

# **EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004**

**DIANA CAROLINA TEJEDOR CORREALES  
GUSTAVO ADOLFO AGUILERA BECERRA**

**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ  
2015**

**EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004**

**DIANA CAROLINA TEJEDOR CORREALES  
GUSTAVO ADOLFO AGUILERA BECERRA**

**Dr. YEZID VIVEROS CASTELLANOS**  
**Director**

**CORPORACIÓN UNIVERSIDAD LIBRE  
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
BOGOTÁ  
2015**

## **PRESENTACIÓN**

La monografía titulada *“El control judicial de la acusación en la Ley 906 de 2004”*, es presentada al Centro de Investigaciones para optar al título de Magister en Derecho Penal, por los estudiantes Diana Carolina Tejedor Corrales y Gustavo Adolfo Aguilera Becerra.

**Nota de aceptación**

---

---

---

---

---

**Firma del Presidente del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

---

**Firma del Jurado**

**Bogotá, junio de 2015**

***A nuestra pequeña y adorada hija,  
quien a través de su inocente y hermosa sonrisa  
llena de felicidad nuestras vidas.***

***“... en un Estado Social de Derecho, no pueden tener cabida los actos puramente discrecionales, pues todos los actos están sometidos a control. En sentido contrario, un acto meramente discrecional es un puro acto de poder que requiere control y que genera responsabilidades”.<sup>1</sup>***

***“... el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena”.<sup>2</sup>***

***“... es injusto someter al ciudadano al rigor de un juicio por delito grave sin previa oportunidad de una vista adversativa donde se justifique la celebración de un juicio”.<sup>3</sup>***

---

<sup>1</sup> QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *“Derecho constitucional colombiano”*. Cuarta Edición. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá Pág. 79.

<sup>2</sup> HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *“Derecho Procesal Penal Chileno”* Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Chile. Pág.11

<sup>3</sup> CHIESA APONTE, Ernesto L. *“Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”* Volumen III. Editorial Fórum. Puerto Rico. 1995. Pág. 35.

## **AGRADECIMIENTOS**

Los autores del presente trabajo de grado agradecen profundamente a Dios por las grandiosas oportunidades y alegrías que nos ha ofrecido a lo largo de nuestra existencia.

A nuestros respectivos padres, quienes a través de su inmensurable comprensión, cariño, orientación y apoyo, lograron hacer de nosotros personas útiles para la sociedad.

A nuestros hermanos mayores; siempre serán un ejemplo a seguir.

A nuestra hermosa y adorada hija, quien se ha convertido en nuestra razón de vivir y en el primordial motivo para salir adelante.

A la Universidad Libre por abrirnos sus puertas, brindarnos una excelente formación académica y permitirnos hacer parte de un ambiente intelectual pluralista y tolerante, regido por la libertad de opinión.

Finalmente, a los Doctores Yezid Viveros Castellanos y Raúl Caro Porras, cuya orientación y apoyo fueron fundamentales para la realización de este trabajo.

## TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	12
Palabras clave.....	13
Introducción.....	16

### **CAPÍTULO 1**

#### **Aspectos preliminares**

1.1 Formulación y definición del problema jurídico.....	20
1.2 Justificación.....	20
1.3 Formulación de objetivo general.....	20
1.4 Formulación de objetivos específicos.....	21
1.5 Estrategias metodológicas de investigación.....	21

### **CAPÍTULO 2**

#### **Antecedentes: normativos, jurisprudenciales y de derecho comparado en materia de acusación controlada**

2.1 Antecedentes normativos	
2.1.1 La Ley 94 de 1938 y el Decreto 409 de 1971.....	23
2.1.2 El Decreto 0181 del 29 de enero de 1981.....	24



2.1.3 El Decreto 0050 del 13 de enero de 1987.....	25
2.1.4 El Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000.....	27
2.1.5 El Acto Legislativo 02 de 2012.....	28
2.1.6 La Ley Estatutaria N° 211 de 2013 Senado y 268 de 2013 de la Cámara.....	28
2.1.7 La Constitución Política de Colombia de 1991.....	29
2.1.8 El Estatuto de Roma.....	30
2.1.9 La Declaración Universal de Derechos Humanos.....	31
2.2 Antecedentes del control material a la acusación en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en la Ley 906 de 2004	
2.2.1 Justificación de la reforma constitucional a los artículos 116, 250 y 251.....	32
2.2.2 La propuesta del control material de la acusación en el trámite del Acto Legislativo 03 de 2002.....	34
2.2.3 La eliminación del control material de la acusación en el trámite del Acto Legislativo 03 de 2002.....	36
2.2.4 La discusión en la comisión redactora de la Ley 906 de 2004.....	37

2.3 Antecedentes jurisprudenciales	
2.3.1 Primera postura: control material a la acusación.....	45
2.3.2 Segunda postura: ausencia de control material a la acusación.....	61
2.4 Aportes del derecho comparado: la existencia de la fase intermedia y de la causa probable	
2.4.1 Estados Unidos de Norteamérica.....	74
2.4.2 Puerto Rico.....	78
2.4.3 Perú.....	81
2.4.4 Chile.....	82
2.4.5 Argentina.....	84
2.4.6 Costa Rica.....	84
2.4.7 Venezuela.....	85

### **CAPÍTULO 3**

#### **La ausencia de control material a la acusación vulnera principios y derechos constitucionales fundamentales**

3.1 El principio democrático de participación ciudadana.....	88
3.2 Los derechos de presunción de inocencia y buen nombre.....	89

3.3 El derecho a la libertad.....	90
3.4 Los derechos de defensa y contradicción.....	92
3.5 El derecho a la igualdad.....	94

## **CAPÍTULO 4**

### **Propuesta de los autores**

Reforma legal para introducir una audiencia preliminar de causa probable.....	97
<b>5. Conclusiones y recomendaciones.....</b>	<b>103</b>
<b>6. Referencias bibliográficas.....</b>	<b>113</b>

## RESUMEN

La acusación es una herramienta estatal utilizada por los delegados de la Fiscalía General de la Nación para vincular a los procesados a un juicio oral y público. Tal acto unilateral, de conformidad con lo establecido en la Ley 906 de 2004, es incontrolable e irrefutable en una etapa previa al juzgamiento, por lo que es susceptible de arbitrariedades que, por lo mismo, pueden conducir a su deslegitimación y a la vulneración de los derechos fundamentales del encausado.

Por lo tanto, se requiere de la implementación de una audiencia de causa probable que le permita al juez controlar la acusación y al procesado controvertirla, por lo que el sistema penal colombiano se tornaría más garantista, pues el hegemónico poder de los fiscales se vería limitado por los jueces, quienes deben ser los únicos autorizados para determinar si el procesado debe ser sometido a un juicio criminal, en la medida en que se trata de una decisión lesiva de sus garantías constitucionales.

El control judicial de la acusación y la existencia de la etapa intermedia estuvieron contemplados en el proyecto del Acto Legislativo 03 de 2002, pero fueron retirados del texto finalmente aprobado. A pesar de ello, en la comisión redactora de la Ley 906 de 2004 se abordó el tema y, aunque se postularon importantes argumentos para defender su implementación, finalmente triunfó la tesis de negar cualquier tipo de control a la acusación en una etapa previa al juicio oral.

No obstante, debe aclararse que el control de la acusación hace parte de nuestra tradición jurídica y de los esquemas procesales de distintos países del mundo, por medio de los cuales acogieron al interior de sus legislaciones un sistema acusatorio o de tendencia acusatoria.

Por otro lado, aunque el sistema acusatorio colombiano entró a regir hace más de 10 años, hasta ahora se está determinando, en la jurisprudencia y en la praxis judicial, si el juez debe controlar materialmente la acusación del fiscal o si, por el contrario, no se debe vigilar dicha facultad que, a juicio de los autores, puede llegar a transgredir injustamente de los derechos del procesado.

**Palabras claves:** Acusación, causa probable, contradicción, control material, etapa intermedia.

## ABSTRACT

The accusation is a state tool used by the delegates of the Attorney General's Office to link the accused to oral and public trial. Such unilateral act, in accordance with the provisions of Act 906 of 2004, is uncontrollable and irrefutable, so it is susceptible to arbitrary actions and mistakes, therefore, may lead to its delegitimation and infringement of fundamental rights of the accused .

Therefore, it requires the implementation of an intermediate phase that allows the judge to control the prosecution and the defendant contest it, which would make the most guarantee Colombian penal system and therefore less exposed to the ambiguities of tax, as its hegemonic power would be limited by the judges, who must be the only ones authorized to determine whether the accused should be subjected to a criminal trial because it is a decision adversely affecting their constitutional guarantees.

The judicial control of the prosecution and the existence of the intermediate stage were covered by the draft Legislative Act 03 of 2002, but were removed from the text finally adopted. However, in the drafting committee of the Law 906 of 2004 the issue was addressed and, although important arguments are postulated to defend its implementation, finally won the argument to deny any control to the charge in a pretrial oral.

However, it should be clarified that control of the indictment is part of our legal tradition and procedural schemes in different countries of the world who welcomed into their legislation an adversarial system or accusatory trend.

Furthermore, although the Colombian adversarial system came into effect more than 10 years ago, so far is being determined, in the case law and judicial practice, whether the judge should control the prosecution's case or whether, on the

contrary, no that power should be monitored, in the opinion of the authors, can reach unfairly infringe the rights of the accused.

**Key words:** Indictment, probable cause, contradiction, material control, intermediate stage.

## **EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACUSACIÓN EN LA LEY 906 DE 2004**

### **INTRODUCCIÓN**

El proceso penal implementado en Colombia con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado mediante la Ley 906 de 2004, exigía la adopción de una nueva forma de mentalidad jurídica, por medio de la cual se buscaba la correcta aplicación de ese novedoso sistema y la superación de las deficiencias dejadas por los anteriores, caracterizados por ser de marcada tendencia inquisitiva.

Sin embargo, el apresurado ingreso del proceso penal acusatorio al ordenamiento jurídico, el desconocimiento de las realidades socio-culturales del país, la falta de capacitación de los operadores judiciales, las excesivas modificaciones legales que ha sufrido y la ausencia de recursos técnicos y humanos que lo tornen operante y ágil, han dificultado el cambio de mentalidad y generado fuertes críticas e innumerables dudas frente a su eficacia.

Por su lado, la vigencia que ha tenido el proceso penal acusatorio en Colombia ha servido para encontrar sus falencias más significativas, pues sólo la práctica judicial ha permitido determinar que los organismos de Policía Judicial son insuficientes, que las indagaciones, investigaciones y juicios se prolongan desmedidamente, que la materialización de los principios de oralidad, concentración e igualdad de armas está en duda, que la restricción de la libertad personal es la regla general y que el poder de acusar es absoluto, pues carece de confrontaciones y límites judiciales.

Los efectos nocivos que puede generar sobre una persona una acusación penal, exigen el establecimiento de una audiencia de causa probable para controlar, limitar y racionalizar el ejercicio absoluto de ese poder estatal, el cual puede verse



enfrentado a su propia ilegitimidad por implicar, eventualmente, la lesión de diversos derechos constitucionales fundamentales.

En Colombia no se estableció la existencia de una etapa intermedia ni un control material a la acusación, aun cuando el proyecto del Acto Legislativo 03 de 2002 sí contemplaba expresamente que el fiscal debía solicitar al juez con función de control de garantías la autorización para acusar, lo cual implicaba que éste funcionario judicial era el encargado de controlar la acusación y determinar si existía causa probable para llamar al procesado a un juicio criminal.

Sin embargo, la etapa intermedia fue retirada de la discusión en la comisión redactora constitucional, por lo que en la actualidad los fiscales son dueños de un inmenso poder estatal que han utilizado, en algunas oportunidades, de forma errónea, ligera o despótica, pues la práctica judicial ha permitido descubrir acusaciones equivocadas, arbitrarias, carentes de prueba, confusas o anfibológicas, las cuales, precisamente por presentar tales atributos, implican vulneración a las garantías del procesado.

La jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por su lado, no ha determinado pacíficamente si la acusación debe tener control judicial material, en la medida en que ha declarado nulidades procesales debido a *“errores en la calificación jurídica”* atribuida por la Fiscalía, e inclusive ha llamado la atención de los jueces y las partes para que, en ejercicio de su órbitas de competencia, realicen *“un control efectivo a la imputación”*.

Sin embargo, la Corte también ha señalado que el juez no puede remplazar a la Fiscalía en su función acusadora y, por lo tanto, no está autorizado para realizar un control material a la acusación, ni para cuestionar su validez, ni para interferir en la calificación jurídica de los hechos, ni para indicar o imponer cómo hacerla.

Por lo tanto, a través de este ensayo se propone como tesis implementar en la Ley 906 de 2004 una audiencia de causa probable para controlar, limitar o racionalizar el poder de acusar y, adicionalmente, para permitir al procesado, en el desarrollo de esa fase, ejercer sus derechos constitucionales de defensa y contradicción, pues sólo de esa forma se materializa el principio constitucional de democracia participativa, a través del cual se advierte que todos los ciudadanos tiene la facultad de intervenir activamente en la solución de los conflictos que los afectan.

La audiencia de causa probable debe ser dirigida por el juez con función de control de garantías, quien luego de escuchar la acusación y los argumentos del procesado, debe determinar, con base en los elementos probatorios recolectados por las partes, y como director del proceso, si existe una probabilidad de verdad relacionada con la existencia del delito y la participación del enjuiciado en la comisión del mismo. Es decir, si existe causa probable para someterlo a una audiencia de juicio oral o si, por el contrario, la acusación es tan débil que la única opción procedente es el sobreseimiento.

La implementación de la audiencia de causa probable tornaría al sistema penal más garantista, pues el hegemónico poder de los fiscales se vería limitado por los jueces, quienes deben ser los únicos autorizados para determinar si el procesado merece una acusación y ser sometido a un juicio criminal, en la medida en que se trata de una decisión que afecta sus derechos fundamentales.

La citada audiencia preliminar, además de implicar el respeto por las garantías del acusado, ubicaría el sistema acusatorio colombiano al nivel de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las legislaciones existentes en otros países del mundo, como por ejemplo las de Estados Unidos, Puerto Rico, Perú, Chile, Argentina, Costa Rica y Venezuela, por medio de las cuales se adoptaron sistemas acusatorios, o de tendencia acusatoria, revestidos de un control material a la acusación.

Por último, para soportar argumentativamente la propuesta principal de este ensayo, se anticipa que se abordarán, entre otros, temas relacionados con los antecedentes legislativos en materia de acusación controlada, los argumentos de la comisión redactora constitucional para no introducir una audiencia de causa probable en la Ley 906 de 2004, el derecho comparado relacionado con el asunto, así como la línea jurisprudencial que se ha encargado de estudiarlo.

## **CAPÍTULO 1**

### **Aspectos preliminares**

#### **1.1 Formulación y definición del problema jurídico:**

Ante la ausencia de un control judicial material a la acusación, en el contexto de la Ley 906 de 2004, ¿es necesaria una reforma legal para introducir una audiencia preliminar de causa probable, con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales del procesado?

#### **1.2 Justificación:**

La investigación planteada en este proyecto es relevante porque demostrará cómo la ausencia de control material a la acusación, establecida por la Ley 906 de 2004, lesiona principios constitucionales y derechos fundamentales del procesado, por lo que se requiere de una reforma legal para habilitar la existencia de una audiencia de causa probable, en la que el Juez con Funciones de Control de Garantías tenga la posibilidad de controlar materialmente el acto de acusar.

Para los autores resulta importante aportar una solución concreta al citado problema, con el fin de retomar la vigencia de un sistema penal democrático y participativo, en el que la actividad fiscal sea controlada por los jueces y en el que el procesado tenga la posibilidad de ser escuchado, en igualdad de oportunidades, desde su vinculación al trámite procesal.

#### **1.3 Formulación de objetivo general:**

Determinar si ante la ausencia de un control judicial material a la acusación, en el contexto de la Ley 906 de 2004, es necesaria una reforma legal para introducir

una audiencia preliminar de causa probable, con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales del procesado.

#### **1.4 Formulación de objetivos específicos:**

- Identificar los antecedentes normativos y jurisprudenciales en materia de acusación controlada, así como la regulación actual que sobre el tema existe en el derecho comparado.
  
- Analizar qué principios constitucionales y derechos fundamentales del procesado se transgreden ante la ausencia de un control judicial material a la acusación.
  
- Proponer una reforma legal para introducir una audiencia preliminar de causa probable en la que el Juez con Funciones de Control de Garantías controle materialmente la acusación.

#### **1.5 Estrategias metodológicas de investigación:**

En la presente investigación se utilizaron, al comienzo, los modelos o diseños exploratorio y descriptivo, en la medida en que el tema es relativamente desconocido, por lo que fue necesario recolectar, en la mayor cantidad posible, bibliografía especializada, artículos académicos, notas periodísticas y jurisprudencia relacionada.

Como consecuencia de los anteriores modelos de investigación, fue posible acudir al método evaluativo para determinar el marco teórico y epistemológico, así como los argumentos jurídicos relevantes para la solución del problema jurídico, con el fin de contribuir de forma eficaz al mejoramiento del sistema acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004.

## CAPÍTULO 2

### **Antecedentes: normativos, jurisprudenciales y de derecho comparado en materia de acusación controlada**

#### **2.1 Antecedentes normativos:**

En los estatutos procesales anteriores a la Constitución Política de 1991, el funcionario instructor, luego de concluida la fase instructiva, debía remitir el proceso al juez de la causa, quien era el encargado de decidir, mediante un “*auto de proceder*”, si debía iniciarse la etapa de juzgamiento o si, por el contrario, resultaba necesario perfeccionar la instrucción o precluir la investigación en favor del procesado, para lo cual tenía que proferir un “*auto de sobreseimiento*”. Adicionalmente, la acusación era entendida como una pretensión que admitía formulación de excepciones, por lo que se requería de un pronunciamiento judicial para resolver el conflicto de las partes, antes de dar apertura al juicio.

Los estatutos procesales posteriores a la expedición de la Constitución despojaron al juez de la facultad de determinar la procedencia del juzgamiento. Sin embargo, no por ello se dejaron de imponer controles a la acusación, pues para proferirla se exigía el cumplimiento de diversos requisitos formales y sustanciales que debían plasmarse en una resolución interlocutoria susceptible de los recursos ordinarios, por lo que la contraparte tenía la posibilidad de acudir a éstos para controvertirla y lograr que un superior la confirmara, modificara o revocara.<sup>4</sup>

Sin embargo, el Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004, no sólo despojó al juez de la facultad de determinar si existen fundamentos suficientes para dar apertura al juicio oral sino que, además, limitó a la defensa su derecho a controvertir la acusación, lo cual va en contravía de los antecedentes

---

<sup>4</sup> Cfr. Fernández León Whanda, artículo denominado “*El poder hegemónico de la acusación. El absurdo de hablar de garantías frente a un acto de parte ingobernable*”. Pág.7.

legislativos que han existido en Colombia en materia de acusación controlada. Veamos:

**2.1.1 La Ley 94 del 13 de junio de 1938 y el Decreto 409 del 27 de marzo de 1971** establecían, de manera más o menos similar, que cuando se cerraba el ciclo instructivo, el cual debía ser adelantado por el *“funcionario de instrucción”*, el proceso tenía que pasar a manos del juez, quien era el único encargado de calificar el mérito sumarial mediante un *“auto de proceder”* o un *“auto de sobreseimiento”*.

