

**CONTROL DE LEGALIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN
EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO**

**RAUL OROZCO VILLAMIZAR
JUAN CARLOS SUAREZ AYALA**

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015**

**CONTROL DE LEGALIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO.**

**RAUL OROZCO VILLAMIZAR
JUAN CARLOS SUAREZ AYALA**

**Trabajo de grado realizado para obtener el título de
Magister en Derecho Penal**

Asesor:

Doctor

Dr. YESID VIVEROS CASTELLANOS

**UNIVERSIDAD LIBRE
INSTITUTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
BOGOTÁ
2015**

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá D.C., 2015.

**UNIVERSIDAD LIBRE
AUTORIDADES ACADÉMICAS**

Dr. Victor Armando Alvarado Ardila
Presidente

Dr. Nicolás Enrique Zuleta Hincapié
Rector Nacional

Dr. Eurípides de Jesús Cuevas Cuevas
Presidente Sede Principal

Dr. Raúl Enrique Caro Porras
Rector Sede Principal

Dr. Jesús Hernando Álvarez Mora
Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo
Censor Nacional

Dr. Néstor Raúl Sánchez Baptista
Director del Instituto de Posgrados

Dr. Alfonso Daza González
Director del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

Mg. Omar Huertas Díaz
Asesor de Investigación

Dr. Raúl Caro Porras
Asesor Metodológico

A todas las personas que aportaron su grano de arena en la obtención y adquisición de los conocimientos suficientes para iluminar colectivamente a la sociedad desde disertaciones académicas que enriquezcan la vida jurídica contemporánea nacional, y sirva de apoyo académico para desarrollar herramientas tendientes a lograr un acercamiento teórico conceptual, con el que pueda analizarse el control de legalidad en la formulación de la acusación.

Al Dr. Raúl Caro, por su dedicación y dirección académica en este proyecto investigativo.



*Raúl Orozco Villamizar
Juan Carlos Suarez Ayala*

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ART Artículo

ARTS Artículos

C.P...... Código Penal

C.P.P. Código de Procedimiento Penal

Pág. Página

Págs. Páginas

Párr......Párrafo

Párrs......Párrafos

C. Pol...... Constitución Política

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. ASPECTOS PRELIMINARES	12
1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.2 JUSTIFICACIÓN	14
1.3 OBJETIVOS	18
1.3.1 Objetivo General	18
1.3.2 Objetivos Específicos	18
2. GENERALIDADES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	19
3. REFERENTES NORMATIVOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN	22
3.1 CONCEPTO DE ACUSACIÓN	22
3.2 NATURALEZA DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN	24
3.3 PRINCIPIOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN	28
3.3.1 Principios pro homine y favor libertatis.	29
3.3.2. Principio de Congruencia	32
3.3.2.1 El principio de congruencia en el Decreto 2700 de 1991	33
3.3.2.2 El principio de congruencia en la Ley 600 de 2000	34
3.4 CARACTERÍSTICAS Y TRÁMITE DE LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO	38
3.5 LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO	47
3.6 CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN LEY 906 DE 2004	50
3.7 EL DERECHO COMPARADO Y LA ACUSACIÓN	51

4. LA ACUSACIÓN Y SU CONTROL JUDICIAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO	61
4.1 CONTROL JUDICIAL DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN	63
4.1.1 Control Judicial en derecho comparado	67
4.1.2 Control judicial de la acusación en la Ley 600 de 2000	69
4.1.3 Fase intermedia como instancia de control	78
4.2 ESCRITO DE ACUSACION Y DERECHO A LA DEFENSA ¿IGUALDAD DE ARMAS?	85
4.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA AUSENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN	97
5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN	100
5.1 DESARROLLO CONSTITUCIONAL	100
5.1.1 La ausencia del control de la acusación	101
5.2 LA ACUSACIÓN PUEDE ANULARSE, SI DESCONOCE GARANTÍAS FUNDAMENTALES	105
5.3 TEMA DE DISCUSIÓN: ¿ES PROCEDENTE RECURSO CONTRA ESCRITO E ACUSACIÓN?	105
CONCLUSIONES Y PROPUESTA	109
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

“La acusación como acto de parte no es susceptible de control judicial, pero sí de corrección, aclaración o adición a petición de parte y la posibilidad de darse la ruptura de la unidad procesal por causas diversas a las previstas en el artículo 53 del C.P.P.”¹.

En el sistema procesal acusatorio colombiano al legislar el inicio formal de la etapa del juicio omitió darle un espacio para el control judicial al escrito de acusación, argumentándose que esa era precisamente una expresión de la división de funciones entre investigación y juzgamiento, empero cierto es que una ausencia absoluta de control de la acusación hace nugatoria la posibilidad de la tutela real efectiva que como principio dentro del marco del derecho al debido proceso constitucional se erige en una garantía propia del Estado Social y de Derecho fundado en el respeto irrestricto a la dignidad humana.

La posición asumida por el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria es que *“Si el acto que concreta el resultado de las averiguaciones, como es la acusación, fuera corregido, cuestionado, o validado por el juez, actividad en la cual se comprometería inapropiadamente con su éxito reflejado en una segura condena; y no se podría pregonar la igualdad de las partes cuando la posición procesal de una de ellas es avalada por el juez llamado a dirimir la -hasta entonces- desequilibrada controversia; y qué no decir de la imparcialidad de un juez que ya ha cobijado con su aprobación una acusación que anuncia un debate que apenas comienza”².*

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal -Sala de decisión en tutela. Sentencia 9 de mayo de 2012. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2012. Aprobado acta número 139. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

Afirmación anterior que si bien es respetable, también lo es que quien controla la acusación puede no ser el juez que ha de dirimir el debate probatorio en juicio, con lo cual se queda sin fundamento el criterio de la Corte, tal y como lo previó el legislador frente a quien ejerce funciones de control de garantías y su prohibición de conocer del juicio, o del juez de conocimiento que conoce y deniega la preclusión quedando impedido para continuar con la acción penal, es más no se compadece con la realidad procesal hoy día sobre ausencia de imparcialidad en juicio oral por el juez de conocimiento al controlar la acusación, ya que en la audiencia preparatoria se mina la convicción del tercero imparcial al valorar los argumentos de las partes (incluso de la víctimas y Ministerio Público) para resolver sobre la admisión, inadmisión, rechazo o exclusión de sus peticiones probatorias, conforme los criterios de pertinencia, admisibilidad legalidad, utilidad y necesidad de la prueba, y ello no implica necesariamente violación al debido proceso ni quiebre de imparcialidad, aunque no son pocos los escenarios judiciales donde se avista una decisión judicial desde dicha audiencia en detrimento de las garantías procesales que gobiernan el proceso penal y por su puesto la presunción de inocencia.

La Corte suprema de Justicia ha recordado en varias ocasiones que el proceso penal actual tiene tres características importantes: un enfrentamiento de partes en nivel de igualdad y, con paridad de armas; la contienda es mediada por un juez imparcial, vale decir, ubicado a la misma distancia conceptual de las partes e intervinientes; y, proceso en el que cada parte e interviniente tiene perfectamente diferenciado su rol. Pretensión que por ser del resorte del ente persecutor solo requiere como soporte la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, sin que exista la más mínima posibilidad de controvertirlas, acompañada de su criterio y convencimiento, dejando de lado o tomar relevancia el análisis del juez de conocimiento, toda vez que no le es permitido inmiscuirse en el criterio que sirvió de fundamento para acusar, menos de las partes en consideración de tratarse de un acto de mera

comunicación que no es objeto de reproche ante el juez que preside la audiencia o el superior jerárquico.

Lo anterior puede constituirse en una flagrante vulneración a derechos del implicado que merecen ser analizados a la luz de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, que conlleva a realizar esta investigación con miras a cuestionar lo hasta hoy reglado para la acusación en el nuevo sistema penal acusatorio; de ahí la imperiosa necesidad de hacer un recorrido por los diferentes pronunciamientos de las altas cortes referente a derechos fundamentales y el nuevo sistema penal acusatorio que rige el territorio nacional, retrotrayendo los dos sistemas anteriores implementados en el ordenamiento jurídico teniendo como base garantías fundamentales, la transformación constitucional y los avances obtenidos desde la Constitución del 1991 para cotejarlo con sistemas similares ya implantados en otros países. Para tal fin, el presente documento se desarrolló en cinco capítulos. En el primer y segundo capítulo se tratan los aspectos preliminares del proyecto; En el tercero se trata el escrito de acusación en cuanto a su naturaleza, características, principios y contenido. En un cuarto acápite se analiza la acusación y su control judicial en el sistema penal acusatorio, relacionado con el derecho a la defensa y la igualdad de armas en el proceso penal acusatorio, luego se hace un desarrollo jurisprudencial y normativo para terminar con un cuarto capítulo que da pautas sobre la anulación del escrito de acusación, si desconoce garantías fundamentales y la procedencia de recursos contra escrito e acusación. Por último se presentan las conclusiones y la propuesta al problema planteado en el presente proyecto.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

1.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El sistema penal acusatorio dentro de la filosofía adversaria considera la acusación como un acto de parte, que representa el nacimiento a la etapa de juzgamiento, ya que si la Fiscalía no ha realizado la acusación no podrá llevarse a cabo el juicio oral, toda vez que ésta contiene las imputaciones del delito que le serán cargados al acusado, de ahí que ésta no puede ser una meditación, sino un afirmación clara, precisa, específica y detallada de un hecho real que trasciende por su gravedad a la vida jurídica ante la vulneración de un bien jurídico tutelado por el legislador.

Como puede verse la Fiscalía tiene asignada la titularidad de la acción penal, y una de sus obligaciones si es procedente es "Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento"³; por tanto la acusación como acto de parte ni tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal. Lo anterior puede conllevar a que se cometan atropellos a derechos fundamentales de los investigados, ante la falta de garantías para afrontar una investigación en igualdad de armas y posibilidad de defenderse del poderío y las facultades constitucionales conferidas al ente investigador.

Desigualdad que se hace más evidente desde el momento en que el representante de la Fiscalía General de la Nación hace entrega formal del escrito de acusación, para posteriormente realizar en audiencia pública la correspondiente formulación de la acusación, cuyos requisitos se sustraen a

³ GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer, 2014. Art. 250. N° 2.

exigencias meramente formales de identificación de partes, lugares de recepción de notificación, descubrimiento de elementos con vocación de prueba que la soporten y la ubicación jurídica con los posibles agravantes de la conducta jurídicamente relevante cometida por el acusado, sin que implique un verdadero esfuerzo de elementos materiales de prueba que puedan llevar al convencimiento de las partes sobre la posible autoría o participación en el hecho imputado.

La ausencia del “control material” de la acusación no solo por disposición legal, que en últimas no lo prohíbe pero que interpretadas las normas aplicables – incluso por vía del Bloque de Constitucionalidad (artículos 3º, 10, 124 y 130 del c.p.p.- sí se permite, obedece más a sendas posiciones de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido enfática en afirmar que la acusación carece de todo tipo de controles judiciales. Así las cosas, el verdadero problema de la ausencia de control material sobre la acusación, estriba en advertir que frente al llamado a juicio de un ciudadano por parte del Estado, no se permita un ejercicio de contradicción sobre los elementos propios de la acusación, lo que implica una violación directa del debido proceso constitucional de que trata el artículo 29 superior por cuanto se violenta el derecho a la defensa, entendido en sentido amplio, como la posibilidad de controvertir todo acto procesal, máxime entratándose de una situación mediante la cual el ente investigador considera que tiene los suficientes elementos de prueba que llevarán al juez al convencimiento de la responsabilidad del procesado.

Esta falta de control jurisdiccional de la acusación contribuye a que por un lado, los juicios no sean preparados responsablemente, por otro lado, limita la posibilidad al imputado de poder defenderse, piénsese que formulada la imputación no hay descubrimiento probatorio alguno y sólo se pueden conocer con la acusación, luego el término no es razonable entre la formulación de la acusación y la audiencia preparatoria para asumir una postura defensiva de cara a unos elementos que apenas se conocen.

Por lo anterior no se debe, si se quiere la imparcialidad en las decisiones de los funcionarios públicos, que el fiscal como ente persecutor lleve a cabo una acusación sin que exista un examen jurisdiccional, en primer lugar porque la formulación de imputación no admite recursos por ser discrecional de la fiscalía y constituir un acto de mera comunicación que antecede a la acusación y constituye el cimiento de ésta, en otras palabras estos actos no admiten que el afectado pueda defenderse y controvertir lo hasta ahora existente, lo que genera privaciones injustificadas a derechos fundamentales.

Lo expuesto anteriormente lleva a formular el problema a partir de la siguiente pregunta: ¿Siendo la acusación un acto de parte que no es susceptible de control judicial, existe una herramienta jurídica idónea para evitar que éste no vulnere el derecho a la defensa?

1.2 JUSTIFICACIÓN

Mediante Acto Legislativo 03 de 2002, el esquema procesal adoptado por el Estado colombiano muestra una clara tendencia adversarial, característica que se materializó con la expedición del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en el que se optó por un sistema de corte acusatorio, que se caracteriza fundamentalmente por la separación de funciones de investigación y juzgamiento, un enfrentamiento con paridad de armas entre acusador y defensa, y la existencia de un juez imparcial llamado a regular y resolver la controversia.

En este sistema, la función de la Fiscalía consiste en examinar objetiva y críticamente los hechos averiguados por la policía en el procedimiento preliminar para discernir la existencia de evidencias de un comportamiento punible obligándolo a llevar un proceso correctamente estructurado para garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria, porque toda acusación debe ser fundada, esto es, que los elementos de

convicción establezcan una probabilidad de que la persona acusada ha cometido el delito y de que existen pruebas que puedan probar ello en juicio.

Por lo anterior, ante las exigencias para la Fiscalía al presentar la acusación (artículos 336 y 337 del C.P.P.), resulta de vital importancia propender por la salvaguarda de los derechos constitucionales a la libertad - artículo 28 de la C.N.- y el debido proceso - artículo 29 de la C.N. - en toda actuación procesal, resultando trascendental que todo acto realizado con ocasión a una indagación, investigación o posterior a éste, necesariamente demanda un control judicial por parte de un juez de control de garantías a fin de evitar posibles arbitrariedades por el ente acusador, enfatizando en la presente investigación el control previo que debe realizarse sobre la acusación. Es por ello que la acusación en sí misma no solo debe exigir el cumplimiento de ciertos requisitos normativos de forma, sino también en cuanto a su fondo, lo que implica que el ejercicio que se hace frente a la acusación, tiene como fin que la fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito pero no que reformule o retire la misma por no ser consistente a efectos de llamar a juicio a un individuo.

Con la presente monografía se busca presentar una crítica constructiva y clara frente al inicio de la etapa del juicio oral en el sistema penal acusatorio colombiano con el escrito de acusación sin que medie control por parte de juez de garantías previo a su inicio, contrapuesto con los sistemas adversariales que dieron origen al colombiano, señalando en este análisis que la carencia de un examen jurisdiccional por parte del juez al inicio del juicio oral viola garantías constitucionales del investigado, por razón de una formulación de acusación que se encuentra restringida a un control netamente formal, debiendo, o mejor, pudiendo ser viable también uno de carácter material en el que se determine con certeza, la existencia de una "causa probable"⁴ de ser llevada a juicio, en aras de

⁴ La definición más común y conocida sería "una creencia razonable que un crimen se ha cometido" y que una determinada persona está ligada al crimen con el mismo grado de certeza. Una definición alternativa ha

evitar un acto arbitrario por parte del ente acusador, así como un desgaste innecesario en el ejercicio de la administración de justicia y lo que ello conlleva.

Así mismo se pretende dejar puesto un tema de discusión donde se muestre la necesidad de implementar la fase intermedia a fin de depurar el desmesurado poder de persecución otorgado a la Fiscalía General De La Nación en el art 250 de la Constitución Nacional y brindar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, proporcionando en esta labor una mayor comprensión de las consecuencias que se derivan de esta facultad netamente jurisdiccional para ello se analizará la determinación del significado, alcance y criterios del escrito de acusación, la vulneración a derechos constitucionales ante la carencia de control a la acusación, el sentido de esta etapa, ventajas y desventajas, consecuencias de su eliminación, diferentes fallos colombianos de carácter jurisprudencial sobre el escrito de acusación y finalmente se propondrán criterios claros de aplicación en el derecho colombiano que no vayan en contravía con la Constitución Política Colombiana y la Ley.

De otra parte, es importante resaltar que es de gran novedad científica el presente trabajo en la medida en que sobre el tema se han hecho muchos análisis desde el punto de vista documental, sobre el control de legalidad del escrito de acusación, pero ninguno de ellos le ha hecho una crítica normativa ni ha estudiado su pertinencia en el proceso como herramienta jurídica obligatoria, máxime cuando se entiende que se está frente a un conflicto social de mayor trascendencia

sido propuesta, "razón para creer que un daño ha sido cometido por una causa criminal", lo cual se cree que resulta generar una mayor protección a los derechos individuales de la persona, como fue la intención de los autores de la Bill of Rights.

En el contexto de órdenes judiciales, el *Oxford Companion to American Law* define causa probable como la "información suficiente para adquirir una orden judicial mediante la cual una persona prudente llegaría a creer que un determinado individuo ha cometido un crimen o que evidencias del crimen o del contrabando serían encontradas mediante una pesquisa (bajo una orden judicial)." una "Causa Probable" es un estándar de mayor grado de evidencia comparado con una sospecha razonable, pero más débil de lo requerido para asegurar una condena criminal. Incluso una "prueba de oídas" (hearsay) si es proveída por una fuente confiable o es respaldada por otras evidencias.
[https://es.wikipedia.org/wiki/Causa_probable_\(Estados_Unidos\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Causa_probable_(Estados_Unidos))

llamado delito, y está de por medio el bien máspreciado y protegido por el derecho como es la libertad de la persona.

Igualmente con la presente investigación se espera que los operadores judiciales y el ente acusador se concienticen que la libertad y el buen nombre son valores incalculables, por tanto se deben adelantar investigaciones acordes con la Constitución en aras de que la persona afectada, reciba un juicio justo producto de una labor seria, cimentada, logros que se conseguirán si la acusación es analizada minuciosamente por un juez de control de garantías a fin de establecer si existen méritos para someter a quien se investiga a un juicio.

De esta manera se busca presentar una crítica constructiva y clara frente al inicio de la etapa del juicio oral con el escrito de acusación sin que medie control por parte de juez de garantías, contrapuesto con los sistemas adversariales que dieron origen al colombiano, señalando que la carencia de un examen jurisdiccional por parte del juez viola garantías constitucionales del investigado. Por ello se pretende implementar un observatorio que adelante un análisis de la necesidad de implementar “la fase intermedia” a fin de depurar el desmesurado poder de persecución de la Fiscalía General De La Nación, proporcionando una mayor comprensión de las consecuencias que se derivan de esta facultad netamente jurisdiccional

Por último, es importante resaltar que esta monografía es pertinente en cuanto al tema de actualidad y relevancia social, toda vez, que refiere un tema de constante discusión en el ámbito jurídico, doctrinario y académico; por cuanto se busca dar respuesta a diversos planteamientos y posiciones que de una u otra manera están afectando el desarrollo eficaz de la justicia

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Analizar el control de legalidad en la formulación de la acusación en el sistema penal acusatorio frente al derecho a la contradicción y defensa.

