte en un mero instrumento en manos del Estado, al punto de que es tratado como un objeto y no como un sujeto de derechos.

Nada más contrario a los principios del garantismo que unas pesquisas fabricadas a espaldas del ciudadano y sin posibilidades de contradicción.

4.^a Como casi todos los procesos que se están tramitando en el nuevo sistema son resultado de la flagrancia, en los preacuerdos y las negociaciones la Fiscalía cuenta con la ventaja de poseer todos los elementos de conocimiento para imponer los términos del convenio celebrado con el imputado o acusado.

5.^a La policía judicial tiene una carga de trabajo excesiva para realizar los actos de investigación, especialmente en los delitos de mayor impacto social. Esta circunstancia ha congestionado el sistema hasta el punto de que, fuera de los casos de flagrancia, son muy pocos los procesos que se han tramitado por los jueces de conocimiento.

6.^a Los juicios en el sistema penal acusatorio son la excepción y solamente un porcentaje muy reducido de los casos concluye en esa última etapa. El siste-

ma está diseñado para que la Fiscalía “gane” y el procesado “pierda” en el evento de que sea necesaria la plena culminación del proceso con todas sus fases agotadas. Por tanto, se estimula el mecanismo alternativo del allanamiento, el preacuerdo y la negociación para anticipar las sentencias condenatorias. Pero, de contera, la ventaja del juicio oral, público, concentrado y contradictorio resulta siendo exótica porque raramente se acude a él.

7.^a El juicio dentro del sistema acusatorio es demasiado costoso para el ciudadano, en razón a que el principio adversarial obliga a las partes a conseguir y a utilizar sus propios medios de prueba, aplicando una supuesta “igualdad de armas” entre la Fiscalía y la defensa. Mientras que aquella cuenta con la asistencia idónea que suministra el Estado para desarrollar su actividad, el ciudadano, por lo general, carece de los recursos económicos para contratar los servicios de un profesional del derecho que, junto con una adecuada organización técnico-científica en el campo, le permita realizar una oportuna y eficiente defensa. Por ende, con la privatización en la búsqueda, identificación, recaudo y embalamiento de los elementos materiales probatorios y de las demás actividades propias de la investigación criminal, termina perdiendo la parte más débil de la ecuación contradictoria.

En síntesis, el sistema penal acusatorio no ha sido la panacea que se les ofreció a los colombianos y desde el ángulo de la defensa es procedente decir que la Ley

600 de 2000 le ofrecía a la persona mayores garantías para la pronta y adecuada protección de sus derechos.

2. Intemporalidad de la fase de indagación preliminar

La investigación previa dentro de la Ley 600 de 2000 tiene por objeto determinar si ha tenido ocurrencia la conducta, si esta se encuentra descrita en la ley como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si se cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y si se ha individualizado o identificado al autor o partícipe de la conducta punible; ella concluye con resolución inhibitoria o de apertura de instrucción. Esa indagación previa también está prevista en la Ley 906 de 2004 y tiene como finalidad recaudar elementos materiales probatorios y evidencia física y establecer la individualización de los autores y partícipes del delito, lo cual conduce al archivo de las diligencias (Art. 79), a la resolución inhibitoria (Art. 327) o la formulación de imputación contra el indiciado (Art. 286). Sin embargo, existen diferencias sustanciales entre el esquema penal anterior y el nuevo sistema en lo que respecta a la denominada indagación previa o preliminar, a saber:

Término de la indagación preliminar.

En la Ley 600/00 el término máximo de

la indagación preliminar es de seis meses, vencidos los cuales se dicta resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria. Sobre este punto conviene recordar que el art. 324 del Dto. 2700 de 1991 consagraba un término indefinido para la investigación previa, pero la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, lo declaró inexecutable; se pronunció así esa Corporación:

La inocencia como valor individual compromete su defensa permanente, la cual mal puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado sin conocimiento del imputado y por largo tiempo haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa.

[...]

Es forzoso concluir que no se aviene al Debido Proceso y, por el contrario, lo niega, la configuración de una etapa investigativa carente de término¹.

Tesis similar a la anterior fue expuesta por esa misma Corte en sentencia del Dr. Fabio Morón Díaz².

Ahora bien, en el nuevo sistema penal acusatorio el único límite que tiene la Fiscalía para investigar a un ciudadano, a espaldas suyas, es el término de prescripción consagrado para cada delito. Por ende, el sospechoso o indiciado puede ser investigado por un

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-412/93.

² Corte Constitucional, Sentencia de 23 de marzo/99.

tiempo indefinido, sin poder ejercer cabalmente su derecho de defensa.

Contrario a lo que sucede en nuestro país, casi todas las legislaciones penales del mundo consagran a favor del ciudadano un periodo preciso para que el Estado realice la investigación penal respectiva. Así, por ejemplo, en Costa Rica la indagación preparatoria debe concluir en un plazo razonable, y si el imputado estima que ha habido una prolongación indebida de ella puede solicitarle al Tribunal de Control del procedimiento preparatorio que le fije un término al fiscal para que la finalice, cuyo plazo máximo no podrá exceder de seis meses, de conformidad con el art. 171 del CPP. En Perú, según el art. 98 del CPP, el término máximo de investigación es de ciento veinte días, prorrogable, por causas de naturaleza extraordinaria, hasta por un máximo de quince (15) días. En Venezuela, si han transcurrido seis meses desde la individualización del imputado, este podrá requerir al juez de control con el objeto de que se fije un plazo prudencial para la conclusión de la investigación. Una vez concluido este plazo, el Ministerio Público cuenta con treinta días para presentar acusación o solicitar sobreseimiento, según el art. 125.7 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el nuevo esquema procesal penal colombiano la Fiscalía tiene el monopolio de la acción penal y es soberana absoluta en la indagación preliminar, porque durante su curso actúa sin controles, esto es, sin oposición por parte de otros sujetos procesales. Por

tanto, puede prolongar irracionalmente en el tiempo las pesquisas, demorar de modo intencional la solicitud de órdenes de captura y, en fin, retardar a su antojo la formulación de la imputación, evitando de esta manera que el indiciado, en forma oportuna, ejerza sus derechos constitucionales a la defensa. Por consiguiente, como no existe un control judicial sobre los actos de investigación preliminares que realiza la policía judicial, en la práctica resulta muy difícil saber con exactitud cuándo la Fiscalía es manifiestamente tardía en la formulación de imputación. Si el Estado, a través de este organismo, tiene el poder para recaudar elementos cognoscitivos sin que sea posible su contradicción, es entendible que la situación del ciudadano investigado se torna demasiado desfavorable, merced a que en el momento en que se active su defensa ya tiene en su contra un cúmulo probatorio difícil de desvirtuar.

En este orden de ideas, la conclusión a que se llegó en la sentencia T-799/05 parece más un hermoso canto a la bandera que una determinación de obligatorio cumplimiento para la Fiscalía General de la Nación. En ese proveído, con ponencia del Dr. Jaime Araújo Rentería, se dijo:

La correcta interpretación constitucional del derecho de defensa implica que este no tiene un límite temporal.

Si no existiera desde el inicio de la investigación esta proporcionalidad basada en el derecho de defensa, fácilmente la persona puede pasar de

investigada a imputada, a acusada y a condenada, sin haber actuado en equilibrio de fuerzas con quien lo investiga. Razón por la cual, existiría una clara violación al derecho de igualdad y al derecho de defensa.

En consecuencia, no es de relevancia para el ordenamiento constitucional el nombre que jurídicamente se le otorgue a una persona al interior de una investigación o de un proceso penal. Lo trascendente acá es que a dicha persona no se le apliquen excepciones temporales al ejercicio de su derecho de defensa, pues ella en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse³ (subrayados fuera del texto).

3. Fase secreta de la indagación previa y sin derecho de defensa

De conformidad con el art. 323 de la Ley 600/00, los elementos recaudados por la Fiscalía no pueden ser conocidos por el imputado sino en el momento de rendir la diligencia de versión preliminar. Empero, la Corte Constitucional consideró que el implicado debe ser informado previamente sobre el delito que se le imputa y sobre los fundamentos probatorios de dicha imputación antes de aquella diligencia. En efecto, en Sentencia C-033/2003 esa Corporación expresó:

... que el hecho de no ser sujeto procesal debido a su precario grado

de vinculación a la investigación, no puede ser interpretado en el sentido de excluirlo de la facultad de ejercer en toda su dimensión sus derechos, particularmente el de contradicción y defensa, en la medida en que una restricción de esa naturaleza podría afectar de manera grave el desarrollo de las subsiguientes etapas del proceso⁴ (subrayado fuera de texto).

Luego, esa Corte Constitucional amplió su criterio sobre el tema en la siguiente forma:

En efecto, para que la versión preliminar constituya un medio de defensa del investigado, éste ha de conocer los hechos por los cuales está rindiendo dicha versión. Sería contrario a “la igualdad de armas” que el Estado conociera todo lo que obra en contra de una persona, pero que ésta, al rendir versión preliminar, no pudiera saber qué se le imputa y en qué se basa dicha imputación⁵.

Paradójicamente, un esquema que se proclama garantista, como es el caso del sistema penal acusatorio, protege con el silencio todos los actos de investigación que han realizado la policía judicial y la Fiscalía, cosificando al ser humano y convirtiéndolo en objeto de prueba, a manera de remembranza de las peores épocas del viejo modelo inquisitivo. Por ende, era más garantista la Ley 600 de 2000 que la Ley 906 de 2004 en el tema de la investigación previa.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-799/05.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-033/03. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-096/03. M. P. Dr. Manuel José Cepeda E.

Hay un consenso universal en los tratadistas de la prueba en el sentido de que el imputado debe conocer, desde el primer acto de indagación o investigación, sobre los hechos que se le imputan. Así, el maestro alemán Erich Döhring sostiene que “En lo que concierne al imputado, responde incluso a un deber de humanidad ponerlo al tanto del asunto aunque sea someramente”⁶. Así mismo, los profesores Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, con fundamento en la Observación General 13 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi, mencionan que:

“... el imputado tiene derecho a conocer el motivo de la investigación. Si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José aluden a ‘acusación’, dicha expresión debe entenderse en un sentido más amplio, de manera que comprenda el derecho a ser informado de la existencia de la investigación misma”[...]. El comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la garantía implica que la información al investigado ha de ser oportuna, en el sentido de realizarse “tan pronto como la autoridad competente formule la acusación”. Pero, además, el mismo comité afirmó que el derecho surge “cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o

una autoridad del Ministerio Público decidan adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal”. Es decir, como se anotaba antes, no se trata de la acusación en un sentido formal, como iniciación del juicio, sino del momento en el cual la persona es “designada públicamente” como sospechosa”⁷ (subrayado fuera de texto).

En términos similares, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.º, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en sus artículos 55, 69 y 61, consagran el derecho de la persona a conocer previamente los cargos que se le formulan, con el objeto de que pueda preparar adecuadamente su defensa material y técnica.

Igualmente, y con el objeto de preservar el derecho de defensa, los distintos códigos de procedimiento penal permiten el conocimiento de los actos de investigación realizados por la policía judicial:

El Código Procesal de Chile contempla el secreto de las actuaciones de la investigación en su art. 182, pero es claro y contundente en señalar que “el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y los documentos de la

⁶ DÖHRING, Erich: *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1972, p. 31.

⁷ BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*. Tomo I. 5.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 337 y 338.

investigación fiscal y policial”. Y se garantiza el derecho de defensa “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, según los términos del art. 8.º.

El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela establece el derecho del imputado a nombrar un abogado de confianza “desde el primer acto de confianza “desde el primer acto de procedimiento o perentoriamente, antes de prestar declaración”, conforme lo dispone el art. 137, y a “Solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido”, según lo prevé el art. 125.

El Código Procesal Penal de la Nación Argentina ordena, en su art. 73, que “la persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal, personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal Español contempla, en su art. 18, que de la admisión de la denuncia o querrela y de cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona determinada, “será puesta inmediatamente en conocimiento de los directamente inculcados”. Así mismo, el art. 302 preceptúa que “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”.