El primero debía proferirse cuando aparecía plenamente comprobado el cuerpo del delito y existía una declaración creíble o graves indicios de que el acusado era autor o partícipe del hecho que se investigaba. El auto constaba de una parte motiva y otra resolutive. La motiva debía contener la *“calificación del hecho”* y el llamamiento a juicio por el delito que correspondiera, con la denominación que le daba el Código Penal en el respectivo capítulo o título.

El auto de proceder debía ser notificado personalmente al procesado, quien podía ser conducido por el juez para que se enterara del contenido de la decisión. Por último, con la ejecutoria del *“auto de proceder”*, el cual era apelable, iniciaba el juicio.

Por su lado, la expedición de un *“auto de sobreseimiento”* implicaba que no se podía dar inicio al juicio porque no concurrían los presupuestos necesarios para dictar el de proceder, es decir, la existencia del cuerpo del delito y una declaración creíble o graves indicios de que el acusado era autor o partícipe del hecho que se investigaba.

A su vez, el auto de sobreseimiento podía ser temporal o definitivo. En el primer caso, se ordenaba reabrir la investigación y remitir el proceso al funcionario de

instrucción para que continuara con las pesquisas. En el segundo, se daba por finalizado el proceso, siempre que concurrieran los requisitos legales para ello, como por ejemplo la inocencia del procesado o la inexistencia del hecho investigado.

**2.1.2 El Decreto 0181 del 29 de enero de 1981** establecía que la acusación debía formularse cuando en el expediente aparecían pruebas suficientes que permitían inferir al funcionario, razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico, que el procesado era autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa; o que al momento de realizar el hecho se encontraba en las circunstancias del artículo 31 del Código Penal.<sup>5</sup>

El fiscal debía entregar el expediente y la acusación al juez para que determinara si reunía las formalidades legales y si, adicionalmente, no evidenciaba ninguna causal de nulidad.

Si la acusación no reunía las formalidades legales o no *“comprendía todos los hechos punibles investigados o todas las personas vinculadas como procesados”*, el juez, a través de un auto de sustanciación, devolvía la acusación al fiscal para que la corrigiera dentro del término de dos días. La decisión de devolución vinculaba al fiscal.

Si el juez advertía alguna causal de nulidad debía decretarla de plano y devolver el expediente al fiscal correspondiente.

Ahora bien, cuando la acusación era admitida, se ordenaba su traslado al procesado y al defensor, quienes debían pronunciarse frente a los hechos en que

---

<sup>5</sup> Se hacía referencia al Decreto 100 de 1980, cuyo artículo 31 señalaba lo siguiente: *“Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.”*



se fundaba y las pretensiones contenidas en ella, indicando claramente los admitidos y los negados. Además, podían proponer excepciones y formular las peticiones que consideraran pertinentes para la defensa y la legalidad del proceso.

Las excepciones que se podían proponer eran “*La cosa juzgada penal sobre los mismos hechos que fundamentan la acusación*” y “*La extinción de la acción penal*”. Para demostrarlas, la defensa podía presentar pruebas, las que a su vez debían trasladarse al fiscal, quien podía aportar las necesarias para infirmar las presentadas o aceptar las excepciones. El silencio se entendía como aceptación de la excepción propuesta.

Por último, el juez debía resolver en vista de lo alegado y probado. Si decretaba la excepción propuesta debía expedir un auto de conclusión y revocar las medidas de aseguramiento, embargo y secuestro que se hubieran dictado. Si negaba la excepción debía proferir un auto interlocutorio que podía ser apelado ante el superior. El recurso se concedía en el efecto devolutivo, lo cual implicaba la continuación del proceso hasta el momento previo a la emisión de la sentencia, puesto que ésta no podía dictarse hasta que se resolviera la alzada.

El Decreto 0181 de 1981 no entró en vigencia porque mediante sentencia de inconstitucionalidad del 3 de noviembre de 1981, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el Acto Legislativo 01 de 1979, por medio del cual se adoptó el referido decreto, el cual, en todo caso, fue de trascendental importancia por la precisión de incluir un sistema de vocación acusatoria.<sup>6</sup>

**2.1.3 El Decreto 0050 del 13 de enero de 1987** establecía que en los procesos adelantados ante la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores y los juzgados municipales, el mérito del sumario debía ser calificado por la corporación

---

<sup>6</sup> Así se reconoció explícitamente en el proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, que luego se transformó en el 03 de 2002, por medio del cual se modificaron algunos artículos de la Constitución, como por ejemplo el 250. (Cfr. Gaceta del Congreso 134 del 26 de abril de 2002.

o juez municipal correspondiente, mientras que en los procesos adelantados ante los jueces del circuito y superiores debía ser calificado por el juez de instrucción criminal.

Cuando se perfeccionaba la investigación el juez municipal o el magistrado, mediante un auto de sustanciación, contra el cual únicamente procedía el recurso de reposición, cerraba la investigación y ordenaba que el proceso quedara en secretaría a disposición de las partes para que se pronunciarán frente a lo que consideraran pertinente.

Vencido el término de traslado el juez o el magistrado estaban en el deber de calificar el mérito del sumario, para lo cual debía proferir una resolución de acusación, un auto de cesación de procedimiento o uno de reapertura de la investigación. El primero de los mencionados autos debía proferirse cuando estaba demostrada la tipicidad del hecho y existía un testimonio creíble o indicios graves de responsabilidad penal. Adicionalmente, el auto debía contener la *“calificación jurídica provisional con el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.”*

La resolución de acusación debía ser notificada personalmente al procesado que estuviera detenido, porque aquél que se encontrara en libertad debía ser enterado a través de una comunicación remitida a su última dirección de residencia.

El citado Decreto advertía que cuando no existía prueba para formular resolución de acusación o cesación del procedimiento, el juez debía ordenar la reapertura de la investigación por un término no mayor de 60 días. Además, el funcionario también debía señalar expresamente las pruebas que tenían que practicarse. Vencidos los 60 días cerraba la investigación, corría traslado a las partes y, acto seguido, decretaba la cesación definitiva del procedimiento si no existía mérito para formular resolución de acusación.

Por último, el Decreto señalaba que con la ejecutoria de la resolución de acusación se iniciaba la etapa de juzgamiento.

**2.1.4 El Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000** fueron los primeros estatutos procesales proferidos en vigencia de la Constitución de 1991. Aunque no establecieron la existencia de jueces en la etapa de investigación, ni tampoco les asignaron a ellos la facultad de determinar si existía o no mérito para dar apertura al juicio, sí instituyeron unos controles previos y posteriores a la acusación.

Las mencionadas normas señalaban, de forma similar, que cuando existía prueba necesaria para calificar, o cuando se vencía el término de la instrucción, el fiscal debía proferir una *“providencia de sustanciación”* para declarar cerrada la investigación y ordenar que el expediente pasara al despacho para su calificación.

Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenaba su traslado a las partes para que presentaran las solicitudes que consideraran necesarias con relación a las pretensiones sobre la calificación que debía adoptarse. Vencido el término anterior, la calificación se verificaría en un plazo máximo de quince (15) días hábiles.

El fiscal debía dictar resolución de acusación cuando estuviera demostrada la ocurrencia del hecho y existiera confesión, testimonio creíble, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometiera la responsabilidad del imputado.

La resolución de acusación era apelable y el recurso debía concederse en el efecto suspensivo.

**2.1.5** A través del **Acto Legislativo 02 de 2012** se pretendió la reforma de múltiples artículos de la Constitución. El 116 era uno de ellos, puesto que le

adicionaría un inciso cuya redacción era del siguiente tenor: *“Créase un Tribunal de Garantías Penales que tendrá competencia en todo el territorio nacional y en cualquier jurisdicción penal y ejercerá las siguientes funciones: (...) 2. De manera preferente, controlar la acusación penal contra miembros de la Fuerza Pública, con el fin de garantizar que se cumplan los presupuestos materiales y formales para iniciar el juicio oral”*.

Sin embargo, el citado acto legislativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-740 de 2013, pues encontró vicios de forma en su producción, por lo que no entró en vigencia.

**2.1.6 El Proyecto de Ley Estatutaria No. 211 de 2013 Senado, 268 de 2013 Cámara**, por medio del cual se pretendían *“desarrollar”* los artículos 116 y 221 de la Constitución Política, establecía en el Capítulo III de su Título VI, rotulado *“control de acusación”*, la existencia de un Tribunal de Garantías Penales para miembros de la Fuerza Pública, el cual estaba en el deber de presidir la audiencia de formulación de acusación y realizar el control formal y material de la misma.<sup>7</sup>

El proyecto también establecía que el Tribunal debía abstenerse de remitir la actuación al juez de conocimiento competente: *“a) Cuando la acusación no contenga una imputación fáctica concreta y b) Cuando la tipificación de los delitos desborde de manera clara e indiscutible el marco fáctico de la acusación.”*. Contra la decisión del Tribunal no procedería ningún recurso, sin perjuicio de la acción de

---

<sup>7</sup> El objeto de la citada Ley estatutaria era el siguiente: *“establecer reglas para la investigación, acusación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en el marco del Derecho Internacional Humanitario aplicable en situación de hostilidades; el desarrollo de los principios de autonomía e imparcialidad de la justicia penal militar; el funcionamiento de la comisión técnica de coordinación y la organización y funcionamiento del Tribunal de Garantías Penales. El contenido de esta ley, excepto donde se diga expresamente lo contrario, se aplicará exclusivamente a los miembros de la Fuerza Pública.”*

tutela, que sería resuelta en primera instancia por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.<sup>8</sup>

El proyecto de ley estatutaria no prosperó porque estuvo soportado sobre el Acto Legislativo 02 de 2012, el cual ya había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

**2.1.7 La Constitución Política de 1991**, por su lado, establece en su artículo 174 que al Senado le corresponde conocer *“de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes”* contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, el Senado conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.

La Constitución estableció, en su artículo 175-3, que si la acusación se refiere a delitos comunes, *“el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.”*

En concordancia con lo anterior, el artículo 180 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), señala que una de las funciones de la Comisión de Acusación e Investigación es la de *“preparar proyectos de Acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de*

---

<sup>8</sup> La Corte Constitucional, mediante sentencia C-388 de 2014, se declaró inhibida para estudiar la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria, porque su texto presentaba una conexidad inescindible con el del Acto Legislativo 02 de 2012, que ya había sido declarado inexecutable.

*Estado, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.” (Sic).*

**2.1.8 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, en su artículo 61, denominado *“confirmación de los cargos antes del juicio”*, señala que tras la entrega del procesado a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares debe celebrar una *“audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento.”*

En la audiencia, el Fiscal debe presentar respecto de cada cargo pruebas suficientes en orden a demostrar que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen que se le imputa. El Fiscal podrá presentar pruebas documentales o un resumen de las pruebas y no será necesario que llame a los testigos que han de declarar en el juicio.

Por su lado, el procesado, en la misma audiencia, tiene el derecho de: **i)** *“impugnar los cargos”*; **ii)** impugnar las pruebas presentadas por el Fiscal y **iii)** presentar pruebas.

La Sala de Cuestiones Preliminares debe adoptar, sobre la base de la mencionada audiencia, alguna de las siguientes decisiones: **i)** confirmar los cargos cuando haya determinado que existen pruebas suficientes para establecer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa; **ii)** no confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que las pruebas son insuficientes; **iii)** levantar la audiencia y pedir al Fiscal que considere la posibilidad de: a) Presentar nuevas pruebas o llevar a cabo nuevas investigaciones en relación con un determinado cargo; o b) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte.

Cuando la Sala resuelve no confirmar un cargo, el Fiscal puede pedir una nueva audiencia, cuya realización estará supeditada a la presentación de pruebas adicionales. Por el contrario, cuando se confirman los cargos, la Presidencia de la Corte debe constituir una Sala de Primera Instancia que, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 9º del artículo 60 y el 4º del artículo 64, se encargará de la siguiente fase del procedimiento, o sea el juicio.

**2.1.9 La Declaración Universal de los Derechos Humanos** es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París. Consta de 30 artículos en los que se señalaron los derechos humanos considerados como básicos.

El artículo 10º señala que *“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.”*

Por lo tanto, la Declaración garantiza la posibilidad de que toda persona pueda ser oída por un Tribunal al momento de *examinar* la acusación *que se va* a formular en su contra. La palabra *examen* permite concluir que la acusación debe ser analizada previamente por el Tribunal, el cual, a su vez, debe permitirle al acusado pronunciarse frente a la misma para garantizar otro de sus derechos humanos: *“su defensa.”*

## **2.2. Antecedentes del control material de la acusación en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en la Ley 906 de 2004**

Los redactores constitucionales del proyecto de acto legislativo que luego se convirtió en el 03 de 2002, estuvieron de acuerdo con la implementación de un control material a la acusación, al punto de que tal idea avanzó y estuvo vigente hasta el sexto debate. Sin embargo, en los dos últimos, el tema dejó de discutirse y, finalmente, se aprobó una modificación sin la existencia de un control judicial material al acto de acusar.

Con todo, los miembros de la comisión redactora de la Ley 906 de 2004, según las constancias de sus reuniones, plantearon nuevamente la posibilidad de establecer la existencia de un control material a la acusación. Aunque se postularon argumentos jurídicos interesantes por parte de varios comisionados, finalmente se decidió establecer un simple control formal por parte del juez y los demás sujetos procesales.

### **2.2.1 Justificación de la reforma constitucional a los artículos 116, 250 y 251 superiores:**

De acuerdo con el contenido del Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, que más adelante se convertiría, con ciertas modificaciones, en el 03 de 2002, la primera necesidad de la reforma constitucional fue el fortalecimiento de la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, pues estaba siendo entorpecida por la inversión de tiempo que le exigía el desempeño de sus tres roles: juez, acusador y defensor.

Por virtud de lo anterior, se concibió como solución eliminar de la Fiscalía las actuaciones judiciales donde se comprometieran derechos fundamentales de los



sindicados, para que pudiera dedicarse con toda su energía a investigar los delitos y acusar ante un juez a los posibles infractores de la ley penal.

La segunda justificación de la reforma estribó sobre la necesidad de establecer la existencia de una audiencia de juicio público, oral, contradictorio y concentrado, el cual debía constituirse en un escenario de contienda probatoria entre dos sujetos procesales -defensa y acusador- ubicados en un mismo plano de igualdad ante un tercero imparcial que era el juez, quien debía decidir con base en lo probado.

La tercera justificación de la reforma gravitó sobre la modificación del sistema de juzgamiento parlamentario, aspecto que, a su vez, comprendía la implementación del principio de la doble instancia y la redefinición de las funciones a cargo de la Fiscalía General de la Nación dentro de este tipo de procesos.<sup>9</sup>

La cuarta justificación de la reforma se soportó sobre la base de buscar el respeto por los mandatos establecidos en los tratados de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, particularmente en lo referente a:

*i) La garantía de imparcialidad del funcionario juzgador, la que estaba en duda en la Ley 600 de 2000 porque en éste sistema el fiscal, que era una parte procesal, decretaba, practicaba y valoraba pruebas, profería medida de aseguramiento, limitaba o afectaba los derechos del procesado etc.,*

---

<sup>9</sup> Se aclara que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 estableció lo siguiente: *“Los casos de que trata el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”* La Corte Constitucional, mediante sentencia C-545 de 2008, declaró exequible la citada expresión, *“en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.”* Sin embargo, como el Legislador no ha cumplido la orden de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, a través de algunas regulaciones administrativas internas, separó las funciones de investigación, acusación y juzgamiento y la creación de Salas de Instrucción. En todo caso, los parlamentarios continúan sin poder acceder a su derecho constitucional de doble instancia.

*ii)* El derecho a tener un juicio sin dilaciones injustificadas, que no era respetado porque, según el contenido de la mencionada Gaceta, las facultades judiciales de la Fiscalía no aportaban eficacia a la persecución penal y, adicionalmente, la congestión judicial retrasaba la finalización de procesos y,

*iii)* El principio de doble instancia para los aforados, pues se trata de una garantía prevista en múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia.

Por último, se indicó que la reforma no surgía como una simple aspiración teórica, sino como una idea que ambicionaba acabar con las deficiencias evidenciadas en el sistema procesal precedente, para en su lugar *“imprimir mayor celeridad a los procesos, competitividad y especialidad a sus funcionarios, mayor salvaguarda de los derechos fundamentales de los sindicatos, en fin, una mejor calidad en la administración de justicia.”*

### **2.2.2 La propuesta del control material de la acusación en el trámite del Acto Legislativo 03 de 2002.**

De acuerdo con el contenido del proyecto del Acto Legislativo 237 de 2002, propuesto por el Gobierno Nacional, representado a través de los Ministros del Interior y el de Justicia, el artículo 250 constitucional debía quedar redactado de la siguiente manera:

*“Artículo 250. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querrela, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la*

*Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, deberá:*

(...)

*5. Solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar.”<sup>10</sup>*

Ahora bien, al analizar el contenido del informe de la ponencia del primer debate del proyecto de Acto Legislativo 12 de 2002 Senado, 237 de 2002 Cámara, se encuentra que la Comisión Redactora Constitucional anticipó cuál sería la interpretación y el fundamento del numeral 5º del artículo 250 constitucional. En efecto:

*“Hay una función de la Fiscalía que debe ser objeto de algunas líneas para ser explicada. El numeral 5 dice que el Fiscal le debe solicitar al Juez del Control de Garantía la autorización para acusar. Quien lea esta función puede llegar a la conclusión que quien va a decidir si acusa o no es el Juez de Control y entonces de qué cambiaría con el nuevo sistema.*

*La lectura real que hay que hacerle a ese numeral es la siguiente: El Fiscal tiene una competencia omnímoda y soberana para investigar y para decidir, en principio, qué tiempo dedica en investigar, es decir que en principio nadie puede limitar al Fiscal hasta cuándo debe investigar, pero, lo que sí debe tener un control es que cuando el Fiscal decide acusar, esa decisión sea controlada, para que el Juez, que sirve de filtro, determine si tiene o no fundamento probatorio esa decisión, principalmente por las consecuencias que les sobrevienen a los particulares ser sometidos a un juicio, así el mismo termine con sentencia absolutoria. Además no hay legislación hoy vigente en el mundo que faculte al Fiscal para hacer efectivas*

---

<sup>10</sup> Gaceta del Congreso No. 134 del 26 de abril de 2002.