1.3.2 Objetivos Específicos

Referenciar las generalidades, naturaleza y normatividad del escrito de acusación en el SPA.

Analizar los roles y funciones de las partes e intervinientes en la formulación de la acusación y su incidencia en el derecho a la contradicción y defensa.

Determinar una fase Intermedia Como Instancia de Control.

Revelar las ventajas y desventajas de la ausencia de control de legalidad en el escrito de acusación.

Establecer la anulación de la acusación, por violación de garantías fundamentales.

Precisar la necesidad de un control a la acusación, su viabilidad jurídica e incidencia en el derecho al debido proceso.

2º.- GENERALIDADES DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

En la Constitución Política del 1991 en Colombia la justicia fue uno de los pilares fundamentales al momento de su formación, es así que se forman bases jurídicas e institucionales en busca de la promoción y defensa de los derechos fundamentales de todo colombiano y extranjero que se encuentre en nuestro territorio, en el marco de un estado social y democrático de derecho consagrado en nuestra carta política.

Avances que pretendían transformar el ineficiente sistema inquisitivo de investigación y acusación, originando la asignación de facultades a los jueces para la defensa de derechos individuales y colectivos, independencia de la rama judicial y la adopción de mecanismos para ampliar el acceso a la justicia, se refuerza la tarea de combatir la impunidad en materia criminal al crear la Fiscalía General de la Nación, asignándole funciones de investigación y acusar ante los jueces, contando para este fin con el apoyo de la policía judicial.

Como consecuencia de las nuevas políticas los sistemas de enjuiciamiento fueron sufriendo igualmente una transformación progresiva para irse ajustando a la nueva constitución y a la realidad del país, dejando planteados todos los mecanismos necesarios para saltar al sistema acusatorio, que se inició en el año de 1987 cuando el legislador colombiano da el primer tímido paso con los jueces de instrucción criminal para ese entonces los jueces investigaban acusaban y dictaban sentencia, con las novísimas políticas legislativas. A la Fiscalía se le asignó la labor de investigar instruir y acusar en tanto el juez cumplía su labro jurisdiccional de fallar, sin embargo lejos de un sistema acusatorio no existía la separación de poderes, toda vez que el primero de ellos estaba cobijado de facultades para tomar decisiones sobre el proceso como si se tratase de un juez y este por su parte en la etapa de juicio podía ex officio decretar pruebas como si fuera un fiscal, actuaciones que se realizaban de manera escrita propias del

sistema inquisitivo, se fueron perfilando como procedimientos penales (D. L. 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000) con alguna tendencia acusatoria, de allí que se denominaran mixtos.

Con el transcurrir del tiempo, a petición del entonces Fiscal General de la Nación el 26 de abril de 2002 se radica proyecto de reforma a la constitución dando como resultado el Acto Legislativo 03 de 2002, que adoptó el sistema de tendencia acusatoria que vendría regir a partir del 01 de enero de 2005 de manera gradual en todo el territorio Colombiano desarrollado en la ley 906/2004 fundamentado en el principio dispositivo propio de los sistemas acusatorios, y con miras a reforzar la labor investigativa y acusatoria de la Fiscalía, mayores garantías para el procesado y víctima; con él se introducen ciertas características específicas, que la Corte Constitucional plasmó en sentencia C-591 de 2005, basadas en,

(i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior// Sin lugar a dudas, se trata de cambios importantes que imponen unos nuevos parámetros hermenéuticos de la Carta Política⁵.

Esta novedad procesal que es de naturaleza rogada, introdujo dos características muy marcadas, la acusación y la separación de las funciones de investigación y juzgamiento prohibiendo al juez para proceder de oficio (“*ne procedat iudex ex officio*”), debiendo estar supeditado su actuar al impulso procesal de la Fiscalía General de la Nación ya que la esencia de este proceso reside en el imperativo de

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

realizar una imputación para reforzar con una acusación que puede ser diferente al primer llamado a cargos siempre y cuando no exista variación de los hechos facticos. La segunda de las características se concreta en la separación de acusar y juzgar por diferente organismo, según el cual “quién acusa no juzga”, en tanto se exige rodear al juez de garantías de imparcialidad para resolver la acusación pena, con la prohibición de pruebas de oficio al juez de garantías y conocimiento (art. 361).

3. REFERENTES NORMATIVOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

“Cuando se ha marcado la línea del deber hay que cumplirla a todo trance. El viandante que se detenga a escuchar los ladridos de los perros, difícilmente llegará al término de su jornada”.

Extracto de El alma de la toga - Ángel Ossorio

3.1 CONCEPTO DE ACUSACIÓN

Acusar es Inculpar a una persona la responsabilidad a título de autor o participe de una conducta determinada por la ley como delito por la comisión de un hecho reprochable para la sociedad que merece castigo, declaración de voluntad formal que realiza el titular de la acción penal – La Fiscalía representando la pretensión punitiva del Estado,-, impulsado en las piezas de convicción obtenidas legalmente, allegadas al sumario y que servirán de soporte para acudir ante juez competente.

Para la Honorable Corte Suprema de Justicia, “1. La resolución de acusación constituye la pieza procesal en la que el Estado, a través de la fiscalía o de la Corte Suprema de Justicia, según el caso, presenta y delimita la imputación tanto fáctica como jurídica, para que el acusado conozca el marco conceptual en que se va a sustentar el juicio, y, por ende, pueda entrar a controvertirlos como ejercicio legítimo del derecho de defensa”⁶.

En nuestro actual ordenamiento procesal reglado por la ley 906 de 2004, está precedida por la formación de la imputación, la fiscalía cuenta a partir del día siguiente con el termino de noventa (90) días para solicitar ante el juez de conocimiento competente la **preclusión o formular acusación**, que en caso de

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Pena. ISentencia del 13 de septiembre de 2006. Radicado N° 21.596.

existir concurso de delitos, de ser tres (3) o más imputados o estar atribuidos los delitos a la competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, se aumentará a ciento veinte (120) días, decisión que surgirá del análisis de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Recibido el escrito de acusación, será **iniciativa** del juez de conocimiento fijar fecha dentro de los tres días siguientes para la celebración de la audiencia de acusación

Para el caso objeto de estudio, previa celebración de la audiencia, deberá mediar como requisito *sine cuanon*, solicitud escrita de la fiscalía relacionando los hechos jurídicamente relevantes de manera clara y sucinta en lenguaje comprensible, en el condensará las pretensiones del estado en busca de la verdad, justicia y reparación, al inferir, con probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe **art 336**, diligencia que da inicio a la fase enjuiciatoria, traba la relación contenciosa entre la Fiscalía y la parte representada por el investigado y su abogado.

La primigenia audiencia de juzgamiento, ocasiona la génesis al proceso oral acusatorio, imponiendo la carga al ente que la promueve, el descubrimiento de los elementos con que cuenta y fundamentan los hechos jurídicamente relevantes enmarcados en una conducta que adecua el comportamiento típico, antijurídico y culpable de una persona dentro de los diferentes tipos penales; el destape sin que ello implique la entrega material de los enunciados; recuentos que en su momento sirvieron de fundamento para la realización de la imputación que luego de un marcado espacio investigativo art 175 y razonable probabilidad de verdad, estima que debe continuar el ejercicio de la acción penal.

La acusación es una actuación que impulsa la fiscalía en su rol de parte en el proceso penal cuya labor le fue encomendada por la constitución, originando de esta manera el proceso penal oral acusatorio, en su escrito formaliza las

pretensiones del estado de manera clara específica con las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodean un hecho real que trasciende al ámbito penal, delimitando la contienda propia del juicio por lo que resulta improcedente en la mayoría de los casos pedir condena o proferirla por una conducta punible distinta a la que fuera objeto de elevación de pliego de cargos, en todo caso, nunca por unos hechos diferentes.

Para Whanda Fernández León es un acto de parte insustituible, ya que si no hay acusación no podrá tramitarse el juicio; *nemo iudex sine accusatore*; Para Díez Picazo, la acusación es *un arma formidable en cabeza del Ministerio Público*; para Chiesa Aponte, “es el documento que contiene las imputaciones del delito y que constituye el conjunto de alegaciones del ministerio fiscal, base para las alegaciones del acusado y la celebración de procedimientos posteriores, incluyendo el juicio”⁷.

3.2 NATURALEZA DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

La formulación de acusación se constituye en el procedimiento por medio del cual se concreta la función de acusación, constitucional y legalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación. Es el acto dispositivo a través del cual, aquella materializa formalmente la acción penal ante el juez de conocimiento.

El rango de persuasión exigible para proceder a acusar se remite a probabilidad de verdad inferida a partir de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, recaudados durante la investigación, respecto de la existencia de la conducta delictiva y el compromiso de responsabilidad que se atribuye al imputado de ser su autor o partícipe, conforme lo establece el artículo 336 de la Ley 906 de 2004. La acusación es un acto

⁷ FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal acusatorio y oral. Vol. II. 2ª Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010, p. 6.

complejo que se integra por la presentación del escrito de acusación y la formulación de la acusación.

En esta etapa además, inicia el procedimiento de descubrimiento de la prueba, en tanto es en este momento procesal cuando la fiscalía exhibe a la defensa, en presencia del juez, los elementos de convicción y el material probatorio que pretende hacer valer como prueba en el juicio oral.

El escrito de acusación no es otra cosa que un instrumento procesal remitido por el fiscal al juez competente, mediante el cual acusa formalmente a una persona a quien considera le cabe responsabilidad penal por la autoría o participación en el delito por el que se procede.

El escrito de acusación debe contener la individualización del acusado, con indicación de su nombre, los datos que permitan identificarlo y su domicilio para las citaciones; una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, esto es, la imputación fáctica y jurídica de la conducta que se le endilga, describiendo de manera sintética las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el hecho se realizó y su adecuación típica; una relación de bienes y recursos afectados con fines de comiso; el nombre y ubicación del defensor de confianza o del designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública; y el descubrimiento de las pruebas, efecto para el cual se presenta un documento anexo.

En este último se incluyen: los hechos que no requieren prueba; la transcripción de las pruebas anticipadas; nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicita en el juicio; los elementos materiales probatorios y evidencia física que se quieran aducir en juicio, junto con el nombre de los testigos por medio de los cuales se acreditarán.

Igualmente se indican los eventuales testigos o peritos a favor de la defensa, junto con las direcciones y otros datos personales, cuando la Fiscalía los ha advertido en el ejercicio de la actividad investigativa; así como los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información favorable al acusado y que la fiscalía tenga en su poder.

Aspecto esencial en el que fuera modificado el sistema de enjuiciamiento penal colombiano, que reafirma su tendencia acusatoria en la medida en que se le asigna un carácter esencialmente matizado por su condición adversarial, es la abolición del llamado principio de investigación integral, que imponía a la Fiscalía General de la Nación la obligación de investigar, con igual celo, lo favorable como lo desfavorable al procesado, en tanto su obligación preferente es la averiguación que le permita cumplir con la función de acusación. Por manera que ante la presencia de una conducta con características de delito, su compromiso estará concentrado prioritariamente en la demostración de la existencia de la misma y el resquebrajamiento de la presunción de inocencia de sus autores y partícipes. Con todo, si en el discurrir de su gestión encuentra medios de convicción que puedan favorecer al procesado, no obstante estar persuadido el fiscal del caso de su responsabilidad, como una manifestación de objetividad y transparencia, debe develarle esa información a la defensa.

Sobre el tema explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-1194 de 2005 que se viene citando, lo siguiente. “Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de

investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa.⁸

En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.

Comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los siguientes extremos:

Los hechos punibles que resulten del sumario, la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan. la participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios, los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal, las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito⁹.

La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005. M.P.Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ UREA, Alberto Alonso. Ley de enjuiciamiento criminal. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 2007.

A partir de la formulación de imputación, empieza a correr el término de treinta (30) días para efectos de formular acusación. El vencimiento injustificado de dicho término sin que se hubiere presentado escrito de acusación, implica que el fiscal sea separado del conocimiento de la investigación, sin perjuicio de las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar.

3.3 PRINCIPIOS DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

Los fundamentos del proceso penal se infiere un conjunto de principios normativos; que estos determinan una estructura básica del proceso y sientan las bases para una elaboración de un modelo dogmático que se oriente a promover el delicado balance entre sus niveles de realización, y que uno de los elementos a tener en cuenta es el atinente a los límites y controles de poder acusar. En este capítulo se abordará, con un poco más de detenimiento, el principio acusatorio con el fin de advertir que para la apertura del juicio no basta con el solo ejercicio del poder de acusar sino que, además, es preciso el control judicial de la acusación.

En este sentido, hay que tener en cuenta que hoy no solo se discute la vigencia del sistema acusatorio, sino que incluso se llega a negar la calidad del proceso del sistema inquisitivo. En palabras de Montero Aroca plantee,

No existen dos sistemas por los que puede configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho Penal de los Tribunales, de los cuales uno es procesal, el inquisitivo y otro procesa, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso¹⁰.

¹⁰ MONTERO AROCA, JUAN. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blach, 19987, p.28.

En la doctrina se le atribuye una multiplicidad de contenidos al principio acusatorio. En palabras de Ruiz Vadillo, “el principio acusatorio impone un contenido procesal entre dos partes netamente contrapuestas – acusador y acusado-, resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas con una neta distinción entre las tres funciones procesales fundamentales”¹¹.

La doctrina penal coincide al señalar el contenido del principio de acusatorio y le atribuye unos principios fundamentales a saber:

(...) las notas que caracterizan al principio acusatorio son las siguientes:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, al que se añade la exigencia de una acción pública y popular. Al ejercicio de esa acción están llamados, no solo el Ministerio Fiscal, sino también el ofendido, e incluso, el ciudadano, a través de la acción popular...
- b) División del proceso en dos fases a las que corresponden, respectivamente, la investigación y la decisión del hecho punible, sin que sea posible que quien interviene en la instrucción participe en la decisión para evitar que el conocimiento de los hechos de la investigación prejuzgue la decisión.
- c) Relativa vinculación del Tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes¹².

3.3.1 Principios *pro homine* y *favor libertatis*. La aplicación del sistema normativo de los derechos humanos por los jueces nacionales constituye un aspecto medular para garantizar el respeto y la vigencia de los derechos humanos en toda circunstancia. Para que esta aplicación sea posible, es preciso que el juez

¹¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Granada, 2000, p. 22-23.

¹² MARTINEZ ARRIETA, Andrés. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio. Madrid: Comares Editorial, 1994.

y los demás operadores de la justicia tengan conocimientos de la existencia de normas internacionales que son vinculantes de la vigencia de normas constitucionales que buscan proteger a la persona, que conozca los criterios de su interpretación, así como las posibilidades y modalidades de esa aplicación¹³.

De lo anterior surge la necesidad de que los fiscales y jueces durante el proceso conozcan y apliquen los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos teniendo siempre “presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del derecho público clásico”¹⁴.

En el proceso penal desde el momento de su inicio se debe tener en cuenta el respeto por los derechos fundamentales en este caso del imputado o acusado, es así como en el escrito de acusación se debe omitir cualquier error irreparable que menoscabe uno de estos derechos. En este evento es importante reconocer que el principio *pro homine* obliga al ente acusador a acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

Asimismo, ha adquirido una amplia aceptación por el hecho de que el umbral fundamental en materia de derechos humanos es “la maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de sus garantías”, además de que “coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”.

¹³ MELÉNDEZ, Florentino. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: Estudio constitucional comparado. Bogotá: Universidad del Rosario, p. 117.

¹⁴ Cançado Trindade, Antonio Augusto, El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2001, pp. 48 y 49.

El principio se basa en que los derechos inherentes a la persona, reconocidos por la conciencia jurídica universal, deben ser protegidos frente al accionar u omitir ilegítimos del Estado, esto es, de sus agentes, empleados, funcionarios o servidores públicos, las cadenas de mando, los grupos clandestinos e irregulares a su servicio, así como frente a la red de interacciones institucionales que favorecen, permiten o amparan las violaciones de derechos humanos.

La trascendencia del principio va más allá de ser un eventual criterio de interpretación, pues al existir normas de derechos fundamentales en todos los niveles del orden jurídico del Estado aun en leyes que no tienen la denominación de "derechos fundamentales", "derechos humanos" o "garantías individuales", pero que consagran o reconocen de manera directa o indirecta éstos el principio *pro persona* se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Asimismo, permite que permeen y resplandezcan los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.

El principio *pro persona* es y debe ser un importante instrumento para el ente acusador juzgador a fin de no crear normas regresivas-limitantes de la protección y vigencia de los derechos humanos.

El principio de favor libertatis es un principio general del sistema de los Derechos Fundamentales. Según él, en caso de incertidumbre hay que optar por la interpretación que ofrezca mayores garantías para los ciudadanos.

En este orden de ideas se debe recalcar que según el artículo 10 del CPP, la actuación procesal se debe desarrollar teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella, la necesidad de

la lograr la eficacia del ejercicio de la justicia y el deber de los funcionarios judiciales de hacer prevalecer el derecho sustancial. Además, esa norma legitima los acuerdos y estipulaciones a que lleguen las partes.

3.3.2. Principio de Congruencia. La resolución de acusación es de gran trascendencia, prevalece el principio de congruencia que propende porque al procesado no se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva, toda vez que “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delito por los cuales no se ha solicitado condena”¹⁵. Al respecto la Corte dice que:

Como es ampliamente conocido, el Código de Procedimiento Penal que hoy rige no surgió como consecuencia de una simple variación legislativa, si no como efecto obligado del cambio de Constitución Política, en donde se dio un giro importante hacia la adopción del sistema acusatorio para el proceso penal, creando la Fiscalía General de la Nación y asignándole la misión de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (Art. 250 de la C. P.)¹⁶.

El fiscal no puede pretender en la etapa del juicio adicionar la acusación, ya que los cargos deben estar formulados en su totalidad en el proveído calificadorio, de manera que el enjuiciado tenga la certeza de que es exclusivamente de ellos que debe defenderse.

El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que él pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por

¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 45.658 de 1 de septiembre de 2004, Art. 448.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de diciembre de 2010, proceso N° 34370.

hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que pueden presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

En cumplimiento del principio de congruencia se evita pedir condena o proferir la misma por una conducta punible distinta a la que fuera objeto de elevación de pliego de cargos y, en todo caso, nunca por unos hechos diferentes.

Este principio ha ido evolucionando hasta conocerse hoy como la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia.