La Corte de los Estados Unidos, en el caso *Escobedo vs. el Estado de Illinois*, determinó que desde el instante en que un sospechoso se convierte en “foco de la investigación”, este tiene derecho a contar con un abogado defensor.

Lamentablemente, en la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano se impuso una mentalidad represiva al servicio de un régimen político interesado en mantener oculta la indagación preliminar para buscar la eficacia de las pesquisas iniciales, evitando su oportuna y democrática contradicción y sin tener el contrapeso de una defensa real y efectiva de los derechos del ciudadano. Se optó por el silencio, examinando primero a la persona en todos sus confines, para luego, súbitamente, vincularla a un proceso penal, aduciéndose contra ella un arsenal probatorio difícil de desarticular. La experiencia enseña que, por lo general, las iniciales averiguaciones se constituyen dentro del proceso en columna vertebral de la acusación; por tanto, si no se permite cuestionar desde el comienzo mismo de su recaudo esos elementos cognoscitivos, posteriormente resultará complicada la tarea de la defensa para refutarlos. En este aspecto, sobrada razón le asiste al Magistrado de la Corte Constitucional Dr. Jaime Araújo Rentería al aseverar que “la falta de presencia del sindicado o del juez en la práctica de estas pruebas puede y ha dado lugar de hecho a la realización de pruebas sin el lleno de las garantías necesarias, en donde se han presentado montajes de las mis-

⁸ Corte Constitucional. Dr. Jaime Araújo Rentería. Aclaración de voto Sentencia C-1154/05.

mas, lo cual luego en la etapa del juicio es muy difícil demostrar”⁸.

Por consiguiente, otra vez la Sentencia T-799/05, no obstante su cardinal importancia en defensa del garantismo, aparece como ingenua en este punto, toda vez que la realidad es bien distinta: no es posible conocer cuándo se es objeto de indagación preliminar por parte de la Fiscalía. En esa providencia se dice que “la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación”. Esta es una expresión candorosa formulada dentro de un sistema represivo al que no le interesa aplicarla.

Sobre el grave peligro que implica para el indiciado la secretividad de la fase previa al juicio oral, el maestro del derecho penal Luigi Ferrajoli escribió lo siguiente:

Si se considera que esta fase secreta y sustancialmente inquisitoria es, de hecho, decisiva para la investigación de la prueba y que en ella se prejuzga e, incluso, en ciertos casos – como en el juicio abreviado o en la aplicación de la pena a petición de las partes– se agota el juicio, deberemos dejar constancia de la continuidad, cuando no del retroceso, del nuevo código con respecto al viejo en estos aspectos. El riesgo que ello comporta es el de que el nuevo proceso termine por reforzar la tendencia, desarrollada en el último decenio, a la degradación del juicio

contradictorio y a la consiguiente hipervaloración de las funciones inquisitivas sobre las jurisdiccionales⁹ (subrayado fuera del texto).

El anterior argumento tiene relación con el nuevo Código de Procedimiento Penal de Italia, puesto en vigor a partir del 24/10/1989, pero pareciera haber sido escrito con respecto a la fase preliminar secreta del sistema penal acusatorio colombiano de la Ley 906/04, en la cual el indiciado es apenas un indefenso instrumento al servicio de la Fiscalía General de la Nación.

En síntesis, si la fase de la indagación preliminar es secreta, es obvio que el ciudadano carece de los medios idóneos para enterarse de las pesquisas que en su contra ejerce la policía judicial. Y si en esta etapa preprocesal se impone el silencio, dentro del cual se mueve a sus anchas la Fiscalía, es inaplicable el mandato de la mencionada Sentencia T-799/05.

4. Falacia de la “no prueba” en la fase de la indagación preliminar para justificar la intemporalidad de esta etapa

En el seno de la Comisión Redactora Constitucional del nuevo Código de Procedimiento Penal, creada por el Acto Legislativo N.º 003 de 2002, hubo posiciones diametralmente opuestas con

⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Trotta S.A., 1997, p. 742.

¹⁰ Fundamentalmente los doctores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Carlos Eduardo Mejía defendieron dicha tesis, según Acta N.º 021 del 13 de junio de 2003.

respecto al término de la indagación preliminar: una, la minoritaria, solicitó un término razonable para ella y, de contera, el derecho del ciudadano a conocer las razones concretas de la averiguación judicial¹⁰, pero la propuesta que finalmente se impuso logró una indagación sin límites temporales.

No quedan dudas de que el defensor principal de la tesis ganadora fue el doctor Jaime Enrique Granados, a cuyo cargo estuvo la defensa del proyecto que le interesaba a la Fiscalía General de la Nación, como organismo encargado de investigar y acusar a los probables delincuentes en Colombia. Es preciso señalar que, en ejercicio incondicional de esta misión, este profesional del derecho consiguió que sus argumentos¹¹ fueran acogidos en el texto final del nuevo estatuto procesal penal, los cuales se resumen así:

- El sistema acusatorio es más garantista porque la Fiscalía no judicializa pruebas y los registros y allanamientos están sujetos a control judicial. Si bien se le otorgan mayores poderes a la Fiscalía en la investigación, los elementos probatorios solo tendrán valor de prueba en el juicio, con lo que se protege en mayor medida al ciudadano, pues habría un equilibrio en las cargas.
- No se puede seguir interpretando de la misma manera el artículo 29 de la

Constitución frente al nuevo esquema, porque no se está hablando de un sistema inquisitivo donde se investiga, juzga y condena a espaldas del sospechoso.

- No se debe temer la secretividad de la investigación, a no ser que se determine que lo recogido constituye prueba en sí misma y se utilice en contra del sospechoso, sin oportunidad de confrontación o contradicción.
- La participación de la defensa de manera anticipada en el sistema inquisitivo es necesaria en virtud a la permanencia de la prueba, mientras que en el sistema acusatorio tiene sentido la participación de la defensa con posterioridad a la acusación.
- El planteamiento de que la investigación afecta la intimidad de una persona no tiene fundamento constitucional, legal ni doctrinario, salvo cuando la investigación tenga la potencialidad o la virtualidad, como ocurre hoy en Colombia, de producir prueba que permanezca en la investigación hasta el juicio y el sistema que se quiere adoptar no funciona de esa manera.

Las razones expuestas para sustentar la intemporalidad de esa fase preprocesal no pueden ser compartidas por los siguientes motivos:

¹¹ Ibídem.

4.1 El art. 2.º del Acto Legislativo 03/02 obliga a la Fiscalía a adelantar el ejercicio de la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”¹² (subrayado fuera de texto). De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, **posible** significa “Que puede ser o suceder”; es decir, algo que bien puede ocurrir o no ocurrir. En otras palabras, para iniciar una investigación, al fiscal correspondiente le basta la simple posibilidad de la existencia del delito. “Cuando con respecto a un hecho determinado nuestra mente llega a tener la simple posibilidad de él, se encuentra en un estado especial que está cons-tituído por la igualdad de motivos para creerlo y para no creerlo; es decir, que con la idea de la simple posibilidad de un hecho no tenemos ninguna razón pre-dominante para tenerlo como real”¹³.

A partir de esa posibilidad, en la indagación preliminar el fiscal realiza diferentes actos, por conducto de la policía judicial, tendientes a constatar la existencia de la conducta punible y la probable autoría o participación del indiciado en el hecho. Y de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información

legalmente obtenida, aquel servidor público llega a la conclusión de que debe formalizar la investigación mediante la formulación de imputación. ¿De dónde surge la imputación? De la ciencia de la lógica, esto es, de la **inferencia razonable** deducida de los elementos de convicción con que hasta entonces dispone la Fiscalía:

... la formulación de imputación es un acto discrecional, mas no arbitrario, que debe basarse en un mínimo fundamento de culpabilidad (suponer más que una posibilidad y menos que una certeza), es decir, el fiscal puede estimar las probabilidades de obtener una condena con los elementos de prueba recogidos pero sometidos al contradictorio.

La solución establecida por el art. 287 del C.P.P. es más compleja e implica operación de carácter lógico por parte del fiscal, en la medida en que se predica “inferencia razonable” de autoría o participación de la conducta delictiva que se investiga. Si nos atenemos a una exégesis de la norma, se diría que la operación de inferencia razonable se debe hacer sobre los elementos jurídicos de atribución subjetiva de la conducta punible investigada, lo que de alguna manera nos lleva al concepto esbozado anteriormente referido a “mínimo fundamento de culpabilidad”¹⁴ (subrayados fuera de texto).

¹² Art. 250 de la Constitución Nacional.

¹³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nícola: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis, 1964, p. 90.

¹⁴ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pp. 259-260.

¹⁵ Art. 336 de la Ley 906/04.

Luego, para formular acusación, ese mismo fiscal debe contar con “**probabilidad de verdad**” de que la conducta existió y de que el imputado es su autor o partícipe¹⁵. Y, adicionalmente, debe cumplir “**con el descubrimiento de la prueba**”. Probabilidad, según ese mismo Diccionario, es “Verosimilitud o fundada apariencia de verdad. Característica de un suceso del que existen razones para creer que se realizará”. Nótese que entre las dos definiciones hay una notable diferencia: En lo **posible** los datos negativos y afirmativos son equivalentes, mientras que en la **probabilidad** los datos afirmativos tienen notorio predominio sobre los negativos.

Con el objeto de ilustrar más sobre el tema, en cita del tratadista Germán Pabón Gómez, sobre lo probable y lo fidedigno en la obra *Lógica dialéctica*, de D.P.V. Kopnin, se menciona lo siguiente:

Lo probable y lo fidedigno están vinculados con lo verdadero. Lo probable es el conocimiento en un grado de exactitud y argumentación; y lo fidedigno de otro superior. En la dinámica del pensamiento lo probable se convierte en fidedigno y lo fidedigno origina una nueva probabilidad. En este sentido la

probabilidad desempeña un papel activo en el dominio del objeto, en la aprehensión de sus propias cualidades. El juicio probable al expresar un determinado nivel del conocimiento del objeto, su aprehensión hasta ciertos límites, es el camino que nos lleva a la verdad objetiva en su aspecto más completo y definitivo”¹⁶ (subrayado fuera de texto).

Y en concepto del tratadista de la prueba Gustavo Humberto Rodríguez, la probabilidad se presenta “cuando existen circunstancias mayoritarias del conocimiento afirmativo, sin llegar al imperio de dicho conocimiento, el que solamente lo da la certeza”¹⁷.

¿Qué nos enseña lo anterior? Que tanto para la formulación de imputación como para la formulación de acusación se requiere, en el grado de conocimiento, **probabilidad y no mera posibilidad**. Probabilidad de la existencia de la conducta punible y probabilidad de que, por inferencia razonable, el indiciado o imputado es autor o partícipe en ella. “Probable es lo que puede ocurrir fácilmente pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible que puede tomar forma o no ejecutarse o confinarse a un simple proyecto”¹⁸.

Por consiguiente, en razón de los

¹⁶ PABÓN GÓMEZ, Germán: *De la teoría del conocimiento en el proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005, p. 288.

¹⁷ RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto: *Pruebas penales colombianas*. Bogotá: Editorial Temis, 1970, p. 163.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 26 de mayo/71. G.J.T. CXXXVIII 2340/5 p. 559. M.P. Dr. Luis Carlos Pérez.

elementos de conocimiento recaudados por la Fiscalía, la probabilidad, dentro de un mismo caso, puede tener igual fuerza de convicción tanto en la formulación de imputación como en la de acusación. Pero puede ocurrir, igualmente, que en el transcurso de la investigación surjan otros medios de prueba que desvanecen o fortifican la formulación de imputación. Si lo primero, el fiscal acude al mecanismo de la preclusión, y si lo segundo, opta por la acusación.

Se trata entonces de un proceso dialéctico hacia la construcción de la verdad en el que la Fiscalía comienza desde la **posibilidad**, luego avanza hasta la **probabilidad** en la imputación y en la acusación, el cual concluye posteriormente en la sentencia, con la obligación para el juez de contar con el **convencimiento más allá de toda duda** en el evento de que llegare a emitir una condena.