*investigaciones, y evitar someter al ciudadano a un proceso sin pruebas que lo respalden.*

*Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente, que el Control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente formal sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona.”<sup>11</sup>*

### **2.2.3 La eliminación del control material de la acusación en el trámite del Acto Legislativo 03 de 2002.**

El texto del proyecto de acto legislativo, con el reconocimiento expreso de la facultad del juez de control de garantías para realizar un control formal y sustancial de la acusación, fue aprobado en los dos debates de la segunda vuelta en la Cámara de Representantes. No obstante, en los dos debates de la segunda vuelta correspondientes al Senado de la República, se eliminó esa facultad por las siguientes razones: <sup>12</sup>

*“En el proyecto que aprobó en el Senado se establecía en el numeral 5 del artículo 250, modificado por el artículo 9° del proyecto, que la Fiscalía debía solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar. Esta facultad recibió serias críticas por parte de la academia, concretamente del Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca, y del mismo Gobierno del Presidente Uribe Vélez, quienes consideraron que era inconveniente, por ser una indebida intromisión de las autoridades judiciales en las labores de investigación de la Fiscalía, y no es conveniente que la justicia de instrucciones o direcciones a la entidad investigadora. Por lo mismo, esta función fue eliminada en el nuevo texto, y consideramos que es*

---

<sup>11</sup> Gaceta del Congreso No. 210 del 6 de junio de 2002.

<sup>12</sup> Cfr. José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación*, Página 85, Universidad Externado de Colombia.

*procedente su eliminación. De tal forma que lo que debe hacer el Fiscal es presentar escrito de acusación, con el fin de dar inicio al juicio público, oral, contradictorio y concentrado, pero además, se le agregó en su paso por la Cámara de Representantes, y con todas las garantías, dentro de las que se deben establecer un tiempo suficiente para preparar la defensa, la de contar con un intérprete en el caso en que el sindicado no se pueda dar a entender en el idioma castellano.*

*En el informe de ponencia para primer debate, en la primera vuelta, dijeron los Ponentes que esa facultad de solicitar al juez autorización para acusar, debería ser entendida como una forma de control al poder omnímodo del Fiscal, con la finalidad de servir de filtro para determinar si tenía o no fundamento para acusar. Esa argumentación, hoy sigue teniendo vigencia, no obstante que ya no existe esa facultad de la Fiscalía. Sencillamente ese control o filtro se irá a realizar en una diligencia posterior a cuando se trabe la litis, en una audiencia similar a la que existe en el C. de P.P. en el artículo 401, denominada Audiencia Preparatoria.*

*De todas maneras hay que dejar en claro que la responsabilidad política de acusar, con fundamento o sin él, es exclusiva del ente acusador.”<sup>13</sup>*

#### **2.2.4 La discusión en la comisión redactora de la Ley 906 de 2004:**

El Acto Legislativo 03 de 19 diciembre 2002 adoptó el sistema acusatorio de procesamiento penal y, con el propósito de implantarlo legislativamente, se conformó una comisión para que produjera los proyectos normativos que lo viabilizaran.

---

<sup>13</sup> Gaceta del Congreso No. 531 del 21 de noviembre de 2002.

La comisión encargada de redactar los proyectos legales estuvo integrada por el Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, el Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, el Defensor del Pueblo, Eduardo Cifuentes Muñoz, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Yesid Ramírez Bastidas, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Temístocles Ortega Narváez, los Senadores Germán Vargas Lleras, Luis Humberto Gómez Gallo y Rodrigo Rivera Salazar, los representantes Jesús Ignacio García, Eduardo Enríquez Maya y Roberto Camacho, tres académicos designados por el Gobierno, cuya escogencia recayó en los doctores Gustavo Gómez Velázquez, Adolfo Salamanca Correa y Jaime Granados Peña, y el Fiscal General de la Nación, Luis Camilo Osorio Isaza, quien la presidió.

En la comisión redactora también se hicieron presentes delegados de los miembros permanentes, el Vicefiscal General de la Nación, algunos juristas destacados, la mesa de trabajo de la Fiscalía y la Corporación Excelencia en la Justicia.<sup>14</sup>

A pesar de las directrices establecidas en el Acto Legislativo 003 de 2002, el cual no estableció constitucionalmente la existencia de un control material a la acusación ni de una fase intermedia, los redactores del Código le dieron bastante importancia al tema, pues hubo algunos que apoyaron la idea de establecer normas en tal sentido, y otros que estuvieron en oposición.

A continuación se presenta el contenido de algunas de las actas en las que se debatió el tema que interesa a este ensayo:<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Toda la anterior información fue tomada de Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, *Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*, Pág. 102, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

<sup>15</sup> El contenido de las actas fue extraído de Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, *Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

De acuerdo con el contenido del **acta 009 de la Comisión Redactora**, el 14 de marzo de 2003 los comisionados se reunieron para iniciar el estudio relacionado con la *“estructura del proceso penal ordinario.”*<sup>16</sup>

El doctor Julio Andrés Sampedro explicó que, con base en el documento presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia, el proceso tendría tres fases: la indagación preliminar, la de formalización de la investigación y la del juicio oral.

La primera fase tendría por objetivo primordial buscar y asegurar elementos materiales probatorios con arreglo a la cadena de custodia. Los encargados de realizar tal tarea serían los organismos pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, la Policía Judicial y el Instituto de Medicina Legal.

La segunda fase tendría por objetivo comunicarle al imputado los cargos iniciales ante el juez con función de control de garantías. En desarrollo de esta fase, y a través de una audiencia preliminar, se determinaría lo relacionado con la imposición de la medida de aseguramiento y, excepcionalmente, las peticiones de práctica anticipada de pruebas.

La última fase, la de juzgamiento, tendría que ser presidida por el juez de conocimiento. En desarrollo de la misma, se adelantaría lo relacionado con la audiencia de acusación, la preparatoria y la del juicio oral.

Una vez concluida la exposición del doctor Sampedro, el comisionado Darío Garzón realizó varias preguntas frente a la estructura del proceso, dentro de la que se destaca la siguiente: *“¿la acusación presentada por el fiscal es vinculante para el juez o no lo es?”*

---

<sup>16</sup> Cfr. Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, *Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*, Pág. 178 y ss., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

El doctor Sampedro respondió que no era necesario implementar una etapa intermedia para controlar la acusación, porque el fiscal era el encargado de presentarla ante el juez de conocimiento sin ningún tipo de control por parte de la judicatura. Aclaró que lo que sí tendría control judicial sería la preclusión y, además, que la acusación sería fáctica.

De acuerdo con el contenido del **acta 019 de la Comisión Redactora**, el 30 de mayo de 2003 los comisionados se reunieron para estudiar el tema relacionado con las “*atribuciones*” de la Fiscalía General de la Nación. Una de ellas sería la de “*presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral*”.<sup>17</sup>

El doctor Salamanca Correa sugirió que se debía analizar el tema relacionado con el control de la acusación. Sin embargo, el comisionado Andrés Ramírez informó que en la mesa de trabajo, y en la subcomisión, se decidió abolir el control judicial de la misma, pues lo que se había acordado era dejarlo establecido únicamente para la petición de preclusión de la instrucción.

El doctor Salamanca Correa también indicó que la citada facultad de la Fiscalía se podría entender como el retorno a sistemas procesales superados, e inclusive a la institución de la calificación jurídica consagrada para ese momento, por cuanto allí se estaba diciendo que una vez presentada la acusación por el fiscal el juez estaba obligado a iniciar el juicio oral.

El doctor Granados Peña, por su lado, señaló que el constituyente había decidido, en el numeral 4º del artículo 250 de la Carta, que con la presentación de la acusación se entraría de inmediato al juicio oral, sin etapa intermedia. Igualmente indicó que en la propuesta de la Corporación Excelencia en la Justicia se había

---

<sup>17</sup> Cfr. Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, *Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*, Pág. 430 y ss., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.



incluido un control a la acusación a través de un acto formal, no material, *“por cuanto en el sistema acusatorio la prueba únicamente se descubre a partir de la acusación, entonces sería problemático estructurar una fase intermedia cuando la prueba sólo arranca en ese momento.”*

En réplica, el doctor Salamanca preguntó si la interpretación del doctor Granados era correcta, porque, a su juicio, la interpretación del numeral 4º del artículo 250 no descartaba la posibilidad de que el juez le hiciera algún control a la acusación, con el fin de que no fuera imperativo iniciar el juicio con la simple presentación del escrito de acusación.

Por su lado, el doctor Ramiro Marín explicó que en el trámite del acto legislativo se eliminó el control previo para la acusación. Sin embargo, consideró que no se suprimió el posterior, puesto que, a su juicio, cuando se hablaba de presentar escrito de acusación, no se trataba de dar una orden al juez para que iniciara el juicio oral, en la medida en que la Fiscalía no tenía esa potestad.

El doctor Granados reiteró que debía tenerse presente lo sucedido en el trámite constitucional, porque en el proyecto original se estableció que la acusación debía contar con la autorización previa del juez de garantías. Sin embargo, dijo, el colegio de abogados presidido por el doctor Antonio José Cancino sostuvo que era inconveniente colocar en manos de los jueces de garantías el control sobre la acusación, pues esto llevaría *“a una atomización de la responsabilidad política de la acusación y se convertiría en una pugna de responsabilidades.”*

El doctor Granados igualmente refirió que la Fiscalía tendría el reto de crear unas estructuras de control interno que impidieran acusaciones ligeras. Acto seguido, concluyó que no se debía sobredimensionar el impacto que tendría la acusación sobre el procesado, porque éste conocería el proceso desde la formalización de la investigación.

El doctor Gómez Pavajeau señaló que se debían tener en cuenta los costos que implicaría para el Estado las demandas por indemnización en los casos en los que se procesara a alguien sin que existiera mérito para ello.

En el mismo sentido, el doctor Mejía recalcó que además del problema económico, también se debía tener en cuenta que ante la posibilidad de un error, y al no haber un mecanismo de corrección interno que permitiera subsanarlo, los defensores acudirían a hacerlo por vía de tutela, lo que generaría mayor congestión y sobresaturación del aparato jurisdiccional, por lo que insistió en que lo más conveniente era establecer un control interno en el proceso penal y no por fuera de él.

El doctor Granados, por su lado, insistió en la inconveniencia de que el juez realizara un control material de la acusación, puesto que, a su juicio, se debía estructurar un sistema que se nutriera de la confianza, no sólo frente al juez, sino también frente al fiscal y los demás sujetos procesales, incluido el ministerio público.

El doctor Mejía, en réplica, señaló que no tendría sentido que la Fiscalía pasara una gran vergüenza en el juicio por una torpeza y que el sindicado pasara un tiempo en la cárcel como consecuencia de ello, pues son dos males que no se pueden oponer para contrarrestarse mutuamente. Igualmente indicó que cuando se priva una persona de su libertad no sólo se le está vulnerando ese derecho sino también otros, por lo que se debía tener un control y, adicionalmente, dejar abierta la posibilidad de que si se daban unas circunstancias especiales no se continuara con el procedimiento.

De acuerdo con el **acta 023 de la Comisión redactora del Código**, el 27 de junio de 2003 los comisionados se reunieron para discutir los temas relacionados con el archivo de las diligencias, la preclusión y la acusación.<sup>18</sup>

El doctor Salamanca advirtió que en todos los debates que antecedieron al acto legislativo, y aún después de su expedición, había sido partidario de la eliminación de controles para la acusación y la preclusión. Sin embargo, señaló que con el paso del tiempo, y luego de analizar las cosas con mucha más frialdad, se veía en la obligación de revisar ese esquema y debatir la existencia de una fase intermedia. Recalcó que su idea no era defender esa fase intermedia pero sí ser más consciente de la importancia del debate para que en el futuro, dijo, no se acusara los comisionados de haber sido responsables y poco rigurosos en el examen de un tema que a juicio de muchos entendidos era trascendente en el proceso acusatorio.

El doctor Salamanca continuó su disertación señalando que la existencia de la fase intermedia era un filtro importante y trascendente porque constituía un control elemental que cualquier sistema judicial adoptaría para evitar que una persona inocente fuera acusada con toda la trascendencia y el efecto negativo que ésta tendría.

El mencionado comisionado igualmente agregó que el Estado tendría un arma demasiado poderosa ante la imposibilidad de controlar y gobernar esa acusación, generándose violaciones al debido proceso y al ejercicio de la defensa en términos equilibrados. Precisó que era necesario que la Comisión revisara la posibilidad de controlar la acusación para evitar los efectos negativos que pudiera tener la ausencia de los mismos.

---

<sup>18</sup> Cfr. Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín, *Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*, Pág. 546 y ss., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

El doctor Granados, por su lado, estuvo de acuerdo con lo dicho por el doctor Salamanca. Sin embargo, aclaró que el control de la acusación tendría que ser realizado por el juez de conocimiento, quien al cumplir con tal función se vería parcializado, por lo que, entienden los suscritos autores, no era conveniente que lo hiciera.

Acto seguido, el doctor Granados refirió que de conformidad con la propuesta de la Corporación Excelencia en la Justicia, la acusación no debía tener control material porque se anticiparía la prueba y la decisión del juez, lo cual resultaría fatal para el sistema acusatorio, el cual exige que todo el debate se de en una audiencia de juicio oral.

El doctor Granados concluyó su argumento señalando que la implementación de un control formal a la acusación le daba fortaleza a la Fiscalía para que no tuviera a nadie que interfiriera en su tarea y, además, evitaba que se cometiera un error en la acusación ante la ausencia de enunciación fáctica, señalamiento expreso de la persona acusada, o descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

El doctor Guarín, por su lado, señaló que si el control de la acusación era estrictamente formal y no jurisdiccional, no tenía ninguna razón de ser que el juez determinara el cumplimiento de esos requisitos formales, pues perfectamente podía hacerlo el secretario del despacho.

En oposición a lo anterior, el doctor Granados señaló que el control formal de la acusación no se le podía entregar al secretario del despacho porque debía ser un acto de competencia exclusiva del juez. Además, agregó que aunque el control formal sería sencillo, de todas maneras existían unos requisitos con características complejas que no debían ser resueltos por los secretarios.

## 2.3 Antecedentes jurisprudenciales

La jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha determinado pacíficamente si la acusación debe tener control judicial material, en la medida en que ha declarado nulidades procesales debido a *“errores en la calificación jurídica”* atribuida por la Fiscalía, e inclusive ha llamado la atención de los jueces y las partes para que, en ejercicio de su órbita de competencia, realicen *“un control efectivo a la imputación”*.

Sin embargo, en contraposición a lo anterior, la Corte también ha señalado que el juez no puede remplazar a la Fiscalía en la función acusadora y, por lo tanto, no está autorizado para realizar un control material a la acusación, ni para cuestionar su validez, ni para interferir en la calificación jurídica de los hechos, ni para indicar o imponer cómo hacerla.

A través del siguiente recuento jurisprudencial se citan, en lo pertinente, algunos de los pronunciamientos que se han proferido en desarrollo de las citadas dos posturas:

### 2.3.1 Primera postura jurisprudencial: Control material de la acusación.

Sentencia 25.743 del 26 de octubre de 2006:<sup>19</sup>

En el citado asunto la Sala de Casación Penal estudió el caso de una ciudadana que caminaba por un sendero peatonal y fue abordada por un joven en bicicleta, *“quien tras desacelerar su velocípedo, medio detenerlo y apoyar una pierna en el piso, le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas y siguió su camino.”*

---

<sup>19</sup> MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

La Fiscalía General de la Nación consideró que el mencionado contexto fáctico reunía las condiciones necesarias para ser catalogado como un acto sexual violento, por lo que acusó al abusador como autor del mencionado ilícito.

El juez de primera instancia absolvió al procesado, pero por virtud del recurso de apelación presentado por el Fiscal, el Tribunal revocó la decisión para en su lugar condenar a aquél como autor del delito por el que fue llamado a juicio.

El Ministerio Público y la defensa presentaron demandas de casación, por lo que el asunto llegó hasta la Corte, la que casó oficiosamente y decretó la nulidad de lo actuado desde la audiencia de formulación de imputación, tras considerar que la situación fáctica no se enmarcaba en el delito de acto sexual violento sino en el de injuria por vía de hecho.

La Sala igualmente dispuso remitir las diligencias a un fiscal delegado ante los jueces penales municipales para que se rehiciera la actuación bajo el mencionado delito querellable.

A través del fallo la Corte sostuvo, entre otras tantas consideraciones, las siguientes:

*“Desde este punto de vista, entonces, el comportamiento juzgado es atípico objetivamente y, por tanto, GARCÍA no podía ser condenado por el mismo. Y como se hizo, se desconoció el principio de legalidad del delito y su concreción, el de tipicidad objetiva, que implica la acomodación exacta de una conducta a una definición expresa, cierta, escrita, nítida e inequívoca.*

(...)

*La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública –como en este caso- o en el servicio del transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas en manifestaciones, centros comerciales, espectáculos públicos, etc., pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000.*

*Objetivamente constituye, sí, delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho.*

*(...)*

*Desde este punto de vista, no hay duda que tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor, es decir, su valor como ser humano, unido al libre desarrollo de su personalidad, entendido este, a la luz del artículo 16 de la Constitución Política, como el derecho a la autonomía personal, que permite, ante la variedad optativa, tomar decisiones sin intromisiones, obstáculos ni presiones.*

*(...)*

*De manera semejante, puede imputarse a título de injuria por vías de hecho actos de claro contenido libidinoso que la legislación no consagra como delitos sexuales, en tanto afectan la dignidad de la persona agraviada, lesionan su integridad moral y constituyen actos de menosprecio al tratarla como objeto de lujuria, degradando su condición humana.*

(...)

*Desde el punto de vista objetivo, entonces, la Sala, en síntesis, considera que los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia sobre personas capaces, configuran el delito de injuria por vías de hecho.”*

Sentencia 29.117 de 2 de julio de 2008:<sup>20</sup>

En el mencionado asunto la Sala estudió el caso de una niña de nueve años de edad que fue sometida a tocamientos libidinosos por parte de un tendero, *“consistentes en cogerla de las muñecas, conducirla al lavamanos que se encontraba detrás del congelador y en el fondo de la parte interna del mostrador del supermercado y besarla en la boca con introducción de su lengua.”*<sup>21</sup>

La Fiscalía acusó al tendero como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en tanto que los jueces de primera y segunda instancia lo condenaron como autor de ese ilícito.

El proceso llegó a la Corte como consecuencia de la demanda de casación presentada por el defensor, la que no prosperó por no ajustarse a las exigencias técnicas propias del recurso. Sin embargo, la Sala casó oficiosamente al encontrar una *“nulidad por error en la formulación jurídica de la imputación”*, puesto que, en su sentir, los hechos se adecuaban al delito de injuria por vía de hecho. En efecto:

*“Los hechos vienen siendo correctamente apreciados (léase imputación fáctica), sin embargo, lo que precisa la Sala es que ese comportamiento no alcanza la connotación de perjuicio a la libertad, integridad y formación sexuales de la menor, quien dada su capacidad de raciocinio compatibles*

---

<sup>20</sup> MP. Alfredo Gómez Quintero.

<sup>21</sup> Los hechos no fueron redactados por la Corte sino por el Juzgador.