3.3.2.1 El principio de congruencia en el Decreto 2700 de 1991. Se consagró entre las causales de casación la procedencia del recurso cuando la sentencia no estuviera en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación¹⁷.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre el principio de congruencia regulado en el artículo 220-2 del Decreto 2700 de 1991 se destaca la sentencia C-541/98, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 220-2 del Decreto 2700 de 1991. Señaló que El legislador, al expedir los códigos, debe consagrar la manera de hacer efectivas las normas constitucionales referidas, especialmente, al debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Const. Pol.). Concretamente, en los asuntos penales, dentro de las garantías fundamentales para el procesado, en desarrollo y armonía con el debido proceso, se deben respetar los siguientes principios:

¹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 de 1991. "Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal". En: Diario Oficial N° 40.190 del 30 de noviembre de 1991, Art. 220-2.

- a. El enjuiciado debe conocer previamente a la sentencia, los motivos por los cuales es acusado por el Estado. Esta garantía es la consonancia que se predica entre la acusación y la sentencia.
- b. A pesar de las modificaciones que se introduzcan a la acusación, éstas no pueden ser de tal naturaleza que rompan la consonancia entre la acusación y la sentencia.
- c. Al enjuiciado no se le puede sorprender con hechos nuevos sobre los cuales no tenga oportunidad de defenderse.

3.3.2.2 El principio de congruencia en la Ley 600 de 2000. La codificación procesal de 2000 reiteró lo dicho por la legislación precedente y al regular las causales de casación, en el artículo 207-2 señaló que el recurso extraordinario procedía cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

congruencia se predica entre la resolución acusatoria (o su equivalente) y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le pueden desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena¹⁸.

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de febrero de 2004, Rad. 14343.

El principio de congruencia en los antecedentes de la Ley 906 de 2004:

El sistema acusatorio colombiano, señala en su artículo 448 que el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

Con esto se trata de precaver la posibilidad de una modificación de los cargos presentados por la fiscalía al momento de surtirse los alegatos de conclusión dentro de la vista pública, reconociendo una circunstancia fáctica determinante cual es que la práctica de la prueba se realiza dentro del debate y al realizarse dentro de este sin duda alguna el resultado que arroje puede modificar la visión jurídica que tenga la fiscalía en torno a la conducta punible, pues, por ejemplo, la fiscalía puede acusar por peculado por apropiación pero demostrarse con la prueba de descargo que se trata de un abuso de confianza. Aclaró que ese es el sistema de congruencia que se plantea, flexibilizando al máximo y siendo respetuosos con la garantía del derecho de defensa y tratando de obviar los problemas que se han presentado tradicionalmente. Frente a la presencia del defensor, manifestó que depende de la decisión que se tome respecto de la formalización. Señaló que la inclusión del escrito de acusación no iría en contra del sistema¹⁹.

El principio de congruencia en el Proyecto de Ley Estatutaria 01 de 2003 Cámara y su evolución en el trámite legislativo: El Proyecto, que luego pasó a convertirse en Ley 906 de 2004, establecía en su artículo 480 una norma exactamente igual a la que aparece en el actual artículo 448²⁰.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de diciembre de 2010, Op. cit.

²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit.

En la exposición de motivos²¹ se consignó que: En cuanto concierne a la congruencia entre acusación y condena, el proyecto establece claramente los criterios de la congruencia objetiva y subjetiva señalando que: “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos no formulados en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. Entiéndase que la oportunidad dentro de la cual el fiscal concreta su pretensión es durante la audiencia del juicio oral al exponer la teoría del caso o al momento de presentar las alegaciones de conclusión.

Sobre el principio de congruencia luego de la expedición de la Ley 906 de 2004 se ha dicho que dicho principio hace parte de lo que se denomina estructura conceptual del proceso penal, que se da con la definición progresiva y vinculante de su objeto. En tales términos la congruencia es el acto por antonomasia definidor del mismo en sus ámbitos personal, material y jurídico, y aparece contenido en la acusación²². La falta de identidad sobre alguno de ellos, genera lesiones a las garantías del debido proceso y de la defensa²³.

El principio de congruencia se vincula al derecho de defensa en la medida en que permite el conocimiento de los hechos que se atribuyen al acusado y sus correspondientes consecuencias jurídicas; gracias a ese conocimiento, libre y voluntariamente puede el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra²⁴.

²¹ OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Gaceta del Congreso N° 339. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia (23 de julio de 2003), p. 64.

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., Sala de Casación. Sentencia de segunda instancia del 29 de septiembre de 2005. Radicación 23914.

²³ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1° de junio de 2006. Rad. 24764.

²⁴ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 24026.

El juzgador al momento de elaborar el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, en tratándose de la aceptación de cargos, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:

1. Por acción: a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, según el caso. b) Cuando se condena por un delito que nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, según el caso. c) Cuando se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.

2. Por omisión: a) Cuando en el fallo se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se hubiese reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso.

El desconocimiento del principio de congruencia puede motivar a las partes e intervinientes a promover el recurso extraordinario de casación previsto en la Ley 906 del 2004, el cual sigue los mismos lineamientos reglados en estatutos anteriores; si bien no trasladó la causal de casación que traían las regulaciones procesales precedentes, relacionada con la incongruencia entre la acusación y la sentencia, de ello no es viable concluir que cuando el juez incurre en esa irregularidad no pueda ser invocada a través del recurso extraordinario, pues resulta indiscutible que cuando el juzgador profiere un fallo desatendiendo los parámetros de la acusación desconoce las reglas básicas de un proceso como es debido porque afecta de manera sustancial su

estructura básica, siendo el yerro demandable por vía de la causal segunda²⁵.

Acerca de la importancia total de la acusación y los efectos sobre el principio de congruencia, esto dijo la Corte²⁶: “En este sentido, dentro de la evolución jurisprudencial que se ha dado en la Corte respecto del principio de congruencia, en sede de Ley 600 de 2000 se llegó a un punto final en el cual se estableció que las circunstancias de agravación genérica, o de mayor punibilidad, como se rotulan en el artículo 58 del Código Penal, deben ser definidas previamente en la resolución de acusación, tanto en su apartado fáctico, como en su denominación jurídica concreta, a efectos de garantizar la efectiva contradicción y respetar adecuadamente el principio de congruencia.

3.4 CARACTERÍSTICAS Y TRÁMITE DE LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO

En la Ley 906 de 2004, la formulación de acusación, además de representar la pretensión punitiva del Estado, decantada por la Fiscalía General de la Nación, implica la iniciación de la fase enjuiciatoria.

Es, así, por virtud de la formulación de acusación que dentro del postulado adversarial se traba la relación contenciosa entre la Fiscalía y la parte representada por el procesado y su defensor, facultando el proceso de partes que surge de los cargos en concreto presentados por la Fiscalía, además del correspondiente descubrimiento probatorio.

²⁵ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de noviembre de 2005. Rad. 24530.

²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009. Radicado 31293.

- La primera característica como requisito de validez del escrito de acusación es que debe previo a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, se presente por la Fiscalía dicho escrito que contenga aspectos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, así como su denominación jurídica, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado en su labor investigativa la Fiscalía.
- La segunda característica es su carácter de fase intermedia entre la investigación y el juicio.
- Este escrito no tiene da la posibilidad para la defensa o el procesado de ser controvertido ni es objeto de control judicial, con lo cual, la sola pretensión del acusador da inicio a la fase del juicio.
- La acusación sólo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella, esto es, controvertir su mérito.
- Es de apertura mediada, es decir, se presenta como obligatoria e ineludible esta fase intermedia, en la cual el juez hace una especie de control negativo a la acusación, posibilitando o no que se pueda adelantar el juicio.

Acerca del trámite de la audiencia de formulación de acusación el artículo 339 de la Ley 906 de 2004 estatuye que “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra ala Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337”, para que el Fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al Fiscal para que formule la correspondiente acusación.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del Fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

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

De ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados²⁷.

Las partes e intervinientes, a su vez, sólo pueden hacer pronunciamientos o solicitudes relacionados con el inicio del descubrimiento probatorio; la existencia de causales de impedimento, incompetencia o nulidades –también se faculta a la Fiscalía para que solicite la acumulación de causas por conexidad, acorde con el artículo 51 de la Ley 906 de 2004-; o la necesidad de que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito de acusación, si no cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 337.

²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Esa limitada posibilidad del juez y de las partes no sólo deviene de lo contemplado en el Título I del Libro III, sino que se asume consecuencia de hacer radicar el control en el Juez de Conocimiento que ha de adelantar hasta su final el juicio, dada la imperiosa necesidad de hacer valer en toda sus extensión el principio de imparcialidad, pues, sobra anotar, mal puede conservarse el mismo cuando el funcionario ha abordado de lleno y por anticipado el examen de los elementos de juicio y su eficacia probatoria.

En Colombia esa etapa intermedia o de control de la acusación –que, por lo demás, opera mixta, pues no implica apenas la verificación de los aspectos formales, sino la depuración del proceso y el primer momento fuerte de descubrimiento probatorio- no apareje la intervención del juez en aspectos materiales, de ninguna manera significa que su importancia es menor o demediada, a diferencia, por ejemplo, del papel trascendente que juega la resolución de acusación en el trámite regido por la Ley 600 de 2000.

El trámite formal que sigue la formulación de acusación y su utilidad e importancia en el proceso es el siguiente: Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación del escrito de acusación elaborado por el fiscal que adelanta la correspondiente investigación, el juez de conocimiento asignado al caso señala fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia de formulación de la acusación que tiene como finalidades específicas las siguientes:

- Dar traslado del escrito de acusación a la defensa y al Ministerio Público para que expresen oralmente las causales de incompetencia o impedimento, si las hubiere, y en ese caso dar trámite legal para que el superior resuelva lo pertinente en el término previsto para ello.
- Escuchar las observaciones de los demás intervinientes sobre el formato de acusación. En caso de que no satisfaga los requisitos de ley, devolverlo al fiscal para que lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

- Permitir que el fiscal delegado exponga oralmente los fundamentos de la acusación.
- Reconocer la calidad de víctima a quien se constituya como tal y a su representante legal.
- Disponer, a solicitud del fiscal delegado, medidas de protección integral a víctimas y testigos²⁸.

Es requisito para la validez de la audiencia la asistencia obligatoria del juez de conocimiento que la preside, el fiscal, el defensor y el acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o se muestre renuente a su traslado.

También podrán asistir, sin que sea forzosa su presencia, el acusado no privado de la libertad, la víctima y el Ministerio Público.

Iniciada la audiencia, el juez de conocimiento da traslado del escrito de acusación a la defensa y al Ministerio Público y continuación concede la palabra al fiscal, Ministerio Público y defensa para los fines anteriormente descritos.

Si se estiman aclaraciones, adiciones o correcciones al contenido de la acusación y el juez las ve admisibles, solicita al fiscal que de inmediato realice según el caso, y después le concede la palabra para que oralmente formule la acusación y exprese el contenido del preacuerdo a que llegó con el imputado, si lo hubo.

La probabilidad de verdad para efectos de presentar el escrito de acusación ha de entenderse por el fiscal como su convencimiento razonable de que a partir de los elementos materiales probatorios o evidencias físicas o informaciones legalmente

²⁸ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, 2005, p. 92 y ss.

obtenidas, podrá conseguir en el juicio oral la prueba necesaria para convencer al juez más allá de toda duda.

- En el escrito de acusación, el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o evidencia física es apenas formal, porque el descubrimiento real está diferido a las audiencias posteriores, circunscrito a lo que las partes soliciten y que se autorice por el juez.
- Con la presentación del escrito de acusación debe iniciarse e impulsarse el desarrollo del juicio, **porque no existe en nuestro nuevo sistema procesal la figura de “retiro de la acusación”**.

Sobre este último tópico vale resaltar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha modulado tal situación al precisar lo siguiente:

2. No obstante lo anterior, lo cierto es que ningún yerro se le puede atribuir al sentenciador por haber proferido sentencia absolutoria frente a la petición en tal sentido formulada por la fiscalía, en la audiencia del juicio oral. Ello es así, porque en el proceso de tendencia acusatoria que adopta la Ley 906 de 2004 la acusación es un acto de parte. Por tanto, una petición como aquella, proveniente de su exclusivo titular, equivale a su retiro, sin que al juez de conocimiento le sea permitido, como ocurre en el sistema mixto acogido por la Ley 600 de 2000, asumirla como propia o tomar el rol de acusador oficioso, en atención a lo que estime probado en el juicio. Por tanto, ante la petición absolutoria de la fiscalía la acusación decae y es por eso que el funcionario judicial no puede más que fallar según lo pedido.

De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que en aplicación de la Ley 906 de 2004, cuando el fiscal abandona su rol de acusador para demandar absolución sí puede entenderse tal actitud como

un verdadero retiro de los cargos, como que, al fin y al cabo, es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal (independientemente de lo que el Ministerio Público, el defensor y el apoderado de las víctimas soliciten, tal como paladinamente lo señala el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal de 2004, el cual determina que la congruencia se establece sobre el trípole acusación - petición de condena - sentencia²⁹.

Así las cosas, si el fiscal anticipa que ante la práctica probatoria realizada en el juicio su anunciada teoría del caso no tiene oportunidad de prosperar, le asiste la posibilidad de reclamar la absolución, pedido que equivale al retiro de la acusación y que, por su naturaleza y origen, no tiene control por parte del funcionario judicial de conocimiento.

Significa lo anterior que al juez no le está dado, como así lo sugiere la impugnante, indagar si la prueba introducida en el juicio tiene o no la aptitud para demostrar la atipicidad de la conducta y la no responsabilidad del acusado, pues sobre el ejercicio de un acto de parte, como lo es la formulación de acusación o su retiro, no puede ejercer control alguno. En contraste, su deber es verificar si aún persiste el ejercicio de la acción por parte del acusador, y si llegare a una conclusión negativa, ya sea porque se produjo retiro de la acusación o porque su titular reclamó la absolución, su determinación debe ser lógica y racionalmente la de acoger la solicitud formulada por la fiscalía.

Por supuesto que esta libertad y autonomía de la fiscalía trae aparejada una enorme responsabilidad para dicha institución, pues es la

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. No. 15843. Reiterada en auto del 21 de marzo de 2012. Rad. 38256.

encargada de luchar contra la impunidad y mantener el clima de respeto y convivencia que requiere la colectividad³⁰.

En estas condiciones, el argumento de la casacionista encaminado a que se admita la posibilidad de que el juez de instancia realice una evaluación probatoria para determinar si la pretensión absolutoria de la fiscalía carece sustento, rompe con los principios que regulan el proceso acusatorio, en particular, la autonomía de la fiscalía para retirar la acusación y la prohibición que recae sobre el funcionario judicial de conocimiento para ejercer por sí mismo la función acusadora.

Por tanto, los razonamientos contenidos en el escrito de casación resultan manifiestamente intrascendentes y resultan materialmente inidóneos para cumplir alguno de los fines de la casación³¹.

Queda demostrado así que en el nuevo Sistema Penal acusatorio el escrito de acusación no tiene control de legalidad por cuanto en la audiencia de formulación de acusación, ni el juez de conocimiento ni los demás intervinientes pueden cuestionar sustancialmente el escrito de acusación, pues sólo proceden observaciones sobre sus requisitos formales las cuales, de prosperar, deben ser incorporadas a la acusación inicial. Diferente al retiro de la acusación, lo cual no del presente asunto, pues una cosa es ejercer control sobre la acusación y otra obrar como acusador, facultad única y exclusiva de la Fiscalía.

No obstante, la misma Corte aunque ha aceptado la posibilidad del retiro del escrito de acusación ha cuestionado el retiro del escrito de acusación. Del mismo modo, el actuar irregular de la fiscal, consistente en retirar el escrito de acusación en la audiencia dispuesta para su formulación oral adelantada el 8 de agosto de

³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 18 de abril de 2012. Rad 38521.

³¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 302. Bogotá, D. C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).

2011, con el fin de presentar un preacuerdo -tardío para conseguir la aprobación de la rebaja de pena del 40%, esto es, superior a la tercera parte-, no favorece el buen funcionamiento de la administración de justicia, ni contribuye a conservar su prestigio, seriedad e importancia, los cuales la Fiscalía debe engrandecer mediante la correcta y responsable aplicación del instituto de los preacuerdos y las negociaciones, así como evitar su cuestionamiento, en orden a fortalecer la legitimidad del poder judicial.

Contrario a ello en la Ley 600 de 2000, la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación, caracterización que, entre otras cosas, implica su mutabilidad dentro de la fase de juzgamiento. Pacíficamente se ha dicho que el trámite establecido en el artículo 404 de la Ley 600 del 2000 no es vinculante para el juez porque este puede dictar su fallo por la conducta punible y circunstancias tipificadas en la resolución de acusación; o por las fijadas por la fiscalía en el trámite de la variación; o por las propuestas en la misma sede por el juzgador; o por una conducta diversa siempre que sea atenuada y respete la esencia de la imputación fáctica, este tema se analizará ampliamente en el capítulo 2 de la investigación³².

³² Concluida la práctica de pruebas, si la calificación provisional dada a la conducta punible varió por error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos, se procederá así: 1. Si el Fiscal General de la Nación o su delegado, advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, procederá a variarla y así se lo hará saber al Juez en su intervención durante la audiencia pública. Finalizada su intervención, se correrá traslado de ella a los demás sujetos procesales, quienes podrán solicitar la continuación de la diligencia, su suspensión para efectos de estudiar la nueva calificación o la práctica de las pruebas necesarias. Si se suspende la diligencia, el expediente quedará inmediatamente a disposición de los sujetos procesales por el término de diez días para que soliciten las pruebas que consideren pertinentes. Vencido el traslado, el juez, mediante auto de sustanciación, ordenará la práctica de pruebas y fijará fecha y hora para la continuación de la diligencia de audiencia pública, la que se realizará dentro de los diez días siguientes. Si los sujetos procesales acuerdan proseguir la diligencia de audiencia pública o reanudada ésta y practicadas las pruebas, se concederá el uso de la palabra en el orden legal de intervenciones. 2. Si el juez advierte la necesidad de variar la calificación jurídica provisional, así se lo hará saber al fiscal en la audiencia pública, limitando su intervención exclusivamente a la calificación jurídica que estima procedente y sin que ella implique valoración alguna de responsabilidad. El fiscal podrá aceptarla u oponerse a ella.

3.5 LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN Y EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

Las pruebas en el proceso deben ser descubiertas oportunamente. Hoy existe claridad en cuanto a la posibilidad de descubrir material probatorio en la audiencia preparatoria y en el juicio oral y por eso el régimen legal del descubrimiento debe interpretarse con un criterio amplio y no formalista. Para tomar una decisión en torno a la viabilidad del descubrimiento de pruebas de la Fiscalía en audiencia preparatoria deben tenerse en cuenta los derechos de las víctimas, reconocidos hoy en la Constitución y en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

El deber de descubrimiento probatorio de la Fiscalía ocupa un lugar central en la estructura del nuevo proceso penal colombiano al punto que ha sido consagrado, de manera expresa y clara, por el artículo 250.9 de la Constitución Política: “en el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos materiales probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables al procesado”³³.

La razón de ser de ese deber es evidente: apunta a propiciarle a la defensa el conocimiento de las pruebas de que se valdrá la Fiscalía para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Y algo determinante: no basta que ese conocimiento exista pues, además, es imprescindible que sea oportuno. Y con razón: solo un conocimiento de esa índole le permite a la defensa diseñar adecuadamente su teoría del caso y descubrir y ofrecer, a su vez, las pruebas que la acrediten y que pretende se practiquen en el juicio³⁴.