Por tanto, es una valoración surgida desde la propia Constitución Nacional, que consiste en un proceso gradual mediante el cual el conocimiento humano cumple una operación crítica para llegar finalmente a la convicción de la verdad. Desde la ciencia de la lógica se logra pasar de la ignorancia a la duda, de la posibilidad a la probabilidad, y de esta al conocimiento más allá de toda duda razonable.

En este orden de ideas, y contando con los datos iniciales, la actividad del fiscal

comienza ante la mera **posibilidad** de que el delito existe, a continuación recauda elementos materiales de prueba, evidencia física e información, y con posterioridad, al evaluar juiciosamente estos elementos cognoscitivos, considera que puede imputar y después acusar porque, en este caso, tiene ya **probabilidad de verdad** sobre la conducta delictiva y sobre la calidad de autor o partícipe del imputado.

4.2 Muchas actuaciones de la Fiscalía General de la Nación afectan, en algún grado, los derechos fundamentales del individuo. Es entendible entonces que salvo los registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones que puede adelantar el fiscal del caso sin autorización judicial previa, de acuerdo con la facultad otorgada por el art. 250 de la Constitución Nacional, “las medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales” deberán contar con el permiso anticipado del juez de control de garantías. Sin embargo, no sobra advertir, en relación con este punto, que una decisión de la Corte Constitucional consideró que un allanamiento o la interceptación de una llamada telefónica limitan derechos cardinales del procesado, como el derecho a la intimidad¹⁹. Si esa Corporación hubiese sido consecuente con sus determinaciones anteriores, ha debido seguir aplicando la misma línea jurisprudencial.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-1092/03. M. P. Dr. Álvaro Tafur.

Obviamente, no todas las actuaciones de la entidad encargada de investigar los delitos deben tener el citado control previo, pues ello haría ineficaz la lucha contra la criminalidad, en detrimento de la sociedad, por ejemplo una entrega vigilada que no afecta de manera intensa un derecho fundamental.

Pero hay otros eventos en los cuales el legislador ha debido ser más prudente, ordenando la intervención preventiva del juez de control de garantías porque en casos como la vigilancia y seguimiento de personas, el análisis e infiltración de organización criminal y la actuación de agentes encubiertos, sí se pueden llegar a lesionar, y de manera grave, derechos primordiales de la persona. No obstante que la Corte Constitucional avaló estas diligencias, quizá en consideración a la difícil situación por la que atraviesa el país en materia de orden público, resulta excesiva la autorización que se le otorgó a la Fiscalía General de la Nación para asumir esa delicada y trascendental materia.

De todas maneras, para las actuaciones en las cuales se ponen en riesgo esos derechos fundamentales, tanto la policía judicial, en los actos que le son propios, como el fiscal del asunto, al ordenar la práctica de las diligencias, o bien el juez de control de garantías, al efectuar la respectiva verificación, deben tener **motivos fundados**.

¿Qué se entiende por **motivos fundados**? ¿Consistirá en el mero capricho o antojo del agente de la policía o del fiscal? No, de ninguna manera, porque ello constituiría un verdadero atropello a la lógica. Motivos fundados son argumentos sólidos, creíbles, verosímiles, apoyados en elementos cognoscitivos serios y ciertos.

Según la Corte Constitucional, por motivos fundados se entiende el "... conjunto articulado de hechos que permiten inferir de manera objetiva que la persona que va a ser aprehendida es probablemente autora de una infracción o partícipe de ella. Por consiguiente, la mera sospecha o la simple convicción del agente policial no constituye motivo fundado²⁰" (subrayados fuera del texto). Igual razonamiento puede darse en relación con otras medidas que impliquen afectación de derechos fundamentales.

Obsérvese que se está hablando de **probabilidad** en esta etapa del conocimiento, no de **posibilidad**.

Ahora bien, conviene examinar distintas audiencias y actuaciones reguladas en el nuevo sistema penal acusatorio para entender, en cada caso en particular, la importancia que tienen los **motivos fundados**, deducidos de los elementos de conocimiento.

4.2.1 Archivo de las diligencias.

Cuando el fiscal verifica que **no existen**

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-024/94. M. P. Dr. Alejandro Martínez.

motivos o circunstancias fácticas que permitan la caracterización de un hecho como delito o que indiquen su posible existencia como tal, puede archivar la actuación respectiva. Pero para archivar antes de la formulación de imputación, como le está permitido, el fiscal debe cumplir una operación crítica, evaluando los elementos materiales probatorios y demás datos de que disponga. El archivo por inexistencia de la conducta punible o por atipicidad debe ser motivado, con el objeto de que las víctimas tengan derecho al control de la decisión.

4.2.2 Audiencia de solicitud de captura. El fiscal comparece ante el juez de control de garantías, acompañado de los miembros de la policía judicial, y presenta los **elementos de convicción** pertinentes, con los cuales fundamenta su petición. Luego el juez decide de plano. Sobre este punto, la profesora Whanda Fernández León dice lo siguiente:

La captura, medida cautelar, personal, provisional, limitativa del derecho a la libertad ambulatoria, tiene reserva judicial y en los ordenamientos contemporáneos aparece objetivamente condicionada al motivo fundado, a la necesidad y al juicio de proporcionalidad²¹.

En ese contexto, surge entonces la obligación para el juez de realizar una rigurosa valoración de los elementos

cognoscitivos aportados por la Fiscalía para llegar a la conclusión.

No obstante el modelo garantista que se ha venido realizando para la restricción de la libertad, ahora en la Ley 1142 de 28 de junio de 2007 nuevamente se incorporó la captura excepcional por orden de la Fiscalía, prevista en el art. 300 de la Ley 906/04, la cual había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Ciertamente, no resulta congruente con el sistema penal acusatorio la práctica viciosa de un fiscal con funciones jurisdiccionales y menos aún que este funcionario pueda disponer sobre la libertad de las personas, así se trate de situaciones excepcionales. Si con la mencionada Ley se crean los jueces de garantía ambulantes para suplir la ausencia de estos en los lugares donde existan dificultades “por razones de transporte, distancia, fuerza mayor u otras análogas”, no se halla una justificación lógica para restablecer dicha captura excepcional.

Por no tener la nueva norma una diferencia mayúscula con la que fue declarada inexecutable, probablemente la Corte Constitucional repetirá los argumentos expuestos en pretérita oportunidad:

... si bien el fiscal es una autoridad judicial y en los casos específicos

²¹ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda: *Procedimiento penal acusatorio*. Vol. I. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2005, p. 72.

que señale la ley, la autoridad competente para efectuar excepcionalmente una detención, ello solo puede serlo en situaciones con unas características de determinación claras y definidas. Téngase en cuenta que las condiciones del ejercicio de las competencias deben estar precisamente establecidas en la ley. Así mismo que de lo que se trata en este caso es de nada menos que de la restricción de la libertad, por lo que los motivos y condiciones para proceder a restringirla en estas circunstancias deben ser expresos en la ley y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura²² (subrayado fuera de texto).

De análoga manera, también resulta probable que la misma Corte Constitucional reitere, con respecto a esta misma norma sobre la captura excepcional, que “no será aplicable hasta tanto el legislador no regule de conformidad con el inciso tercero del numeral 1.º del artículo 250 de la Constitución, los límites y eventos en que excepcionalmente procede la captura por orden de la Fiscalía General de la Nación”²³.

4.2.3 Audiencia de solicitud de medida de aseguramiento. El fiscal solicita la medida al juez aportando los elementos de conocimiento necesarios para sustentar su petición, los cuales son evaluados y, a la vez, objeto de contradicción por parte de Ministerio

Público y la defensa.

Luego del debate respectivo, el juez decreta la medida cuando de esos elementos de convicción **infiera razonablemente** que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, y si se cumplen también los requisitos previstos en los artículos 308 y siguientes del C.P.P. Por ende, “el Juez de Control, al adoptar una medida cautelar personal de detención, cumple, sin duda, con una función propiamente valorativa”²⁴.

El concepto de lo **razonable** desempeña una función esencial en los Estados Unidos de Norteamérica, hasta el punto de que la IV Enmienda (1789) dice lo siguiente:

No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros y allanamientos irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, apoyado por juramento o promesa, y que describa en detalle el lugar que ha de ser allanado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas.

Detállese cómo aquella Constitución prohíbe es la **actuación irrazonable**. Porque lo razonable es lo que está conforme con la razón, vale decir, lo justo, lo fundado, lo sensato. Por tanto, es irrazonable actuar con ausencia de

²² Corte Constitucional. Sentencia C-1001/05. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-190/06. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

²⁴ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda: *op. cit.*, p. 97.

causa probable, obrar por simples sospechas.

El doctor Carlos Felipe Sánchez Lugo, Defensor Público del programa piloto de Bogotá, concluye que la detención se convierte en ilegal cuando se justifica con una simple sospecha y se deja a un lado la inferencia razonable²⁵.

En síntesis, el juez de control de garantías en Colombia debe efectuar un exhaustivo control de legalidad formal y material de los elementos de conocimiento que se le presenten en la correspondiente audiencia, aplicando racionalmente los criterios de **necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad** para la adopción de la medida, los cuales están presentes en los requisitos establecidos en los artículos 309 y siguientes del C.P.P.

4.2.4 Audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento. De igual manera en esta audiencia, cualquiera de las partes puede solicitar esta medida ante el juez de garantías, presentándole nuevos elementos cognoscitivos que permitan **inferir razonablemente** que han desaparecido los requisitos establecidos en el art. 308.

3.2.5 Audiencia para modificación o reducción de caución. También se exige en esta audiencia **demonstración suficiente** de la incapacidad del obligado para prestar la caución por la cuantía señalada o por ningún valor. ¿Qué es

esta demostración suficiente? Es comprobar, a través de medios idóneos, que el obligado carece de los recursos económicos para atender la exigencia judicial.

3.2.6 Audiencia para solicitar obtención de muestras que involucren al imputado. En el C.P.P. esta diligencia se encuentra establecida como una actividad que, **a juicio del fiscal**, puede ser ordenada cuando la estime necesaria a los fines de la investigación, previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró exequible condicionalmente el art. 249 del nuevo estatuto de procedimiento penal con el argumento de que estas intervenciones corporales implican afectación de derechos fundamentales, como la dignidad humana. Por ende, dispuso que en todo caso debe acudirse ante el respectivo juez de garantías para que examine si la solicitud resulta adecuada a los fines de la investigación, si existe un medio alternativo menos gravoso de los derechos y si, además, la medida no resulta desproporcionada²⁶.

4.2.7 Audiencias para registro corporal. El fiscal debe tener **motivos razonablemente fundados** que lo lleven a inferir que en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios

²⁵ SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe: *La teoría del caso*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Defensoría del Pueblo, 2007, p. 63.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-822/05. M. P. Dr. Manuel José Cepeda E.

y evidencia física necesarios para la investigación. La Corte Constitucional, en la citada sentencia C-822-05, decidió que el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, “el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente, y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso; ...”.

4.2.8 Registro corporal. Cuando el fiscal tiene **motivos razonablemente fundados** para inferir que una persona relacionada con la investigación que adelanta está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física, puede ordenar su registro.

4.2.9 Allanamientos y registros. El fiscal sólo podrá expedir una orden de registro y allanamiento cuando tenga **motivos razonablemente fundados** de que el propietario, o simple tenedor del bien o quien se encuentre transitoriamente en él, es probable autor o partícipe de la conducta punible investigada. De igual manera, puede ordenar esta diligencia cuando estima, **sensatamente**, que en el interior del bien se hallan instrumentos con los que se ha cometido la infracción o los objetos producto del delito.

Los **motivos fundados** deben encontrarse respaldados por informe de

policía, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos de convicción que permitan establecer con **verosimilitud** la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. El vocablo **verosímil** está definido como lo que tiene **apariencia de verdadero**, lo que es **creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad**

Recuérdese que la IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos lo que prohíbe son los registros y allanamientos **irrazonables**, pero obliga a la existencia de **causa probable** para la práctica de estas actuaciones. El concepto de lo razonable se justifica con el objeto de evitar que los actos de la policía judicial y de los propios fiscales no sean innecesarios y desproporcionados.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente, determinó que la incursión al domicilio por parte de la policía judicial, sin orden judicial previa, debe estar precedida de un **conocimiento fundado**, fruto de una valoración *ex ante*. Con respecto al motivo fundado observó que este se ubica fundamentalmente en el grado de **probabilidad**²⁷.