*con esa edad (nueve años) atinadamente referida por la sicóloga que la examinó, permiten concluir que a más del trato agresivo no sufrió alteraciones sustantivas en la “formación sexual”, entendida como facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual.*

*Por consiguiente, la adecuación típica que se hizo desde la audiencia de imputación es incorrecta (léase imputación jurídica) y, lo acertado era imputar injuria por vías de hecho (Artículo 226) que es un comportamiento que atenta contra un bien jurídico de diversa naturaleza: La integridad moral.*

*Por ello, la Sala casará de oficio la sentencia por ser evidente la violación del debido proceso por ERROR EN LA FORMULACIÓN JURÍDICA DE LA IMPUTACIÓN, de conformidad con los artículos 286, 287, 288, 289, 290 y 457 del C. de P.P.”*

La Corte igualmente señaló que a las partes e intervinientes, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, les corresponde efectuar un control “efectivo” a la imputación, por lo que de ese argumento se desprende que tal deber también debe ser cumplido por el juez, pues es el encargado, como director del proceso, de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

*“No puede soslayarse el deber que tienen quienes participan en el proceso, tanto la defensa como la Fiscalía y, dentro de su órbita de competencia, el representante del Ministerio Público (que desde luego no es un convidado de piedra a la audiencia de formulación de la imputación así como a ninguna de las actuaciones procesales –Artículo 277 – 12,7 de la C. Pol.). A ellos corresponde ejercer un control efectivo a la imputación, en la medida que desde aquel momento procesal se averiguan delitos, en fin, hechos jurídicamente relevantes (artículos 287 y 288 del C. de P.P.)”*

Por último, la Corte ordenó remitir las diligencias a un fiscal delegado ante los jueces penales municipales para que rehiciera la actuación.

Sentencia 34.022 del 8 de junio de 2011:<sup>22</sup>

En el presente asunto la Corte estudió el caso de unos procesados a los que se les vulneró el debido proceso porque la Fiscalía, en el acto de la acusación, no les determinó de manera clara y específica la imputación fáctica ni tampoco su intervención concreta en cada uno de los delitos por los que los llamó a juicio.

En otras palabras, el instructor, incumplió el deber contenido en el artículo 337-2 de la Ley 906 de 2004, por lo que la Corte se vio en la necesidad de declarar la nulidad a partir de la audiencia de formulación de acusación.

Esto dijo la Corte:

*“Sin embargo, auscultando con detenimiento el contenido del acto complejo de acusación y el de los referidos fallos, de inmediato se evidencia que a pesar de esa uniformidad, en la formulación de cargos sólo se puntualizó jurídicamente la ocurrencia de unos delitos, por los cuales se profirió condena, pero respecto de éstos el órgano investigador pretermitió la obligación de expresar de manera clara, precisa, completa, detallada y sin ambigüedades las conductas o comportamientos (de acción u omisión) desarrollados por cada uno de los inculpatos, y que permitían atribuirles alguna forma de participación en las conductas punibles, deviniendo entonces aparente la observancia del principio de congruencia y, de contera, lesionados el debido proceso y el derecho de defensa de aquéllos.*

---

<sup>22</sup> MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

*En efecto, en la transcripción completa del aspecto fáctico contenido en el escrito de acusación, plasmada al inicio de esta providencia, puede observarse que el fiscal hizo una narración acerca de la muerte violenta de W.J, perpetrada, según el relato, el 22 de enero de 2006 en el municipio de Alcalá (Valle), por parte de integrantes de “un grupo armado ilegal auspiciado por las AUC y el Narcotráfico”, y probablemente por móviles políticos.*

*No obstante, pese a esa concreción fáctica de la que apenas se infiere la configuración de las hipótesis punibles descritas en los artículos 103, 104 y 340, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, a saber: homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, es lo cierto que en parte alguna de esa relación consignó el instructor una actividad, conducta o comportamiento de C.H —o de L.L— del que razonadamente pueda concluirse una particular forma de participación de aquélla —o de éste— en los referidos delitos.*

*Lo especificado en el escrito de acusación con posterioridad a ese acontecer, se reduce a una insustancial reseña acerca de las actuaciones adelantadas para obtener la captura de unas personas a las que tácitamente atribuye un compromiso indeterminado en esos sucesos, así como el estadio o fase procesal del respectivo juicio.*

*(...)*

*Nótese que el funcionario instructor desatendió flagrantemente la exigencia prevista en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, e igualmente regulada en el ordenamiento interno (Ley 906 de 2000, artículos 8-h y 337-2), pues en el escrito de acusación no informó a los procesados de manera clara y precisa, detallada y circunstanciada, el acontecer humano ejecutado por cada uno de ellos con base en el cual predicaba con*

*probabilidad de verdad que habían incurrido en el delito de concierto para delinquir, en cuanto a la hoy demandante, así como el homicidio también para Loaiza López, y más grave aún, en ninguna parte de ese escrito determinó los hechos constitutivos de la hipótesis delictiva de desplazamiento forzado que atribuyó a ambos.*

*Dicha precariedad o falencia del escrito de acusación, de manera contraria a lo aseverado por el Fiscal Delegado ante esta Corporación en la diligencia de sustentación del recurso extraordinario, no fue corregida en la audiencia de formulación de acusación, toda vez que para el juez de conocimiento de entonces pasó inadvertida dicha irregularidad y sin el menor reparo procedió a declarar ajustado a derecho el correspondiente escrito, concediendo luego el turno al fiscal para hacer la acusación en forma oral, oportunidad en la que el funcionario en cuestión se conformó con reiterar lo expuesto en el escrito antecedente, agregando apenas que como consecuencia del actuar violento del grupo armado ilegal que delinquía en el municipio de Alcalá y debido a las amenazas que ejercía respecto de determinadas personas, éstas tuvieron que abandonar su lugar de residencia en esa localidad, obviando el investigador cualquier concreción de tipo fáctico acerca de específico actuar de los acusados que permitía relacionarlos en una determinada forma de participación con los comportamientos delictivos atribuidos a la aludida organización al margen de la ley.”*

En el mencionado fallo la Corte hizo un llamado de atención al juez de conocimiento, quien a juicio de la Corporación estaba en la “la obligación” de corregir el acto irregular evidenciado por la Fiscalía. En efecto:

*“Importante es destacar que de acuerdo con expreso mandato y principio rector (Ley 906 de 2004, artículo 10, inciso final), el juez de conocimiento estaba en la obligación de corregir el acto irregular, y aun cuando los*

*sujetos pasivos de la acción penal o sus apoderados en la respectiva audiencia no ejercieron actividad en procura de conjurar la enunciación genérica, vaga y omisiva de los cargos formulados en el acto complejo de acusación, tal proceder no puede interpretarse o considerarse como aprobación tácita del reseñado vicio, dado que el mismo trascendió en vulneración del derecho de defensa, garantía superior que no admite esa clase de enmienda derivada de los principios de convalidación e instrumentalidad que rigen las nulidades.”*

Auto del 29 de marzo de 2012, dictado dentro del proceso No. 110016000000201200141-01, conocido en segunda instancia por una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá: <sup>23</sup>

En el mencionado proceso, un fiscal le imputó a dos procesadas los delitos de homicidio agravado, falso testimonio y encubrimiento.

Vencido el término establecido en la ley, el instructor presentó escrito de acusación contra las imputadas. Sin embargo, varió la calificación jurídica, pues a una le enrostró coautoría en los delitos de homicidio agravado y falso testimonio, en tanto que a la otra la acusó como coautora de los delitos de falso testimonio y encubrimiento.

En la audiencia de formulación de acusación la defensa solicitó la nulidad de la imputación porque no existía fundamento fáctico para la atribución del delito de falso testimonio, en la medida en que tal cargo se basó sobre el hecho de que las acusadas, en las entrevistas rendidas ante la Fiscalía, no se inculparon a si mismas del delito de homicidio.

---

<sup>23</sup> MP. José Joaquín Urbano Martínez.

El juez de primera instancia negó la nulidad, por lo que la defensa se alzó en apelación y, por lo tanto, el asunto fue remitido a una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la que expuso distintos argumentos para revocar la decisión del a quo, dentro de los que se destacan los siguientes:

*“5. En esta temática, un aspecto relevante es el atinente a la función a cumplir por parte del juez de control: no existe una disposición que expresamente le atribuya un control material sobre ese acto y ello es comprensible pues, en esencia, formular la imputación es comunicar, en la forma dispuesta en la Constitución y en la ley, que la Fiscalía cuenta con fundamento para inferir que se es autor o partícipe de una conducta punible y que por ello se es destinatario del ejercicio de la acción penal. Por este motivo, carecería de sentido que ante el juez de las audiencias preliminares, ante quien se formaliza el inicio de una investigación, se promueva una especie de juicio anticipado sobre todos los presupuestos de la responsabilidad penal.*

*Con todo, si bien un control material de la formulación de la imputación no resulta compatible con la estructura del proceso penal y carece de fundamento normativo expreso, de ello no se sigue que a la Fiscalía le esté permitido formular imputación sin límites normativos, pues es la misma Constitución la que, en el artículo 250, ha condicionado el ejercicio de la acción penal a la existencia de “suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia” de un delito.*

*Por este motivo, si bien con la estructura básica del proceso penal colombiano no es compatible un control judicial de la imputación que convierta tal diligencia en un juicio anticipado de responsabilidad penal; puede concluirse que sí es posible un control en casos límite, es decir, en aquellos en que sea evidente la falta de un fundamento fáctico razonable*

*pues no es legítimo formular imputaciones que constituyan exabruptos jurídicos.*

*6. Ahora, si por omisión judicial, una imputación de tal índole se formula, tal situación debe ser corregida en el primer acto de control de validez de la actuación a que haya lugar ante el juez de conocimiento; es decir, en la audiencia de acusación. También aquí es claro que el sistema procesal penal no previó una etapa de control judicial del escrito de acusación a cargo de un juez distinto al de conocimiento y que, ante esa omisión, el control de éste sobre el escrito de acusación se circunscribe a un examen de la concurrencia de sus presupuestos formales so pena de verse comprometida su imparcialidad. Sin embargo, cuando la falta de fundamento razonable de una acusación hace que ésta constituya un exabrupto jurídico, se impone un acto correctivo pues para él no se precisa de ningún esfuerzo valorativo que comprometa el criterio del juzgador en el fondo del proceso.”*

Al momento de abordar el estudio del reproche propuesto por la defensa, la Sala dijo lo siguiente:

*“9. En relación con el segundo hecho, en cambio, la situación es distinta pues la imputación fáctica no satisface la exigencia que la Constitución le impone a la Fiscalía para el ejercicio de la acción penal: si a L.M se le atribuye la calidad de coautora de un homicidio agravado, indistintamente de que lo sea o no, está amparada, entre otras cosas, por el derecho a guardar silencio y por el privilegio contra la autoincriminación. Ello, desde luego, siempre que no se discuta la vigencia del artículo 33 de la CP y del artículo 394 del CPP y el efecto vinculante de la sentencia C-782-05, normas y jurisprudencia que, con calidad de derecho fundamental, proscriben la autoincriminación y la imputación de responsabilidad penal de*

*quien no se auto incrimina. Para ello es indiferente que se afirme que las iniciales exposiciones las hizo como testigo y no como indiciada, pues lo cierto es que, indistintamente de esa situación, luego se le imputó el no haber referido su propia responsabilidad y la de otros en la comisión de un delito de homicidio.*

*Luego, no tiene ningún sentido que a tal persona se le impute el no haberse autoincriminado, en las exposiciones rendidas ante la Fiscalía, del homicidio agravado el que también se le sindicó, pues tal proceder no es más que el ejercicio de un derecho fundamental no sometido a consecuencias penales. Con la lógica de la Fiscalía, habría que concluir que cualquier persona a la que se indague o investigue como posible copartícipe de un delito, tiene la obligación de acudir a esa institución con el fin de autoincriminarse pues, de no hacerlo, correría el riesgo de que se le impute un delito cometido por no haberse autoincriminado.*

*Entonces, en relación con esta conducta punible, nada indica que la Fiscalía haya expuesto “suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia” de un delito de falso testimonio.*

*Siendo así, sin desconocer que la formulación de la imputación no está sometida a control material pero, al mismo tiempo, reconociendo el efecto vinculante del artículo 250 de la CP, que impone un marco de razonabilidad al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía a través de la formulación de la imputación; el Tribunal concluye que el juzgado de control de garantías no debió permitir que, en relación con ese hecho específico, la Fiscalía le comunicara a L.M su calidad de imputada por el delito de falso testimonio. Como, en su momento, tal control se omitió; él debe ser realizado por el Tribunal en esta etapa procesal –solicitudes de nulidad en la*



*audiencia de acusación- concebida, precisamente, como de saneamiento del juicio.*

*Por estos motivos, el Tribunal declarará la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación en la actuación adelantada en contra de L.M por el delito de falso testimonio.”*

Auto número 39.110 del 29 de agosto de 2012:<sup>24</sup>

Un Magistrado perteneciente a un Tribunal de Justicia y Paz, actuando en funciones de control de garantías, decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra un procesado, por la totalidad de las conductas imputadas por la Fiscalía, pero en relación con el denominado “hecho 3”, respecto del cual el acusador dedujo la concurrencia de los delitos de homicidio en persona protegida, secuestro simple y *tortura en persona protegida* (artículos 135, 168 y 137 del Código Penal), se abstuvo de imponerla en esos términos, para hacerlo por el homicidio y el *secuestro simple agravado por la tortura* (artículo 170.2).

A juicio del Magistrado, aunque existió tortura, ésta debía adecuarse, no como comportamiento autónomo, sino como un agravante del secuestro porque un comienzo la víctima fue secuestrada con el propósito de sacarle información, de donde surgía que se estaba ante un concurso aparente, no real, de conductas, el cual debía resolverse por la conducta de mayor riqueza descriptiva, que lo era el secuestro agravado por la tortura, o sea, que la última quedaba subsumida en el plagio.

La Fiscalía apeló la decisión. Argumentó que la tortura se estructuraba como delito autónomo, en tanto el sufrimiento infligido a la víctima lo fue para sacarle información, comportamiento que de manera específica, especial, recoge el

---

<sup>24</sup> MP. José Luis Barceló Camacho.

artículo 135 del CP, porque la prevista como agravante del secuestro se refiere a cualquier sufrimiento, no a uno concreto como el de aquella norma.

El asunto fue remitido a la Corte y confirmado, pues la Sala consideró que al juez de garantías le asiste la facultad de variar la adecuación típica efectuada por la Fiscalía en la imputación:

*“2. Lo primero que debe cuestionarse es si al juez de control de garantías le asiste facultad para variar la adecuación típica efectuada por la Fiscalía y la respuesta debe ser afirmativa, porque la jurisprudencia de la Corte ha enseñado que si bien la formulación de imputación es un acto de parte y, por ello, el juzgador no puede censurarla en cuanto a la adecuación típica, no sucede lo mismo cuando de imponer medida de aseguramiento se trata, como que esta comporta una decisión judicial, que, siendo pasible de recursos, exige una valoración probatoria y jurídica, la cual puede llevar al funcionario a modificar la tipicidad escogida por el ente acusador, siempre y cuando, al hacerlo, no desconozca la fijación fáctica, ni perjudique la situación del procesado. Así puede leerse, por ejemplo, en los autos del 16 de diciembre de 2010 y 26 de mayo de 2011 (radicados 33.039 y 36.163, en su orden).*

*Esos lineamientos fueron seguidos por el funcionario judicial de primera instancia, por cuanto respetó la fijación de los hechos, como que admitió, a tono con el ente acusador, que la víctima fue sometida a sufrimientos, pero consideró que tales actos se adecuaban a la norma por medio de la cual el secuestro se agrava cuando la víctima es sometida a tortura, en tanto que para la Fiscalía estructuraban el punible autónomo del artículo 137 (tortura en persona protegida).”*

Sentencia 40.093 del 15 de agosto de 2013:<sup>25</sup>

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la congruencia entre la acusación y la sentencia no es estricta, salvo obviamente la fáctica, que resulta inmodificable a partir del acto complejo de la acusación. Y no es estricta porque el juez puede *variar la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía*, cuando se presentan una serie de requisitos previamente definidos por la propia jurisprudencia.<sup>26</sup> Dentro de estos requisitos se encontraba la petición expresa del Fiscal. Sin embargo, a través de la citada sentencia, que se dictó dentro de un proceso de revisión, la Corte *ratificó* que el Juez puede variar la calificación jurídica *“oficiosamente”*: En efecto:

*“Véase cómo en esta última decisión, proferida siete días después de aquella que cita el demandante como base de su pretensión revisora, la Sala ratifica su propósito de consolidar una línea jurisprudencial sólida que deje atrás ese concepto rígido de congruencia estricta, que impedía al juez, al momento de dictar el fallo, modificar la denominación jurídica de los hechos efectuada por la Fiscalía, para abrir paso a una postura que faculte la potestad oficiosa para degradar la conducta a favor del procesado, siempre que se respete el núcleo fáctico de la acusación y no se afecten los derechos de los demás intervinientes.*

(...)

---

<sup>25</sup> MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.

<sup>26</sup> Los requisitos establecidos por la jurisprudencia son los siguientes: *“Es así que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la eventualidad de condenar por delito distinto al acusado encuentra los siguientes límites: a) es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género ; c) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.”*. Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia 34370 del 10 de diciembre de 2010. MPs. Sigifredo Espinosa Pérez y Alfredo Gómez Quintero.

*Conceptos que aplicados al caso concreto, llevan a descartar que el auto invocado por el demandante contenga un precedente de cambio jurisprudencial relevante, pues allí nunca se buscó reformar los condicionamientos para facultar la potestad oficiosa del juez en orden a modificar, en la sentencia y a favor del procesado, la calificación jurídica que de la conducta haga la Fiscalía, máxime cuando lo allí consignado no ha sido objeto de reiteración en posteriores providencias, por lo que, por sustracción de materia, mal puede hablarse de un conjunto de decisiones pacíficas y reiteradas que resuelvan el tema en el sentido alegado en la demanda.”*

Ahora, la potestad oficiosa que le asiste al juez de condenar por un delito distinto al acusado por el fiscal, corresponde a la aplicación de los principios, *da mihi factum, dabo tibi ius* y *iura novit curia*. Así lo reconoció expresamente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 34.022 de 2011:

*“Empero, debe aclarar aquí la Sala que una tal facultad del fallador encuentra asiento o respaldo en un antiguo postulado o aforismo que es anejo al derecho procesal de corte dispositivo o adversarial, características que con menor y mayor intensidad irradian la sistemática acusatoria diseñada en la Ley 906 de 2004, y según la cual a las partes corresponde aportar los hechos motivo de controversia, y al juez, atendida su obligación de conocer y respetar la ley, resolver la contienda con base en el derecho aplicable al asunto, aun con prescindencia del invocado por aquéllas.”*

No obstante, la potestad del juez de variar la calificación jurídica presentada por la Fiscalía en el acto de acusación, puede generar una potencial lesión al ejercicio del derecho de defensa, pues a pesar de que se condena por un delito menos severo, se trata de una calificación jurídica nueva frente a la que el procesado no

tuvo ni tendrá oportunidad de defenderse, pues por razón del orden procesal, la sentencia condenatoria es posterior a la práctica probatoria.

Entonces, para dar pleno cumplimiento al ejercicio de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, resulta necesario que el juez, al momento de anunciar su sentido de fallo por un delito distinto al acusado, dé apertura a un espacio procesal para que el acusado se pronuncie argumentativa y probatoriamente frente a esa nueva calificación jurídica menos severa.

