

José Gustavo Paternina Arboleda\*\*

# La formulación de imputación, el silencio de la defensa en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio\*

Formulation of imputation, silence of defense  
in new Oral Accusatory Penal System

*Recibido: 30 de abril de 2012 / Aceptado: 4 de junio de 2012*

**Palabras clave:**

Formulación de imputación,  
Sistema acusatorio, Defensa.

**Resumen**

En el presente artículo de reflexión se realizará un análisis del Sistema Penal Acusatorio colombiano a partir de la experiencia en la práctica profesional, haciendo especial énfasis en las vicisitudes propias de la audiencia denominada ‘de formulación de imputación’. Se expondrá que de la manera en que viene desarrollando esta audiencia no se puede predicar el cumplimiento de los principios básicos de un verdadero esquema adversarial y la circunstancia de mayor peso para realizar esta aseveración, es la disimulada intervención de la defensa en esta etapa procesal.

**Key words:**

Formulation of imputation,  
Adversarial system, Defense.

**Abstract**

In this article of reflection we will make an analysis of the accusatory Colombian from experience in professional practice, with special emphasis on the vicissitudes of the audience called “imputation formulation”. It will state that the way has been developing this audience can not preach the fulfillment of the basic principles of a true adversarial scheme and the fact most weight for this assertion is the intervention of the defense concealed in this procedural stage.

\* El presente artículo se deriva de un avance del proyecto “Los sistemas adversariales” desarrollado en el Grupo de Investigación Violencia, Criminalidad y Familia en la costa Caribe colombiana de la Universidad Simón Bolívar.

\*\* Abogado de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, escritor invitado al Grupo de Investigación Violencia, Criminalidad y Familia en la costa Caribe colombiana de la Universidad Simón Bolívar.

## INTRODUCCIÓN

Desde que asisto a las audiencias programadas en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, una de ellas, de las llamadas preliminares, me ha llamado la atención, no tanto por su formalidad, sino porque precisamente, en mi sentir, su ritualidad va en contra de lo que preconiza la filosofía del nuevo sistema: que es un sistema adversarial, donde la Fiscalía se enfrenta en igualdad de condiciones a la defensa, la cual a su vez tiene la oportunidad de contradecir, de controvertir y sustentar sus tesis públicamente, todo dentro del principio de igualdad de armas, que, en definición de la Corte Constitucional, implica:

*“...Asegurar que acusador y acusado gocen de los mismos medios de ataque y de defensa para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, es decir, ‘que disponga de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación’”* (C. Const. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, citado por Daza, 2010).

Esa audiencia preliminar muestra todo menos que tenga alguno de esos ingredientes, todo porque la defensa está obligada a permanecer en silencio, sin oportunidad de intervenir; no puede manifestarse ni a favor ni en contra de lo que diga la Fiscalía, así esta exagere en sus intervenciones o lo que es peor ni siquiera cumpla con los requisitos exigidos para el desarrollo de esta, para lo cual cuenta con la anuencia de algunos jueces, quienes, tal vez por desconocimiento o pereza, decretan legal la audiencia, basándose en que es un acto de mera comunicación y que para su cabal ejecución basta que el indiciado

entienda lo que se le comunicó y después manifieste si se allana o no a los cargos formulados. Dicha audiencia es la formulación de imputación de cargos.

“En la Convención Europea de Derechos Humanos, el principio de igualdad de armas se deriva 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 6. 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” (Daza, 2010).