³³ GÓMEZ SIERRA, Op. cit. Art. 250.

³⁴ TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia 12 de septiembre de 2012. Sala Penal. M.P. José Joaquín Urbano Martínez.

Esa fundamentación del deber de descubrimiento que la Constitución le impone a la Fiscalía, explica la forma como opera en el curso del proceso: en tanto que aquella debe descubrir sus medios de conocimiento en el escrito y en la audiencia de acusación, la defensa debe cumplir su deber legal de descubrimiento en la audiencia preparatoria.

En cuanto a la regla general, hay que indicar que, con fundamento en lo dispuesto por la Carta Política, el CPP ha ordenado, en los artículos 337 y 344, que hay lugar al descubrimiento probatorio de la Fiscalía en el escrito de acusación y en la audiencia de acusación y, como aquella lo ha indicado, lo que se debe descubrir es todo aquello de que la Fiscalía “*tenga noticia*”.

Y en relación con la excepción, hay que anotar que lo que es susceptible de descubrir en momentos procesales posteriores a la acusación es solo aquello de que la Fiscalía no tenía noticia al momento de la acusación; camino por el cual se llega a la esencia del descubrimiento extemporáneo de la Fiscalía: hay lugar a éste cuando el descubrimiento oportuno no fue posible por causas no atribuibles a ella. Y también aquí con argumentos: el descubrimiento extemporáneo está previsto para legitimar el ingreso al juicio de pruebas sobrevinientes que la Fiscalía no estuvo en capacidad de conocer o prever con un despliegue responsable de su órbita funcional, pero no para superar pasadas deficiencias investigativas o descuidos procesales. Es ese carácter sobreviniente e imprevisible lo que torna legítima la consecuente afectación del derecho de defensa implícita en todo descubrimiento tardío. Y en sentido contrario, descubrimientos extemporáneos que no se atengan a esos condicionamientos, son ilegítimos y no deben permitirse porque conllevarían afectaciones injustificadas de los derechos del acusado.

En tal virtud, si bien puede afirmarse, con evidente acierto, que el descubrimiento probatorio de la Fiscalía es progresivo, como quiera que puede haber lugar a él

desde el escrito de acusación, hasta el juicio oral; tal progresividad debe entenderse sin desconocer ese contexto de fundamentación constitucional y desarrollo legal del proceso penal.

La Fiscalía tiene el deber de descubrir las pruebas con que pretende demostrar los supuestos fácticos de su teoría del caso y que debe hacerlo en el escrito de acusación y en la audiencia de acusación. Pero también es claro que, en situaciones excepcionales, está legitimada para solicitar que se le autorice un descubrimiento extemporáneo. Sin embargo, para que tal petición prospere debe cumplir una carga rigurosa: acreditar que en esos momentos procesales no tuvo noticia de esas pruebas y que su no descubrimiento oportuno no le es imputable.

Frente a ello, los jueces, en garantía del equilibrio procesal, tienen el deber de verificar que esa carga se cumpla. Si se incumple, el descubrimiento extemporáneo debe rechazarse y ello por más que se invoquen temáticas como el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso penal, la prevalencia del derecho sustancial y los derechos de las víctimas, pues esas referencias no tiene la virtualidad de subsanar las propias omisiones: se debe entender que las aquí acusadas son titulares del derecho fundamental a un juicio justo, reconocido también por las mismas normas jurídicas internacionales y nacionales y por los mismos tribunales invocados por los recurrentes, y que parte importante de ese derecho está constituido por el cumplimiento riguroso de los presupuestos que condicionan un descubrimiento extemporáneo de las pruebas de la acusación.

Para decirlo con otras palabras: no cabe ninguna duda en cuanto a que el proceso penal se orienta a aproximarse razonablemente a la verdad para, sobre esa base, administrar justicia. Sin embargo, en una democracia constitucional, ello no se puede hacer de cualquier manera sino en un marco de estricto respeto de los derechos de los distintos intervinientes. En últimas, en la búsqueda de la

verdad y la realización de la justicia, el Estado tiene barreras de contención que no puede superar sino a costa de su propia legitimidad. Y los jueces existen, entre otras cosas, para evitar que se sobrepasen esos límites de civilidad del proceso penal de hoy.

3.6 CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN LEY 906 DE 2004

Según el Artículo 337 del CPP: El escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener:
 - a. Los hechos que no requieren prueba.
 - b. La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo.
 - c. El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio.
 - d. Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación.
 - e. La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales.
 - f. Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía.
 - g. Las declaraciones o deposiciones³⁵.

³⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit., Art. 337.

- Contenido de los anexos al Escrito de Acusación:
 - a. Hechos que no requieren prueba.
 - b. Pruebas anticipadas.
 - c. Relación de testigos y peritos
 - d. Los EMP que pretendan aducirse
 - e. La prueba de descargo
 - f. Elementos favorables al acusado
 - g. Las declaraciones³⁶.

3.7 EL DERECHO COMPARADO Y LA ACUSACIÓN

Entre los modelos de justicia penal caracterizados por la concentración de las funciones de acusar y juzgar en un solo ámbito del poder público no existía el control de la acusación, pues, a lo sumo, este podía agotarse en una especie de autocontrol por parte del acusador y juzgador. La situación es diferente en los modelos de la justicia penal caracterizados por la separación entre las funciones de acusación y juzgamiento, dados que en estos históricamente se advirtió la necesidad de evitar acusaciones infundadas. Esto explica por qué los antecedentes del control de acusación remiten al sistema anglosajón, antes que el modelo continental europeo, como lo recuerda AMBOS, una de las características centrales del modelo acusatorio puro que rigió en Grecia y en el que existía una verdadera acusación popular.

En este marco se debe recordar que los orígenes del Gran Jurado se remontan a los inicios del siglo XII en Inglaterra, y si bien surgió como un tribunal inquisitivo paulatinamente fue modificando su función hasta convertirse en una entidad habilitada para autorizar o rechazar la acusación de una persona ante un jurado de juicio o de conocimiento. Esta institución fue introducida por los ingleses en Estados Unidos desde la primera mitad del siglo XVII y caló tan hondo en un

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005, Op. cit.

ideario norteamericano que está reconocida por la quinta enmienda “Nadie será obligado a responder por delito capital o infamante, sino en virtud de denuncia o de acusación de un gran jurado...”.

En Estados Unidos, en el sistema federal, el control de la acusación está a cargo del Gran Jurado, en tanto que el sistema estatal está a cargo de un juez de audiencias preliminares, y uno y otro deben determinar o no causa probable para creer que el sindicado ha cometido el crimen del que se le acusa.

Cuando el control de acusación se hace frente al juez de audiencias preliminares, en razón a la estructura adversarial de esta, se genera la posibilidad judicial cierta que la decisión que favorezca al acusado púes, a diferencia de lo que ocurre ante el Gran Jurado al que hoy, al que hoy aún que le critica su estructura inquisitiva³⁷, aquel puede acudir en compañía de su defensor, contrainterrogar a los testigos de la acusación y ofrecer sus propios testigos³⁸.

En este caso la regla standard que se aplica es que el fiscal debe acreditar *prima facie* que se ha cometido el delito y que es probable que el acusado haya tenido una participación culpable.

En los juicios que se promueven ante la Corte Penal Internacional, el control judicial sobre la acusación está regulado por el mucho detalle. La Corte está integrada por la presidencia, la sección de Apelaciones, La Sección de Primera Instancia, la sección cuestiones Preliminares, la fiscalía y la Secretaria.

En Alemania, el proceso penal se divide en un procedimiento introductorio fiscal, durante el cual la policiva investiga de una forma más o menos independiente y

³⁷ HEDLER, EDMUNDOS. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p.187.

³⁸ MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Bogotá: Editorial Legis, 2006, p. 158.

hasta tanto concurra fundamento para que la Fiscalía tome una decisión, y un procedimiento judicial que, a su vez, comprende el procedimiento introductorio, la Fiscalía presenta escrito de acusación, documento con el cual se inicia el denominado procedimiento intermedio, cuya importancia “reside en su función de control negativa: discutiendo la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior por un juez independiente o por un tribunal colegiado en una sesión a puertas cerradas, se pretende proporcionar otra posibilidad de evitar el juicio oral, que siempre es discriminatorio para el afectado³⁹. El trámite de este procedimiento es reseñado así por AMBOS⁴⁰:

Con la presentación de la acusación se inicia el procedimiento intermedio. La acusación se presenta ante el juzgado competente para al vista de la causa con todas las actas introductorias, se trata tanto generalmente del mismo tribunal para el procedimiento intermedio y para el principal. El procedimiento intermedio tiene una “una función negativa de control”. El acusado puede pedir pruebas y formular objeciones... y el tribunal puede ordenar investigaciones complementarias, pero decidirá en general sobre la apertura del procedimiento principal solamente en base a las actuaciones instructoras y a la acusación. Si existe suficiente sospecha de delito, abre el procedimiento principal, y si no por otros motivos facticos o jurídicos, puede rechazar la apertura o suspender la provisionalidad del procedimiento. En la resolución de apertura se decide si la acusación se admite sin modificaciones para la vista de la causa o con qué alcances se modifica y además se designa el tribunal competente. El derecho al recurso de queja solo corresponde al fiscal contra aquellas resoluciones que remiten a un tribunal de jerarquía inferior

El control de la acusación también existe en los procedimientos abreviados y acelerados: en estos la fiscalía solicita al juez de conocimiento la emisión de un

³⁹ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto. 2003, p. 347 y ss.

⁴⁰ AMBOS, KAI. Proceso Penal. Perspectivas internacional, comparada y latinoamericana. México: Ubijus, 2009, p. 186y 187.

mandato penal o de una petición de condena, que una vez preferido hace las veces de sentencia condenatoria, pero este último bien puede rechazarlos por falta de sospecha suficiente o incluso convocar a juicio si advierte que es necesario o quiere apartarse de la calificación jurídica de los hechos o de sus consecuencias punitivas.

En España, la fase intermedia abarca las actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la fase de instrucción hasta la apertura del juicio oral, y en ella se cumple “una misión de integración y revisión material instructor”⁴¹, comprendiendo también “la decisión sobre el ejercicio de la acusación, lo que equivale a resolver por una parte, si hay elementos suficientes para entender fundada la acción penal con arreglo a lo esclarecido y aportado en la instrucción o no; y por otra, si con arreglo a aquél resulta fundado ejercitar la acción penal, debiendo abrirse el juicio oral, o por el contrario, sobreseer o, remitir para recabar los elementos necesarios para el citado ejercicio”⁴².

En este contexto, la fase intermedia, como sede del control de acusación, con algunas variables, existe en el proceso ordinario, en el receso abreviado, en los juicios rápidos y en el proceso ante el tribunal del jurado. Como fuere, “resulta función esencial de esta fase de decidir si la acusación parece fundada o verosímil, de manera que pueda tenerse como probable la imposición de una pena. Este enjuiciamiento condiciona, como se ha dicho, el reconocimiento pleno de la acción y la consiguiente apertura del juicio oral”⁴³. En fin, se trata de “un periodo de actuación como filtro de las acusaciones infundadas”.

El problema más evidente que se aprecia en los regímenes Alemán y Español del juicio de acusaciones radica en que la competencia para su trámite y decisión en

⁴¹ ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 201.

⁴² *Ibíd.*, p. 202

⁴³ *Ibíd.*, p. 203.

muchos eventos radica en el juez de conocimiento, motivo por el cual surgen las dudas sobre su imparcialidad. Y con razón: un juez que ha advertido que existe sospecha de la comisión de un delito que concurren indicios racionales de criminalidad contra el acusado difícilmente partirá de cero al momento de la determinación de la responsabilidad de este último.

En Italia, en el proceso ordinario, una vez concluida la investigación, se realiza una audiencia ante el juez audiencias preliminares en la que se controla la regularidad de los actos realizados por las partes en la investigación y se decide sobre la petición de la acusación hecha por el fiscal. El juez tiene poderes muy amplios, y, entre otras cosas, está facultado para proferir un auto de sobreseimiento o, de concurrir los presupuestos sustanciales, para emitir un auto de citación a juicio. En este último acto debe cumplir unas formalidades muy precisas que incluyen una explicación clara y precisa del hecho y de las circunstancias agravantes, una indicación sumaria de las fuentes de la prueba y la asignación del juez competente del juicio⁴⁴.

Se puede sintetizar diciendo que el propósito de una audiencia preliminar es determinar si existe motivo fundado para al demostrar que el delito fue cometido y si existe motivo fundado para demostrar que el acusado que la persona fue quien cometió el delito. En la audiencia, el juez escucha los testimonios de los testigos y se le ponen las pruebas de presente. Así, el juez puede determinar con las reglas de la experiencia y con base en al sana critica, si existen motivos fundados que el acusado cometió el delito, si a si lo fuere se consignará al acusado para ser enjuiciado. Si el juez concluye que las pruebas son insuficientes, el caso será desestimado. Se puede enmendar las acusaciones en la audiencia preliminar.

⁴⁴ NICASTRO, Gian María. "Sistema Procesal Penal Italiano". En: Sistemas Penales Europeos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002, p. 135 y 136.

La estructura de la audiencia preliminar es el fruto de un compromiso entre dos exigencias contrastantes; el derecho de defensa y el principio de inmediación. Al fin de asegurar al juez un efectivo control respecto del eventual reenvío a juicio, es necesario que se puedan adquirir en la audiencia preliminar las pruebas que permiten al imputado demostrar que no existen suficientes elementos para acusar, pues el propio juicio a causa de la publicidad provoca y suficiente clamor que eso suscita.

Sobre las características de la formulación de acusación en el sistema acusatorio colombiano en el Radicado No. 34370 la Honorable Corte Suprema de Justicia - SALA DE CASACIÓN PENAL. -, precisó lo siguiente:

En la doctrina internacional se entiende que la acusación comporta una especie de fase intermedia entre la investigación y el juicio, pues, por derecho comparado se ha verificado cómo esta última etapa, por lo general, no surge automática en razón de la pretensión acusatoria de la Fiscalía o del órgano que haga sus veces, dado que el acto específico de convocar al juicio es objeto de verificación judicial.

Entonces, se estima la existencia de tres sistemas encaminados al control de la acusación, que así se pueden resumir:

1. **De apertura directa.** En éste, no hay posibilidad para la defensa o el procesado de controvertir la acusación, ni ella es objeto de control judicial, con lo cual, la sola pretensión del acusador da inicio a la fase del juicio.

2. **De apertura condicionada.** La acusación sólo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella, esto es, controvertir su mérito. Para citar algunos ejemplos, así se tabula la acusación en Argentina y Costa Rica

3. De apertura mediada. Se presenta como obligatoria e ineludible esta fase intermedia, en la cual el juez hace una especie de control negativo a la acusación, posibilitando o no que se pueda adelantar el juicio.

Este mecanismo de control judicial comporta dos aristas, pues, puede operar respecto de los aspectos materiales y formales de la acusación, o sólo en torno los últimos.

En Alemania, España, Italia y los Estados Unidos, el Juez o Tribunal efectúa un control formal y material de la acusación, al punto de verificar las pruebas y la posibilidad de que a través de ellas pueda o no obtenerse condena, bajo una aplicación estricta del principio de presunción de inocencia, en cuanto, se estima que sólo se justifica llevar a juicio a la persona cuando la acusación reviste seriedad y tiene posibilidades de éxito.

Así, en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) dispone que una vez presentada la acusación, respecto de ella se haga una valoración completa a efectos de definir la procedencia del sobreseimiento (aunque limitado a la atipicidad del hecho), dejar sin efecto el auto de acusación para que se practiquen otras pruebas, o abrir el juicio oral.

En Estados Unidos, bajo las figuras de la llamada “causa probable” y la “vista preliminar”, se controlan esa función acusatoria del Fiscal, para definir si cuenta con elementos probatorios suficientes y legales en aras de afrontar adecuadamente el juicio.

Por último, dentro de la denominada por algunos “Justicia Global”, la Corte Penal Internacional, contempla esa fase intermedia a partir de la Audiencia para Confirmar Cargos y Controlar la Acusación (en ella se decide sobre el juicio de acusación a la manera del Pre –Tryal

norteamericano). En la diligencia, la Sala de la Corte cuenta con tres opciones, en referencia con el escrito presentado por el Fiscal:

- a) Confirmar los cargos y asignar al acusado a una Sala de Primera Instancia.
- b) No confirmar los cargos respecto de los cuales considere que las pruebas son insuficientes; y
- c) Levantar la audiencia e indicar al Fiscal que presente nuevas pruebas, adelante nuevas investigaciones o modifique los cargos.

El examen de lo contemplado en el Libro III, Título I de la Ley 906 de 2004, permite advertir que ese control debido adelantar por el Juez de Conocimiento en Colombia (en otras latitudes, donde la verificación es formal y material, se adscribe al juez de garantías, precisamente porque se entiende que no será éste, sea que se acepte o no la acusación, quien adelantará eventualmente el juicio), opera apenas formal –de esta manera sucede en Chile, para citar apenas un ejemplo cercano- sin que se verifiquen aspectos tales como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena.

En este sentido, el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, acerca del trámite de la audiencia de formulación de acusación, estatuye: “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el Fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato.

Resuelto lo anterior concederá la palabra al Fiscal para que formule la correspondiente acusación.

El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del Fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado.

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

Sobra anotar que los requisitos consagrados en el artículo 337, al que alude la norma citada, son enteramente formales, evidenciándose inconcuso que de ninguna forma el Juez de Conocimiento puede adelantar la tarea de controvertir los cargos en su esencia, ni mucho menos, verificar el contenido, legalidad o alcance de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes allegados por la Fiscalía, entre otras razones, porque el anexo que se pide al funcionario encargado de la investigación no representa allegar efectivamente esos medios suasorios, sino relacionarlos e identificarlos, dado que, a renglón seguido, la defensa o los demás intervinientes podrán pedir al juez que ordene dejar conocer específicamente uno o varios de los elementos referenciados.

Las partes e intervinientes, a su vez, sólo pueden hacer pronunciamientos o solicitudes relacionados con el inicio del descubrimiento probatorio; la existencia de causales de impedimento, incompetencia o nulidades –también se faculta a la Fiscalía para que solicite la acumulación de causas por conexidad, acorde con el artículo 51 de la Ley 906 de 2004-; o la necesidad de que la Fiscalía aclare, adicione o corrija el escrito de acusación, si no cumple con los presupuestos consagrados en el artículo 337.

Esa limitada posibilidad del juez y de las partes no sólo deviene de lo contemplado en el Título I del Libro III, sino que se asume consecuencia de hacer radicar el control en el Juez de Conocimiento que ha de adelantar hasta su final el juicio, dada la imperiosa necesidad de hacer

valer en toda sus extensión el principio de imparcialidad, pues, sobra anotar, mal puede conservarse el mismo cuando el funcionario ha abordado de lleno y por anticipado el examen de los elementos de juicio y su eficacia probatoria.