Ahora, si lo anterior no resultare conveniente, puede explorarse la posibilidad de implementar el mismo esquema previsto en el sistema penal acusatorio peruano, en el que el fiscal, en su acusación, debe *“señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso en que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, esto, como ya se dijo, a fin de posibilitar la defensa del imputado”*.<sup>27</sup>

### **2.3.2 Segunda postura jurisprudencial: La ausencia de control a la acusación.**

Sentencia 39.892 del 6 de febrero de 2013.<sup>28</sup>

En el presente asunto la Sala estudió un caso en el que un Tribunal decretó la nulidad de la imputación porque, a juicio del ad quem, el delito cometido por el procesado, quien asesinó a su novia, con quien llevaba una relación cercana a los dos años, no correspondía a un homicidio simple sino agravado por virtud de la circunstancia prevista en el artículo 104-7 del CP.

---

<sup>27</sup> Neyra Flores Ob. Cit. Pág. 310.

<sup>28</sup> MP. José Luis Barceló Camacho.

Como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal, la Fiscalía adicionó la imputación y acusó al procesado por el delito de homicidio agravado.

Luego de agotado el juicio, el Juez de conocimiento lo condenó como autor del delito de homicidio simple. Sin embargo, por virtud de los recursos de apelación presentados por la Fiscalía y el representante de la víctima, el Tribunal modificó el fallo, para en su lugar condenarlo como autor de homicidio agravado.

El asunto llegó a la Corte. La Sala inadmitió la demanda de casación porque no cumplió los requisitos de lógica y debida argumentación. Sin embargo, dispuso que el asunto, luego de los trámites de rigor, regresara al despacho del Magistrado sustanciador para un pronunciamiento oficioso, en aras de valorar la posibilidad de que al acusado le hubiesen sido afectadas garantías fundamentales.

La Corte señaló que los argumentos para deducir la agravante carecían de sentido y sustento probatorio; además, también refirió que la acusación no tiene control judicial, el que es excepcionalmente posible cuando existe vulneración de garantías fundamentales, las que no pueden equipararse a la divergencia de criterios frente a un hecho. En efecto:

*“1. La jurisprudencia ha trazado una línea de pensamiento, conforme con la cual la acusación (que incluye los allanamientos y preacuerdos que se asimilan a ella) estructura un acto de parte que compete, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía, desde donde deriva que la misma no puede ser objeto de cuestionamiento por el juez, las partes ni los intervinientes, con la salvedad de que los dos últimos pueden formular observaciones en los términos del artículo 339 procesal.*

*Lo anterior, porque la sanción para una acusación mal planteada y sustentada, como sucede con cualquier acto de parte, está dada porque al finalizar el juicio la misma no habrá de prosperar.*

*En esas condiciones, la adecuación típica que la Fiscalía haga de los hechos investigados es de su fuero y, por regla general, no puede ser censurada ni por el juez ni por las partes.*

*(...)*

*La Corte igual ha decantado que el nomen iuris de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, salvo la posibilidad de formular las observaciones aludidas, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado.*

*(...)*

*Se impone precisar que la intervención de que trata el artículo 339 de la Ley 906 del 2004 para hacer observaciones a la acusación y pedir a la Fiscalía que aclare, corrija o adicione el escrito acusatorio, está dada para partes e intervinientes, no para el juez, pues en un sistema de contrarios, donde las partes pretenden que ese juzgador construya la verdad a partir de sus argumentos y pruebas, precisamente el funcionario debe estarse a esos planteamientos y desde ellos formar su juicio, luego no puede inmiscuirse en ese debate, según se dijo en sentencia del 18 de abril de 2012 (radicado 38.020).*

*(...)*

*3. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de única excepción, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trate de violación a derechos fundamentales.*

*Es claro que esa permisión excepcional parte del deber judicial de ejercer un control constitucional que ampare las garantías fundamentales.*

*La trasgresión de esos derechos superiores debe surgir y estar acreditada probatoriamente, de manera manifiesta, patente, evidente, porque lo que no puede suceder es que, como sucedió en el caso estudiado, se eleve a categoría de vulneración de garantías constitucionales, una simple opinión contraria, una valoración distinta que, para imponerla, se nomina como irregularidad sustancial insubsanable, por el prurito de que el Ministerio Público y/o el superior funcional razonan diferente y mejor”.*

Sentencia 37.951 del 19 de junio de 2013:<sup>29</sup>

En el presente asunto la Sala estudió un caso en el que la Fiscalía imputó los delitos de estímulo a la prostitución de menores y trata de personas.

El procesado aceptó los cargos, por lo que el asunto fue remitido al juez de conocimiento, quien decretó la nulidad del allanamiento por considerar que la imputación conculcaba el principio de legalidad, en la medida en que se dejaron de enrostrar algunas otras conductas que, en su criterio, fueron pasadas por alto por la Fiscalía.

---

<sup>29</sup> MP. José Luis Barceló Camacho.



Impugnada esta determinación por la Fiscalía y la defensa, fue confirmada parcialmente por el Tribunal, quien revocó la decisión de invalidar el trámite en lo relacionado con el delito de estímulo a la prostitución de menores y, adicionalmente, al parecer, dispuso la ruptura de la unidad procesal para que se investigaran las conductas echadas de menos por el juez.

Por lo tanto, el Juez dictó sentencia anticipada exclusivamente por aquél delito. Fue apelada por la defensa y modificada, en cuanto a la pena, por el Tribunal.

El asunto llegó a la Corte, la que expuso importantes consideraciones para resolver el asunto y concluir que no había existido vulneración de garantías fundamentales. Frente al tema que es objeto de este ensayo, señaló lo siguiente:

*“De suerte que, una vez definida la formulación de los hechos jurídicamente relevantes por parte de la Fiscalía y particularmente cuando han sido aceptados por el imputado, no tiene cabida en el modelo acusatorio que el juez se ocupe de aquello que no le compete. Por tanto, cuando invalida la imputación para que en su lugar sea complementada como en su opinión corresponde, está, nada menos, que controlando materialmente la acusación.*

*Lo anterior, porque es a la Fiscalía en un sistema de adversarios a quien compete agotar una investigación idónea y postular la pretensión punitiva adecuada con la que se espera restablecer el equilibrio quebrantado con la comisión del delito, esa es su función en la arquitectura del modelo. La defensa es la llamada a oponerse a tal designio y, por ello, ambos constituyen los únicos legitimados para actuar en el proceso. Si bien es cierto se admite la participación del Ministerio Público y de las víctimas en el trámite, no lo es en condición de partes sino de intervinientes, siendo su*

*injerencia limitada y, en el último caso, canalizada prevalentemente por conducto del ente acusador.”*

Sentencia 41.375 del 14 de agosto de 2013:<sup>30</sup>

En el presente asunto la Corte estudió la apelación presentada por el defensor de una fiscal que presuntamente tuvo nexos con el jefe de una banda criminal. El abogado consideró que los sucesos endilgados en la acusación eran indefinidos e imprecisos al relatar circunstancias genéricas frente a las cuales se imposibilitaba el ejercicio de defensa, por lo que solicitó la nulidad de lo actuado.

La Corte negó la petición porque la Fiscalía, dentro de su rol constitucional y legal, endilgó sin ningún contrasentido los hechos jurídicamente relevantes. Para soportar su decisión la Sala expuso interesantes y amplios argumentos, dentro de los que se encuentra el del control judicial a la acusación, frente al cual señaló lo siguiente:

*“La imparcialidad del juez y su independencia frente al papel que deben asumir las partes, sin hesitación alguna, hace a un sistema procesal inquisitivo, mixto o acusatorio. Como la Ley 906 de 2004, consagra un modelo adscrito a esta última especie, es claro que tratándose del ejercicio de la acción penal, en especial por el trámite ordinario, no hay posibilidad de controlar por vía de corrección, cuestionamiento o validación, la acusación formulada por la Fiscalía, al constituir un acto de parte que de no reunir los requisitos sustanciales pertinentes, o de incurrir en inconsonancia en cuanto los hechos investigados y su calificación jurídica, conlleva a su desestimación en la sentencia, siendo la intervención de la judicatura previa a esa fase procesal restringida a lo formal lo que incluye el acto complejo de formulación de la acusación. Entonces, su construcción adecuada es una*

---

<sup>30</sup> MP. José Luis Barceló Camacho

*responsabilidad asignada a la Fiscalía y, el control pertinente, corresponde a los demás intervinientes, no al juez.*

*(...)*

*En estas condiciones, ha de entenderse que el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio. Aun cuando existen disposiciones de la Ley 906 de 2004, que consagran su función a la consecución de la justicia y la verdad como normas rectoras, estos principios operan dentro de la mecánica del sistema y no dan aval para adjuntarle postulados ajenos a su naturaleza intrínseca. Así, el horizonte al que ha de estar dirigida la hermenéutica de esa codificación debe ser el de articular un método que no genere incompatibilidades conceptuales a la hora de su aplicación, a partir de una fundamentación integral y con perspectiva sistémica, lo que acarrea distintas cargas institucionales:*

*(...)*

*A los jueces de conocimiento, tender por el ejercicio imparcial de su función, abstenerse de complementar la labor de las partes y fijar las consecuencias sustanciales respectivas solo en el momento de adoptar la decisión que ponga fin a la actuación, ya que este es el momento procesal, -no antes- en el que ha de estar sometida a control la acusación de la Fiscalía, ya sea acogiéndola, desechándola o, según lo ha precisado la jurisprudencia, morigerándola sin desbordar el marco fáctico de los hechos investigados”.*

La Corte igualmente aclaró que cuando la acusación es confusa, contradictoria o manifiestamente improcedente, el juez puede requerir su aclaración formal a unos lineamientos que habiliten su comprensión.

*“Por último, el anterior recuento no es óbice para reconocer la eventual materialización de hipótesis de extrema connotación que pueden dar lugar a requerir del juez una intervención en el trámite, también extraordinaria y excepcional, en caso de culminar la formulación de acusación y evidenciarse que no cumple con ningún presupuesto mínimo de entendimiento. Si en el proceso de formación del conocimiento, fácticamente deviene en un despropósito por confusa, contradictoria, manifiestamente improcedente, que implique en la práctica, en términos de racionalidad y razonabilidad, que no existe, es decir, que enerva cualquier probabilidad de agotar un juicio por tratarse de un absurdo, en eventos enmarcados en lo insólito e inaudito, puede excepcionalmente el juez requerir su aclaración formal a unos lineamientos que habiliten su comprensión. Pero esto, se resalta, solo ante un escenario que conjure la finalidad del juicio por la presencia de aspectos objetivos que conlleven a que sea inútil su realización. En otras palabras, si es diáfano que la acusación es su punto de partida, demarcando el ámbito en el que se ha de desarrollar, de ser esta ininteligible e improcedente, ningún sentido tendría debatir circunstancias que no cuentan con la capacidad de ser asimiladas por los convocados a su discusión. También la dinámica del sistema colapsaría, si se somete la administración de justicia a un desgaste por controversias inanes debido a su ostensible inviabilidad.”*

Sentencia de tutela N° 69.478 del 24 de septiembre de 2013:<sup>31</sup>

En el presente asunto la Corte estudió el caso de una procesada a la que se le imputó ser cómplice en el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado. Por virtud de un preacuerdo, aceptó su responsabilidad a cambio de que se le impusiera la pena mínima del delito endilgado.

El juez de conocimiento improbió el preacuerdo, tras considerar que la procesada no debió ser catalogada como cómplice sino como coautora, decisión que fue confirmada por el Tribunal.

La acusada acudió en tutela. La Corte determinó que los juzgadores se apartaron de la filosofía que orienta el sistema procesal penal de 2004 e invadieron el rol atribuido a la Fiscalía. Además, desconocieron que el preacuerdo es un acto de partes y, al dejar de lado su función imparcial, configuraron un defecto sustantivo.

*“En efecto, al enfrentar los cuestionamientos planteados por la demandante, se determina que las decisiones judiciales se fundamentaron en la prevalencia del criterio de los funcionarios judiciales en relación con la imputación jurídica que se formuló en su contra, acto que, como ya se vio, es exclusivo y excluyente de la Fiscalía.*

*De manera que, permitir que el juez imponga su criterio sobre el ejercicio de subsunción efectuado por el fiscal conlleva a que se aparte del principio de imparcialidad que debe gobernar su actuación y asuma un rol que no es de su competencia. De ser así, ya no se trataría de un solo acusador, con la desventaja de que la intervención del funcionario judicial se activó para hacer más gravosa la situación de la imputada; con lo que desvertebra la sistemática procesal porque además le impone a la Fiscalía compromisos*

---

<sup>31</sup> MP José Luis Barceló Camacho.

*probatorios que posiblemente excede a sus posibilidades, todo lo cual fue materia de consideración de tal sujeto procesal al momento de escoger el contenido de la imputación.*

*En tales condiciones, los accionados al imponer su teoría del caso se entrometieron al replantear los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, tanto fáctica como jurídica, pues no hicieron otra cosa que efectuar el control material de la acusación, para, a su modo de ver, corregirla de acuerdo con su particular visión del evento histórico. Todo ello, desconociendo la titularidad del ejercicio del ius puniendi y desbordando la dinámica del sistema.*

*Recuérdese que, el tópic que conllevó a improbar el preacuerdo celebrado entre M.F.G.U y la Fiscalía consistió en la supuesta falta de correspondencia de la imputación fáctica con la jurídica, a partir de la valoración que de la realidad de los hechos realizaron los accionados y respecto de la cual concluyeron que la participación criminal atribuida a la accionante imputada, no era en calidad de cómplice, sino de coautora.*

*En este orden de ideas, nótese que las decisiones judiciales encontraron su respaldo luego de que el operador judicial auscultara, efectuara un juicio, determinara la calificación como errónea, invadiendo verdaderamente un rol que no es el propio del juzgador; quebrantando así el principio de imparcialidad, el cual también es una garantía procesal para la imputada.*

*En efecto, descartando que existieran vicios del consentimiento de la imputada, que el nomen iuris del tipo respetara los parámetros legales y que la pena fue acordada dentro de los extremos previstos para el delito, sin que se efectuara ningún descuento prohibido por la ley, no se entiende la razón*

*por la cual los accionados intervinieron modificando la imputación fáctica y jurídica realizada por la Fiscalía, cuando ello no era de su competencia.*

*Dicho de otra manera, la teleología del sistema procesal penal que el legislador acogió a partir del Acto Legislativo 03 de 2002 y que se implementó mediante la Ley 906 de 2004, propende por superar la concentración de poderes del funcionario judicial que ordenaba y practicaba pruebas, controlaba la acusación y juzgaba; así como también a propiciar la terminación de la mayor cantidad posible de procesos por la vía de preacuerdos y aceptaciones de imputación.*

*Bajo este panorama, se concluye que las decisiones judiciales cuestionadas, en efecto, desconocieron el derecho fundamental del debido proceso, por cuanto se profirieron al margen de la filosofía así como de las normas y la jurisprudencia vigente que regulan la limitación del juez en ejercicio de la función del control de la terminación del proceso como consecuencia del preacuerdo, lesionando así la garantía procesal de la imparcialidad de la cual es titular la demandante.”*

Por virtud de lo expuesto en precedencia, la Corte amparó el derecho al debido proceso de la accionante y, en consecuencia, dejó sin efectos las decisiones judiciales por medio de las cuales se improbió el preacuerdo.

Sentencia de tutela N°. 72.092 del 27 de febrero de 2014:<sup>32</sup>

A través del presente asunto la Corte estudió el caso de un procesado al que le imputaron el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, porque se encontró en la calle con una menor de 11 años de edad “y procedió a cogerla de la

---

<sup>32</sup> MP. Gustavo Enrique Malo Fernández

*mano y a tocarle los senos por encima de la ropa, tratando además de meterle su mano por debajo de la ropa.”*

Con posterioridad a la imputación, el procesado suscribió un preacuerdo con la Fiscalía por medio del cual se declaraba responsable del delito de acoso sexual, a cambio de que se le impusiera la pena mínima (un año).

El juez de conocimiento improbo el preacuerdo porque, a su juicio, la variación de la imputación realizada por la Fiscalía resultaba ser *“una cesión excesiva, irrazonable y desproporcionada de espaldas a la realidad probatoria”*, la cual revelaba la existencia –sin lugar a dudas- del delito de acto sexual con menor de 14 años.

La decisión fue apelada y confirmada en su integridad por el Tribunal. El procesado acudió en tutela. La Corte reiteró lo dicho en la tutela citada anteriormente.

*“Así las cosas, la Corte observa que los demandados se apartaron de la filosofía que orienta el sistema procesal penal de 2004 e invadieron el rol atribuido a la Fiscalía, ya que desconocieron que el preacuerdo es un acto de parte y al dejar de lado su función, configuraron un defecto sustantivo.*

*En efecto, al enfrentar los cuestionamientos planteados por el accionante se determina que las decisiones judiciales se fundamentaron en la prevalencia del criterio de los funcionarios judiciales en relación con la imputación jurídica que se formuló en su contra, acto que, como ya se vio, es exclusivo y excluyente de la Fiscalía.*

*De manera que, permitir que el juez imponga su criterio sobre el ejercicio de calificación de la conducta punible efectuada por el fiscal, conlleva a que se*



*aparte del principio de imparcialidad que debe gobernar su actuación y asuma un rol que no es de su competencia. De ser así, ya no se trataría de un solo acusador, con la desventaja de que la intervención del funcionario judicial se activó para hacer más gravosa la situación del imputado; con lo que desvertebra la sistemática procesal porque además le impone a la Fiscalía compromisos probatorios que posiblemente excede a sus posibilidades, todo lo cual fue materia de consideración de tal sujeto procesal al momento de escoger el contenido de la imputación.*

*En tales condiciones, los accionados al imponer su teoría del caso se entrometieron al replantear los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, tanto de forma fáctica como jurídica, pues no hicieron otra cosa que efectuar el control material de la acusación, para, a su modo de ver, corregirla de acuerdo con su particular visión del evento histórico. Todo ello, desconociendo la titularidad del ejercicio del ius puniendi y desbordando la dinámica del sistema.*

*Recuérdese que, el tópico que conllevó a improbar el preacuerdo celebrado entre LUIS ELEAZAR ROMERO CASANOVA y la Fiscalía consistió en la supuesta falta de correspondencia de la imputación fáctica con la jurídica, a partir de la valoración que de la realidad de los hechos realizaron los accionados y respecto de los cuales concluyeron que la participación criminal atribuida debía ser por el delito actos sexuales abusivos con menor de 14 años y no por el de acoso sexual.*

*Nótese que, las decisiones judiciales encontraron su respaldo luego de que los operadores judiciales auscultaran, efectuaran un juicio y determinaran la calificación como errónea, invadiendo un rol que no es propio del juzgador, quebrantando así el principio de imparcialidad, el cual también es una garantía procesal para el procesado, hoy accionante.*

*En efecto, no se entiende la razón por la cual los accionados intervinieron modificando la imputación fáctica y jurídica realizada por la Fiscalía, cuando ello no era de su competencia.*

*Bajo este panorama, se concluye que las decisiones judiciales cuestionadas, en efecto, desconocieron el derecho fundamental del debido proceso, por cuanto se profirieron al margen de las normas y la jurisprudencia vigente, las cuales regulan la limitación del juez en ejercicio de la función del control de la terminación del proceso como consecuencia del preacuerdo, lesionando así la garantía procesal de la imparcialidad de la cual es titular el demandante.”*

Por virtud de lo expuesto en precedencia, la Corte amparó el derecho al debido proceso del demandante y, en consecuencia, dejó sin efectos las decisiones judiciales por medio de las cuales se improbió el preacuerdo.