En la práctica jurídica es apreciable que hay abogados penalistas con claro dominio del Sistema Penal Acusatorio, quienes están de acuerdo con la forma en que se desarrollan las audiencias referidas a esta etapa procesal, aunque en realidad al respecto las opiniones son dispares, pues son muchas más las que están en contra de la forma en que se lleva a cabo. He encontrado también que algunos la aceptan y expresan que está bien así, que no le ven inconveniente, porque, según ellos, es mejor mantenerse callado a pesar de que se detectan los errores en la imputación por parte de la Fiscalía, o sea, como estrategia defensiva. Pero, pensando como futuro defensor, no entiendo por qué si nos encontra-

mos frente a un nuevo sistema que se precia de ser garantista, apoyado en una Constitución que acoge un bloque de constitucionalidad, con todo lo que este encierra, y unos principios sagrados como el de la contradicción, todo enmarcado dentro de un Estado Social de Derecho, donde el ser humano es primero que el Estado y donde la cárcel es la excepción, considero apropiado hacer un análisis de la formulación de imputación aportando ideas que sirvan para zanjar inquietudes orientadas a hacer del Sistema Penal Oral Acusatorio lo más garantista y humano posible y así permitir que esa persona en problemas cuente con otra oportunidad para recuperar su libertad inmediatamente y no después que haya sido relacionado en el sistema carcelario. El doctor Juan José Muñoz Ariza (2011), abogado de la Universidad del Atlántico en 1977. Docente de la Universidad Simón Bolívar. Especializado en Derecho Penal y Criminología. Defensor Público sobre este tópico expresa:

“Los Artículos 286, 287 y 288 de la Ley 906 de 2004, deben ser por ende, objeto de valoración y cuestionamiento por la academia y las organizaciones de abogados nacionales e internacionales inclusive, que convoquen al Legislativo en la reglamentación de un debido proceso, en donde ningún espacio del trámite judicial, sea ajeno a la garantía de la contradicción. Diferir la contradicción al juicio oral, negándosele a la imputación, afecta el principio fundante de la igualdad o paridad de armas jurídicas del Sistema Penal Acusatorio”.

Más adelante, añade: “Frente al acto de la imputación, la contradicción se reduce a la no

aceptación de esta, sin poder aportar nada, ya que la solicitud para practicar el medio, no es posible como lo ordena en forma tajante la norma procesal. Y digo sin aportar nada o exigir nada del fiscal –en criterio de algunos jueces de garantías–, en tanto ni siquiera claridad en la explicación de los elementos obtenidos para la adecuación típica del comportamiento imputado, ya que siendo un acto de mera comunicación del investigador, la decisión del juez de control es impartirle de todos modos aprobación a la condición establecida. Posición esta extrema e inconcebible que avala la ley, cuando señala primero que la condición de imputado –sin discusión– se le da al fiscal con la aprobación del juez de control en tanto los hechos comunicados sean comprensibles para el indiciado, y segundo, la formulación de cargos, no admite recursos de ninguna índole” (Muñoz, 2011).

Aspiro que estos apuntes sirvan de estímulo para aquellos estudiosos del Derecho Penal que como yo conceptúan que este procedimiento atenta contra el sistema y que sirvan de guía para una manifestación de la Corte al respecto, ya que, de plano, se están conculcando derechos fundamentales como el debido proceso, y todo lo concerniente al bloque de constitucionalidad.

## RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

### Fundamento constitucional y legal

El fundamento jurídico de la audiencia de control de garantías para la formulación de imputación se encuentra en el Artículo 29 de la Constitución Política y en los Artículos 85, 92, 97, 101 (todos referentes a la afectación de los

bienes del imputado), 127 (ausencia del imputado y declaratoria como persona ausente), del 268 al 274 (de las facultades de la defensa y del imputado) y del 286 al 294 (audiencia de la formulación de la imputación), todos del nuevo CPP, Ley 906 de 2004 (Defensoría del Pueblo, 2010).

### Concepto

El Artículo 286 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, señala: “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” (Arboleda, 2009).

La formulación de la imputación consiste en (*sic*) la comunicación que el Estado, a través del fiscal y en audiencia ante el juez con funciones de control de garantías, le hace a la persona en calidad de imputado, es decir, le informa que contra ella se ha iniciado una investigación por existir medios cognoscitivos (elementos materiales, informes, entrevistas) que permiten establecer que es autor o partícipe de la conducta delictiva. Le da a conocer los hechos sobre los cuales está siendo investigado (López, 2005).