Ahora bien, el que en Colombia esa etapa intermedia o de control de la acusación –que, por lo demás, opera mixta, pues no implica apenas la verificación de los aspectos formales, sino la depuración del proceso y el primer momento fuerte de descubrimiento probatorio- no apareje la intervención del juez en aspectos materiales, de ninguna manera significa que su importancia es menor o demediada, a diferencia, por ejemplo, del papel trascendente que juega la resolución de acusación en el trámite regido por la Ley 600 de 2000⁴⁵.

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370, Op. cit.

4. LA ACUSACIÓN Y SU CONTROL JUDICIAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Para acusar debe existir una probabilidad de verdad desprendida a partir de elementos probatorios y evidencias físicas⁴⁶, es así como la formulación de la acusación constituye el procedimiento de concreción de la función acusadora constitucional y legalmente asignada a la Fiscalía General de la Nación, de lo que podemos preguntarnos si viola garantías fundamentales del imputado y desconoce la tradición jurídica colombiana, en el nuevo sistema acusatorio implementado en Colombia desde el 01 de enero de 2005, la falta de control por parte de un juez de garantías y la carencia de intervención del imputado o defensor.

A pesar de existir en la etapa de indagación, investigación, inclusive en el juicio oral mecanismos que garantizan imparcialidad e igualdad entre las partes, no existe un control al inicio de la etapa de juzgamiento⁴⁷, toda vez que desde la formulación de imputación y la presentación de la acusación el fiscal en su rol persecutor realiza su actividad sin control jurisdiccional, situación que deja en desventaja al indiciado al no poder controvertir los cargos imputados, que en muchas oportunidades no corresponde a una labor acuciosa, partiendo de esta premisa nuestra investigación pretende demostrar la necesidad de mesurar el poder otorgado para llevar a juicio un acusado.

⁴⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit.

Artículo 336. El Fiscal presentara 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 participe.

⁴⁷ *Ibíd.*

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

De los artículos 336 y 339 del C.P.P., se observa que el poder otorgado a la Fiscalía para imputar y acusar, si bien refieren a un control, fácil se advierte que se trata de un aspecto formal de requisitos mínimos para ser aprobada, dejando de lado el temas de fondo tendientes al mérito para acusar, lo que resulta contrario a la constitución, pues una cosa es la probabilidad de verdad con que se presenta y otra que sin ponderación alguna en defensa del acusado se opte por convocarlo a juicio, por ello se considera una fuerte tensión en el acto procesal de acusar y la libertad y buen nombre de una persona que se le este adelantando una investigación sin permitirle haber conocido con anterioridad las evidencias y su contundencia, así como sus argumentos, todo o cual debe ser objeto de control antes que propiciar un escenario en el cual se cause tormento a la persona, mientras soporta la incertidumbre de su suerte jurídica hasta el juicio.

Obsérvese que sobre el mérito para acusar es de rango constitucional y de allí la posición que se asume, aspecto no de poca transcendencia que ha sido referenciado por la Corte Suprema de Justicia al afirmar que:

La atribución de un comportamiento reprochado como delictivo debe ser expresa, clara, precisa y circunstanciada, como lo demandan los Convenios Internacionales atrás evocados, resultando ineficaces, por obstrucción o imposibilidad de ejercer el derecho de defensa, las enunciaciones genéricas, ambiguas, vagas, oscuras u omisivas de los cargos.

Y no puede constituir excusa válida o aceptable para cumplir con esas exigencias la complejidad de los sucesos o la cantidad de hechos investigados, dado que si no es posible delimitar de manera detallada el comportamiento atribuido a una persona y que como hecho histórico halla correspondencia en una hipótesis normativa penal, es porque en realidad no hay mérito para formular una acusación deviniendo improcedente la convocatoria del ciudadano para someterlo a un juicio

en el que la res iudicanda persigue ser transformada en res iudicata penal, con todas las consecuencias que de ello se derivan^{48, 49,}

4.1 CONTROL JUDICIAL DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN

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

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

En ese orden, la Fiscalía tiene asignada la titularidad de la acción penal, y en su condición de parte tiene unas obligaciones y responsabilidades que debe cumplir a partir del uso de una serie de facultades investigativas ejercidas de manera autónoma y responsable; lo mismo que la defensa y el representante del Ministerio Público también tienen sus propias tareas en función del enfrentamiento procesal; al igual que el juez en su condición de árbitro imparcial está llamado a dirigir la contienda.

⁴⁸ CLARÍA OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 220-221.

⁴⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso N° 34022. Aprobado Acta N° 193. Bogotá D. C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Dentro de las funciones constitucionales de la Fiscalía General de la Nación se encuentra la de “adelantar el ejercicio de la Acción Penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento.” (Artículo 250 inc. 1º), y además, en caso de ser procedente “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento” (250.4).

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal a partir del artículo 200 indica la forma en que habrá de realizarse la investigación y los recursos con que la Fiscalía cuenta para el ejercicio de la acción penal, y lo que tiene que satisfacer probatoriamente para realizar imputación, acusación y solicitar condena, o de otra parte, para pretender la preclusión de la investigación o pedir absolución.

Dentro del ordenamiento jurídico el ejercicio de la acción penal es propio de la Fiscalía General de la Nación, y la acusación como acto de parte no tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal.

Y no podría ser de otra manera por cuanto siendo el Fiscal el único concededor del rumbo de la investigación, es a él y solo a él a quien corresponde predecir la vocación de éxito de la acusación y prever cuáles elementos de prueba anunciará, descubrirá, presentará, incorporará y debatirá en el juicio, en orden a buscar el éxito de su acusación, pero ello no implica que el juez no pueda controlar si en realidad de verdad existe mérito para acusar, una cosa es que no investigue y acuse y otra muy diferente es que determine la ausencia de mérito para ello.

Así, se puede concluir sin ambages que en el sistema procesal contenido en la Ley 906 de 2004 no se fijó un control judicial al escrito de acusación; distinto de uno meramente formal, esto es, dirigido a que dicho documento contenga los

elementos mínimos con los cuales se dará inicio al juicio, los que se enlistan en el artículo 337 de dicha normativa, carácter civilista que le dio el proceso penal a la pretensión punitiva de la Fiscalía.

Así, es la Fiscalía la titular de la acción penal y la responsable de su éxito o de su fracaso en el desarrollo del juicio, lo cual depende esencialmente de una acusación bien fundamentada.

Pero, además, es gracias a un escrito de acusación suficientemente soportado de donde surge la precisión para la defensa de cuál será la discusión epistemológica del juicio, y cuáles los puntos débiles de la causa de la Fiscalía para formular su teoría del caso, preparar sus conainterrogatorios, y en fin, concretar el ejercicio de su derecho a partir de la búsqueda del éxito de su posición procesal.

Por tal razón, un escrito de acusación con demasiada información, contrario a ser un atentado contra los derechos del imputado, es una fuente de oportunidades para el ejercicio del derecho de defensa, y a la vez, límite para la Fiscalía de cara al principio de congruencia.

En todo caso, el papel de la Fiscalía General de la Nación y sus agentes en torno de la prosperidad del ejercicio de la acción penal, es desvirtuar la presunción de inocencia de aquellos contra quienes existen suficientes elementos de convicción que conduzcan a que se les catalogue como responsables de los delitos que aquella investigó, y por tanto solicitar su condignas condenas.

Eso sí, es el juez, el llamado a dirimir la controversia suscitada entre fiscalía y defensa, en torno de si se destruyó o no la presunción de inocencia en la vista pública, debate que se origina justamente con la radicación del escrito de acusación.

Precisamente, eso explica la exigencia del artículo 336, norma que advierte que podrá radicarse la acusación, “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”, afirmación que corresponde ser realizada por la Fiscalía, luego de un proceso de valoración de tales elementos de convicción, gracias al cual dicho sujeto procesal evalúa si se satisface la exigencia probatoria prevista por el mencionado precepto para convocar el juicio mediante la presentación del mencionado escrito.

La ley procesal otorga a la defensa la opción, una vez enterada del llamamiento a juicio, y luego de analizar la contundencia de la acusación y la consistencia de los fundamentos probatorios que se anuncian en su contra, de considerar la posibilidad de evitar el juicio aceptando los cargos formulados o proponiendo un preacuerdo a la Fiscalía a cambio de una sustancial reducción de pena (artículo 352); situación que, de presentarse, implicaría el procedimiento de una sentencia condenatoria.

En conclusión, un escrito de acusación no sólo no es materia de nulidad, sino que equivale a lo que se espera de la actividad de la Fiscalía, y por tanto no es susceptible de corrección alguna; máxime que, como se puede establecer, reúne las exigencias formales contenidas en el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, en tanto se observa que en su texto se incorporaron sendos capítulos destinados a desarrollar los siguientes tópicos, dando generoso cumplimiento a dicho precepto: 1) antecedentes del caso, 2) la calidad de aforado legal del acusado, 3) los hechos jurídicamente relevantes, los cuales fueron presentados en función de los tipos penales que se consideraron vulnerados, 4) la imputación jurídica y la fundamentación de los cargos.

4.1.1 Control Judicial en derecho comparado. En la doctrina internacional se entiende que la acusación comporta una especie de fase intermedia entre la investigación y el juicio, pues, por derecho comparado se ha verificado cómo esta última etapa, por lo general, no surge automática en razón de la pretensión acusatoria de la Fiscalía o del órgano que haga sus veces, dado que el acto específico de convocar al juicio es objeto de verificación judicial.

Se estima la existencia de tres sistemas encaminados al control de la acusación, que así se pueden resumir:

1. De apertura directa. En éste, no hay posibilidad para la defensa o el procesado de controvertir la acusación, ni ella es objeto de control judicial, con lo cual, la sola pretensión del acusador da inicio a la fase del juicio.
2. De apertura condicionada. La acusación sólo es objeto de verificación judicial cuando expresamente el procesado o su defensor pretenden oponerse a ella, esto es, controvertir su mérito. Para citar algunos ejemplos, así se tabula la acusación en Argentina y Costa Rica
3. De apertura mediada. Se presenta como obligatoria e ineludible esta fase intermedia, en la cual el juez hace una especie de control negativo a la acusación, posibilitando o no que se pueda adelantar el juicio⁵⁰.

En Alemania, España, Italia y los Estados Unidos, el Juez o Tribunal efectúa un control formal y material de la acusación, al punto de verificar las pruebas y la posibilidad de que a través de ellas pueda o no obtenerse condena, bajo una aplicación estricta del principio de presunción de inocencia, en cuanto, se estima

⁵⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370, Op. cit.

que sólo se justifica llevar a juicio a la persona cuando la acusación reviste seriedad y tiene posibilidades de éxito.

Así, en España la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) dispone que una vez presentada la acusación, respecto de ella se haga una valoración completa a efectos de definir la procedencia del sobreseimiento (aunque limitado a la atipicidad del hecho), dejar sin efecto el auto de acusación para que se practiquen otras pruebas, o abrir el juicio oral.

En Estados Unidos, bajo las figuras de la llamada “*causa probable*” y la “*vista preliminar*”, se controla esa función acusatoria del Fiscal, para definir si cuenta con elementos probatorios suficientes y legales en aras de afrontar adecuadamente el juicio.

Por último, dentro de la denominada por algunos “*Justicia Global*”, la Corte Penal Internacional, contempla esa fase intermedia a partir de la Audiencia para Confirmar Cargos y Controlar la Acusación (en ella se decide sobre el juicio de acusación a la manera del Pre –Tryal norteamericano). En la diligencia, la Sala de la Corte cuenta con tres opciones, en referencia con el escrito presentado por el Fiscal:

- a. Confirmar los cargos y asignar al acusado a una Sala de Primera Instancia.
- b. No confirmar los cargos respecto de los cuales considere que las pruebas son insuficientes; y
- c. Levantar la audiencia e indicar al Fiscal que presente nuevas pruebas, adelante nuevas investigaciones o modifique los cargos.

El examen de lo contemplado en el Libro III, Título I de la Ley 906 de 2004, permite advertir que ese control debido adelantar por el Juez de Conocimiento en Colombia (en otras latitudes, donde la verificación es formal y material, se

adscribe al juez de garantías, precisamente porque se entiende que no será éste, sea que se acepte o no la acusación, quien adelantará eventualmente el juicio), opera apenas formal de esta manera sucede en Chile, para citar apenas un ejemplo cercano sin que se verifiquen aspectos tales como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener condena.

4.1.2 Control judicial de la acusación en la Ley 600 de 2000. En este procedimiento como en de la Ley 906 la congruencia personal y fáctica debe ser absoluta (principio ya estudiado en el acápite anterior). En cuanto a instauración del instituto de la variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible prevista en el artículo 404 de la ley 600 de 2000, la Corte ⁵¹ estableció los siguientes parámetros:

(...) La modificación del calificadorio puede ser hecha como consecuencia de prueba sobreviniente, pero también de la antecedente, cuando el fiscal se equivoca en la elaboración del pliego de cargos y solamente es necesaria cuando se hace más gravosa la situación del procesado. (...) Si el fiscal considera que se debe proferir sentencia condenatoria pero por un comportamiento menos grave que el deducido en el calificadorio, no es menester seguir estrictamente el trámite establecido en la ley para la variación. Simplemente, de manera expresa e indudable, lo hace saber al juez durante su intervención. El fiscal puede hacer la mutación con base en su propia iniciativa o por insinuación del juez, pues continúa con su función acusadora en el juicio. La opinión de la juez, admitida o no por la fiscalía, tiene que ser objeto de debate para efectos de la congruencia⁵².

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de febrero de 2002. Rad. 18457. M.P. Jorge Córdoba Triviño.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de enero del 2003. Rad. 20.161.

La función acusatoria, exclusiva de la fiscalía, finaliza con el cambio de la calificación o con la oposición del fiscal a las manifestaciones del juez en ese sentido. Dentro del esquema procesal implementado por la Ley 600 del 2000, la resolución de acusación hace parte del acto jurídico complejo de la acusación, caracterización que, entre otras cosas, implica su mutabilidad dentro de la fase de juzgamiento.

Pero la naturaleza compleja del acto jurídico de acusación, que es la que da cabida a su mutabilidad, no puede pasar por alto dos aspectos esenciales del sistema: que la función de investigar y acusar es exclusiva de la Fiscalía General de la Nación; y, que es necesaria una oportunidad en que la acusación sea definitiva.

(...) El estatuto procesal penal del 2000 despojó a la resolución acusatoria de aquella connotación tradicional de "ley del proceso", entendiendo por ésta el acto invariable, intocable en el juzgamiento, respecto de la conducta. Y le restó esa característica sencillamente porque de manera expresa autoriza varias oportunidades que permiten su variación⁵³.

Es claro, entonces, que la providencia que califica un sumario con acusación ya no es "ley" inmodificable para el juicio. Constituye solamente un objeto más de ese posible acto complejo que es la "acusación", conformado -cuando es del caso- por esa resolución y por las diversas situaciones que se presentan en el incidente de variación de la calificación jurídica⁵⁴.

En otras palabras: la variación en el juicio de la calificación provisional de la conducta punible por error en la resolución de acusación, solo es necesaria

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de marzo del 2003. Rad. 19.960.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1° de enero de 2007. Rad. 23.540.

cuando se pretenda hacer más gravosa la situación jurídica del procesado, esto es, cuando se trate de imputarle una especie delictiva más grave o una modalidad comportamental más severa, no cuando la nueva imputación es más benigna o se revele equivalente en términos punitivos, siempre que al dictarse la sentencia se respete por el juez el núcleo central de la imputación fáctica.

La jurisprudencia de la Sala ha precisado que la congruencia no implica perfecta armonía o identidad entre el acto de acusación y el fallo, sino señalamiento de un eje conceptual fáctico-jurídico para garantizar el derecho de defensa y la unidad lógica y jurídica del proceso, de manera que no se desconoce la consonancia, si el juez, al decidir sobre los cargos imputados, condena en forma atenuada, por la razón de que si puede absolver, también puede atemperar, siempre y cuando se respete el núcleo básico de la conducta imputada.

No se aboga por un control material que imponga el criterio del tercero imparcial o de la contraparte o intervinientes (víctima y Ministerio Público), aspecto ya decantado ampliamente por la Corte Suprema de Justicia y que definitivamente es característica propia del Sistema Acusatorio. Lo que sí es debe existir es un control del mérito dado a los hechos y circunstancias de la Fiscalía como su sustento para determinar la procedencia del convocatorio a juicio, piénsese en llevar a juicio un caso sobre el cual pacíficamente se haya decantado en estrados la ausencia de tipicidad, antijurídica o de culpabilidad y frente a ello se imponga por la Fiscalía dar inicio al juicio con las consabidas consecuencias jurídicas en contra de una persona, pretendiendo privilegiar los intereses de la administración de justicia antes que las garantías constitucionales y legales que se predicán del individuo. Por ejemplo llevar a acusación a aun consumidor de estupefacientes por tráfico de éstos, cuando se acredita la finalidad del porte para su consumo en cantidades dentro de los jurídico y proporcionalmente tolerado.

Sobre la ausencia de un control material vale citar la postura de la Corte Suprema, al respecto:

La Sala ciertamente pudo constatar, como lo manifestaron al unísono el casacionista, y los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público, que en el proceso existieron varias irregularidades, originadas todas en que los juzgadores tenían su propia teoría del caso y querían imponerla sobre la de la Fiscalía, y en esas condiciones se opusieron a cualquier vía consensuada orientada a evitar el juicio.

Resulta conveniente aclarar que el primer preacuerdo era ciertamente ilegal, en tanto no sólo se modificaba la adecuación típica expresada en la audiencia de imputación puesto que se eliminaban las circunstancias de agravación de cada delito- sino que además se reconocía un descuento del 40 % de la pena; contrariando con ello lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, según el cual, si hubiere un cambio favorable para el imputado en relación con los hechos y sus consecuencias, tal será la única rebaja compensatoria por el acuerdo.

Tal y como lo denuncia el casacionista, las irregularidades fueron: 1) la desaprobación del segundo preacuerdo realizado entre el fiscal y el acusado con el argumento de no compartir la adecuación típica recogida en él, 2) el haberse abstenido el Tribunal de declararse impedido para seguir conociendo del asunto luego de emitir juicios de valor que comprometieron gravemente su imparcialidad; y 3) el negarse a terminar el proceso cuando en el transcurso de la audiencia preparatoria el acusado aceptó los cargos.

Los jueces de instancia **hicieron control material de la acusación**, al negarse a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual agravaron el debido proceso previsto para los procesos abreviados.

Esto por cuanto en el sistema adversarial no se permite al juez imponer su particular lectura de los hechos –su propia teoría del caso-, mediante la cual obligue al fiscal a imputarle al indiciado un fragmento del acontecer delictual distinto del que el fiscal considera hasta ese momento probado y por el que debe responder, dado que con ello se desestructura la sistemática adversarial, toda vez que el juez no tiene iniciativa probatoria con la cual pudiera, como en el sistema inquisitivo o incluso mixto, demostrarla⁵⁵.