#### **2.4 Aportes del derecho comparado: la existencia de la fase Intermedia y de la causa probable**

La comparación de legislaciones extranjeras, por medio de las cuales se adoptaron sistemas acusatorios puros o de tendencia acusatoria, consagraron la existencia de una audiencia de causa probable, cuyo objetivo esencial es el de determinar si existe el suficiente mérito para acusar a un procesado y, en consecuencia, si resulta procedente la apertura de la fase del juicio o si, por el contrario, la acusación es tan débil que el acusado merece el sobreseimiento y el archivo de su caso.

**2.4.1 El sistema procesal penal de los Estados Unidos de Norteamérica** se divide en justicia federal y justicia estatal. En la primera, la institución del gran

jurado es imperativa y aparece expuesta en la quinta enmienda de la Carta de Derechos o *bill of rights*, en los siguientes términos:<sup>33</sup>

*“Nadie está obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público...”*

El gran jurado está compuesto por un grupo de ciudadanos no menor a 16 ni mayor de 23, quienes son citados por la corte para que determinen si en un caso criminal existe o no una causa probable para acusar (*probable cause*).

La causa probable es *“el soporte razonable que permite conjeturar que una persona ha cometido un crimen. Por ende, no se trata de una simple sospecha sino de una evidencia que puede justificar una acusación. Sin embargo, no es una prueba tan exigente como aquella que se requiere para condenar, la cual exige demostrar la existencia de todos los elementos del crimen más allá de una duda razonable.”*<sup>34</sup>

El gran jurado debe escuchar la evidencia presentada por el fiscal, pero tal labor la realiza en secreto; es decir, sin público, sin defensor y sin sindicado, lo que ha sido visto como un rezago del sistema inquisitivo. Por lo tanto, el gran jurado es el escenario exclusivo del fiscal, pues es él quien presenta todas las evidencias que considera pertinentes para convencer al gran jurado de que existe una causa razonable para acusar.

---

<sup>33</sup> Toda la información relacionada con el proceso penal de los Estados Unidos, fue extraída, casi de forma literal, de Muñoz Neira Orlando, *Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*, Editorial Legis 1ª Edición.

<sup>34</sup> Muñoz Neira Orlando, *Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*, Pág. 154, Editorial Legis 1ª Edición.

En materia probatoria, el gran jurado no tiene la limitante del jurado del juicio; por lo tanto, puede acusar con base en testimonios de oídas o inclusive en evidencia que no ha sido obtenida siguiendo todos los parámetros constitucionales. De acuerdo con Muñoz Neira, colombiano admitido en la Barra de Abogados de Nueva York<sup>35</sup>, la mencionada situación “(...) *no es la gran garantía pero en todo caso no es lo mismo una acusación que el fiscal redacta en su escritorio, sin ningún control aparente, a una acusación en la que, siendo el maestro de la orquesta, en todo caso tiene la carga de convencer a 23 lejos en la materia.*”<sup>36</sup>

Luego de que el gran jurado escucha la evidencia presentada por el fiscal, se reúne para decidir si existe causa probable. Si la mayoría de los miembros del gran jurado, es decir, 12 personas, están de acuerdo con la acusación, se considera que hay causa probable y se habilita la apertura del juicio (*Indictmen*).

Por otro lado, en la **justicia estatal** algunos estados no poseen la existencia de un gran jurado, por lo que es el fiscal, de forma autónoma, quien presenta una declaración escrita, por medio de la cual acusa al sindicado de la comisión de un delito (*Information*).

Aunque la acusación es producto de una decisión fiscal, no implica que no tenga ningún tipo de control judicial. Por el contrario, la mayoría de los estados establecieron, como garantía al sindicado, un control judicial de la acusación en la llamada audiencia preliminar, también conocida con la expresión examen preliminar.

El propósito de la audiencia preliminar es que un magistrado examine y determine si, de acuerdo con la evidencia presentada por el fiscal, existe causa probable para creer que el sindicado cometió el crimen del que se le acusa.

---

<sup>35</sup> Aunque actualmente es Magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá.

<sup>36</sup> Ob. Cit. Pág. 156.

En esta audiencia, al contrario de lo que ocurre en la justicia estatal, el procesado puede acudir, junto con su defensor, e inclusive con testigos, a refutar la acusación. Si no desea hacerlo, puede manifestar su intención de concurrir directamente a juicio.

El magistrado, en la audiencia preliminar, tiene tres opciones: *i)* desechar los cargos, *ii)* disminuirlos o *iii)* encontrarlos ajustados al requerimiento de causa probable.

Cuando el magistrado desecha los cargos el sindicado debe ser puesto en libertad inmediata sin tener que pagar fianza alguna; si los reduce, el proceso continúa pero únicamente por los cargos que han quedado vigentes luego de la verificación judicial; pero si el magistrado encuentra que existe causa probable la decisión que debe tomar es la de continuar con el procedimiento.

Tanto en la justicia federal como en la estatal, el siguiente paso es la presentación del escrito de acusación ante la Secretaría de la Corte competente para llevar a cabo el juicio. El escrito de acusación debe ir organizado por cargos; es decir, por cada cargo se deben explicar los hechos con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y las normas que se estiman infringidas por el procesado.

El peldaño procesal siguiente es la lectura de la acusación (*arraignment*), la cual se realiza en una audiencia pública en la que se le pregunta al acusado si se declara culpable o no. Sin embargo, no son éstas las dos únicas maneras de responder a la acusación, pues en algunas jurisdicciones el procesado puede contestar con un "*nolo contendere*", que significa "*no lo impugnaré*"; es decir, que no disputará los cargos que hay contra él, lo cual implica su declaratoria de culpabilidad y, en consecuencia, la emisión de la sentencia.

Cuando el procesado no se declara culpable el paso siguiente es la realización del juicio.<sup>37</sup>

**2.4.2 El Derecho Procesal Penal de Puerto Rico** establece una etapa denominada "*vista preliminar*", la que según el autor Ernesto Chiesa Aponte, constituye un procedimiento por medio del cual se determina la existencia de una causa probable para acusar al imputado por la comisión de un delito grave.<sup>38</sup>

Por su lado, el Tribunal Supremo de Puerto Rico, según lo dicho por el mencionado autor, ha expresado en repetidas oportunidades que el propósito de la vista preliminar es "*evitar que se someta a un ciudadano en forma arbitraria e injustificada a los rigores de un proceso criminal*".

El objetivo central de la referida audiencia consiste en determinar la existencia de causa probable acerca de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en la ejecución del mismo, para lo cual el Ministerio Público debe presentar ante un magistrado "*alguna prueba*" de cargo para persuadirlo de llevar el caso a juicio.

En consecuencia, surge claro que la carga probatoria del ministerio público no es tan alta como la del juicio, porque en este escenario sí debe presentar todas sus pruebas y demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado *más allá de duda razonable*.

Ahora bien, para decretar la existencia de causa probable el magistrado debe determinar si se ha presentado "*alguna prueba*" sobre todos los elementos del

---

<sup>37</sup> Toda la información relacionada con el proceso penal de los Estados Unidos, fue extraída, casi de forma literal, de Muñoz Neira Orlando, *Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*, Editorial Legis 1ª Edición.

<sup>38</sup> Toda la información relacionada con el derecho procesal penal de Puerto Rico fue extraída, casi de forma literal, de Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen III, Editorial Fórum 1995.

delito y la conexión del acusado con este, pues solo ante la “ausencia total de esa prueba” procede la moción para desestimar la acusación.

Por otro lado, si la prueba expuesta en vista preliminar es compatible con un delito mayor y uno menor incluido, el magistrado debe determinar causa probable por el mayor, pues el juez del juicio será el que determine, con base en la valoración de la prueba practicada en juicio, cuál delito cometió el acusado.

Lo anterior parece indicar, a juicio de Chiesa Aponte, que el magistrado que preside la vista preliminar no tiene la función de valorar la prueba. Sin embargo, esa forma de interpretar, a su juicio, choca con el derecho que tiene el procesado de contra interrogar testigos y presentar pruebas. Por lo tanto, considera que “*el magistrado puede determinar que no hay causa probable a base de que no le dio crédito alguno a la única prueba del fiscal. Pero debe distinguirse, el caso en que juzgadores razonables pueden discrepar en cuanto a dar crédito o no al testigo. En el último caso el magistrado debe determinar causa probable para que sea el juzgador final el que adjudique credibilidad y suficiencia a la prueba. Pero en el primer caso, el del testigo increíble, el magistrado puede analizar credibilidad y determinar que no hay causa probable.*”<sup>39</sup>

En otras palabras, el magistrado de la vista preliminar puede estudiar la credibilidad del testigo sólo cuando es implausible o increíble, porque cuando hay un mero conflicto con el testimonio, lo que existe es una cuestión de apreciación probatoria que debe ser analizada en el juicio, por lo que el magistrado de la vista preliminar tiene que hacer la valoración de la prueba de forma favorable el fiscal.

Cuando el magistrado **establece que existe causa probable** para creer que se ha cometido un delito y que el procesado está involucrado en la comisión del

---

<sup>39</sup> Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Pág. 56, Volumen III, Editorial Fórum. 1995.

mismo, debe autorizar la presentación de la acusación y detener inmediatamente al procesado para que responda por la comisión del delito ante la sección y sala correspondiente del tribunal de primera instancia.<sup>40</sup>

La decisión de determinar existencia de causa probable puede ser controvertida por el procesado a través de un recurso llamado “*moción de desestimación de la acusación*”, por medio del cual se garantiza a aquél la facultad de acudir ante el Tribunal para exponerle que en la vista preliminar hubo “*ausencia total de prueba*” sobre algún elemento de su responsabilidad criminal.

Así, la función del Tribunal no es la de revisar el criterio del magistrado de primera instancia, sino la de decretar si en la audiencia preliminar hubo ausencia total de prueba relacionada con el delito y la responsabilidad del procesado.

Ahora bien, cuando el magistrado establece ***que no existe causa probable*** el procesado debe quedar en libertad, pues se entiende que fue exonerado por el Estado de los cargos que le fueron imputados. En consecuencia, el Ministerio Público no podrá presentar acusación alguna en su contra.<sup>41</sup>

La decisión de no determinación de causa probable puede ser impugnada por el fiscal a través de un recurso denominado *vista preliminar en alzada*, por medio del cual se le habilita una segunda vista preliminar ante un juez superior, en la cual puede presentar la misma prueba de la primera vista preliminar, o una distinta, para convencerlo de que sí existe causa probable.

---

<sup>40</sup> En todo caso, se aclara que la autorización del magistrado no constituye una obligación para el fiscal, pues él tiene la potestad de optar por no acusar y, en su lugar, archivar las diligencias, pero siempre que tenga una causa justificada para proceder en tal sentido.

<sup>41</sup> Según lo dicho por Chiesa Aponte, puede suceder que el Magistrado encuentre causa probable por un delito inferior al imputado. Página 63, Ob. Cit.



El Juez superior puede determinar, con base en la exposición del Fiscal, que: *i)* sí existe causa probable, *ii)* no existe causa probable o *iii)* existe causa probable, pero por un delito inferior al imputado.

Por último, vale la pena destacar que el procesado puede renunciar a la vista preliminar de causa probable, lo cual implicará su acusación y el sometimiento directo al juicio.<sup>42</sup>

**2.4.3 El Código Procesal Penal Peruano del año 2004** establece un sistema acusatorio dividido en tres grandes etapas: *i)* *investigación preparatoria*, cuya función principal es asegurar los elementos probatorios que permitan demostrar la comprobación del hecho presuntamente ilícito y la identificación de quienes hayan participado en la comisión del mismo; *ii)* *fase intermedia*, por medio de la cual se critica, analiza y controla el resultado de la investigación y se realiza el control de la acusación o del sobreseimiento y *iii)* *fase de juicio oral*, en la que se discute, bajo el esplendor de todos los principios que rigen el sistema acusatorio, la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.<sup>43</sup>

Para el autor peruano José Antonio Neyra Flores, la etapa intermedia se constituye en un filtro que tiene como función esencial depurar errores y controlar los presupuestos o bases de la acusación, a fin de establecer si es viable convocar al procesado a un juicio oral o si, por el contrario, debe decretarse en su favor el sobreseimiento o la preclusión del proceso.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Toda la información relacionada con el derecho procesal penal de Puerto Rico fue extraída, casi de forma literal, de Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Volumen III, Editorial Fórum 1995.

<sup>43</sup> Toda la información relacionada con el sistema procesal penal peruano fue extraída, casi de forma literal, de José Antonio Neyra Flores, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*". Editorial Idemsa. Lima Perú.

<sup>44</sup> Puede consultarse su libro *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*, Pág. 300. Editorial Idemsa. Año 2010.

El director de la etapa intermedia es el juez de la investigación preparatoria, quien debe convocar a las partes a una audiencia preliminar, en la que el procesado puede denunciar los errores formales de la acusación y proponer excepciones contra la misma, así como solicitar su sobreseimiento.

Finalizada la audiencia preliminar el juez puede decidir: *i)* devolver la acusación al fiscal por encontrarle defectos que requieren de un nuevo análisis y corrección por parte suya; *ii)* declarar probadas las excepciones de la defensa, para lo cual deberá proferir la resolución correspondiente, contra la cual procede el recurso de apelación; *iii)* aplicar el sobreseimiento en favor del procesado o *iv)* proferir un auto de enjuiciamiento, cuando considere que resulta procedente la acusación.

Vale la pena destacar que cuando el fiscal realiza la acusación debe señalar, de forma alternativa o subsidiaria, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso en que no resultaren demostrados en el juicio los elementos que componen su calificación jurídica principal, actuación que sin lugar a dudas se muestra respetuosa del derecho de defensa y contradicción que le asiste al acusado.<sup>45</sup>

**2.4.4 El Código Procesal Penal Chileno** dividió el proceso en tres etapas: la de investigación; la de procedimiento intermedio, conocida como audiencia de preparación del juicio oral, y la de juicio.<sup>46</sup>

Este Código establece que, una vez practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus responsables, el fiscal debe declarar cerrada la investigación y formular acusación escrita cuando estime que la investigación

---

<sup>45</sup> Toda la información relacionada con el sistema procesal penal peruano fue extraída, caso de forma literal, de José Antonio Neyra Flores, *Manual del Nuevo Proceso penal y de litigación oral*. Editorial Idemsa. Lima Perú.

<sup>46</sup> Fernández León Whanda. Ob Cit, pág. 13.

proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma.

Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los intervinientes y los citará a *la audiencia de preparación del juicio oral*.

Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia en forma verbal, el acusado podrá: *i)* señalar los vicios formales de que adolece el escrito de acusación, requiriendo su corrección; *ii)* deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento y *iii)* exponer los argumentos de defensa que considere necesarios.

Las excepciones de previo y especial pronunciamiento son las siguientes: *i)* incompetencia del juez de garantía; *ii)* litis dependencia; *iii)* cosa juzgada; *iv)* falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la constitución o la ley lo exigieren, y *v)* extinción de la responsabilidad penal.

La audiencia de preparación del juicio es presidida por el juez de garantía, quien, si considera que la acusación del fiscal adolece de vicios formales, ordenará que los mismos sean subsanados, sin suspender la audiencia, si ello fuere posible. Si el ministerio público no subsana oportunamente los vicios, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

En el desarrollo de la audiencia el juez también tiene el deber de abrir debate cuando el procesado presenta excepciones de previo y especial pronunciamiento. Una vez finalizado éste, resolverá lo pertinente y contra esa decisión procederá apelación.

Si no procede ninguna excepción, el juez dictará auto de apertura a juicio y remitirá el expediente al Tribunal competente para que lo adelante.

**2.4.5 El Código Procesal Penal de la Nación Argentina**, apoyado en el ideario acusatorio, estructuró el proceso sobre la base de tres etapas: investigación, intermedia y plenario.<sup>47</sup>

El Título II del Capítulo 6º, denominado “*control de la acusación*”, establece que ésta debe ser presentada a través de un escrito radicado por el representante del Ministerio Público Fiscal, el cual debe contener, entre otros tantos requisitos: *i)* la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; *ii)* los fundamentos de la imputación, con los medios de prueba que la motivan, y *iii)* la expresión precisa de las disposiciones legales aplicables y su debida correlación con los hechos y con la intervención atribuida al imputado.

El Juez, por su lado, debe remitir al acusado y a su defensor el escrito de acusación para que lo analicen. Luego de ello, tendrá que citarlos a la “*audiencia de control de la acusación*”, en la que ellos pueden, entre otras tantas cosas: *i)* objetar la acusación señalando defectos formales; *ii)* presentar excepciones; *iii)* solicitar el sobreseimiento o *iv)* proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado

La discusión propuesta por las partes debe ser resuelta por el juez, quien si encuentra fundada la acusación debe proferir un auto de apertura a juicio, el cual no admite recurso alguno.

**2.4.6 El Código Procesal Penal de Costa Rica** establece que cuando el Ministerio Público considera que su investigación proporciona fundamento suficiente para someter al procesado a un juicio, debe presentar la acusación ante el Tribunal del Procedimiento Intermedio, el cual, a su vez, la notificará a las

---

<sup>47</sup> Fernández León Whanda, *Procedimiento Penal acusatorio y oral*, Pág. 11, Volumen II, Editorial Librería Ediciones del Profesional. 2006.

partes, quienes tendrán a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas.

El Tribunal igualmente debe citar a las partes a una “*audiencia oral y privada*” en la que pueden exponer distintas situaciones frente a la acusación, dentro de las que se destacan: *i)* objetarla por defectos formales o sustanciales; *ii)* oponer excepciones; *iii)* solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional o la suspensión del proceso a prueba; *iv)* plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio y *v)* ofrecer la declaración del procesado.

Finalizada la audiencia oral, el Tribunal analizará la procedencia de la acusación, con el fin de determinar si hay base para el juicio o si, por el contrario, corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado.

El Tribunal también podrá examinar, conforme al procedimiento establecido, si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, suspender el procedimiento a prueba o autorizar la aplicación de las reglas para asuntos de tramitación compleja.

**2.4.7 El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela** establece que el Ministerio Público, cuando estima que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, debe presentar la acusación ante el Tribunal de Control, quien convocará a las partes a la realización de una audiencia oral.

Antes de la realización de la audiencia oral, el procesado está en el derecho de presentar un escrito, por medio del cual puede, entre otras cosas: *i)* presentar las excepciones previstas en el Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos; *ii)* pedir la imposición o revocación de una medida cautelar; *iii)* solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de

los hechos; *iv*) proponer acuerdos reparatorios y *v*) solicitar la suspensión condicional del proceso.

Llegado el día de la audiencia, las partes expondrán brevemente los fundamentos de sus peticiones. Además, el procesado podrá solicitar que se le reciba su declaración.