Desde el punto de vista doctrinal la imputación se define como la “atribución, más o menos fundada, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como consecuencia” (Montero, Gómez, Montón & Barona, 2000, citado por Guerrero, 2007).

(...) Imputar significa hacerse responsable,

atribuir, inculpar, incriminar, señalar, tildar, estampillar, cargar, culpar... etc.; cuando el acto de atribución se cumple con las ritualidades y garantías previstas en la Ley (Título III del CPP) y en un marco fáctico jurídico realmente aproximado a la(s) conducta(s) que se investigan, ello debe marcar definitivamente la actividad defensiva, pues el imputado (principalmente) y su defensor sabrán dimensionar qué tan lejos está la Fiscalía de perfeccionar o no la investigación penal (CSJ Sentencia de Casación de 1 de noviembre de 2007. Radicación 26878. MP. Alfredo Gómez Quintero).

La Fiscalía le comunica a una persona su calidad de imputado, pero esa comunicación es ¿de qué tipo? ¿Por qué no puede responderse? ¿O controvertirse? ¿O contradecirse? ¿Qué se necesita para que haya una comunicación? ¿Ese receptor solo debe limitarse a responder: sí o no entiendo y sí o no me allano a los cargos imputados? ¿Por qué no puede ejercer su derecho a la defensa técnica si para esta audiencia es necesaria la presencia de su abogado? ¿Para qué se pide la presencia del abogado defensor si no se le garantiza el contradictorio, solo limitarse a hablarle al oído al indiciado, en una clara muestra de desigualdad entre las partes?

El *Manual del Defensor Público* en su segunda edición “llama la atención de los defensores ante la actitud recurrente de algunos fiscales, avalada por algunos pocos jueces de control; que pretenden ampliar el alcance de la imputación, incorporando cargos a partir de solas afirmaciones que rayan en la especulación; la defensa tiene que oponerse, toda vez que tal ac-

titud atenta abiertamente contra el principio de lealtad y de seguridad jurídica” (Defensoría del Pueblo, 2010).

A esto es a lo que me refiero, a la puerta abierta que se deja para que entre todo lo que se presume en contra de los intereses de la defensa, permitiendo que se violen flagrantemente todos los derechos y garantías que deben hacerse valer, amparándose, de paso, en que no habrá quien se le oponga porque al que hace de contraparte natural, la Defensa, le han impuesto una mordaza para garantizar la satisfacción plena del desenfreno léxico jurídico del ente acusador.

En algunas audiencias de formulación de imputación he observado jueces de control de garantías que, literalmente, mandan a callar al defensor, bajo el pretexto de que en esta audiencia no puede intervenir, y que su única función se limita a la de asistir e informar debidamente a su cliente sobre los cargos formulados y sobre las posibilidades ventajosas y desventajosas de allanarse.

Por lo mismo, el Artículo 283 de la Ley 906 de 2004 señala que la aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga. Esa admisión de responsabilidad, además de estar revestida del conocimiento exacto y del planteamiento de sus implicaciones, debe contar con una adecuada asistencia letrada, de ahí que se tengan como inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor (Artículo 354 de la Ley 906 de 2004) (CSJ, Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. 31280.

M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

El juez también está para preservar las garantías de la defensa y si actúa como convidado de piedra haciendo eco solamente de todo lo que dice la Fiscalía ¿dónde queda situada la defensa si aparte de esto le corresponde callarse en la formulación de imputación? Al respecto se pronuncia la doctora Gloria Lucía Bernal Acevedo: “Para lograr un equilibrio en el Proceso Penal Acusatorio colombiano se requiere, entonces, que la defensa del indiciado, imputado o del acusado no solo sea del resorte exclusivo del abogado defensor, sino que es tarea de los jueces –de conocimiento y de garantías– asumir su papel de garantes del proceso penal y del cumplimiento y respeto de los derechos básicos; también, exige al Ministerio Público, una actuación vigilante en garantía del debido proceso y, en especial, del derecho de defensa” (2005).