4.2.10 Retención de correspondencia. El fiscal puede ordenar la retención de la correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga **motivos**

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de noviembre/2006. Expediente 23327

razona-blemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el código, que le permitan inferir que existe información útil para la investigación.

En esta actuación se aplican los mismos criterios establecidos para los registros y allanamientos porque se trata de un derecho fundamental que requiere una especial protección, hasta el punto de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978, en virtud de la ley 16 de 1972, en su artículo 11 dispone:

Protección de la Honra y de la Dignidad:

1 [...]

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

4.2.11 Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares y recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes. Igualmente, el fiscal

puede ordenar este tipo de actuaciones cuando tenga **motivos razonablemente fundados**, pero la intromisión en la intimidad de la persona debe realizarse, de manera excepcional, por un delito grave y no por una conducta punible de escaso impacto social. La intervención debe limitarse a un tiempo breve, con el objeto de evitar excesos injustificados.

Nótese que este derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas está tutelado por el art. 15 de nuestra Carta Política. En otros ordenamientos penales es perentoria la orden judicial para esta clase de determinaciones, como en Chile, en el artículo 222 del Código Procesal Penal; en Venezuela, en el artículo 218 del Código Orgánico Procesal Penal, y en España, en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que se considera que el juez respectivo debe realizar, antes de expedir la orden, una valoración rigurosa de los elementos de convicción que le aporte la Fiscalía.

La Profesora Whanda Fernández, al comentar esta audiencia, expresa lo siguiente:

En el Derecho Contemporáneo para proceder a la intervención de comunicaciones particulares o privadas es necesario, por imperativo constitucional, que previa y fundadamente, las haya dispuesto un juez, ya que la naturaleza de esta diligencia reviste carácter excepcional²⁸.

²⁸ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda: *op. cit.*, p. 151.

4.2.12 Audiencia de Control de Legalidad Posterior. Diligenciadas las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, dentro de las 24 horas siguientes el fiscal comparece ante el juez de control de garantías, con el objeto de efectuar la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

En el trámite de la audiencia intervienen obligatoriamente el fiscal, los funcionarios de policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia. Si las actuaciones anteriores ocurrieron luego de formulada la imputación, deben citarse al imputado y a su defensor para llevar a cabo el contradictorio. El juez podrá interrogar a los comparecientes, si lo estima conveniente, y luego de escuchar los argumentos del fiscal decide de plano sobre la validez del procedimiento. Por ende, se realiza un debate sobre los elementos probatorios aportados por la Fiscalía y sobre las declaraciones suministradas por los testigos y peritos, en cuyo desarrollo se cumplen las exigencias legales del interrogatorio y contrainterrogatorio previstas para este medio probatorio. En este orden de ideas, la determinación que toma el juez es producto de una operación lógico-analítica y obedece a una rigurosa

valoración de los elementos de convicción debatidos en esa audiencia.

4.2.13 Vigilancia y seguimiento de personas, vigilancia de cosas, análisis e infiltración de organización criminal, actuación de agente encubierto, entrega vigilada, búsqueda selectiva de datos, exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado. De igual manera, estas órdenes deben provenir de **motivos razonablemente fundados** que tenga el fiscal del caso para emitirlos. No deben ser producto de la mera conjetura del funcionario. Es decir, deben ubicarse racionalmente en el campo de la probabilidad y no de la sospecha.

4.2.14 Audiencia de control judicial en aplicación del principio de oportunidad. Cuando el fiscal considera que puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, aplicando cualquiera de las causales previstas en el art. 324 de la Ley 906/04, acude ante el juez de control de garantías para sustentar su decisión.

Antes de proceder a su ejercicio, el fiscal debe haber constatado la ocurrencia de la conducta punible, verificando que existe **“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”** por parte del imputado, conforme lo reclama el art. 327 *ibídem*, “lo cual significa que cualquier actuación de la Fiscalía para excluir un

²⁹ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *op. cit.*, p. 279.

caso que toque a sus puertas debe estar absolutamente justificada y motivada bajo los presupuestos del principio de legalidad”²⁹.

Por ende, el juez de control de garantías requiere de la Fiscalía, en dicha audiencia, razones y no sentimientos, basadas en consideraciones de política criminal, y examina en cada caso la causal invocada por el titular de la acción penal. Es tan rigurosa la jurisprudencia en este control obligatorio y automático que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “siempre que con esta se extinga la acción penal”, contemplada en el inciso 1.º del art. 327 ibídem, cuando la norma excluía del mismo los eventos de suspensión o interrupción:

El control que ejerce el juez de garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad, independientemente de sus consecuencias provisionales, precarias o definitivas (interrupción, suspensión o renuncia), debe estar orientado no solamente a emitir un dictamen de adecuación a la ley de la causal aplicada, sino que debe extenderse al control material sobre las garantías constitucionales del imputado³⁰ (subrayados fuera de texto).

En la audiencia respectiva el agente del Ministerio Público y la víctima están facultados para controvertir los elementos de convicción aportados por la Fiscalía. Se trata, pues, de un

auténtico debate en el que se aplican los principios de la publicidad, la contradicción y la inmediación.

4.2.15 Audiencia de preclusión.

Cuando el fiscal considera que no existe mérito para acusar, le solicita al juez de conocimiento la preclusión, de acuerdo con las causales señaladas en el art. 332 del C.P.P.

En la correspondiente audiencia, el fiscal debe presentar todos los elementos materiales de prueba, evidencia física e información que ha logrado recaudar, fundamentando debidamente la causal invocada. Y como la preclusión tiene la fuerza vinculante de una sentencia absolutoria, se realiza un contradictorio sobre esos medios de convicción. Es tan estricta la operación mental que debe realizar el juez para tomar la decisión que, una vez agotado el debate, a este se le permite decretar un receso hasta por una hora para que reflexione y prepare motivadamente la decisión:

... examen de suficiencia y razonabilidad probatoria por parte del Juez que le permita apreciar, en el ámbito del principio de legalidad sustancial y procesal, que no existe mérito para acusar³¹ (subrayado fuera de texto)

4.3 De conformidad con lo expuesto, es evidente que, durante las fases preliminares y de investigación, en cada una de las actuaciones en las cuales de alguna manera se pueden afectar

³⁰ Sentencia C-979/05. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

³¹ GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *op. cit.*, p. 301.

derechos fundamentales, el fiscal debe contar con **motivos razonablemente fundados** para ordenar o solicitar ante el juez de control de garantías la práctica de ellas. Y a su vez, este operador judicial, para valorar o apreciar los elementos cognoscitivos que le pone de presente el fiscal en cada audiencia, debe realizar no solo una actividad lógica basada en las reglas de la experiencia, sino también psicológica, porque la prueba generalmente es obra de los humanos.

4.4 En conclusión, ¿de dónde, pues, surgen los **motivos fundados** en los que deben respaldarse todas las actuaciones de la Fiscalía cuando se ponen en peligro derechos fundamentales de la persona? De los elementos de conocimiento con los cuales cuenta el fiscal en el momento en que se realiza su respectiva valoración para ordenar la actuación. Y de esos **motivos fundados** se desprende, tanto para el fiscal como para el juez de control de garantías, la **causa probable** que sirve de fundamento en sus decisiones antes del juicio.

4.5 En el sistema de la Ley 600/00, como ocurre en el denominado proceso penal acusatorio, el fiscal debe también evaluar los elementos cognoscitivos de que dispone, a través de una argumentación lógico-dialéctica para tomar decisiones que afecten derechos fundamentales. Esa valoración o apreciación se hace en diversos momentos procesales.

Por ejemplo, para llamar a rendir **indagatoria** (art. 333 de dicho estatuto procesal), lo hace “...**en virtud de antecedentes y circunstancias** consignadas en la actuación...”:

Estos antecedentes y circunstancias no son otra cosa que aspectos probatorios, elementos o fragmentos de prueba; datos que, bien pueden no configurar una plena prueba dentro del sistema legal; pero que, al menos, preexistiendo en el proceso, fundamenten siquiera la convicción moral del funcionario para, de esta suerte, reputar autor o partícipe a la persona que resuelva oír en indagatoria³² (subrayado fuera de texto).

Para la orden de **allanamiento** (art. 294 *ibídem*), el fiscal requiere tener “**serios motivos**” emanados de la existencia de elementos de convicción que le permiten suponer que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentra la persona que debe ser objeto de captura, o que dentro del mismo están las armas, instrumentos o efectos con los que se haya cometido el delito.

Para dictar la **medida de detención preventiva** el fiscal evalúa los elementos materiales probatorios y la información de que dispone, y para decretarla deduce si de ellos surgen “**por lo menos dos indicios graves de responsabilidad...**”, según lo dispone el art. 356 *ibídem*. Si la privación de la libertad ha sido injusta, surge la responsabilidad

³² Corte Suprema de Justicia. Auto, 4 de mayo/60. G.J., t. XCII, p. 1002.

³³ Consejo de Estado. Expediente 11754. Sección Tercera. Actor: Jairo Hernán Martínez Nieves.

patrimonial del Estado³³. Además, no sobra advertir que sobre datos inciertos, testimonios sin credibilidad o meras conjeturas no es posible construir indicios graves de responsabilidad.

De igual modo, para dictar **resolución acusatoria** el fiscal necesita que “**esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado**”, tal como lo contempla el art. 397 *ibídem*.

En consecuencia, en dicha providencia el fiscal hace una evaluación racional y lógica de los distintos elementos probatorios que se han aportado al proceso durante la etapa de instrucción, y como tal debe bastarse a sí misma como un serio y sólido pronunciamiento incriminador, por lo menos en el grado de **probabilidad**.

De manera que, dentro del sistema de la Ley 600/00, el testimonio recibido, el peritaje rendido, el documento legalmente aportado, la inspección judicial practicada, etc., sirven, al igual que ahora en la Ley 906/04, de soporte inicial para que la Fiscalía tome algunas determinaciones de naturaleza investigativa, como el allanamiento o la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Es decir, que la Fiscalía, en ese llamado proceso inquisitivo-mixto, para actuar

en la fase de indagación preliminar o durante la investigación propiamente dicha, tampoco puede hacerlo sobre simples sospechas o conjeturas, sino sobre operaciones racionales de análisis y de síntesis originadas en elementos de convicción existentes en el expediente, como una declaración, un peritaje, un documento, etc.

4.6 Se afirma que en el sistema inquisitivo se practican pruebas en la fase de la indagación preliminar y que, merced al principio de permanencia de estas, son incorporadas en el juicio, siendo esta la razón fundamental que hace necesaria la intervención activa de la defensa desde esa etapa procesal. Esta situación es completamente diferente en el nuevo sistema –dicen sus defensores– porque ahora toda la prueba –excepto la anticipada– se practica durante el juicio.

Si prueba, de acuerdo con la definición del Diccionario de la Real Academia Española, es “Razón, argumento, hecho que demuestra la verdad o falsedad de algo”, podemos colegir que la denominada *prueba* practicada por el fiscal en la Ley 600/00 se convierte en la **razón, el argumento o el hecho** que lo faculta para resolver con respecto a ciertas decisiones limitantes de las garantías fundamentales de la persona. Y esa *prueba* también lo habilita para decidir sobre la preclusión, igual que ocurre hoy dentro del sistema penal acusatorio. En este sentido, podríamos señalar al fiscal como un destinatario provisional de *la prueba* en el llamado sistema inquisitivo-mixto, porque ella está dirigida a que este adquiera, a través

de una operación inductiva-deductiva, **motivos razonablemente fundados** para orientar sus determinaciones. Por consiguiente, desde este escenario ninguna diferencia se encuentra entre uno y otro sistema.