Finalizada la audiencia, el Juez puede adoptar cualquiera de las siguientes decisiones: *i*) en caso de existir un defecto de forma en la acusación, solicitarle al Fiscal que lo subsane de inmediato o en un término posterior; *ii*) admitir total o parcialmente la acusación y ordenar la apertura a juicio, *pudiendo el Juez atribuirle a los hechos una calificación jurídica provisional distinta a la de la acusación Fiscal*, o *iii*) dictar el sobreseimiento, si considera que concurren algunas de las causales establecidas en la ley.

El auto por medio del cual se acepta la acusación debe contener, entre otras cosas: *i*) la identificación de la persona acusada; *ii*) una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación jurídica provisional y una exposición sucinta de los motivos en que se funda; *iii*) las pruebas admitidas y las estipulaciones realizadas entre las partes y *iv*) la orden de abrir el juicio oral y público.

### CAPÍTULO 3

#### **La ausencia de control material a la acusación vulnera principios y derechos constitucionales fundamentales**

La práctica judicial ha permitido evidenciar que, en algunas oportunidades, la Fiscalía presenta acusaciones erróneas, infundadas, temerarias, confusas y contradictorias, las cuales, por lo mismo, afectan flagrantemente derechos constitucionales fundamentales del procesado, en la medida en que, por ejemplo, en varias oportunidades aquél recobra su libertad por declararse la absolución perentoria o por ausencia de pruebas que determinen su intervención en el hecho investigado.

El anterior panorama, a juicio de los suscritos, tiene su origen en la inexistencia de una audiencia de causa probable en la que el defensor pueda controvertir la acusación y el juez pueda determinar, como director del proceso y garante de los derechos fundamentales, si existe mérito probatorio suficiente *“para suponer lógicamente que al final del juicio se obtendrá efectivamente una condena.”*<sup>48</sup>

No obstante, en el Acto Legislativo 03 de 2002 y en la Ley 906 de 2004 no se consagró expresamente la existencia de una audiencia de causa probable ni de un control judicial material a la acusación, lo cual implica, en sentir de los suscritos, el desconocimiento o limitación de diversos principios y derechos constitucionales, a saber:

---

<sup>48</sup> Bernal Cuellar y Montealegre Lynnet. El proceso Penal, Tomo II, Pág. 766, Universidad Externado de Colombia.

### 3.1 El principio democrático de participación ciudadana:

El preámbulo y los artículos 1º y 2º de la Constitución Política de 1991 señalan que uno de los fines del Estado Social de Derecho es el de *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”*.

El mentado principio, de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, elecciones, consultas populares y revocatorias de mandatos, sino que, además, implica que *“el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida.”*<sup>49</sup>

Por si fuera poco lo anterior, la Corte Constitucional reconoce que el principio de participación ciudadana no sólo es *“un derecho fundamental”* sino que, además, es de aplicación inmediata porque así lo dispuso el artículo 85 superior.<sup>50</sup> Por lo tanto, se trata de una garantía que no requiere de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa, ni tampoco de condiciones específicas para su ejercicio o exigencia.<sup>51</sup>

Sin embargo, el principio de participación ciudadana se le restringe sustancialmente al procesado sometido a jurisdicción penal, pues en la actualidad no tiene la más mínima posibilidad de controvertir sustancialmente la acusación. Por el contrario, debe verse sometido al criterio del fiscal y esperar la realización

---

<sup>49</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-585 de 1995.

<sup>50</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-235 de 1998. *“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada e invariable en el sentido de que el derecho citado no solamente es constitucional fundamental, sino también, de acuerdo con el artículo 85 de la Carta, de aplicación inmediata. Consiste básicamente en que aquellas personas llamadas a ejercerlo, pues para ello se requieren ciertas condiciones, puedan hacerse presentes y participar en todos los procesos de toma de las decisiones que les interesen”*.

<sup>51</sup> Ib., sentencia C-581 de 2001.



del juicio oral para demostrar, por ejemplo, que la acusación nunca tuvo soporte probatorio.

En consecuencia, resulta claro que impedirle al procesado pronunciarse frente a la acusación, es tanto como restringir su derecho de intervenir en una etapa “*decisoria que incidirá significativamente en el rumbo de su vida*”, por lo que se requiere de la existencia de una audiencia preliminar de causa probable para garantizar plenamente esa garantía constitucional y “*evitar someterlo en forma arbitraria e injustificada a los rigores de un proceso criminal.*”<sup>52</sup>

### **3.2 Los derechos de presunción de inocencia y buen nombre:**

Los artículos 15 y 29 constitucionales establecen que todo ciudadano tiene derecho a su buen nombre y a que se presuma su inocencia mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Sin embargo, el sólo hecho de someterlo a un juicio, sin permitírsele primero oponerse a ese llamamiento, implica un buen número de adversidades que ponen en riesgo efectivo esas garantías fundamentales.

En efecto, la publicidad del juicio genera sobre el procesado un estigma social que difícilmente puede “borrarse” con la emisión de un fallo absolutorio, el que en muchas oportunidades no es de absolución por inocencia sino porque no existieron pruebas de cargo suficientes para predicar su responsabilidad penal, lo cual lo deja en duda su buen nombre y honorabilidad.<sup>53</sup>

Por otro lado, la práctica judicial enseña que cuando la defensa demuestra -aunque no está obligada a hacerlo- la inocencia plena del procesado, los jueces no necesariamente dictan absolución por inocencia sino por duda, pues dictar un

---

<sup>52</sup> Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Pág. 56, Volumen III, Editorial Fórum. 1995.

<sup>53</sup> Ídem.

fallo en aquél sentido hace viable la responsabilidad objetiva del Estado, tal como lo tiene dicho el Consejo de Estado.<sup>54</sup>

Por lo tanto, la existencia de una audiencia de causa probable, en la que se discuta la veracidad de la acusación propuesta por la Fiscalía, traería efectos positivos frente al procesado, pues no se vería abocado a la publicidad del juicio, en caso de que demuestre que el llamamiento no tiene fundamento alguno. Adicionalmente, las arcas del Estado probablemente sufrirían menos mengua, pues se evitarían las indemnizaciones generadas por acusaciones incorrectas o sin soporte probatorio.

### **3.3 El derecho a la libertad:**

El artículo 28 Constitucional establece que toda persona es libre y que tal garantía sólo puede ser restringida en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.<sup>55</sup>

Por su lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el control de legalidad de la privación de la libertad, tiene como propósitos *i)* evaluar si concurren razones jurídicas suficientes para la restricción de la libertad; *ii)* establecer si se precisa la detención antes del juicio; *iii)* salvaguardar el bienestar del detenido y *iv)* prevenir detenciones arbitrarias y otras eventuales afectaciones de derechos fundamentales.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2500023260001998145301 (22672), mayo 23/12, C. P. Olga Mélida Valle.

<sup>55</sup> No se desconoce que el artículo 32 constitucional estableció que la libertad también puede restringirse en los casos de flagrancia.

<sup>56</sup> Corte Constitucional, sentencia C-163 del 20 de febrero de 2008. MP. Jaime Córdoba Triviño.

Los citados presupuestos deben ser analizados y decretados por el juez con función de control de garantías en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento, por lo que surge claro que ese funcionario realiza un primer control a los estándares probatorios de la acusación, pues para decretar la restricción de la libertad debe considerar, en primer término, si *“los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”*.<sup>57</sup>

Sin embargo, en muchas oportunidades el estándar que soporta la medida de aseguramiento desaparece con el avance del proceso, debido a que los acusados detenidos preventivamente recobran su libertad luego de agotado el juicio oral, ante la insuficiencia probatoria expuesta por la Fiscalía en ésta diligencia.

En consecuencia, para evitarle al procesado la restricción injustificada de su libertad desde el momento de la medida de aseguramiento hasta la emisión de un sentido de fallo absolutorio dictado en juicio, debe establecerse, en ese interregno procesal, una audiencia de causa probable para determinar si la acusación revela la existencia del delito y su participación en la comisión del mismo, pues de lo contrario debe ordenarse su libertad inmediata.

En otras palabras, la audiencia de causa probable le evitaría al procesado esperar en la cárcel la realización de un juicio, el que en muchas oportunidades tarda años en finalizar, debido a que antes de esa vista pública puede alegar que la acusación no tiene soporte probatorio y que, por lo tanto, debe recobrar su libertad.

---

<sup>57</sup> Ley 906 de 2004, artículo 308.

### 3.4 Los derechos de defensa y contradicción:

El artículo 29 constitucional señala que quien sea sindicado tiene derecho a su defensa, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; es decir, tiene la posibilidad de ejercer su defensa y contradicción frente a todas las sindicaciones que se le realicen.

Por su lado, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *“toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella”*, mientras que el artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica refiere que *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”*

Por su parte, la jurisprudencia constitucional tiene dicho que el derecho a la defensa es general y universal, por lo que no se le deben imponer restricciones temporales y, bajo ese entendido, surge obvio que puede ser ejercido en cualquier momento del proceso<sup>58</sup>, lo cual permite suponer, a juicio de los suscritos autores, que también debe ser ejercitado materialmente en la audiencia de formulación de acusación.

Entre tanto, el derecho de contradicción, de acuerdo con la doctrina especializada, cumple una función garantizadora que compensa el poder punitivo del Estado en cabeza de los funcionarios judiciales, es decir, actúa como un contrapeso

---

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-799 de 2005.

obligatorio, respetuoso de los derechos humanos, al permitir la intervención en cualquier diligencia de la que pueda resultar prueba en contra del imputado.<sup>59</sup>

No obstante, en la audiencia de formulación de acusación los derechos de defensa y contradicción se reducen a su más mínima expresión, pues actualmente el procesado no solo no tiene la posibilidad de controvertir materialmente la acusación en una audiencia previa al juicio, sino que, además, no sabe con certeza cuál es el soporte probatorio de la misma, pues sólo hasta esa audiencia de acusación tiene la posibilidad de saber cuáles son las pruebas de cargo, las que de todas maneras no conoce en su contenido, debido a que simplemente se le hace entrega de un listado en el que éstas se le enuncian.

Por lo tanto, si el actual esquema no le permite al procesado oponerse a la acusación, no existe ninguna razón para justificar la realización de la audiencia de formulación de acusación, ni mucho menos para exigir la intervención de un juez, pues para conocer el llamamiento a juicio bastaría con que la Fiscalía le remitiera al encausado, a través de correo certificado, el escrito acusatorio para que lo conociera, lo estudiara y llegara a la audiencia preparatoria a formular recusaciones, nulidades e impugnaciones de competencia.<sup>60</sup>

*En síntesis, “limitar el derecho de defensa a controvertir los presupuestos de forma del escrito de acusación violaría el artículo 29 de la Carta, porque existirían actos procesales que pondrían al acusado en situación de indefensión, con lo cual*

---

<sup>59</sup> Velásquez Velásquez Fernando, *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal* pág. 29, citado en Mario Arboleda Vallejo, *Código de Procedimiento Penal*. Editorial Leyes, pág. 26.

<sup>60</sup> El Dr. Jaime Granados Peña, en su escrito denominado *“Breves reflexiones sobre la afectación de las garantías fundamentales en la formulación de imputación”*, propone un argumento muy similar, pero en punto de la audiencia de imputación: *“En este momento, la formulación de imputación no cumple con un papel importante en el proceso penal, pues si solo se le quisiera comunicar a una persona de su calidad de imputado de la manera como está plasmado en la ley, sería más fácil enviarle una notificación privada.”*

*prevalecería el ejercicio funcional de la administración de justicia sobre los derechos fundamentales del imputado”.*<sup>61</sup>

### **3.5 El derecho a la igualdad:**

El artículo 13 constitucional establece que, en principio, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y, por lo tanto, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

No obstante, en tratándose de control material a la acusación el trato no es igual para todas las personas porque los altos funcionarios del Estado, incluidos los congresistas, están sometidos a un proceso diferente al ordinario en el que sí existen distintos filtros frente a ese llamamiento a juicio.

En efecto, la Constitución Política, en su artículo 174, establece que le corresponde al Senado conocer *“de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.”*

La Constitución igualmente estableció, en el artículo 175-3, que si la acusación se refiere a delitos comunes, *“el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema.”*

---

<sup>61</sup> Bernal Cuellar y Montealegre Lynnet. El proceso Penal, Tomo II, Pág. 778, Universidad Externado de Colombia.

En concordancia con lo anterior, el artículo 180 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), señala que una de las funciones de la Comisión de Acusación e Investigación es la de *“preparar proyectos de Acusación que deberá aprobar el pleno de la Cámara, ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales al Presidente de la República o a quien haga sus veces, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los Miembros del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación.”* (Sic).

Por su lado, el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 determinó que *“El presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero del año 2005. Los casos de que trata el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política continuarán su trámite por la Ley 600 de 2000.”*<sup>62</sup>

El artículo 235-3 constitucional, a su vez, señala que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde Investigar y juzgar a los miembros del Congreso, quienes por virtud de lo expuesto en precedencia, son juzgados bajo los parámetros establecidos en la Ley 600 de 2000, por medio de la cual se ordena al fiscal proferir resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y exista confesión, testimonio creíble, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometiera la responsabilidad del imputado.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Se aclara que mediante sentencia C-545 de 2008 el artículo fue declarado exequible, *“en el entendido de que el legislador debe separar, dentro de la misma Corte Suprema de Justicia, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para las conductas punibles cometidas a partir del 29 de mayo de 2008.”*

<sup>63</sup> Ley 600 de 2000, artículo 397.

La resolución de acusación es apelable, por lo que surge obvio que los congresistas sí pueden discutir la acusación en una etapa previa al juicio y que, en consecuencia, existe una diferencia de trato frente a los restantes ciudadanos.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Ley 600 de 2000, artículos 118, 119, 169, 185, 191, 398 etc.



## CAPÍTULO 4

### **Propuesta de los autores: reforma legal para introducir una audiencia preliminar de causa probable**

La Ley 906 de 2004 debe ser reformada para implementar una audiencia preliminar de causa probable en la que se pueda controlar, limitar o racionalizar el poder de acusar y, adicionalmente, permitir al procesado, en el desarrollo de esa fase, ejercer sus derechos constitucionales de defensa y contradicción, pues sólo de esa forma se materializa el principio constitucional de democracia participativa, a través del cual se advierte que todos los ciudadanos tiene la facultad de intervenir activamente en la solución de los conflictos que los afectan.

La audiencia preliminar de causa probable debe ser dirigida por un juez con función de control de garantías, quien luego de escuchar la acusación y los argumentos de oposición que sobre la misma haga el procesado, debe determinar, con base en los elementos probatorios legalmente recopilados por las partes, y como director del proceso, si existe una probabilidad de verdad relacionada con la existencia del delito y la participación del procesado en la comisión del mismo. Es decir, si existe una causa probable por medio de la cual se puede establecer que *“la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena”*<sup>65</sup> o si, por el contrario, la acusación es tan débil que la única opción procedente es el sobreseimiento.

El hecho de que el Juez encargado de dirigir la audiencia de causa probable sea el de control de garantías, tal como estaba establecido en el proyecto del Acto Legislativo 03 de 2002, permitiría la posibilidad de que en los juzgamientos de competencia de la Corte Suprema de Justicia también existiera tal diligencia, en la

---

<sup>65</sup> María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno* Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Pág.11

medida en que sería dirigida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.<sup>66</sup>

Adicionalmente, determinar al juez de garantías como el director de la audiencia de causa probable implicaría el resguardo del principio de imparcialidad y, en consecuencia, de la probidad con la que el juez de conocimiento debe llegar al juicio para fallar exclusivamente con base en la percepción de las pruebas practicadas en su presencia.

El objetivo central de la audiencia preliminar debe ser el de determinar los requisitos formales previstos en el art. 337 de la Ley 906 de 2004 y si hay causa para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en la ejecución del mismo. Para ello, el fiscal tendrá que presentar “algún” elemento material probatorio que, a su juicio, le permita persuadir al juez de llevar el caso a juicio.

En consecuencia, la carga probatoria del fiscal no debe ser excesivamente alta, pues en la audiencia de causa probable no le corresponderá demostrar los requisitos exigidos para condenar, por lo que el defensor tampoco deberá proponer temas jurídicos profundos susceptibles de ser discutidos sólo a través de la audiencia de juicio oral; aunque eso no debe limitarle la posibilidad de presentar los elementos probatorios que considere pertinentes para evitar la apertura del juzgamiento.

Por su lado, el juez de control de garantías deberá valorar los elementos materiales probatorios sometidos a su consideración y asignarles el valor suasorio que corresponda, para efectos de tomar su decisión:

---

<sup>66</sup> El artículo 39-1 de la Ley 906 de 2004 señala lo siguiente: “*En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.*”

*i)* Si determina que existe causa para acusar, deberá avalar la pretensión del fiscal y remitir el expediente al juez de conocimiento para que proceda a realizar la audiencia de formulación de acusación, la cual tendría por objeto, únicamente, analizar los tópicos relacionados con impedimentos, recusaciones, nulidades e impugnaciones de competencia, así como con el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, el anterior procedimiento se evitaría si en la audiencia de causa probable el procesado decide allanarse o preacordar, pues frente a ésta clase de situaciones consideramos pertinente dar pasó al trámite abreviado referenciado en los artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004.

*iii)* Si evidencia la inexistencia de mérito para acusar, deberá declarar el sobreseimiento a favor del procesado y ordenar su libertad inmediata, en caso de estar restringido de ella.

Adicionalmente, debe referirse que como todo acto de poder estatal debe tener límites o controles<sup>67</sup>, cualquiera de las dos decisiones adoptadas por el juez de garantías, esto es, la declaratoria de mérito para acusar o el sobreseimiento, debe ser susceptible de los recursos de reposición y apelación por las partes trabadas en conflicto. Ante la interposición de éste último, el expediente debe ser remitido al juez de conocimiento, a quien debe imponérsele el deber de resolver la alzada dentro de los 10 días siguientes a su recibido, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004.

---

<sup>67</sup> Sobre el punto cfr. Quinche Ramírez, Ob. Cit.

En síntesis, a través de la reforma legal se pretende la instauración del siguiente procedimiento:

1. Presentación del escrito de acusación ante el centro de servicios judiciales y las partes, luego de concluida la fase investigativa.

2. Reparto del proceso al juez con función de control de garantías.

3. Realización de la audiencia de causa probable, dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente.

3.1 Sustentación de la fiscalía, con algún elemento material probatorio, para demostrarle al juez la existencia de causa probable.

3.2 Oposición de la defensa, si lo desea, y con algún elemento material probatorio, para demostrar la inexistencia de causa probable.

3.3 Decisión del Juez: *i)* No existe causa probable o *ii)* Existe causa probable.

3.4 Si existe causa probable, el procesado debe tener la posibilidad de allanarse a los cargos en la audiencia preliminar de forma unilateral o consensuada. Si los acepta, se remite el proceso al juez de conocimiento para que realice el trámite abreviado previsto en los artículos 131 y 293 del CPP.

3.5 Si el procesado no se allana, el expediente se remite al juez de conocimiento, quien deberá realizar la audiencia de formulación de acusación, la cual debe tener como único objetivo lo relacionado con

nulidades, impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia, así como el descubrimiento probatorio de la Fiscalía.