De ser así, se comprometería al juez con el programa metodológico, y por sobre todo, con la iniciativa y responsabilidad de la Fiscalía en el quehacer propio de un sistema con tendencia acusatoria, pues desborda sus posibilidades, usurpando el papel del fiscal, funcionario llamado a organizar el trabajo probatorio y argumentativo de cara al juicio, a quien constitucionalmente se le ha asignado el ejercicio de la acción penal.

Respecto de la ausencia de control material de la acusación, ya la Sala se ha ocupado en extenso. Sentó el criterio según el cual de acuerdo con lo ordenado en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal del 2004, solo el fiscal está autorizado para realizar la “tipificación circunstanciada” de los hechos:

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación **(razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443)**; acto que como se dijo

⁵⁵ La Corte Constitucional mediante sentencia 396 de 2007 claramente lo concluyó al declarar ajustado a la Carta el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 que prohíbe la prueba de oficio.

no tiene control judicial, y en cambio sí sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio. (Ver CSJ, 15 jul.2008, rad. 29994, tesis reiterada en AP, 14 ago. 2013, rad. 41375, entre otras providencias).

La Corte reafirmó su anterior postura en AP de 21 de marzo de 2012, radicado 38256, al señalar: **en la audiencia de formulación de acusación al juez y a las partes les está vedado cuestionar la adecuación típica realizada por la Fiscalía en su escrito, pues, hacerlo, implicaría interferencia en el ejercicio de la acción penal y en la decisión de acusar que corresponde a ese ente, y a nadie más.** Por lo demás, tal cuestionamiento implicaría un ejercicio de debate probatorio, que solamente puede hacerse en el juicio oral (auto del 15 de julio de 2008, radicado 29.994).

...

La Fiscalía, entonces, cumple como titular de la acción penal y dueña de la acusación, parámetros a partir de los cuales ni el juez ni las partes pueden imponérsela total o parcialmente, desde donde se infiere que las observaciones realizadas por las partes pueden y deben ser incorporadas para que conformen un todo con la acusación, única y exclusivamente cuando el fiscal las acoge.

En sentencia proferida el 6 de febrero de 2013 Radicado 39892, subrayó la Sala que aunque la regla general consiste en que en el modelo acusatorio de la Ley 906 de 2004, la calificación jurídica acogida por el ente acusador no puede ser cuestionada, esta regla admite excepciones; al indicar:

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.

2. Lo anterior igual se aplica en temas como la admisión de cargos y los preacuerdos logrados entre la Fiscalía y el acusado, que, como lo ha dicho la jurisprudencia, son vinculantes para las partes y el juez, a quien se le impone la carga de proferir sentencia conforme lo acordado o admitido, siempre y cuando no surja manifiesta la lesión a garantías fundamentales (auto del 16 de mayo de 2007, radicado 27.218).

(...) No obstante, respecto de la admisión de cargos, se ha advertido que el juez debe controlar no solo la legalidad del acto de aceptación, sino igual la de los delitos y de las penas, en el entendido de que esta estructura un derecho fundamental, enmarcado dentro del concepto genérico del debido proceso a que se refiere el artículo 29 constitucional. Por tanto, de resultar manifiesto que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, el juez se encuentra habilitado para intervenir, pues en tal supuesto la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal, frente a esa trasgresión de derechos y garantías superiores (sentencias del 15 de julio de 2008 y 8 de julio de 2009, radicados 28.872 y 31.280, en su orden).

(...) 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.” (Destacado fuera del texto original).

En AP de octubre 16 de 2013, Radicado 39886, consideró la Sala: La función requirente, no cabe duda, está en manos de la Fiscalía, y la jurisdiccional en las del juez; axioma que se desdibuja cuando el juzgador se ocupa de corregir, cuestionar o enmendar –a su manera- el contenido de la acusación.

...

3.3.1. 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 rectoras⁵⁶, 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.” (Resaltado fuera del texto original)

Con base en la jurisprudencia citada, se debe concluir que por regla general el juez no puede hacer control material a la acusación del fiscal en los procesos tramitados al amparo de la Ley 906 de 2004, pero, excepcionalmente debe hacerlo frente a actuaciones que de manera

⁵⁶ **Artículo 5.** “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

Artículo 10. “Actuación procesal. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial... El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales... El juez de control de garantías y el de conocimiento estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”.

grosera y arbitraria comprometan las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

Ahora bien, en el presente asunto, la Sala ha podido establecer que los jueces de instancia se negaron a aceptar el segundo preacuerdo y la aceptación de cargos realizada en la audiencia preparatoria, con lo cual ejercieron control material de la acusación agraviando el derecho fundamental al debido proceso previsto para formas abreviadas de terminarlo al suplantar al fiscal en la función de acusar.

Justamente al examinar las facultades con que cuenta el fiscal al momento de celebrar un preacuerdo con la defensa, la Corte Constitucional, en sentencias C-1260 de 2005 y C-059 de 2010, ha encontrado que se respeta el principio de legalidad cuando el fiscal adecúa la conducta en correspondencia con su tipicidad plena pero la enmarca en un delito relacionado de menor pena con miras a disminuir su consecuencia punitiva.

Por ello es importante recordar que en nuestro sistema procesal las partes pueden acordar el contenido fáctico y jurídico-penal de la pretensión punitiva, determinando con ello el alcance de la decisión jurisdiccional, pues el juez se encuentra a él vinculado, por expreso mandato del inciso 4º del art. 351, salvo que ellos desconozcan o quebranten garantías fundamentales.

De manera que no cabe duda que el control material de la acusación realizado por los juzgadores, se convirtió en una irregularidad sustancial que afectó gravemente el debido proceso, por cuanto impidió la terminación anticipada del proceso, presupuesto operativo del sistema adversarial, de imprescindible acatamiento para el éxito del ejercicio del ius puniendi en dicho modelo procesal⁵⁷.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. SP9853-2014 Rad. 40.871. (Aprobado Acta No. 226). Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil catorce (2014).

4.1.3 Fase intermedia como instancia de control. En razón de los altos costos políticos y jurídicos implícitos en el acto de acusar y por su injerencia en los derechos de la persona, éste poder está sometido a límites. Pero, como ocurre con todos los actos del Estado, de nada valdría la existencia de límites para el ejercicio de ese poder si no existiera una instancia encargada de la verificación del respeto de esos límites; es decir, del control de la acusación.

Por tal motivo indicando, distintos sistemas procesales se han configurado de tal manera que no se pase automáticamente de la investigación al juicio, existiendo una fase intermedia que tiene como uno de sus fines el de garantizar que la decisión de someter a una persona a juicio cuente con un fundamento razonable. De allí que se puede evidenciar que un proceso estructurado de acuerdo a la ley tiene que garantizar que la decisión de llevar juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria, si no de lo contrario, llena de garantías y con el cabal cumplimiento de los derechos fundamentales y así con ellos garantizar un debido proceso.

Como se puede notar, la instancia de control no puede ser el mismo órgano de acusación, pues el autocontrol es insuficiente para este propósito, sino un ámbito diferente del poder público: la jurisdicción. Y, como es obvio, no puede tratarse del juez de conocimiento, pues el control de los presupuestos formales y sobre todos los contenidos materiales de la acusación puede comprometer el criterio del funcionario y afectar su imparcialidad.

Como cabe apreciar, el control judicial de la acusación es tan importante que afecta la estructura básica del proceso : hace necesaria una fase intermedia con una multiplicidad de elementos cumpla clausura de la investigación, la presentación del escrito de acusación por parte del fiscal, el control de la acusación por parte del juez de audiencia preliminares, el saneamiento del proceso, la autorización del judicial de la acusación mediante la apertura el juicio

o su rechazo a través del sobreseimiento definitivo o temporal, y el descubrimiento probatorio, entre otros.

El control judicial de la acusación se orienta a verificar que la misma cumpla con estándares mínimos para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, de motivos fundados, de fundamentos razonables, o de la acreditación del respecto del principio de imputación necesaria. Se trata de exigir que solo se acuse si se cuenta con fundamentos suficientes para asumir que la conducta delictiva existió y que el acusado es probable autor o participe de ella. Es decir, en esa fase se hace una declaración judicial o aceptación o rechazo de la acusación o, para decirlo con otras se promueve un juicio de acusación.

Se debe entender que no se trata de un juicio anticipado sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino de tan solo sobre el ius persecuendi, para determinar si existe o no motivos bastantes que justifique traer el paso a la fase decisoria del procesos, convirtiendo al imputado en acusado.

El ejercicio del poder es tan grande como el de acusar que se exige una fundamentación fáctica y jurídica seria y supone, al interior del procesos penal, un ámbito funcional no concebido para acreditar la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales de la acusación. Es decir, en un régimen democrático de la acusación está sometida a los límites, y al verificación del respeto de esos límites le corresponde al juez de las audiencias preliminares a través del juicio de acusación.

En razón a los altos costos políticos y jurídicos implícitos en el acto de acusar y por su injerencia en los derechos de la persona, este poder está sometido a límites. Pero, como ocurre con todos los actos del Estado, de nada valdría la existencia de límites para el ejercicio de ese poder si no existiera una instancia

encargada de la verificación del respecto de esos límites; es decir el control de la acusación.

Distintos sistemas procesales se han configurado de tal manera que no se pase automáticamente de la investigación al juicio, existiendo una fase intermedia que tiene como uno de sus fines el de garantizar que la decisión de someter a una persona a juicio cuente con un fundamento razonable. De allí que “un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar también que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria”.

Se puede evidenciar en esta instancia de control que no puede ser el mismo órgano de acusación, pues el autocontrol es insuficiente para ese propósito, sino un ámbito diferente del poder público: la jurisdicción, y, como es obvio, no puede tratarse del juez de conocimiento, pues el control de los presupuestos formales y sobre todo de los contenidos materiales de la acusación puede comprometer el criterio del funcionario y afectar la imparcialidad.

El control judicial de la acusación es tan importante que afecta la estructura básica del proceso: hace necesaria una fase intermedia con una multiplicidad de elementos como la clausura de la investigación, la representación del escrito de acusación por parte del fiscal, el control de la acusación por parte del juez de las audiencias preliminares, el saneamiento del proceso, la autorización judicial de la acusación mediante la apertura del juicio o su rechazo a través del sobreseimiento definitivo o temporal, y el descubrimiento probatorio entre otros.

Así las cosas, el control judicial se inclina a verificar que la misma cumpla con el estándar mínimo para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, motivos fundados, de fundamentos razonables de la acreditación del respecto del principio de imputación necesaria. Como fuere, se trata de exigir que solo se acuse si se

cuenta con fundamentos suficientes para asumir la conducta delictiva existió y que el acusado es el probable autor o participe de ella.

Para Alberto Binder la fase intermedia se funda en la idea que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable.

Esta es una fase de saneamiento, de control de la acusación o del requerimiento de sobreseimiento. Ante la petición de requerimiento el juez puede dictar auto de sobreseimiento o puede elevar al fiscal superior, siendo esta regla un rezago del modelo inquisitivo. El fiscal superior puede confirmar la abstención de la acción penal y allí termina todo. También puede ordenar acusar y lo hace otro fiscal.

Se debe resaltar que la diferencia que existe en el escrito de acusación cuando se ha presentado un allanamiento a cargos por parte del acusado y cuando éste no ha existido. En el caso que haya existido allanamiento, como quiera que no se realiza una audiencia de formulación de acusación propiamente dicha, sino la presentación del escrito para posterior citación a audiencia de individualización de pena y sentencia, el juez requiere todos los elementos materiales probatorios y evidencia física con los que cuenta la fiscalía hasta ese momento, con el fin de que tenga una base para poder dictar la sentencia definitiva, así que los mismos se aportarán como anexos al escrito respectivo siguiendo las reglas del código de procedimiento penal.

En el segundo evento, es decir, cuando no ha existido allanamiento a cargos por parte del acusado, la fiscalía presentará el escrito de acusación con la enunciación de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, sin anexarlos, pues hacerlo podría implicar la creación.

Por eso se afirma que en el proceso Colombiano, no se trata de un juicio anticipado sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, sino tan solo sobre el *ius persecuendi* para determinar si existen o no motivos bastantes que justifiquen el pase a la fase decisoria del proceso, convirtiendo al imputado en acusado.

Entonces el poder tan grande como el de acusar exige una fundamentación fáctica y jurídica seria y supone, al interior del proceso penal, un ámbito funcional concebido para acreditar la concurrencia de los presupuestos formales y sustanciales de la acusación. Es decir, en un régimen democrático la acusación está sometida a límites, y la verificación del respecto de esos límites le corresponde al juez de las audiencias preliminares a través del juicio de acusación.

En este contexto solo se puede acusar si la Fiscalía cuenta con una causa probable; en otros se le puede hacer si existen motivos suficientes; en otros más se puede acusar si concurren motivos razonables, y en otros, en fin, solo se le pueden hacer si satisfacen las exigencias del principio de imputación necesaria. Como sea, todas estas nomenclaturas apuntan en una misma dirección: se dirigen a que la investigación plantee la posibilidad fundada de que el acusado pueda ser responsable del delito investigado. Si esta exigencia sustancial no satisface y se promueve el juicio, este solo sometimiento implica ya una pena, tal control hace parte de la estructura básica del proceso penal y de allí se respetan los derechos y libertades constitucionales al ser humano, todas las normatividades contemporáneas de matices pre acusatorios o pos continentales, determinan que la acusación fiscal sea purificada en una audiencia preliminar, conocida anteriormente al juicio.

Así las cosas, en el sistema de partes implementado en la Ley 906 del 2004, el escrito de acusación constituye la pretensión de una de ellas, la Fiscalía, cuya postulación, sometida al debate público en un juicio oral frente a un juez imparcial,

prosperará o no, total o parcialmente, según el juez la acoja (condenando) o la rechace (absolviendo).

En ese contexto, vale decir que el escrito de acusación no puede tenerse ni declararse como nulo, en tanto dentro de un proceso penal las peticiones de las partes no se afectan de invalidez, como que la sanción por sus vacíos está dada por la decisión judicial final de desecharlas.

En el sistema penal acusatorio de la Ley 906 del 2004 la acusación es un acto de parte, que no tiene el carácter de providencia judicial, consecuencia de lo cual es que el escrito que la contiene no pueda ser declarado nulo, como tampoco podría serlo cualquier petición de otra parte o interviniente.

Empero cierto es que:

El escrito de acusación no puede quedar al arbitrio del delegado de la Fiscalía, en tanto el artículo 337 procesal señala los presupuestos que deben cumplirse para su redacción.

En el supuesto de falencias en ese documento, como aquellas en que dice el señor defensor se incurrió en este evento, el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal faculta a partes e intervinientes para que en la audiencia de formulación de la acusación precisen “las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato”. Estas correcciones, a voces del artículo 343, deben ser incorporadas a la acusación, esto es, se tienen como parte inherente de las pretensiones de la Fiscalía⁵⁸.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. No. 15843., Op. cit.

En ese contexto, el espacio para que el abogado reclamara la claridad o concreción de la acusación, es el señalado en la disposición citada. De tal forma que si no lo hice y quedó conforme, o si obvió ejercer esa facultad, por cualquiera de las dos vías carece de interés jurídico en la pretender desconocer los términos de la acusación, lo cual obvio se impone, pero ello no desdice la labor del Juez en hacer las advertencias necesarias y jurídicamente procedentes, de cara a una falla imputable a la Fiscalía y que por omisión conlleve consecuencias lesivas al debido proceso.

No se desconoce que si tal instancia se dejó vencer, mal puede el sujeto procesal que no la utilizó reclamar en su provecho su propia culpa, pues, a pretexto de una supuesta nulidad, a lo que realmente se aspira es a revivir etapas preclusivas ya superadas, empero si se trata de la omisión, ya del juez, ya del fiscal, de no imprimir el trámite de los artículos 339 y 343, pues si oportunamente las partes reclaman las correcciones allí enunciadas y no se accede a ello, o es omisivo en requerir claridad y precisión de la misma, como se dijo líneas atrás, ahí sí se genera un vicio a partir de la audiencia de formulación de la acusación, pero por faltar a ese debido proceso, con incidencia en el derecho a la defensa.

Debe precisarse que en sentencia del 24 de agosto de 2009 (radicado 31.900), la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal - afirmó que “las nulidades que pueden proponerse en la audiencia de formulación de acusación están limitadas a irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación, en el cual, a su vez, se fundamentará la sentencia”⁵⁹.

Pero tal expresión no tiene el alcance de que el escrito acusatorio es o pueda ser declarado nulo. Hace referencia a que aspectos procesales precedentes, en los

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 24 de agosto de 2009. Rad. 31.900.

cuales se sustenta esa pretensión de la Fiscalía, pueden estar viciados de nulidad por afectar el debido proceso, por ello se resalta la razón de ser de la audiencia de formulación de acusación y se afirma que en ese espacio se verifica que el escrito acusatorio cumpla los lineamientos del artículo 337 procesal y concluye que *“la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación es verificar al existencia y satisfacción de sus requisitos”*, lo que implica que no es de cualquier manera que se presenta el mismo y no escapa en últimas, o mejor no debe escapar -a control por parte del juez

En efecto, el alcance de aquella alusión apunta a que aspectos previos que confluyeron a la construcción del escrito acusatorio pueden estar viciados de nulidad, pero no el escrito mismo, conclusión que se ratifica cuando con posterioridad la Corte Suprema ha insistido en que en la audiencia de formulación acusatoria puede postularse la invalidación de lo actuado, por ejemplo en la fase de investigación previa (sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 32.865).

Si ello sucede, esto es, si se decreta la nulidad de la actuación previa al escrito de acusación, surge evidente que este queda sin piso, pues un requisito necesario para que el Fiscal pueda impulsar un juicio con ese documento es que la actuación previa, como la formulación de imputación, se haya cumplido con el respeto irrestricto a las formas propias de un proceso como es debido.

4.2 ESCRITO DE ACUSACION Y DERECHO A LA DEFENSA ¿IGUALDAD DE ARMAS?

Para entender el derecho a la defensa y la igualdad de armas en proceso se hace necesario hacer un breve repaso del Procedimiento Penal Acusatorio investigación de los hechos que revisten características delictuales se inicia desde el momento en que la Fiscalía tiene conocimiento de la *notitia criminis*, la Fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y

delimita los aspectos generales del presunto ilícito; la fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la *notitia criminis*.

Cumplida la indagación, la Fiscalía puede formular ante el juez de garantías la imputación contra el individuo del que sospecha caberle responsabilidad penal por el ilícito⁶⁰.

Una vez formulada la imputación, la defensa está en posibilidad de adelantar el recaudo de la información pertinente y de los elementos fácticos de contenido probatorio necesarios para diseñar la estrategia defensiva. Lo anterior no obsta para que, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional, el presunto implicado pueda ejercer su derecho de defensa desde la etapa misma de la indagación preliminar y durante la etapa de investigación anterior a la formulación de la imputación, tal como se desprende del pronunciamiento que se cita, proferido con ocasión del estudio del artículo 108 del C.P.P.;

En este orden de ideas, la correcta interpretación del derecho de defensa implica que se puede ejercer desde antes de la imputación. Así lo establece el propio Código por ejemplo desde la captura o inclusive antes, cuando el investigado tiene conocimiento de que es un presunto implicado en los hechos.