Conviene señalar, igualmente, que en la Ley 600/00 toda *la prueba* (testimonios, peritajes, etc.) que ha sido recaudada por el fiscal, o la que directamente se practique en la audiencia de juzgamiento (arts. 403 a 412 ibídem), queda sometida a una controversia dialéctica sobre el grado de su credibilidad y su eficacia persuasiva. Y el juez respectivo, luego de confrontar los diversos elementos de convicción, extrae una conclusión, acogiendo unos y desechando otros para su personal convencimiento. Así, pues, no todas *las pruebas* recaudadas en el sistema inquisitivo tienen la potencialidad suficiente para ser valoradas como tales en el momento en que el juez toma una decisión de fondo con respecto a la responsabilidad del procesado.

En este orden de ideas, resulta lógico aseverar que no todo lo que se denomina *prueba* dentro de la Ley 600 de 2000 lo es en la realidad, porque no toda declaración, documento o peritaje, por ejemplo, sirve para llevar el convencimiento al juez.

Exactamente igual ocurre ahora en el nuevo sistema: muchos de los elementos cognoscitivos recaudados en la indagación preliminar y en la investigación, que le han servido al fiscal para sus actuaciones, como ya se

analizó, se convertirán en prueba en el juicio, luego del debate probatorio. Y otros serán excluidos en el instante de su valoración por parte del juez de conocimiento. Por ejemplo, una entrevista a un testigo (art. 206 del C.P.P) –que no es prueba para los defensores del sistema acusatorio– en el momento del juicio es posible que tenga mayor capacidad de convencimiento para el juez que el propio testimonio rendido durante el debate oral, merced a que puede considerar el funcionario judicial que fue en la primera ocasión y no en la última cuando ese declarante dijo la verdad. Porque *prueba* solamente es el argumento o hecho que convence, y no todo lo que se practica en el curso del juicio oral tiene capacidad para persuadir a su destinatario natural y final: el juez. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de noviembre de 2006, se pronunció en la siguiente forma:

Por lo tanto, en el caso de que en el juicio oral un testigo modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aportan al debate a través de las preguntas formuladas al testigo y sobre ese interrogatorio subsiguiente a la lectura realizada las partes podrán contrainterrogar, refutando en todo o en parte lo que el testigo dijo

entonces y explica ahora, actos con los cuales se satisfacen los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

Si se cumplen tales exigencias, el juez puede valorar con inmediación la rectificación o contradicción producida, teniendo en cuenta los propios datos y razones aducidas por el testigo en el juicio oral. Se supera de esta forma la interpretación exegética que se pretende dar al artículo 347 del Código de Procedimiento Penal, pues lo realmente importante es que las informaciones recogidas en la etapa de investigación, ya por la Fiscalía o ya por la defensa, accedan al debate procesal público ante el juez de conocimiento, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de publicidad, inmediación y contradicción de acuerdo con el artículo 250, numeral 4.º de la Carta Política³⁴.

4.7 Siguiendo la argumentación de los defensores del nuevo sistema, si lo que se recauda en la indagación preliminar no es prueba, ¿por qué se puede condenar a una persona que se allana sin haber concurrido a juicio? Si para condenar, de acuerdo con el art. 7.º del C.P.P., se requiere el “convencimiento de la responsabilidad penal más allá de toda duda”, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, ¿por qué entonces se acepta que una persona reciba una pena con base en meros elementos de conocimiento que no son sometidos a

los principios básicos de la publicidad, la contradicción y la inmediación? ¿Basta para ello la simple aceptación que hace el imputado sobre los cargos formulados por la Fiscalía, los cuales no pudieron ser controvertidos durante el juicio? Frente a estos interrogantes surge una respuesta lógica y sencilla: si el imputado o acusado ha aceptado los cargos anticipadamente, no se requiere del juicio para crear pruebas en su contra, porque ya la evidencia está construida desde la fase preliminar y frente a su contundencia la persona prefiere allanarse para evitar los graves riesgos que implica el juicio oral. En este caso, el juez de conocimiento está obligado a ejercer un control formal y material de todos los elementos de convicción que ha recolectado la Fiscalía y si, al valorarlos, adquiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad del acusado, dicta sentencia condenatoria. Pero en el evento de que este funcionario llegue a la conclusión racional de que no existe prueba para condenar, debe improbar el allanamiento o preacuerdo y decretar la nulidad a partir de la formulación de imputación o de la acusación, según el caso, por violación al derecho de defensa:

Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede

³⁴ Corte Suprema de Justicia. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

[...]

... en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el art. 380 de la Ley 906 de 2004, el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del art. 381 *ibídem*, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio³⁵ (subrayados fuera de texto).

4.8 En la Ley 600/00, *las pruebas* practicadas, por lo general, han sido objeto de examen y de contradicción, merced a la presencia del Ministerio Público, del abogado de la parte civil y del defensor. Adicionalmente, las decisiones del fiscal que afectan derechos fundamentales pueden ser objeto de apelación. Y la operación mental que al final realiza el juez para adquirir su convicción sobre el asunto se produce después de un debate sobre todos los elementos de convicción allegados al juicio.

Paradójicamente no sucede lo mismo en el sistema penal acusatorio, porque muchos de los actos que efectúan la policía judicial y la Fiscalía son desconocidos para la defensa durante la fase de la indagación preliminar y en virtud a ellos se producen decisiones que afectan garantías primordiales de las personas, como la interceptación de comunicaciones telefónicas, por ejemplo.

En conclusión, tanto la denominada prueba practicada por el fiscal en la Ley 600/00, como los elementos cognoscitivos recaudados ahora por esa misma Fiscalía dentro de la Ley 906/04, sirven fundamentalmente para adquirir el grado de **probabilidad** que es menester en cuanto a la afectación de garantías de las personas. Pero solamente es el juez en el juicio el que, luego de apreciar críticamente el material en su conjunto y de reflexionar

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1195/05. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

sobre las ideas y los datos aportados, alcanza la certeza o el convencimiento más allá de toda duda razonable para dictar su correspondiente sentencia, mediante la prueba legal y oportunamente incorporada.

5. Violación al derecho de defensa en formulación de imputación

Con la formulación de la imputación se legaliza la investigación, y a partir de ese instante se activa el derecho de defensa técnica. Son varias las situaciones que dificultan el pleno ejercicio de este derecho en la mencionada audiencia, entre las cuales se destacan las siguientes:

5.1 El término audiencia viene del latín **audientia**, derivado del verbo **audire; oír**. La audiencia está considerada como un medio de comunicación efectiva y pronta entre el juez y las partes, o como el momento oportuno para invocar razones ante el funcionario judicial. Por ende, resulta paradójico el hecho de que en la audiencia de formulación de imputación no exista un debate entre el fiscal y la defensa sobre un tema que es trascendental para el desarrollo del proceso; normalmente, el defensor es un sujeto frío y neutral en su curso, y apenas si está convidado para escuchar en forma pasiva los argumentos de la Fiscalía. Por excepción, algunos jueces garantistas permiten la discusión. Pero en la mayoría de las ocasiones el derecho de hablar desaparece para los demás sujetos procesales y solo tiene cabida un tedioso monólogo del fiscal. A la irregular situación anterior contribuye, en gran

medida, una defensa demasiado indiferente y temerosa frente a la posible negativa del juez para facilitar la sana controversia.

5.2 El art. 287 del C.P.P. dispone “**una imputación fáctica**” cuando de los elementos de conocimiento recolectados se pueda inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta punible investigada.

Por su parte, el art. 288.2 *ibídem* obliga al fiscal a hacer una relación clara y sucinta de “**los hechos jurídicamente relevantes**”, pero en ocasiones este funcionario omite mencionar cuantías, incapacidades, personas u otra información básica relacionada con el aspecto fáctico del delito, dificultando de esta manera el derecho de defensa, toda vez que por tratarse de un escenario donde no hay controversia probatoria, la ausencia de datos ciertos y completos que pueden incidir en la tipicidad o en las causales de agravación conducen fácilmente a la toma de una decisión equivocada por parte del hasta entonces indiciado, no aceptando los cargos cuando las evidencias lo hacían aconsejable, o bien incitando a un injusto allanamiento.

Más grave aún es el hecho de que, en otras oportunidades, el fiscal se equivoca con relación a la valoración jurídica de la conducta, subsumiéndola en un tipo penal erróneo. Es usual, por ejemplo, que unas simples lesiones personales sean convertidas en una tentativa de homicidio en el momento de la imputación. Y frente a este monumental

yerro, de igual manera se pueden vulnerar derechos fundamentales de la persona.

Si bien la imputación fáctica es importante, también lo es la imputación jurídica en lo referente a la acción u omisión, el tipo penal vulnerado, los agravantes específicos, el resultado de la conducta, la calidad de autor o cómplice, el concurso de delitos, la pena que probablemente se impondrá, etc. Pese a que en esta audiencia la Fiscalía no está obligada al descubrimiento de los elementos cognoscitivos que tenga en su poder, en aras de los principios de igualdad y lealtad la información que debe suministrársele al indiciado ha de ser completa, vale decir, advertírsele sobre todos los supuestos de hecho y la suficiente valoración jurídica de estos. Se trata, pues, de una información debidamente motivada, porque una imputación exclusivamente fáctica riñe con el denominado bloque de constitucionalidad merced a que limita en exceso el derecho de defensa.

La Corte Suprema de Justicia ha tenido dos posiciones diferentes con respecto a la formulación de imputación. De una parte, y en respaldo de la acusación fáctica, sostuvo esta corporación:

En el sistema adoptado en la nueva sistemática procesal, por excepción será posible incurrir en errores de adecuación de la conducta a la norma jurídica tomada como base para el juzgamiento, figura que antaño se conocía como “error en la

calificación jurídica”, porque la imputación de cargos que se hace en la acusación es fundamentalmente fáctica aunque con trascendencia jurídica³⁶.

Y en respaldo a la imputación jurídica la misma Corte señaló:

[cita] Aun cuando la Comisión Constitucional Redactora del Código no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica, no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste sólo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso.

Con ello, por lo demás, se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen y sus correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvertiendo las que se aducen en su contra.

[...]

En este orden de ideas, puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso, no es suficiente con la

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 noviembre/05. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la 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 (artículo 33 de la Constitución Política)³⁷.

Esta posición fue reiterada nuevamente por esa alta corporación así:

... no por realizarse la audiencia de imputación, por lo general coetáneamente con la de control de legalidad de captura, la fiscalía resulte exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, máxime tratándose de comportamientos con perfiles y consecuencias diversas, aún 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 éstas³⁸.

Hoy en día la discusión en este punto parece completamente superada por

estimarse insuficiente, riesgosa e injusta la mera imputación fáctica. Ahora la tendencia predominante es la de la imputación mixta, vale decir, fáctica-jurídica, con el objeto de preservar al máximo los derechos del ciudadano.

5.3 Un tema controversial en la audiencia de formulación de imputación es el papel que cumple el juez de control de garantías dentro de ella. Sobre este punto existen dos corrientes:

La primera, enseña que, por tratarse de un acto de mera comunicación, el funcionario judicial es un invitado de piedra que carece de facultades para criticar, evaluar o insinuar siquiera una modificación a la imputación planteada por la Fiscalía, toda vez que la titularidad del ejercicio de la acción penal no recae en aquel. Se agrega, además, que la inferencia razonable que hace el fiscal la realiza con base en elementos materiales probatorios, evidencia física y documentación legalmente obtenida que no está obligado a descubrir en dicha audiencia.

La segunda posición sostiene la tesis de que el juez de control de garantías puede rechazar la formulación de imputación cuando esta carece de lógicos soportes fácticos y jurídicos, o cuando obedece a simples conjeturas del fiscal, los cuales puede examinar en el curso de la audiencia respectiva.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia R. 24026/05. M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de marzo/06. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

La imputación que un fiscal hace a un ciudadano de haber realizado una conducta delictiva es por sí misma un acto que afecta derechos fundamentales; si esa imputación no está basada en un mínimo de medios de investigación o conocimiento, en una inferencia razonable derivada de unos hechos comprobados o que se perciben como comprobables en el término para formular una acusación, vulnera injustificadamente los derechos a no ser sometido a un trato degradante, al buen nombre y a la honra (arts. 12, 15, 21 C. Pol.). Por ello la imputación no puede ser tomada como un acto de simple trámite, sino que debe corresponder a un ejercicio adecuado y controlado del poder político del Estado, y cuando no lo sea puede generar responsabilidad por perjuicios irrogados al ciudadano³⁹ (subrayado fuera de texto).