3.6 Si no existe mérito para acusar, el juez de garantías debe declarar el sobreseimiento y ordenar la libertad inmediata del procesado, en caso de estar restringido de la misma.

4. Decisión del Juez de garantías apelable ante el de conocimiento, pero sólo por las partes. El ad quem tendrá 10 días para fallar, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CPP.

Por último, el hecho de que el juez de garantías habilite al fiscal para acusar al procesado, no debe implicar necesariamente la realización del juicio oral, pues desde la audiencia de acusación hasta éste, pueden sobrevenir causales de preclusión, principios de oportunidad, preacuerdos o allanamientos.

La implementación de la fase intermedia tornaría al sistema penal colombiano más garantista pues el poder hegemónico de los fiscales se vería limitado por los jueces, quienes deben ser los únicos autorizados para determinar, al interior de un sistema acusatorio, si el procesado merece una acusación y ser sometido a un juicio criminal, pues tal decisión afecta sus derechos fundamentales.

De acuerdo con Urbano Martínez, el principio acusatorio implica que la *“Fiscalía debe estar desprovista de la facultad de afectar derechos fundamentales y de tomar decisiones con valor de juzgada, pues estas son funciones estrictamente judiciales que deben provenir de un tercero imparcial, ya sea como juez de las audiencias preliminares o como juez de conocimiento, y no de una parte procesal. Si facultades de ese tipo se le reconocen a la Fiscalía, se corre el riesgo de*

*distorsionar el sistema, ya que se tornan difusos los límites entre acusador y juzgados y se sacrifica la igualdad de armas.*<sup>68</sup> (Subraya fuera de texto).

---

<sup>68</sup> Cfr. José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación*, Páginas 40 y 41, Universidad Externado de Colombia.

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

1. En los estatutos procesales anteriores a la Constitución Política de 1991, el juez de la causa era el encargado de decidir, luego de agotada la fase instructiva, y mediante un “*auto de proceder*”, si debía iniciarse la etapa de juzgamiento o si, por el contrario, resultaba necesario perfeccionar la instrucción o precluir la investigación en favor del procesado, para lo cual tenía que proferir un “*auto de sobreseimiento*”. Adicionalmente, la acusación era entendida como una pretensión que admitía formulación de excepciones, por lo que se requería de un pronunciamiento judicial para resolver el conflicto de las partes, antes de dar apertura al juicio.

Los estatutos procesales posteriores a la expedición de la Constitución despojaron al juez de la facultad de determinar la procedencia del juzgamiento. Sin embargo, no por ello se dejaron de imponer controles a la acusación, pues para proferirla se exigía el cumplimiento de diversos requisitos formales y sustanciales que debían plasmarse en una resolución interlocutoria susceptible de los recursos ordinarios, por lo que la contraparte tenía la posibilidad de acudir a éstos para controvertirla y lograr que un superior la confirmara, modificara o revocara.<sup>69</sup>

Sin embargo, el Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado en la Ley 906 de 2004, no sólo despojó al juez de la facultad de determinar si existen fundamentos suficientes para dar apertura al juicio oral sino que, además, limitó a la defensa su derecho a controvertir la acusación, lo cual va en contravía de los antecedentes legislativos que han existido en Colombia en materia de acusación controlada.

---

<sup>69</sup> Cfr. Fernández León Whanda, artículo denominado “*El poder hegemónico de la acusación. El absurdo de hablar de garantías frente a un acto de parte ingobernable*”. Pág.7.

2. De acuerdo con el contenido del proyecto del Acto Legislativo 237 de 2002, que más adelante se convertiría, con modificaciones, en el 03 de 2002, el artículo 250 constitucional, en su numeral 5º, le imponía a la Fiscalía General de la Nación el deber de *“Solicitar al juez de control de garantías la autorización para acusar.”*<sup>70</sup>

Al analizar el contenido del informe de la ponencia del primer debate del proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002, se encuentra que la Comisión Redactora Constitucional anticipó cuál sería la interpretación y el fundamento del citado numeral 5º del artículo 250 constitucional. En efecto:

*“Hay una función de la Fiscalía que debe ser objeto de algunas líneas para ser explicada. El numeral 5 dice que el Fiscal le debe solicitar al Juez del Control de Garantía la autorización para acusar. Quien lea esta función puede llegar a la conclusión que quien va a decidir si acusa o no es el Juez de Control y entonces de qué cambiaría con el nuevo sistema.*

*La lectura real que hay que hacerle a ese numeral es la siguiente: El Fiscal tiene una competencia omnímoda y soberana para investigar y para decidir, en principio, qué tiempo dedica en investigar, es decir que en principio nadie puede limitar al Fiscal hasta cuándo debe investigar, pero, lo que sí debe tener un control es que cuando el Fiscal decide acusar, esa decisión sea controlada, para que el Juez, que sirve de filtro, determine si tiene o no fundamento probatorio esa decisión, principalmente por las consecuencias que les sobrevienen a los particulares ser sometidos a un juicio, así el mismo termine con sentencia absolutoria. Además no hay legislación hoy vigente en el mundo que faculte al Fiscal para hacer efectivas investigaciones, y evitar someter al ciudadano a un proceso sin pruebas que lo respalden.*

---

<sup>70</sup> Gaceta del Congreso No. 134 del 26 de abril de 2002.



*Es necesario aclarar, así sea muy sucintamente, que el Control que debe hacer el Juez de la actuación del Fiscal, es no solamente formal sino también sustancial, porque las garantías son sustanciales, es decir de la esencia de la persona.”<sup>71</sup>*

El texto del proyecto de acto legislativo, con el reconocimiento expreso de la facultad del juez de control de garantías para realizar un control formal y sustancial de la acusación, fue aprobado en los dos debates de la segunda vuelta en la Cámara de Representantes. No obstante, en los dos debates de la segunda vuelta correspondientes al Senado de la República, se eliminó esa facultad.<sup>72</sup>

Sin embargo, la Comisión Redactora de la Ley 906 de 2004 continuó discutiendo la posibilidad de establecer la existencia de una audiencia de causa probable en la se permitiera a la defensa controvertir la acusación y al juez, como director del proceso, determinar si ésta tenía suficiente soporte probatorio como para llamar al procesado a una audiencia de juicio oral.

El citado planteamiento no prosperó al interior de la comisión redactora, por lo que finalmente se profirió una Ley 906 de 2004 en la que taxativamente no se habilita a la defensa ni al juez para realizar reproches sustanciales frente a la acusación.

**3.** El Acto Legislativo 03 de 2002 finalmente modificó el artículo 250 constitucional y estableció que, en ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación debe *“Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.”*

---

<sup>71</sup> Gaceta del Congreso No. 210 del 6 de junio de 2002.

<sup>72</sup> Cfr. José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación*, Página 85, Universidad Externado de Colombia.

Por su lado, la Ley 906, en su artículo 336, determinó que *“El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”*

Por lo tanto, surge claro que el Acto Legislativo 03 de 2002 y la Ley 906 de 2004 no establecieron taxativamente la existencia de una etapa intermedia o de causa probable en la que se pueda controlar, limitar o racionalizar el poder de acusar y, adicionalmente, permitir al procesado, en el desarrollo de esa fase, ejercer sus derechos constitucionales de defensa y contradicción.

4. La comparación de legislaciones extranjeras, por medio de las cuales se adoptaron sistemas acusatorios puros, o de tendencia acusatoria, consagran la existencia de una audiencia de causa probable, cuyo objetivo esencial es el de determinar si existe el suficiente mérito para acusar a un procesado y, en consecuencia, si resulta procedente la apertura de la fase del juicio o si, por el contrario, la acusación es tan débil que el acusado merece el sobreseimiento y el archivo de su caso.

5. La jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha determinado pacíficamente si la acusación debe tener control judicial material, en la medida en que ha declarado nulidades procesales debido a *“errores en la calificación jurídica”* atribuida por la Fiscalía, e inclusive ha llamado la atención de los jueces y las partes para que, en ejercicio de su órbita de competencia, realicen *“un control efectivo a la imputación”*.

Sin embargo, en contraposición a lo anterior, la Corte también ha señalado que el juez no puede remplazar a la Fiscalía en la función acusadora y, por lo tanto, no está autorizado para realizar un control material a la acusación, ni para cuestionar

su validez, ni para interferir en la calificación jurídica de los hechos, ni para indicar o imponer cómo hacerla.

**6.** La ausencia de control material a la acusación vulnera los siguientes principios y derechos fundamentales: El principio democrático de participación ciudadana, los derechos de inocencia y buen nombre, los derechos de defensa y contradicción, el derecho a la igualdad y el principio acusatorio.

**7.** La Ley 906 de 2004 debe ser reformada para implementar una audiencia preliminar de causa probable en la que se pueda controlar, limitar o racionalizar el poder de acusar y, adicionalmente, permitir al procesado, en el desarrollo de esa fase, ejercer sus derechos constitucionales de defensa y contradicción, pues sólo de esa forma se materializa el principio constitucional de democracia participativa, a través del cual se advierte que todos los ciudadanos tiene la facultad de intervenir activamente en la solución de los conflictos que los afectan.

La audiencia preliminar de causa probable debe ser dirigida por un juez con función de control de garantías, quien luego de escuchar la acusación y los argumentos de oposición que sobre la misma haga el procesado, debe determinar, con base en los elementos probatorios legalmente recopilados por las partes, y como director del proceso, si existe una probabilidad de verdad relacionada con la existencia del delito y la participación del procesado en la comisión del mismo. Es decir, si existe una causa probable por medio de la cual se puede establecer que *“la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena”*<sup>73</sup> o si, por el contrario, la acusación es tan débil que la única opción procedente es el sobreseimiento.

---

<sup>73</sup> María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno* Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Pág.11

El hecho de que el Juez encargado de dirigir la audiencia de causa probable sea el de control de garantías, tal como estaba establecido en el proyecto del Acto Legislativo 03 de 2002, permitiría la posibilidad de que en los juzgamientos de competencia de la Corte Suprema de Justicia también existiera tal diligencia, en la medida en que sería dirigida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.<sup>74</sup>

Adicionalmente, determinar al juez de garantías como el director de la audiencia de causa probable implicaría el resguardo del principio de imparcialidad y, en consecuencia, de la probidad con la que el juez de conocimiento debe llegar al juicio para fallar exclusivamente con base en la percepción de las pruebas practicadas en su presencia.

El objetivo central de la audiencia preliminar debe ser el de determinar los requisitos formales previstos en el art. 337 de la Ley 906 de 2004 y si hay causa para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado en la ejecución del mismo. Para ello, el fiscal tendrá que presentar “algún” elemento material probatorio que, a su juicio, le permita persuadir al juez de llevar el caso a juicio.

En consecuencia, la carga probatoria del fiscal no debe ser excesivamente alta, pues en la audiencia de causa probable no le corresponderá demostrar los requisitos exigidos para condenar, por lo que el defensor tampoco deberá proponer temas jurídicos profundos susceptibles de ser discutidos sólo a través de la audiencia de juicio oral; aunque eso no debe limitarle la posibilidad de presentar los elementos probatorios que considere pertinentes para evitar la apertura del juzgamiento.

---

<sup>74</sup> El artículo 39-1 de la Ley 906 de 2004 señala lo siguiente: “*En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.*”

Por su lado, el juez de control de garantías deberá valorar los elementos materiales probatorios sometidos a su consideración y asignarles el valor suasorio que corresponda, para efectos de tomar su decisión:

*i)* Si determina que existe causa para acusar, deberá avalar la pretensión del fiscal y remitir el expediente al juez de conocimiento para que proceda a realizar la audiencia de formulación de acusación, la cual tendría por objeto, únicamente, analizar los tópicos relacionados con impedimentos, recusaciones, nulidades e impugnaciones de competencia, así como con el descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, el anterior procedimiento se evitaría si en la audiencia de causa probable el procesado decide allanarse o preacordar, pues frente a ésta clase de situaciones consideramos pertinente dar pasó al trámite abreviado referenciado en los artículos 131 y 293 de la Ley 906 de 2004.

*iii)* Si evidencia la inexistencia de mérito para acusar, deberá declarar el sobreseimiento a favor del procesado y ordenar su libertad inmediata, en caso de estar restringido de ella.

Adicionalmente, debe referirse que como todo acto de poder estatal debe tener límites o controles<sup>75</sup>, cualquiera de las dos decisiones adoptadas por el juez de garantías, esto es, la declaratoria de mérito para acusar o el sobreseimiento, debe ser susceptible de los recursos de reposición y apelación por las partes trabadas en conflicto. Ante la interposición de éste último, el expediente debe ser remitido al juez de conocimiento, a quien debe imponérsele el deber de resolver la alzada dentro de los 10 días siguientes a su recibido, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 de la Ley 906 de 2004.

---

<sup>75</sup> Sobre el punto cfr. Quinche Ramírez, Ob. Cit.

En síntesis, a través de la reforma legal se pretende la instauración del siguiente procedimiento:

1. Presentación del escrito de acusación ante el centro de servicios judiciales y las partes, luego de concluida la fase investigativa.

2. Reparto del proceso al juez con función de control de garantías.

3. Realización de la audiencia de causa probable, dentro de los cinco días siguientes al recibo del expediente.

3.1 Sustentación de la fiscalía, con algún elemento material probatorio, para demostrarle al juez la existencia de causa probable.

3.2 Oposición de la defensa, si lo desea, y con algún elemento material probatorio, para demostrar la inexistencia de causa probable.

3.3 Decisión del Juez: *i)* No existe causa probable o *ii)* Existe causa probable.

3.4 Si existe causa probable, el procesado debe tener la posibilidad de allanarse a los cargos en la audiencia preliminar de forma unilateral o consensuada. Si los acepta, se remite el proceso al juez de conocimiento para que realice el trámite abreviado previsto en los artículos 131 y 293 del CPP.

3.5 Si el procesado no se allana, el expediente se remite al juez de conocimiento, quien deberá realizar la audiencia de formulación de acusación, la cual debe tener como único objetivo lo relacionado con nulidades, impedimentos, recusaciones e impugnación de competencia, así como el descubrimiento probatorio de la Fiscalía.

3.6 Si no existe mérito para acusar, el juez de garantías debe declarar el sobreseimiento y ordenar la libertad inmediata del procesado, en caso de estar restringido de la misma.

4. Decisión del Juez de garantías apelable ante el de conocimiento, pero sólo por las partes. El ad quem tendrá 10 días para fallar, de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CPP.

Por último, el hecho de que el juez de garantías habilite al fiscal para acusar al procesado, no debe implicar necesariamente la realización del juicio oral, pues desde la audiencia de acusación hasta éste, pueden sobrevenir causales de preclusión, principios de oportunidad, preacuerdos o allanamientos.

La implementación de la fase intermedia tornaría al sistema penal colombiano más garantista pues el poder hegemónico de los fiscales se vería limitado por los jueces, quienes deben ser los únicos autorizados para determinar, al interior de un sistema acusatorio, si el procesado merece una acusación y ser sometido a un juicio criminal, pues tal decisión afecta sus derechos fundamentales.

De acuerdo con Urbano Martínez, el principio acusatorio implica que la *“Fiscalía debe estar desprovista de la facultad de afectar derechos fundamentales y de tomar decisiones con valor de juzgada, pues estas son funciones estrictamente judiciales que deben provenir de un tercero imparcial, ya sea como juez de las audiencias preliminares o como juez de conocimiento, y no de una parte procesal.*

*Si facultades de ese tipo se le reconocen a la Fiscalía, se corre el riesgo de distorsionar el sistema, ya que se tornan difusos los límites entre acusador y juzgados y se sacrifica la igualdad de armas.<sup>76</sup> (Subraya fuera de texto).*

---

<sup>76</sup> Cfr. José Joaquín Urbano Martínez, *El control de la acusación*, Páginas 40 y 41, Universidad Externado de Colombia.



## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 6.1. Autores:

- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, *“El proceso Penal”*. Universidad Externado de Colombia. 6ª Edición. 2013.
- CHIESA APONTE, Ernesto L, *“Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”*, Volumen III, Editorial Fórum. 1995.
- COLECCIÓN JURÍDICA, Defensoría Pública. *“aportes fundamentales al sistema penal acusatorio”* Volumen I. 2008.
- DURÁN G, Luis Emilio. *“Consonancia de sentencia y acusación”*. Ediciones ECOE.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. *‘Procedimiento Penal Acusatorio y oral’*. Volumen II. Librería Ediciones del Profesional. 2006.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, artículo rotulado *“El poder hegemónico del acusador”*.
- FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. *“La imputación y la acusación en el sistema acusatorio”*. Editorial Leyer. 2005.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *“La acusación en el sistema penal acusatorio”*. Editorial Leyer. 2013.

- MUÑOZ NEIRA Orlando, “*Sistema penal acusatorio de los Estados Unidos*”, Editorial Legis 1ª Edición. 2008.
- NEYRA FLOREZ, José Antonio, “*Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*”. Editorial Idemsa. Lima Perú. 2010.
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo, “*Proceso Penal Acusatorio Ensayos y Actas*”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. “*El control de la acusación*”. Universidad Externado de Colombia. 2013.
- VARIOS AUTORES, “*Reflexiones sobre el sistema acusatorio*”. Librería Jurídica Sánchez Ltda. 2008.

## **6.2. Jurisprudenciales:**

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicado 25743. MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de julio de 2008, radicado 29117. MP. Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de junio de 2011, radicado 34022. MP. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 29 de agosto de 2012, radicado 39110. MP. José Luis Barceló Camacho.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de agosto de 2013, radicado 40093. MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de febrero de 2013, radicado 39892. MP. José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de junio de 2013, radicado 37951. MP. José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de agosto de 2013, radicado 41375, MP José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal, tutela del 24 de septiembre de 2013, radicado 69478, MP José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tutela del 27 de febrero de 2014, radicado 72092, MP. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Constitucional, sentencia del 7 de diciembre de 1995, radicado C- 585. MP. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional, sentencia del 21 de mayo de 1998, radicado T-235. MP Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, sentencia del 6 de junio de 2001, radicado C-581. MP. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, sentencia del 15 de noviembre de 2005, radicado C-1154. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Corte Constitucional, sentencia del 24 de agosto de 2010, radicado C-648. MP. Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia del 26 de septiembre de 2012, radicado C-742 MP. María Victoria Calle.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, Auto del 03 de agosto de 2012. Radicado 110016000049200603235 01, MP. Luis Fernando Ramírez Contreras.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, auto del 29 de marzo de 2012. Radicado 110016000000201200141-01. MP. José Joaquín Urbano Martínez.
- Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, auto del 24 de mayo de 2012, radicado 110016000017200802848 01, MP. Alberto Poveda Perdomo.

### **6.3. Normas jurídicas:**

- Ley 94 de 1938.
- Decreto 409 de 1971.
- Decreto 0181 de 1981.
- Decreto 0050 de 1987.
- Decreto 2700 de 1991.
- Ley 600 de 2000.

- Acto Legislativo 02 de 2012.
- Ley Estatutaria Número 211 de 2013 Senado y 268 de 2013 de la Cámara.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley 906 de 2004.