Si en la formulación de imputación aceptación total de los cargos asignados se permite la protocolización inmediata de la acusación (art. 293 C.P.P.). No obstante, si el imputado los rechaza, el día siguiente a la formulación de la imputación se da inicio a la etapa de la investigación. Al igual que la Fiscalía, en la

⁶⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 200, Op. cit.

Artículo 286. la formulación de imputación es “el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”. La Fiscalía promueve dicha formulación cuando “de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

etapa de la investigación el imputado o su defensor “podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de la Fiscalía de que es imputado o defensor de este, los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo”⁶¹.

Ahora bien, en principio, el término instructivo es de 90 días. En ese lapso, el fiscal puede optar por tomar una de tres determinaciones, todas ellas definitivas para el curso del proceso: puede formular la acusación contra el imputado, puede solicitar la preclusión de la investigación o puede hacer uso del principio de oportunidad que le confiere el nuevo modelo penal acusatorio. Transcurridos los 90 días iniciales de la instrucción, si el fiscal no adopta ninguna de las alternativas precedentes, el proceso deberá ser asignado a un segundo fiscal, que contará con el mismo término para tomar la decisión correspondiente.

Si, de la investigación realizada, el fiscal competente encuentra que “de los elementos materiales probatorios” y de la “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”, el fiscal está llamado a presentar acusación formal contra el imputado, mediante escrito de acusación (Art. 336 C.P.P).

Formalmente, la presentación del escrito de acusación marca el final de la etapa de investigación y da inicio a una etapa de transición entre aquella y el juicio oral. Los fines primordiales de esta fase son la delimitación de los temas que serán debatidos en el juicio oral y la fijación de los elementos de convicción que podrán practicarse como pruebas en el juicio. El objetivo general de la misma es depurar

⁶¹ *Ibíd.*, Art. 268.

el debate que será llevado a instancias del juez de conocimiento en el juicio, de manera que allí sólo se discuta lo relativo a la responsabilidad penal del imputado. Recibido el escrito de acusación y dentro de los 3 días siguientes, el juez competente debe convocar a una audiencia de acusación en la que –como su nombre lo indica- procederá a formularse la acusación pertinente (art. 338 C.P.P.). Dicha audiencia es la oportunidad procesal prevista para que la Fiscalía exponga los elementos de juicio, las evidencias y el material fáctico que pretende aducir como pruebas en el juicio a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado. En la audiencia, el juez competente da traslado del escrito de acusación a las partes y debe conceder el uso de la palabra a la Fiscalía, al Ministerio Público y a la defensa, con el fin de que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Inmediatamente después, el juez dará la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación (Art. 339 C.P.P.). Antes de finalizar la audiencia de acusación, el juez de conocimiento 1) incorporará las correcciones a la acusación leída, 2) aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes y 3) suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda (art. 343 C.P.P.).

De acuerdo con las conclusiones a que se arribe en la audiencia de acusación, el juez de conocimiento debe convocar –no antes de 15 días, ni después de 45- a una segunda audiencia, denominada audiencia preparatoria, que tiene como fin último la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral y el señalamiento de la fecha de iniciación del juicio.

En la audiencia preparatoria, que cuenta con la presencia del fiscal, del defensor, del acusado, del Ministerio Público y del representante de las víctimas (art. 355 C.P.P.), el juez dispondrá –entre otras cosas- que las partes manifiesten sus

observaciones sobre el procedimiento de descubrimiento de los elementos probatorios. Adicionalmente, ordenará que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física y ordenará que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

Durante la audiencia preparatoria, la Fiscalía y la defensa podrán solicitar las pruebas que requieran para sustentar su pretensión, el juez decretará las que considere pertinente y admisibles, además de que el Ministerio Público puede solicitar la práctica de las que no lo hayan sido (art. 357 C.P.P.).

Tramitada la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento fijará la fecha y la hora de inicio del juicio, que deberá realizarse dentro de los 45 días siguientes a la audiencia preparatoria (Art. 365 C.P.P). En el juicio oral, el juez escucha la +presentación del caso por parte de la Fiscalía y la defensa, los alegatos finales de los intervinientes y practica las pruebas que se ordenaron en la audiencia preparatoria. Finalmente, toma la decisión que se habrá de reflejar en la sentencia.

El verdadero sentido de la norma es que la defensa tiene acceso a todos los elementos probatorios descubiertos por el fiscal, ya que después de dicho descubrimiento, en un término de 3 días, tendrá lugar la audiencia de formulación de acusación, en la que la defensa podrá proponer objeciones al escrito de la Fiscalía. Es en esta audiencia en la que la defensa puede pedir el descubrimiento de un elemento material probatorio específico de que tenga conocimiento, medida que complementa el proceso de descubrimiento de los medios cognitivos y garantiza el derecho a la defensa del inculcado, porque aunque el fiscal está obligado a suministrar con el escrito de acusación todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones conocidas, la norma permite a la defensa la exhibición de aquellos que tenga conocimiento que no hayan sido

presentados por el ente acusador. Esto con el fin de que dicho elemento, que también puede estar en cabeza de otra institución, se convierta en prueba dentro del proceso⁶².

Es así como el principio de igualdad de armas busca garantizar que las partes del proceso penal cuenten con los mismos elementos probatorios para sustentar sus posiciones respectivas, lo cual implica, necesariamente, la garantía del principio de igualdad procesal. Con ello se evita que uno de los intervinientes tenga una posición privilegiada sobre el otro y que dicha posición incida en el resultado probatorio del proceso.

Algunos doctrinantes y la propia Fiscalía General de la Nación hacen referencia a él como el principio de 'igualdad de armas', queriendo indicar con ello que, en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales.

En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se hace derivar del artículo 6.1, contenido del principio jurídico conocido bajo el brocardo "audiatur et altera pars" y que literalmente significa, escuchar también a la otra parte. Dice al respecto la Convención Europea:

Artículo 6º Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005, Op. cit.

sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia⁶³.

Así entonces, el principio de igualdad de armas constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.

Desde otra perspectiva, el principio de igualdad de armas constituye una de las características más sobresalientes de la metodología de investigación que impone el entrante modelo acusatorio.

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal,

⁶³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consultado el 11 de febrero de 2015. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia.

Ahora bien, como el cambio de metodología de la investigación penal implica que, en el nuevo sistema, la Fiscalía no está obligada a recaudar material probatorio que pudiera ser favorable a la defensa, sino que su tarea se limita a encontrar las pruebas de cargo que desvirtuarían la presunción de inocencia del acusado (aunque, de encontrar pruebas exculpatorias, está en la obligación de entregarlas a la defensa), se hace indispensable que la defensa tenga acceso al conocimiento del acervo que se hará valer en su contra.

Por ello, en aras de mantener el equilibrio de la contienda y de garantizar la vigencia del plano de igualdades en el debate, en otras palabras, con el fin de hacer realidad el principio de la igualdad de armas, la defensa debe estar en posibilidad de conocer los elementos de juicio que se encuentra a disposición de la Fiscalía, pues de ellos depende el diseño de su estrategia defensiva.

En términos generales, el principio de igualdad de armas se despliega en dos direcciones complementarias: en primer lugar, implica que los actores del proceso deben contar con las mismas oportunidades para participar en el debate. Del otro lado, esta premisa se traduce, en términos probatorios, en la necesidad de que la defensa y la Fiscalía tengan acceso al mismo material de evidencia requerido para sustentar el debate en juicio.

Ahora bien, la manera de garantizar el equilibrio de las armas en el proceso penal de corte adversarial y, por tanto, de permitir que tanto la defensa como la Fiscalía cuenten con las mismas oportunidades de acción y con los mismos elementos de convicción se concreta en la figura del descubrimiento de la prueba.

La decisión de garantizar el principio de igualdad de armas en el proceso penal mediante el instituto del descubrimiento de la prueba responde al reconocimiento de que el aparato estatal cuenta con recursos económicos, técnicos, científicos y operativos mayores de los que podría disponer un particular acusado de incurrir en un ilícito. La desproporción que en materia investigativa inclina la balanza en contra de la defensa obliga al legislador a garantizar el equilibrio procesal mediante la autorización que se da al procesado para que acceda al material de convicción recaudado por los organismos oficiales.

Acudiendo a una interpretación integral de la Constitución Política, podría decirse también que el principio general de igualdad constitucional (art. 13 C.P.) se integra al artículo 29 superior, que consagra los principios fundamentales del debido proceso, así como al artículo 229 de la Carta, que estructura el acceso de las personas a la administración de justicia, para constituir el derecho constitucional del sindicado a 'presentar sus pruebas en igualdad de condiciones' en el proceso, variante de tal garantía reconocida de alguna manera por la Corte Constitucional en su jurisprudencia. En efecto, el concepto general de la Corporación sobre el principio de igualdad procesal permite evidenciar que la Corte ha sido proclive al reconocimiento de este principio:

El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca

asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión** frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal⁶⁴.

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

En complemento de lo anterior y con la intención de que el despliegue del principio de igualdad de armas sea una realidad para la controversia procesal, el legislador ha querido también que la Fiscalía conozca el material de convicción que la defensa ha podido recopilar desde el momento en que presentó la formulación de la imputación e, incluso, desde el momento en que tuvo conocimiento de la existencia de la indagación preliminar, si así hubiese ocurrido. Por ello, en la diligencia de descubrimiento, el fiscal también puede pedir a la defensa que entregue copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio (art. 344 C.P.P).

En última instancia, la diligencia de descubrimiento pretende garantizar la transparencia del juicio penal –fair trial-, pues, aunque la estructura del proceso

⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

está sentada sobre la base de una contienda, el fin último constitucional del proceso penal es la realización de la justicia material, lo cual implica que el discurso sobre la responsabilidad penal del acusado debe erigirse sobre la base de hechos conocidos y dudas razonables, pero no de pruebas ocultas o acusaciones inesperadas.

Ciertamente, dado que el principio de igualdad de armas ilumina e inspira por entero el procedimiento penal en el nuevo sistema acusatorio, es obligatorio interpretar las normas pertinentes bajo la óptica de sus previsiones. No sería compatible con la interpretación armónica de las normas procesales, inspiradas en los derroteros de los principios del procedimiento, que se entendiera, a partir de una lectura textual de la disposición acusada, que mientras la Fiscalía puede solicitar el descubrimiento de todos los elementos probatorios allegados al proceso, a la defensa sólo se le permitiera acceder a uno de ellos.

Así, por ejemplo, el artículo 8º de la Ley 906 de 2004 incluye dentro de las garantías propias del debido proceso de la defensa, potestades que reflejan esa posibilidad de acceder al material probatorio de la Fiscalía.

Artículo 8º. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

(...)

j) Solicitar, conocer y controvertir las pruebas;

k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con intermediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de

testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate⁶⁵.

La norma hace referencia al acceso que la defensa tiene sobre el material probatorio de la Fiscalía, sin que de ninguna de sus previsiones se deduzca que aquella sólo puede conocer uno de los elementos que componen dicho material. La plena vigencia del deber constitucional integrado al texto de la norma legal permite a la Corte concluir que, presentado escrito de acusación, en la audiencia de acusación, la Fiscalía General de la Nación debe suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, pero que –adicionalmente- la defensa también podrá pedir el descubrimiento de elementos probatorios específicos y de material probatorio que tenga conocimiento que está en poder de la Fiscalía.

El artículo 250 de la Constitución Política advierte que, formulado escrito de acusación, la Fiscalía deberá suministrar todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado. Del texto constitucional se extrae que el suministro de los elementos probatorios e informaciones recaudados por la Fiscalía se circunscribe a aquellos que fundamentan la acusación, pues no tendría sentido que la Fiscalía descubriera material probatorio por completo ajeno a la misma. Así, la obligación inicial del fiscal en la audiencia de descubrimiento es la de descubrir el material probatorio sustento de la acusación.

Sin embargo, si la defensa lo considera conveniente y provechoso para su estrategia defensiva, el artículo 344 le confiere una herramienta adicional para que, además del material que ya fue genéricamente descubierto, el fiscal descubra otros elementos que estén en su poder y que, por no haber sido considerados relevantes, no fueron descubiertos.

⁶⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004, Op. cit.

La Corte Constitucional considera que el artículo 344 C.P.P. en concordancia con la obligación general de descubrimiento que recae sobre la Fiscalía General de la Nación, o sus agentes, debe ser considerado como una herramienta adicional que refuerza el principio de igualdad de armas, en tanto que le permite a la defensa profundizar en el descubrimiento de material probatorio que tenga conocimiento que puede estar en poder de la Fiscalía.

4.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA AUSENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD EN EL ESCRITO DE ACUSACIÓN

El escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004, acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio –solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

Por esa razón la Fiscalía tiene unas responsabilidades que le surgen luego de la presentación del escrito de acusación, dirigidas a poder probar: i) que alguien cometió una o varias conductas punibles, razón por la cual en el literal “a” del artículo 337, se le pide que individualice de manera concreta a los acusados; y, ii) que con unos hechos específicos fue que se infringió la ley penal, razón por la cual el numeral 2º del artículo 337 exige en el escrito de acusación “*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible*”, además del descubrimiento de las pruebas con las que pretenda probarlos (artículo 337.5).

Luego de precisar los hechos jurídicamente relevantes en el escrito de acusación, la Fiscalía ha delineado el único camino que puede recorrer en el juicio, ya que el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 le advierte al juez que no puede condenar por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los que no se ha solicitado condena, con lo que es de la responsabilidad exclusiva de la Fiscalía, tanto la definición de los hechos materia del juicio, como la tipificación del delito, según se advierte del artículo 443 *ibídem*.

Así las cosas, si la tipificación de la conducta punible con fundamento en unos hechos jurídicamente relevantes, es una atribución de la Fiscalía, sin que dicho acto de parte tenga control judicial, -ni oficiosamente, ni de manera rogada-; la tipificación que hace la Fiscalía la compromete de manera precisa con su tarea en el juicio, por lo que en su condición de parte tiene una enorme responsabilidad, que surge, de manera formal, al confeccionar el escrito de acusación, específicamente al consignar en él los hechos jurídicamente relevantes.

Por lo tanto, so pretexto de no compartir la adecuación de los hechos con el *nomen iuris* que provisionalmente presenta la Fiscalía en la acusación para efectos de definir competencia y marcar los derroteros procesales del juicio, no puede la defensa, ni nadie, discutir en la audiencia de formulación de acusación que esos hechos corresponden a otra adecuación típica, y anticipar de manera improcedente el debate en torno de la tipicidad, propio del juicio, a un momento en que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para decidir.⁶⁶

La acusación es un acto de parte, de la Fiscalía, y por tanto el escoger qué delito se ha configurado con los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación supone precisar el escenario normativo en que habrá de desarrollarse el juicio, el cual se promueve por excitación exclusiva de la Fiscalía

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29994 M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 190.

General de la Nación a través de la radicación del escrito de acusación (razón por la que el único autorizado para tipificar la conducta punible es la Fiscalía, de acuerdo con lo planteado por el artículo 443); acto que como se dijo no tiene control judicial, y en cambio si sustenta todo el andamiaje de la dinámica y la lógica argumentativa y probatoria que se debatirá en el juicio.

Razonar de otra manera sería permitir o autorizar la discusión propia del juicio, en momentos procesales inoportunos, supondría patrocinar la anticipación de la discusión de la tipicidad, lo cual nos colocaría en la senda de la disputa del ejercicio de la acción penal por parte del juez a la Fiscalía: como cuando la Fiscalía presenta acusación por peculado, que siendo de la competencia del juez penal del circuito, la defensa pudiera discutir en la audiencia de formulación de acusación que se trata en cambio de un abuso de confianza, propio del marco competencial del juez penal municipal, y por supuesto con unas exigencias normativas diferentes y una punibilidad también distinta; o unas lesiones personales en lugar de la tentativa de homicidio por la cual se ha acusado; todo lo cual será materia de análisis, discusión y prueba en la vista pública, y allí, con fundamento en la posición procesal exitosa, se producirá como consecuencia, la absolución o la condena.

Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación, sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la Fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la Fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal.

5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

5.1 DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Colombia a través del Acto Legislativo 03 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, se modificó la estructura procesal penal con el fin de intensificar sus contenidos acusatorios y superar la impronta inquisitiva del sistema procesal anterior. Para tal efecto, se especializó a la Fiscalía en la investigación y acusación; las afectaciones de los derechos fundamentales con ocasión de la investigación se radicaron en el juez de control de garantías; se concibió el proceso penal como sinónimo de juicio y se lo sujetó a deberes y principios probatorios orientados a asegurar que la sentencia se apoyara en la información introducida y validada pública y realmente en el juicio.

En cuanto a la Fiscalía, la carta política le impuso la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal y realzar la investigación el so hechos que revisten las características de un delito que lleguen a su conocimiento, ello siempre y cuanto medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. En cumplimiento dicho mandato de la Fiscalía puede realizar excepcionalmente capturas; debe adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones; debe asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción; debe solicitar las medidas necesarias para garantizar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad en especial de las víctimas debe presentar escrito de acusación, solicitar la preclusión de la instrucción o solicitar la aplicación de oportunidad; en caso de presentar escrito de acusación, por conducto del juez de conocimiento, debe suministrar todos los elementos materiales probatorios e informaciones que tenga noticia, incluidos los favorables al procesado; debe solicitar medidas para la protección a las víctimas;

debe velar por la protección de los intervinientes en el proceso penal, y debe dirigir y coordinar las funciones de policía judicial.

En cuanto al juez de control de garantías la Constitución le atribuyó el control de las capturas; de los registros de allanamientos, incautaciones e interceptaciones realizadas por la fiscalía; la imposición de las medidas de aseguramiento personales; la autorización de las medidas adicionales que afecten derechos fundamentales, y el control de la aplicación el principio de oportunidad.

La constitución le asignó al juez de conocimiento la facultad de declarar las preclusiones solicitadas por la Fiscalía y adelantar juicios sujetos a los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, concentración y como todas las garantías.

La constitución de 1991 fijó la estructura básica de acusación y juzgamiento y, de manera consecuente con ello, asignó roles a la Fiscalía y a los jueces de conocimiento. No obstante, la Carta no previó de manera expresa de que ella hiciera parte de formalización de la investigación penal, ni tampoco el control sobre ese acto y sobre la acusación, temáticas estas que quedaron relegadas a la capacidad de configuración normativa del legislador.

5.1.1 La ausencia del control de la acusación. En fallos de la Corte Suprema⁶⁷ se hace relevancia sobre el principio de congruencia ya explicado en este trabajo. La Corte concluye que:

La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la

⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 28 de febrero de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo, (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad⁶⁸.

Hoy día se ha precisado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹ que el escrito de acusación puede ser aclarado, adicionado o corregido, con el fin de establecer, de forma actual, adecuada, suficiente y certera, el marco de actuación de la Fiscalía General de la Nación en la fase del juicio, y que de hecho, al fiscal le está permitido retirar dicho escrito antes de la celebración de la audiencia de acusación, sin que esto implique la finalización de la actuación frente a alguno de los delitos investigados.