Por tanto, cuando el juez de control de garantías, de manera oficiosa o a instancias de la defensa, advierta una ilegalidad palmaria en la formulación de imputación, debe rechazarla y solicitarle al fiscal que proceda a la readecuación respectiva, no obstante que la misma sea un acto discrecional de dicho funcionario, puesto que está en juego el superior derecho del imputado a que se le investigue y se le juzgue por lo que realmente le corresponde dentro del marco de la institucionalidad jurídico-penal.

5.4 En el Conversatorio sobre el

Sistema Penal Acusatorio se mencionaron tres casos en los cuales el juez de control de garantías puede rechazar o, al menos, advertir al fiscal la irregularidad en la formulación de imputación:

1.º Formular imputación por delito querellable y no se haya instaurado la correspondiente querrela o no se haya realizado la conciliación preprocesal.

2.º Formular imputación sin la presencia del imputado y no se hayan agotado los trámites de declaratoria de persona ausente o de contumacia.

3.º Formular imputación cuando el indiciado tiene fuero constitucional y su juzgamiento corresponda a la Corte Suprema de Justicia.

Y podría agregarse el hecho de una imputación equivocada que afecta gravemente los derechos constitucionales y legales de la persona, por ejemplo, cuando se imputa por homicidio agravado y de los elementos de convicción aportados por la Fiscalía no se infiere razonablemente la causal de agravación.

5.5 El indiciado que se presenta ante el juez de control de garantías es, ante los ojos de este, un presunto delincuente, bien porque ha sido capturado en flagrancia o por orden judicial, o bien porque el fiscal ya ha inferido razonablemente que es autor o partícipe de la conducta punible que

³⁹ RAMÍREZ CONTRERAS, Luis Fernando: *Las audiencias en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer, 2007, p. 191.

se investiga, y por ello, una vez citado, concurre a la respetiva audiencia.

Casi siempre existe un prejuicio por parte del operador judicial con respecto a quien se señala como persona presuntamente vinculada a un hecho ilícito, máxime cuando este pertenece a sectores populares, donde por razones económicas es más difícil la consecución de empleo.

La ironía popular expresada en el proverbio “la ley es pa’ los de ruana” sigue con vigencia en nuestra justicia penal, no obstante la igualitaria Carta Política; la población seleccionada como delincuente en nuestras cárceles es el fiel reflejo de la desigualdad con que ella actúa. Todas las investigaciones al respecto demuestran que el perfil de nuestros prisioneros corresponde al del nacional marginado de los beneficios del sistema productivo y de la asistencia estatal; esto no significa necesariamente que los sectores marginados sean los únicos que delinquen porque las infracciones penales se encuentran distribuidas entre todas las clases sociales; refleja, en cambio, que el sistema penal está actuando principalmente frente a los más vulnerables⁴⁰.

¿A qué se circunscribe la formulación de imputación? A la rápida individualización del imputado y a la relación de los hechos jurídicamente relevantes por parte del fiscal, con la advertencia adicional de que aquel puede allanarse ob-

teniendo la rebaja de hasta la mitad de la pena. A continuación, una aburrida lectura del art. 8.º de la Ley 906/04 es normalmente el ejercicio que efectúa el juez de control de garantías, y, como si se tratase de una lección aprendida, este operador judicial poco se interesa por utilizar un lenguaje claro, sencillo y adecuado a la capacidad de comprensión de cada persona.

Por consiguiente, si entendemos que el indiciado, que ha sido capturado y sometido a la fatiga del encierro, que también produce desgaste psicológico, se presenta a dicha audiencia en una situación de notoria desventaja frente a la acusación pública, fácilmente podemos colegir que la audiencia puede convertirse en fuente de graves injusticias, como ha ocurrido frecuentemente en la práctica judicial.

Para impedir los errores judiciales que a veces se presentan en estas audiencias, los jueces deberían, a más de ejercer un adecuado control legal y constitucional sobre la imputación que formula el fiscal, recrear el severo ambiente de la Sala mediante una comunicación respetuosa, simple y de fácil entendimiento con el encartado, con el objeto de que más allá de los parámetros previstos en el citado art. 8.º, este entienda cabalmente el verdadero contenido fáctico y jurídico de los cargos que se le formulan. Para ello, el juez deberá abandonar el acartonado lenguaje propio del medio jurídico, procurando

⁴⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, p. 26.

convertirse en un modesto y sabio maestro de escuela. En otros términos, la formulación de imputación debe ser tan explícita y clara en su contenido que, además de incluir la conducta circunstanciada con todos los aspectos que inciden en la culpabilidad, le ofrezca al ciudadano todas las alternativas reales de poder ejercer su derecho de defensa.

5.6 El único acto descrito en el C.P.P. donde el indiciado interviene oralmente para responder preguntas relacionadas con una eventual imputación en su contra es en el interrogatorio a que puede ser sometido por parte del fiscal o de la policía judicial, en caso de que hubiere motivos para inferir que aquel es autor o participe en la conducta punible objeto de investigación. Curiosamente, este acto de investigación (art.82 Ley 906/04) es similar a la erradicada diligencia de indagatoria del sistema inquisitivo, y en él pueden existir preguntas sugestivas, capciosas o conductivas, sin que el abogado defensor, por simple negligencia o ignorancia, las objete oportunamente. De igual modo, es preciso destacar el papel preponderante que, en esos momentos, asume el funcionario inquiriente y, por tanto, el indiciado apenas si cumple con la pasiva tarea de responder las preguntas que se le formulan. Por excepción, solo en algunos eventos, muy limitados por cierto, resulta aconsejable para la defensa presentar al indiciado ante el instructor.

Pero ¿qué sucede si de esta exótica declaración se infiere que el indiciado probablemente es culpable, así no se le haga imputación alguna? ¿Tiene validez

siquiera como “**prueba mínima de responsabilidad**”? En nuestro criterio, no. Porque no se ha formulado el interrogatorio en el curso de una audiencia pública, que es el escenario legítimo y natural donde deben controvertirse y definirse todos los aspectos relacionados con las garantías fundamentales de la persona.

En consecuencia, es válido afirmar que en el sistema penal acusatorio colombiano a la persona se le coarta en grado sumo su derecho de defensa, hasta el punto de que, en la práctica, parece más un autista que un dinámico actor en las fases de indagación preliminar e investigación, toda vez que está limitado a emitir simples monosílabos, indicando secamente si acepta o no la imputación o la acusación.

Contrario a lo que ocurre en Colombia, en las otras legislaciones está previsto el derecho del individuo a declarar, libre y voluntariamente, en el curso de una audiencia. A vía de ejemplo, veamos lo siguiente:

En Panamá, de conformidad con los artículos 117, 126 y 127 del C.P.P., la persona tiene derecho a que se le informe y se le escuche con respecto al hecho que se le atribuye, aun antes de que existan motivos legales para ser llamada a declarar, desde el acto inicial de procedimiento dirigido en su contra. En la república del Ecuador, en los artículos 218 y 222 del C.P.P., se contempla la declaración del imputado durante la etapa de instrucción, pudiendo presentar o solicitar los elementos de descargo que estime convenientes para su defensa. En

la república del Uruguay, en el art. 126 del C.P.P., se ordena, como requisito indispensable para el procesamiento, el interrogatorio del indagado o la constancia de su negativa a declarar. En el reino de España, según los artículos 118 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la sola admisión de la denuncia o querrela o cualquier actuación de la que resulte la imputación de un delito contra una persona, le será comunicada inmediatamente, con el objeto de que, desde ese mismo instante, pueda ejercer su derecho de defensa, interviniendo activamente en todas las diligencias del procedimiento. En Argentina, en sus artículos 73 y 279 del C.P.P., se prescribe el derecho del individuo a presentarse ante el juez competente, aun cuando no hubiere sido indagado, con el fin de aclarar los hechos y de indicar las pruebas que estime útiles para su defensa. En el Código Orgánico Procesal Penal de la república Bolivariana de Venezuela, en su art. 130, se faculta al imputado para comparecer espontáneamente ante el funcionario del Ministerio Público encargado de la investigación, solicitándole la respectiva declaración. El Código de Procedimiento Penal de Puerto Rico, en la Regla 23, contempla la celebración de una Vista Preliminar en caso de que el fiscal imputare a una persona un delito grave (*felony*), quien podrá conainterrogar a los testigos en su contra y ofrecer hechos a su favor; y si el fiscal es requerido para ello, deberá poner a disposición de la persona las declaraciones juradas que tuviere en su poder. En la república

de Chile, en sus artículos 7, 93, 98, 182, 184 y 194, se determina la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, con pleno derecho a prestar declaración sobre los hechos materia de investigación y a conocer, desde el comienzo, el contenido de esta, pudiendo solicitar la práctica de diligencias tendientes a su defensa por parte del Ministerio Público; adicionalmente, el imputado puede examinar con libertad y en cualquier momento los registros y documentos de la investigación fiscal y policial.

De conformidad con lo expuesto, es notorio el contraste que existe entre estos ordenamientos y el sistema procesal penal que actualmente rige en Colombia. Porque mientras que la persona es tratada como sujeto de derechos en aquellas naciones, aquí queda convertida en un simple objeto y sin posibilidades concretas de manifestarse hasta el juicio oral. De igual modo, el derecho a ser oído oportunamente dentro del proceso penal se halla regulado en los diferentes instrumentos internacionales:

El art. 10 de la Declaración de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU en Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948, expresa:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra

ella en materia penal (subrayados fuera de texto).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, en abril de 1948, en su art. xxvi señala:

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas (subrayado fuera de texto).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976 en virtud de la Ley 74 de 1968, en su art. 14 prescribe:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. 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 substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...

[...]

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;... (subrayado fuera de texto).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entrada en vigor en Colombia el 18 de julio de 1978 en virtud de la Ley 16 de 1972, en su art. 8,1 preceptúa:

Garantías Judiciales

1. 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... (subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, debe concluirse que, en contravía de lo dispuesto en estos instrumentos internacionales, los cuales, según el art. 93 de nuestra Carta Política, forman parte del bloque de constitucionalidad, el sistema penal acusatorio que nos rige imposibilita la declaración del indiciado ante un juez o tribunal competente, y la restringe a unos monosílabos durante la audiencia de formulación de imputación. Parece una fría y calculada táctica destinada a provocar la terminación anticipada del proceso penal, cerrándole posibilidades de controversia al imputado desde la formalización de la investigación.

⁴¹ Art. 337 del C.P.P.

6. Ausencia de control en la acusación

La acusación es el acto de apertura al juicio. Para ella es necesario que el fiscal, de acuerdo con los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente recaudada, y mediante inferencia lógica, haya adquirido **probabilidad de verdad** de que la conducta punible existió y de que el imputado es su autor o partícipe. El contenido de la acusación parece simple, pero es de fundamental importancia para el futuro desarrollo del juicio⁴¹:

- **Individualización concreta del acusado, incluyendo nombre, datos y domicilio.** Vale decir, distinguirlo de los demás con sus características propias: en otros términos, establecer, con plena certeza, que se trata realmente de la persona acusada.
- **Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.** Por tanto, se trata de una acusación fáctica y jurídica, debiendo el fiscal hacer la debida adecuación típica de la conducta punible, obviamente utilizando un léxico sencillo y claro para el acusado.
- **Descubrimiento completo y claro de pruebas por parte de la Fiscalía, señalándose los hechos que no requieren prueba.**

Adicionalmente, en la audiencia respectiva **se alegarán las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones y nulidades**, si las hubiere.

En los países donde funciona el sistema penal acusatorio existe la denominada fase intermedia, que consiste en un control, formal y material, realizado por un juez o un Gran Jurado, con el objeto de determinar si se reúnen los requisitos de la acusación, esto es, probabilidad de la existencia del hecho punible y probabilidad de autoría o participación del acusado. Sin embargo, en Colombia se eliminó esta fundamental etapa y se la reemplazó por la preclusión, gracias a la recomendación que en este sentido hizo la Corporación Excelencia en la Justicia. Para la defensa, esta novedosa acusación tiene fallas sustanciales, entre las cuales se destacan las siguientes:

6.1 Vulnera el principio de igualdad de las partes, que supuestamente opera dentro del sistema penal acusatorio.

En efecto, tanto el Ministerio Público, como el abogado de la víctima y la defensa pueden hacer “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”⁴². Como se deduce de la norma transcrita, se trata de meras advertencias sobre el aludido escrito, pero no de reparos de fondo

⁴² Art. 339 del C.P.P.

sobre los supuestos fácticos o sobre la conducta punible atribuida por el fiscal al acusado, por ejemplo, porque el fiscal es omnímodo en este acto trascendental.

Por ende, resulta notorio el desequilibrio existente entre la fiscalía y la defensa porque aquella puede actuar sin control en la audiencia que sirve de apertura al juicio. Pero en favor de esta aberrante situación se sostiene que si el fiscal se equivoca cuando formula la acusación ello tiene para él consecuencias negativas durante el juicio oral, toda vez que en el curso de este no podrá sostener sus tesis y, en consecuencia, resultará beneficiado el acusado. Este argumento parece probable, pero también lo es que una acusación desmedida por parte de la Fiscalía puede servir como instrumento para amedrentar al ciudadano y, por consiguiente, medio para provocar un preacuerdo.

6.2 La resolución acusatoria en la Ley 600/00 era objeto del recurso de apelación, esto es, tenía un control por parte de la segunda instancia. En el nuevo sistema penal acusatorio, aparentemente más garantista, la formulación de acusación no puede ser impugnada.

6.3 Hay dos conceptos indispensables en la teoría del conocimiento, que se encuentran unidos en la formulación de acusación: “**probabilidad de verdad**”.

La verdad, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es la “Conformidad de lo que se dice con lo que se siente o piensa”. En este orden de ideas, es válido decir que el objeto de la prueba dentro del proceso penal es el de reconstruir la verdad porque el instructor “... es, en cuanto a la parte investigativa, un **historiador de casos concretos**”⁴³. Si bien es cierto que la verdad real, la verdad absoluta no es fácil de alcanzar en el curso de las averiguaciones, también lo es que resulta necesario tomar determinaciones (ordenar allanamientos, interceptaciones telefónicas, formular imputaciones y acusaciones, etc.). Y en este caso la Fiscalía debe contar con un **fundamento fáctico razonable** que le permita llegar a la convicción de que su decisión por lo menos se aproxima a una verdad que tenga nexos lógicos con los hechos materia de investigación.

Quien autónomamente determina la aproximación a la verdad es la Fiscalía, con fundamento en la probabilidad que surge de la evaluación de datos objetivos (elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida). Pero esa probabilidad se revela a través de una valoración que de dichos datos hace el funcionario judicial, dependiendo de su percepción de los hechos, de su personalísimo razonamiento, de sus creencias morales, sociales, políticas y económicas, de su formación cultural,

⁴³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba*. Tomo I. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1987, p. 11.

etc. Por tanto, esa probabilidad siempre es graduable y eminentemente subjetiva, de manera que se convierte en una apreciación que no es uniforme y que, por consiguiente, carece de valor universal. Siendo tan subjetiva la probabilidad, con mayor razón ha debido tener un control previo el acto de la acusación por parte de un juez absolutamente neutral.

7. Debilidades de la defensa en los preacuerdos y negociaciones

Los preacuerdos y las negociaciones constituyen un mecanismo institucional alternativo al proceso penal, que tiene como característica básica la realización de un acto jurídico bilateral entre el Estado (representado por el fiscal o el juez, según el momento procesal) y el imputado o acusado, destinado a obtener la aceptación anticipada de la responsabilidad por parte de este, a cambio de una reducción de la sanción punitiva más favorable en el momento de la sentencia.

7.1 A favor de esta figura procedimental se esgrimen varios argumentos, entre los cuales, a grandes rasgos, cabe destacar los siguientes:

- El proceso penal acusatorio, en términos económicos, es muy costoso, toda vez que el Estado cuenta con todos los recursos

humanos, técnicos y científicos disponibles para la investigación y el juicio oral, mientras que, por lo general, el imputado o acusado en Colombia es persona que carece de dinero para disponer de estos medios.

- Por razón de la flagrancia, o por el tiempo indeterminado con el que ha contado el funcionario instructor para realizar la indagación preliminar, las evidencias y la información con la que acude la Fiscalía a la audiencia de formulación de imputación, normalmente son demasiado convincentes en contra del indiciado, razón por la cual resulta preferible un preacuerdo o una negociación; “... este apalancamiento viene dado en la contundencia de la Fiscalía al hacer la investigación, porque la defensa, al darse cuenta del descubrimiento de la prueba y va a juicio, concluye que es mejor buscar un arreglo, una negociación en donde la Fiscalía va a tener siempre las de ganar, esa es la clave del sistema”⁴⁴ (subrayado fuera de texto).
- Evita la fastidiosa publicidad del juicio y, por ende, el imputado o acusado de alguna manera preserva, con la sentencia anticipada, su derecho a la intimidad y al buen nombre.
- Excluye el riesgo de una condena en juicio. Es decir, el imputado o

⁴⁴ Comisión Redactora Constitucional nuevo Código de Procedimiento Penal. Acta No. 025. Dr. Jaime Granados.

acusado opta por el mal menor y no se somete a la eventualidad de un mal de superior gravedad.

- Facilita los términos de una imputación más favorable y hace posible la reducción de la gravedad de las penas.

Las estadísticas, en los países donde opera el sistema penal acusatorio, enseñan que un alto número de condenas provienen directamente de la declaración anticipada de culpabilidad (en la justicia penal de los EE.UU. se habla de un porcentaje superior al 90%, según el estudio realizado por *Zimring, Franklin E. y Frase, Richard S.*, publicado en la obra *The Criminal Justice System*⁴⁵). En consecuencia, este mecanismo ha servido como eficaz filtro a la administración de justicia para, supuestamente, hacerla más eficiente y, por ende, menos congestionada, finalidades que, por lo menos hasta ahora, no se han logrado en nuestro país.

7.2 Paralelamente a la implementación del sistema penal acusatorio, se aprobó la Ley 890 de 2004 que, fuera de crear unos tipos penales, incrementó las penas contenidas en el Código Penal en la tercera parte, en el mínimo, y en la mitad, en el máximo. Para justificar esta decisión legislativa se argumentó que ese aumento punitivo tenía la finalidad de mantener una proporcionalidad

sancionatoria razonable que se ajustase al mecanismo alternativo de los allanamientos, los preacuerdos y las negociaciones. Desde esta óptica parece entendible esa variación notable. Pero ocurre que, en la práctica, un ámbito punitivo tan elevado sirve más bien como elemento de coacción para llevar al imputado o acusado a “confesar” la comisión de la conducta punible, puesto que el temor a un castigo severo obliga a un reconocimiento anticipado de la responsabilidad penal, en aras a la obtención de una significativa rebaja de la pena. Con sobrada razón un destacado miembro de la Comisión Redactora del C.P.P. opinó que “se busca con estos incentivos que no haya muchos procesos y llegar hasta la sentencia, y es tan atractivo que será aceptado, de manera que todos se van a acoger a ella, todos van a confesar”⁴⁶.

Pero a la vez que confesión, se trata de un verdadero contrato de adhesión, en el cual una de las partes impone, a su antojo, las cláusulas del convenio y la otra simplemente está obligada a aceptarlas, so pena de perder los beneficios que otorga el poder del Estado a través de este mecanismo alternativo. Porque es bastante usual que la Fiscalía aproveche todas las gabelas que ha obtenido durante las fases de la indagación previa e investigación para doblegar a la defensa en los términos del contrato supuestamente bilateral. “Lo

⁴⁵ DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 31-32.

⁴⁶ Comisión Redactora Constitucional nuevo Código de Procedimiento Penal. Acta No. 025. Dr. Gustavo Gómez Velásquez.

toma o lo deja”, es la frase mordaz que a veces parece salir de los labios de la acusación pública cuando no permite la discusión sensata sobre las cláusulas del acuerdo a celebrarse. Y entonces un encartado, asustado por la probable y larga condena a que está sujeto si es vencido en el juicio oral, o acosado por la pérdida de ostensibles rebajas punitivas si no se allana o preacuerda oportunamente dentro del respectivo término procesal, prefiere “*adherir y confesar*” a ciegas con el objeto de quitarse el suplicio de un proceso incierto en su resultado.

Obviamente, la defensa puede y debe solicitar el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, de la evidencia física y de la información que hasta entonces tenga la Fiscalía para celebrar los preacuerdos y negociaciones, toda vez que requiere unos datos completos y satisfactorios para estar en plenas condiciones de “*igualdad*” con el ente acusador, máxime cuando ellos son fundamentales para lograr unos términos justos con respecto a ese mecanismo alternativo de descongestión.

La experiencia judicial, por lo menos hasta ahora, enseña que la Fiscalía se ampara en *el secreto* de la fase de indagación preliminar, avalado por la Corte Constitucional, para no mostrarle a la defensa los elementos cognoscitivos que tiene en su poder, sino hasta la audiencia de formulación de acusación,

descubrimiento previsto en el art. 344 del C.P.P. Así se pronunció esta alta Corporación sobre el particular para privilegiar esa secretividad:

... según el nuevo modelo procesal penal, es la etapa del juicio la oportunidad en que habrán de practicarse y valorarse las pruebas bajo las garantías procesales de publicidad y defensa, y con aplicación de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba. Por lo tanto, según el nuevo sistema, al haberse abandonado el principio de permanencia de la prueba y regir los de concentración e inmediación de la misma en el curso de un juicio público y bajo todas las garantías procesales, en la etapa de investigación no se practican realmente pruebas sino que, tanto la Fiscalía como la defensa, recaudan elementos materiales probatorios y evidencias físicas, las cuales habrán de descubrirse en el momento de la acusación para ser practicadas en el juicio, tanto los favorables como los desfavorables al procesado, por lo que no puede considerarse que se violan los principios de publicidad y defensa según lo expone el actor en la demanda, pues el equilibrio procesal en la etapa de investigación se logra con la intervención del juez de control de garantías, a fin de que al imputado no se le vulneren sus derechos fundamentales⁴⁷.

Esta situación de secretismo incide notablemente en esa primera etapa

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1260/05. M. P. Dra. Clara Inés Vargas.

porque en ella la reducción punitiva es bastante significativa (hasta el 50% de la pena) y, por consiguiente, se está obligando al imputado a negociar, sin contar con toda la información que considera idónea. Esto, en la práctica, equivale a comprar un bien sin haberlo conocido completamente. En este aspecto, es válido afirmar que no hay igualdad de armas entre la defensa y la acusación porque esta juega con cartas ocultas. Y si al problema anterior le agregamos el silencio impuesto al encartado durante la audiencia de formulación de imputación, es preciso concluir que de esta manera se vulneran derechos fundamentales amparados por tratados y convenios internacionales incorporados en nuestra Constitución Política en su art. 93, entre ellos el derecho del acusado a ser escuchado y conocer cabalmente la acusación antes de aceptarla.

De nada ha servido la aislada posición garantista asumida desde la propia Corte Constitucional por el Dr. Jaime Araújo Rentería, quien sobre este punto crucial se manifestó así al respaldar la inexequibilidad del no descubrimiento de pruebas durante la formulación de imputación:

... me acojo a los argumentos expuestos tanto por la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el doctor Antonio José Cancino y la Comisión Colombiana de Juristas en sus intervenciones, en cuanto a

considerar inexecutable el no descubrimiento de las pruebas desde la formulación de la imputación, con el fin de garantizar los principios de publicidad de la prueba, juicio público y contradictorio, así como para permitir la preparación de una verdadera defensa del imputado⁴⁸ (subrayado fuera de texto).

Por tanto, la reserva de esa información vulnera los principios de objetividad, igualdad, transparencia y lealtad que deben regir todos los actos jurídicos bilaterales, como los allanamientos y, sobre todo, los preacuerdos y la negociaciones:

Mantener el secreto de los elementos materiales probatorios aun llegándose a un preacuerdo resulta contrario a la Norma Fundamental, porque la anuencia autoincriminadora se basa en una confianza ciega a la postura de la Fiscalía, que bien puede tener en su poder evidencia para acusar, o carecer de la misma, última circunstancia que acarrearía una vulneración desmesurada a las garantías fundamentales del imputado⁴⁹.