Por lo tanto, cuando el ente acusador no opta por retirar el escrito, sino que indebidamente lo adiciona, para concluir la actividad procesal de uno de los ilícitos

⁶⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto 5 de octubre de 2007. Auto 15 de julio de 2008. Auto 6 de mayo de 2009. Auto de 24 de agosto de 2009. Auto de 17 de noviembre de 2010.

⁶⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia SP-1392 (39894). Febrero. 11 de 2015. M. P. José Leonidas Bustos)

imputados, desconoce que la vía legal dispuesta con ese propósito es la preclusión, indicó el alto tribunal.

Así, ante la ausencia de mérito para sostener la acusación, dicho funcionario debe solicitar la preclusión al juez de conocimiento, aun cuando no haya habido formulación de la imputación.

En ese orden de ideas, es claro que por expreso mandato constitucional, ante la ausencia de mérito para sostener la acusación, en lo cual se insiste en el control de la acusación respecto de dicho mérito para acusar, el fiscal se encuentra compelido a requerir al juez de conocimiento la preclusión, pues ella implica la terminación de la actuación de manera definitiva y con⁷⁰ efectos de cosa juzgada, sin el agotamiento de las etapas procesales en su integridad.

De allí que es válido afirmar que ha valorado el constituyente la existencia de un claro contenido jurisdiccional en esta decisión de rango constitucional, razón por la cual le asignó la competencia para su conocimiento al juez, pues de permitirse que el órgano investigador la adopte, se estaría dejando en manos de una parte – la acusadora- la titularidad de la jurisdicción en franco detrimento de la víctima, la sociedad y el Ministerio Público, quienes no podrían ejercer ora sus derechos ya su competencia con evidente menoscabo de sus intereses ante la imposibilidad de su cuestionamiento.

Misma postura asumida por el legislador de 2004 cuando formuló como alternativa para la garantía del equilibrio de las partes, el reforzamiento del control judicial para las decisiones procesales definitivas que hacen tránsito a cosa juzgada, específicamente para la preclusión del proceso y la aplicación del principio de oportunidad. Esta postura, que evidencia una clara separación entre

⁷⁰ Cfr. En este sentido, CSJ. SP. de 28 de febrero de 2007, Rad. 26087; AP. de 5 de octubre de 2007, Rad. 34370; AP. de 15 de julio de 2008, Rad. 29994; SP. de 13 de diciembre de 2010, Rad. 38256; AP. de 13 de marzo de 2013, Rad. 39561; AP. de 18 de diciembre de 2013, Rad. 34916, entre otras.

las funciones de investigación-acusación y la de juzgamiento, armoniza plenamente con la característica fundamental del sistema acusatorio, el cual se sustenta en el principio acusatorio, integrado por tres sub principios⁷¹: (i) nemo iudex sine actore, (ii) la separación entre el órgano que acusa y el órgano que juzga y, (iii) el derecho a ser informado de la acusación; siendo entonces la atribución diferenciada de competencias para acusar y extinguir el proceso, una clara expresión del acatamiento de este modelo.

De otro lado, considera la Corte⁷² que por virtud de la formulación de acusación que dentro del postulado adversarial se traba la relación contenciosa entre la Fiscalía y la parte representada por el procesado y su defensor, facultando el proceso de partes que surge de los cargos en concreto presentados por la Fiscalía, además del correspondiente descubrimiento probatorio a partir del cual se trata de materializar el principio de igualdad de armas.

Ese acto de acusación, en la legislación colombiana, opera complejo, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, pues, demanda, a manera de requisito de validez, que previo a la celebración de la audiencia de formulación de acusación, se presente por la Fiscalía un escrito de acusación que contenga aspectos básicos referidos a las partes, la delimitación fáctica de lo ocurrido, así como su denominación jurídica, y el anexo que contiene la relación completa e identificación de los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes que ha recolectado en su labor investigativa la Fiscalía.⁷³⁷⁴

Cfr. Ley 906 de 2004, art. 334. 35 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, de junio 9. 36 Cfr. Actas de la Comisión Constitucional Redactora Creada por el Acto Legislativo 003 de 2002, Acta No. 023, correspondiente a la sesión del 27 de junio de 2003, Vid. Específicamente intervención de los comisionados Adolfo Salamanca Correa y Carlos Eduardo Mejía.

⁷² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370, Op. cit.

⁷³ Auto de 21 de marzo de 2012. Sentencia de 18 de abril de 2012. Auto de 18 de abril de 2012. Auto de 27 de junio de 2012.

⁷⁴ Auto 20 de agosto de 2010. Sentencia 8 de junio de 2011. Sentencia 7 de octubre 2011.

5.2 LA ACUSACIÓN PUEDE ANULARSE, SI DESCONOCE GARANTÍAS FUNDAMENTALES

La nulidad del escrito de acusación puede declararse, cuando se desconocen las garantías fundamentales del procesado, advirtió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Como este escrito forma parte de la formulación de imputación, que es una actuación procesal sobre la que el juez ejerce control, no es descartable su nulidad, ejemplo de ello es la forma como se resolvió la acción de tutela presentada por los fiscales que radicaron el escrito de acusación contra Laura Moreno y Yessy Quintero, procesadas por la muerte del estudiante de la Universidad de Los Andes Luis Andrés Colmenares.

Los fiscales atacaron la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que declaró la nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación contra una de las acusadas por el delito de falso testimonio. Para la Sala, el desconocimiento de la prohibición de autoincriminación hacía procedente la nulidad de la actuación.

Sin embargo contrario a ello en la Sentencia 38256 del pasado 21 de marzo, la Corte había sostenido que el escrito de acusación es un acto de parte, no judicial, y que, por lo tanto, no podía ser objeto de nulidad.⁷⁵

5.3 TEMA DE DISCUSIÓN: ¿ES PROCEDENTE RECURSO CONTRA ESCRITO E ACUSACIÓN?

El artículo 86 de la Constitución Política, en cuanto establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la

⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto 60211. Mayo 9/12. M.P. Luis Guillermo Salazar. Otero. Ámbito jurídico.

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Así mismo, que la acción de tutela contra *decisiones judiciales* presupone la concurrencia de unos requisitos de procedibilidad que consientan su interposición: *genéricos y específicos*, esto con la finalidad de evitar que la misma se convierta en un instrumento para discutir la disparidad de criterios entre los sujetos procesales y la autoridad accionada, contrariando su esencia, que no es distinta a denunciar la violación de los derechos fundamentales.

En el anterior orden de ideas, si no existen motivos que impidan promover la acción, ésta procederá contra las decisiones judiciales en la medida que carezcan de fundamento objetivo y configuren una vía de hecho, por lo cual, son improcedentes aquellas demandas en las que las consideraciones personales o subjetivas del accionante se anteponen a las argumentaciones del funcionario que las profiere, toda vez que esa circunstancia por sí misma no es razón suficiente para predicar la existencia de una arbitrariedad.

El tema de discusión es visto desde la perspectiva que ¿si el escrito de acusación forma parte de la formulación de imputación, que es una actuación procesal sobre la que el juez como funcionario judicial ejerce control, y si existe una violación que detectó desde la ejecución de un acto procesal, como lo es la formulación de imputación y por ello, susceptible de ser anulado, puede igualmente ser tutelado?

Ante esto nuestra posición se argumenta en que a pesar de que el escrito de acusación sea un acto de parte y no jurisdiccional no se descarta la posibilidad de

anularlo toda vez que el juez ejerce un mediano control sobre éste y la defensa puede proponer la nulidad en audiencia prevista para tal fin, ante el juez llamado a conocer del asunto y permitiéndose el ejercicio de los recursos legales. Esto no es otra cosa que la garantía del derecho a la defensa.

No con ello se quiere decir que si el escrito de acusación tipifica un delito de manera incorrecta y la tutela le es favorable se entienda que la providencia impugnada emerge la absolución por el delito en cuestión, en este caso la tutela solo dejaría abierta la posibilidad de intentar nuevamente la formulación de la imputación, conforme con la pautas que rigen el debido proceso y el respeto de las garantías fundamentales.

Igualmente se podría preguntar si ¿Puede el fiscal retirar el escrito de acusación si ya lo presentó ante el juez de conocimiento?

Muchos lo niegan, con el argumento de que el legislador fue poco previsor y no diseñó una fase precisa para hacerlo. Razones serias soportan esa tesis, habida la evidente mala regulación de la materia. Pero admitirla implicaría una enorme pérdida de tiempo, esfuerzos y dinero, en tanto numerosos procesos culminarían con un remedo de juicio: aquellos en los que el fiscal tiene claro que es imposible sacar avante la pretensión punitiva. Los ejemplos ilustran la materia:

Piénsese en el fallecimiento, luego de presentado el escrito de acusación, del único testigo de un caso, o en el hecho, muy frecuente por cierto, de que un fiscal, distinto a quien presentó el escrito, advierta que no hay razones jurídicas para formular acusación (porque la conducta es sólo formalmente antijurídica, porque ni siquiera es punible, porque las pruebas son insuficientes para soportar una acusación, porque ya se sabe que el imputado no participó en el delito, etc.).

Ningún sistema judicial soportaría una tan enorme pérdida de esfuerzos. Si la Constitución dispone la primacía de lo sustancial sobre lo formal, no se entiende la celebración de un juicio para sólo agotar trámites, a sabiendas de que culminará con un fallo absolutorio.

El problema debe examinarse a la luz de la sentencia C 920 de 2007, según la cual, una vez presentado el escrito, sólo puede invocarse la preclusión con fundamento en las causales 1 y 3 del artículo 332 de la ley 906 de 2004. El retiro es, pues, la única solución viable y eficaz para solucionar esta clase de asuntos.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia defendió esa tesis, en los siguientes términos:

Si el fiscal es el “dueño de la acusación” y al momento de radicar el escrito que la contenga lo que hace es una manifestación expresa de sus pretensiones ante el juez de conocimiento, nada impide que antes de que se haga efectiva la formulación en la audiencia respectiva pueda retirar su escrito, esto es, los cargos, en tanto en esa instancia se está ante un acto de parte, que aún no ha impulsado actividad jurisdiccional y, como acto de parte, bien puede desistir del mismo.

Ese retiro del escrito de acusación no exige decisión judicial (el asunto no entró en la órbita de la función del juez), pero la Fiscalía corre con las consecuencias que se sigan de su decisión, en tanto es evidente que persiste una imputación válidamente formulada, respecto de la cual se tiene el deber de que el trámite finalice con preclusión o acusación. Además, con la decisión autónoma del funcionario los lapsos continúan corriendo sin interrupción alguna⁷⁶.

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 21 de marzo de 2012. Rad. 38.256. M. P. José Luis Barceló.

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

- Se puede afirmar que en virtud del principio acusatorio, no puede haber condena sin acusación; debe haber una clara separación entre quien acusa y quien juzga; debe existir congruencia personal, fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia; la Fiscalía no debe estar legitimada para afectar derechos fundamentales y para emitir decisiones con valor de cosa juzgada, y se deben propiciar espacios para el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Y, para los efectos del presente trabajo de grado, se impone destacar que ninguno de estos contenidos supone que una sola decisión de acusar de la Fiscalía conlleve, de forma inexorable, la apertura del juicio oral, pues, como se señaló anteriormente, dicho efecto está supeditado a que se le decida, de forma positiva, el control judicial de la acusación.
- El control judicial de la acusación se orienta a verificar que la misma cumpla con estándares mínimos para acusar exigible en los regímenes democráticos, bien sea a través de la determinación de la existencia de causa probable, de motivos fundados, de fundamentos razonables, o de la acreditación del respecto del principio de imputación necesaria. Se trata de exigir que solo se acuse si se cuenta con fundamentos suficientes para asumir que la conducta delictiva existió y que el acusado es probable autor o participe de ella. Es decir, en esa fase se hace una declaración judicial o aceptación o rechazo de la acusación o, para decirlo con otras se promueve un juicio de acusación; del escrito de acusación no se predica la nulidad al no ser un acto procesal, sino de parte, más sin embargo de no satisfacer los requisitos de orden legal para su presentación y sustento sí hay lugar a nulidad de la acusación, de la audiencia, no otra opción queda que afirmar la necesidad de fortalecer el control a la acusación, sin que se trate de imponer una determinada calificación, o pretensión punitiva diversa de la Fiscalía por el juez.

- El escrito de acusación procede a solicitud del acusado, la defensa y los intervinientes, pero no de oficio; es formal y no material o sustancial; solo recae sobre los requisitos formales del escrito de acusación; no se extiende a la calificación jurídica de los hechos; no conduce a la anulación del escrito; las observaciones hechas no son vinculantes para la Fiscalía; el juez no puede impedir que se acuse; la consecuencia de los errores en que incurra la Fiscalía en la acusación en su desestimación en la sentencia, y el control material comprometería la imparcialidad del juez y dejaría a la defensa en condición de desigualdad.
- Se está en un entorno en el que no se ha previsto un control sustancial de la acusación ante un juez de audiencias preliminares, sino solo un control formal ante el juez de conocimiento, son legítimos los esfuerzos que despliega la jurisprudencia para que este control formal no se trastoque en un control material, que comprenda la verificación de la existencia de un fundamento sustancial para acusar.
- La jurisprudencia ha evolucionado de una manera muy significativa en torno a la temática. Ello es comprensible pues el sistema acusatorio colombiano entró en vigencia hace solo 9 años y está solo en proceso de consolidación, motivo por el cual la jurisprudencia debe, con mucha frecuencia sortear una multiplicidad de situaciones novedosas y resolverlas ateniéndose a los fundamentos, a la estructura y a la dinámica de ese sistema. Y el control de la acusación no ha sido ajeno a esa evolución.
- Si realizamos una sistematización de esta jurisprudencia, se tiene que en este momento hay claridad sobre los siguientes aspectos vinculados al control de la acusación en el proceso penal Colombiano:

- La legitimidad para desatar el control sobre la acusación recae en el acusado, la defensa y los intervinientes, pero no en el juez. Si bien inicialmente se estableció que ese control podía realizarse de oficio o a petición de la defensa, luego ese punto de vista se modificó para afirmar que el juez no tenía la facultad de hacer observaciones o de corregir el escrito de acusación y que esta era una atribución privativa del acusado, la defensa y los intervinientes.
- La defensa cuenta con la audiencia de acusación para hacer observaciones del escrito de acusación. Si las hizo, se tuvieron en cuenta y quedó conforme, o si no las hizo, después no tiene legitimidad para plantear nulidades procesales por irregularidades en el escrito de acusación.
- El control del que es susceptible el escrito de acusación es un control formal y no material o sustancial. Es decir, recae sobre los requisitos formales previstos en el artículo 337 C.P.P. y no sobre el fundamento sustancial para acusar consagrado en el artículo 336 ibíd. Por ello, a través, del mismo no se pueden debatir aspectos como la contundencia de las pruebas, su legalidad o las posibilidades de que se pueda obtener una condena.
- El control recae sobre los requisitos formales del escrito de acusación pero no se extiende a la tipificación de los hechos por los que se acusa. En un comienzo se sostuvo que el control formal de la acusación comprendía la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta por la Fiscalía, pero en el mismo precedente también se dijo que no se podía cuestionar la calificación jurídica de la conducta. Sobre este aspecto luego se hizo bastante claridad: el juez no puede sugerir ni señalar los delitos por los cuales se debe proceder.

- La fiscalía puede tener o no en cuenta las observaciones hechos al escrito de acusación. Si no lo hace, no adquiere fuerza vinculante y no pueden ser debatidas en el juicio ni consideradas en la sentencia. Por estos motivos con ocasión del control formal a que se somete el escrito de acusación, el juez no puede impedir que el fiscal acuse.
- Como el escrito de acusación no es susceptible de anularse, la consecuencia de los desaciertos en que se incurra en al acusación es su desestimación en la sentencia; es decir, la decisión final de desechar la petición de la fiscalía.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI. Proceso Penal. Perspectivas internacional, comparada y latinoamericana. México: Ubijus, 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CLARÍA OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.

FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento penal acusatorio y oral. Vol. II. 2ª Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2010.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, 2005.

GÓMEZ SIERRA, Francisco. Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Editorial Leyer, 2014.

HEDLER, EDMUNDOS. Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

MARTINEZ ARRIETA, Andrés. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio. Madrid: Comares Editorial, 1994.

MELÉNDEZ, Florentino. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: Estudio constitucional comparado. Bogotá: Universidad del Rosario.

MONTERO AROCA, JUAN. Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blach, 19987.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Bogotá: Editorial Legis, 2006.

NICASTRO, Gian María. "Sistema Procesal Penal Italiano". En: Sistemas Penales Europeos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2002.

OSORIO ISAZA, Luis Camilo. Gaceta del Congreso N° 339. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia (23 de julio de 2003).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Granada, 2000.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, 2003.

UREA, Alberto Alonso. Ley de enjuiciamiento criminal. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 2007.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1194 de 2005. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal -Sala de decisión en tutela. Sentencia 9 de mayo de 2012. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2012. Aprobado acta número 139. M.P. José Leónidas Bustos Martínez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Pena. Sentencia del 13 de septiembre de 2006. Radicado N° 21.596.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de febrero de 2004, Rad. 14343.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1° de junio de 2006. Radicación 24764.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Rad. 24026.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de noviembre de 2005. Rad. 24530.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2009. Rad. 31293.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Aprobado Acta No. 417. Proceso N° 34370. Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2010. M.P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez Dr. Alfredo Gómez Quintero.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. No. 15843. Reiterada en auto del 21 de marzo de 2012. Rad. 38256.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de segunda instancia del 18 de abril de 2012. Rad 38521.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. M.P. José Luis Barceló Camacho. Aprobado acta N° 302. Bogotá, D. C., once (11) de septiembre de dos mil trece (2013).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso N° 34022. Aprobado Acta N° 193. Bogotá D. C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011). M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto del 14 de febrero de 2002. Rad. 18457. M.P. Jorge Córdoba Triviño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto del 21 de enero del 2003. Rad. 20.161.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 1° de enero de 2007. Rad. 23.540.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 24 de agosto de 2009. Rad. 31.900.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proceso No. 29994 M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Aprobado acta número 190.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia 28 de febrero de 2007. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto 60211. Mayo 9/12. M.P. Luis Guillermo Salazar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 21 de marzo de 2012. Rad. 38.256. M. P. José Luis Barceló.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. Sentencia 12 de septiembre de 2012. Sala Penal. M.P. José Joaquín Urbano Martínez.

NORMATIVIDAD

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. En: Diario Oficial N° 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2700 de 1991. “Por medio del cual se expiden y se reforman las normas de procedimiento penal”. En: Diario Oficial N° 40.190 del 30 de noviembre de 1991, Art. 220-2.

PAGINAS WEB

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Consultado el 11 de febrero de 2015. Disponible en:
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

[https://es.wikipedia.org/wiki/Causa_probable_\(Estados_Unidos\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Causa_probable_(Estados_Unidos))