Como solución a este marcado desequilibrio, y siendo posible un preacuerdo antes de la formulación de acusación, ¿podría la defensa acudir ante un juez de control de garantías para obligar a la Fiscalía a descubrir los elementos de convicción? Difícilmente este operador judicial obligaría al fiscal

⁴⁸ Corte Constitucional. Salvamento de Voto Sentencia C-1260/05. Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁴⁹ GARZÓN MARÍN, Alejandro y otros: *Negociaciones y preacuerdos*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pp. 204 y 205.

a realizar tal acto, toda vez que este alegaría en su favor el derecho al secretismo. Y entonces la única alternativa posible para exigir ese derecho sería en la audiencia prevista para dictar la sentencia correspondiente ante el juez de conocimiento.

Esta tesis encuentra pleno respaldo en el hecho incontrovertible según el cual la decisión del juez de control de garantías es meramente provisional cuando le imparte legalidad al allanamiento o preacuerdo dentro de la respectiva audiencia, pero que luego debe ser examinada, formal y materialmente, por el juez de conocimiento en el momento de la audiencia de individualización de pena y sentencia. Porque no tendría sentido alguno seguir manteniendo la secretividad cuando ya existe, en este instante procesal, un escrito de acusación.

7.3 Con respecto al control que puede ejercer el juez de conocimiento al examinar las condiciones en las que se produjo el allanamiento o el preacuerdo, hay dos tesis diametralmente distintas.

La primera, y a la que parecen afiliarse la mayoría de los jueces, expresada, entre otras decisiones similares, por la Corte Suprema de Justicia, sostiene lo siguiente:

La aceptación de cargos es precisamente una de las modalidades

de terminación abreviada del proceso, que obedece a una política criminal cifrada en el objetivo de lograr eficacia y eficiencia en la administración de justicia mediante el consenso de los actores del proceso penal, con miras a que el imputado resulte beneficiado con una sustancial rebaja en la pena que habría de imponérsele si el fallo se profiere como culminación del juicio oral, de una parte, y de otra, que el Estado ahorre esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

En tal actuación y en el marco del principio de lealtad que las partes deben acatar, por surgir la aceptación de cargos de un acto unilateral del procesado, que decide allanarse a los que le fueron formulados en la audiencia de imputación con el fin de obtener una rebaja significativa en el quantum de la pena –como ocurre en este caso–, no hay lugar a controvertir con posterioridad a la aceptación del allanamiento por parte del juez, la lesividad del comportamiento, o a aducir causales de justificación o de inculpabilidad. En otras palabras, luego de que el juez de control de garantías acepta el allanamiento por encontrar que es voluntario, libre y espontáneo, no es posible retractarse de lo que se ha admitido y el juez de conocimiento debe proceder a señalar fecha y hora para dictar sentencia e individualizar la pena (artículos 131 y 294 de la Ley 906 de 2004). En consecuencia, es incompatible con el principio de lealtad, toda impugnación que busque deshacer los efectos del acuerdo o la aceptación de la responsabilidad.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 24026 de 20 de octubre de 2005. M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

Por lo mismo, y es una primera conclusión, la demandante carece de interés para controvertir en sede de casación (y desde luego también en las instancias) aspectos relacionados con el injusto y su responsabilidad. En consecuencia, la Corte se abstendrá de considerar, por esas razones, el tercer cargo de la demanda.

Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación...⁵⁰ (Subrayados fuera de texto).

Para los defensores de esta tesis, basta que solamente se reúnan dos requisitos formales, a saber:

- a. Declaración de culpabilidad del imputado sobre el delito que la Fiscalía le atribuye, y
- b. Escrito donde se consigna el allanamiento o el preacuerdo que equivale a la acusación.

En consecuencia, según esta interpretación, la audiencia de individualización de pena y sentencia se convierte en un mero formalismo, toda vez que en ella apenas se escucha la lectura que hace el fiscal de la acusación y, en seguida, se continúa, sin pausa, con la lectura del fallo o con el incidente

de reparación de perjuicios, si hay lugar a este, sin haberse dado la oportunidad al acusado o a su defensor de pronunciarse con respecto al allanamiento o al preacuerdo celebrado. Es, pues, la prolongación del rito secreto e inquisitivo respaldado arbitrariamente por muchos jueces de conocimiento.

7.4 La otra corriente garantista sobre el tema encuentra fundamental respaldo en la Corte Constitucional, que al pronunciarse con respecto a la exequibilidad del inciso 2.º del art. 293 del C.P.P. afirmó lo siguiente:

[cita] Según la ley penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (Arts. 9-12 Cód. Penal). En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito, como se afirma en la demanda. En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Esta exigencia primordial para la garantía de la libertad de las personas y del debido proceso, en particular de la presunción de inocencia que forma parte integrante de este último, no resulta quebrantada por la expresión que se examina, ya que ésta sólo contiene la orden de que el juez de concomimiento apruebe el acuerdo de la imputación, si es voluntario, libre, informado y espontáneo, y no

contiene la orden de proferir condena. Por el contrario, la misma norma demandada, en un aparte no impugnado, establece que aquel “convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta existió y que aquel es su autor o partícipe.

En todo caso, es oportuno señalar que según lo previsto en el Art. 380 de la Ley 906 de 2004 el juez deberá valorar en conjunto los medios de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida, conforme a los criterios consagrados en la misma ley en relación con cada uno de ellos, y que en virtud del Art. 381 *ibídem*, para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio⁵¹ (subrayados fuera de texto).

De esta segunda posición se derivan una serie de requisitos de orden material que el juez de conocimiento debe verificar antes de dictar la correspondiente sentencia condenatoria:

7.4.1 Que el allanamiento, preacuerdo o negociación haya sido voluntario, libre y espontáneo, según lo prescribe el art. 293 del C.P.P. Es decir, que el acto no sea el resultado del error, la coacción o el engaño.

Esta constatación por parte del juez debe hacerse a través de un exhaustivo interrogatorio al imputado o acusado. A través de esta indagación, utilizando un lenguaje cordial, claro y entendible, el operador judicial explorará *el alma* del procesado, su comprensión sobre el problema que afronta, su entendimiento cabal sobre lo que implica la admisión de culpabilidad, la pena de prisión o de multa que podrá merecer, la eventual indemnización que deberá cubrir, el significado de la autoincriminación y su consecuente renuncia a un juicio oral, público, continuo y contradictorio, si su defensor lo ha enterado por completo sobre la naturaleza del acuerdo bilateral realizado con la fiscalía, etc. Vale decir, el funcionario fungirá, en esos momentos, como experto psicólogo y, a la vez, como máximo garante de los derechos fundamentales de la persona.

7.4.2 No basta “*la confesión*” o la declaración anticipada de culpabilidad por parte del imputado o acusado para dictar sentencia condenatoria. Por el contrario, el juez debe valorar todos los elementos cognoscitivos que tuvo la fiscalía para realizar el allanamiento o

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1195/05. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁵² DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *op. cit.*, p. 31.

el preacuerdo, analizando concomitantemente los elementos estructurales de la conducta punible, el grado de participación del acusado y la ausencia de causales de exclusión de responsabilidad. Por tanto, la demostración de la existencia del hecho y la prueba de la responsabilidad penal del acusado son exigencias necesarias para la condena.

Pero fuera de la aceptación voluntaria, consciente, libre y espontánea del imputado, el art. 327 del C.P.P. exige, para la aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos, **“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la**

conducta y su tipicidad”. ¿En qué consiste este “mínimo de prueba”? A la luz de la lógica jurídica, tal locución parece un término inexacto porque si **“procesalmente probar es la demostración legal de un hecho”**⁵², no se entiende cómo una prueba pueda ser minúscula, mínima o ínfima. Porque se prueba una cosa o no se prueba, pero no se puede probar a medias. Si se trata de este “mínimo”, ello nos indica que el elemento cognoscitivo con que cuenta el fiscal todavía no tiene la fuerza suasoria suficiente para convencer al operador judicial sobre la responsabilidad penal del acusado. Ese “mínimo” debe entenderse, desde la perspectiva del garantismo, como la

existencia al menos de un sólido y eficaz elemento de convicción que le transmita al juez la certeza sobre la culpabilidad de la persona que se allana o preacuerda. De admitirse la tesis contraria, implicaría introducir, otra vez, el ya erradicado y funesto principio de la responsabilidad objetiva.

Ahora bien, si el “mínimo de prueba” se entiende como la **prueba incompleta** a que hacía referencia el art. 1655 del antiguo Código Judicial, sólo puede servir para establecer la **probabilidad** sobre la ocurrencia del hecho o sobre la responsabilidad penal y podrá utilizarse para ordenar una captura, un allanamiento, una interceptación telefónica, una formulación de imputación, etc., pero no para emitir una sentencia condenatoria, toda vez que esta requiere **“el convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”**⁵³.

Bibliografía

BERNAL CUÉLLAR, Jaime y Montealegre Lynett, Eduardo: *El proceso penal*, Tomo I, 5.ª edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

⁵³ Artículo 7.º del C.P.P.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Ecuador.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Puerto Rico.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Perú.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Argentina.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Chile.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Panamá.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, Uruguay.

CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL, Venezuela.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL: *Actas* 021 y 025.

CONSEJO DE ESTADO: *Expediente 11754*. Sección Tercera. Actor: Jairo Hernán Martínez Nieves.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA: *Sentencias*:

C-412/93. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-024/94. M. P. Dr. Alejandro Martínez.

23 de marzo/99. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

C-033/03. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

C-096/03. M. P. Dr. Manuel José Cepeda E.

C-1092/03. M. P. Dr. Álvaro Tafur.

C-822/05. M. P. Dr. Manuel José Cepeda E.

T-799/05. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

C-979/05. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

C-1001/05. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

C-1154/05. Aclaración de voto. M. Dr. Jaime Araujo Rentería.

C-1195/05. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

C-1260/05. M. P. Dra. Clara Inés Vargas.

C-1260/05. Salvamento de Voto Sentencia. Dr. Jaime Araújo Rentería.

C-190/06. M. P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

CORTE PENAL INTERNACIONAL: *Estatuto*.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COLOMBIA: Auto, 4 de mayo/60. G.J., t. XCII. Auto de 26 de mayo/71. G. J., t. CXXXVIII 2340/5 M.P. Dr. Luis Carlos Pérez.

R. 24026 de 20 de octubre/05. M. P. Dr. Mauro Solarte Portilla.

24 noviembre/05. M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

14 de Marzo/06. M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

9 de noviembre/06. Expediente 23327.

9 de noviembre/06. M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

COUTURE, Eduardo J.: *Los Mandamientos del Abogado*.

DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*. Valencia, España: Tirant Lo

- Blanch, 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría General de la Prueba*, Tomo I. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 1987.
- DÖHRING, Erich: *La prueba, su práctica y apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1972.
- ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: *Constitución, IV Enmienda*, 1789.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda: *Procedimiento Penal Acusatorio*, Vol. I. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2005.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Trotta S.A., 1997.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis, 1964.
- GARZÓN MARÍN, Alejandro y otros: *Negociaciones y preacuerdos*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo: *Acta N.º 025 de la Comisión Redactora Constitucional*.
- GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*, segunda edición. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio: *La crisis de la justicia penal en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999.
- ONU: *Declaración de Derechos Humanos*.
- ONU: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- PABÓN GÓMEZ, Germán: *De la teoría del conocimiento en el proceso penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.
- RAMÍREZ CONTRERAS, Luis Fernando: *Las audiencias en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. 22 ed. Madrid: Espasa, 2001.
- REINO DE ESPAÑA: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Constitución Política*, 1991.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Ley 600 de 2000*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Ley 890 de 2004*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Ley 906 de 2004*.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Ley 1142 de 2007*.
- RODRÍGUEZ R., Gustavo Humberto: *Pruebas penales colombianas*. Bogotá: Editorial Temis, 1970.
- SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe: *La teoría del caso*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia. Defensoría del Pueblo, 2007.