Se insiste por lo tanto, en que la formulación de imputación ha de ser lo más ceñida posible a la realidad, pues va a ser el fundamento del fallo en caso de un allanamiento a cargos del procesado, o un acuerdo que celebre con la Fiscalía al punto que con base en el marco fáctico y jurídico allí fijado el juez emitirá la respectiva sentencia por consenso, acercándose de esa manera a la verdad material y a la justicia de la misma índole (CSJ, Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. 31280. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

### **Situaciones que determinan la formulación de la imputación**

El Artículo 287 de la Ley 906 de 2004, expresa: *situaciones que determinan la formula-*

*ción de la imputación.* El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

De este artículo se coligen dos requisitos:

1. Que esta provenga de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Toda fuente de imputación lo ha de ser a partir de informaciones o evidencias probatorias legalmente aseguradas y lícitamente obtenidas, lo cual significa que le es dable al juez de garantías rechazar la solicitud de imputación cuando advierta que esta no tiene dicho soporte (Guerrero, 2007).

Pero, pregunto, ¿cómo va a advertir el juez de garantías que dichos elementos materiales probatorios, evidencia física o información recogida cuentan con ese soporte de legalidad y de licitud? si en las audiencias de este talante la Fiscalía se explaya en sus intervenciones con el convencimiento que no será obstaculizado por ninguno de los intervinientes. Diferente sería si se contara con el concepto de la defensa, quien de primera mano, comoquiera que posee la información que le suministra su defendido, podría alertar y alentar al juez para no permitir tal vulneración.

2. Que los elementos fuente de la imputación

permitan una inferencia razonable de autoría y participación. (...) se trata de que el fiscal llegue a una conclusión razonable sobre el sentido objetivo (conducta) y subjetivo (autor o partícipe) del delito investigado (...).

(...) la inferencia razonable es un criterio lógico que pretende que el fiscal llegue a una mínima convicción objetiva y subjetiva sobre la autoría o participación del investigado en un delito. La inferencia obliga a que el fiscal, a partir de los elementos de prueba conocidos, llegue razonablemente a predicar que existe una relación causal entre la acción u omisión del individuo imputado con un resultado jurídicamente relevante que él debe expresar como un acontecimiento histórico (Guerrero, 2007).

### **Elementos de la imputación**

Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de

conformidad con el Artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

El declarar ilegal esta audiencia, por parte del juez, ante la ausencia de uno de estos requisitos, debe convertirse en una de las garantías con que cuenta la defensa, máxime cuando no está autorizada a intervenir, por lo menos quedaría en evidencia el espíritu garantista del sistema.

(...) si no está determinada la persona del imputado no puede iniciarse la fase de juicio oral, ni naturalmente dictarse sentencia condenatoria. De ahí que el trámite instructor, junto a la finalidad de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y sus circunstancias, tenga como objetivo esencial determinar la identidad y (presunta) culpabilidad de los delincuentes (Arts. 299 y 775 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sistema Procesal Penal Español). Por eso si la fase preliminar termina sin que se haya fijado el posible autor del delito, el proceso penal no puede continuar y procederá su archivo por sobreseimiento provisional (Arts. 641.2.0 y 779.1.1.a LECrim) (Armenta Deu, 2003).

Nuestro Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, destaca en su Artículo 128 la identificación o individualización así:

“La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales.

Inc. 2º. Adicionado. Ley 1142 de 2007, Artículo 11. En los eventos en que el capturado no presente documento de identidad, la Policía Judicial tomará el registro decadactilar y lo remitirá inmediatamente a la Registraduría Na-

cional del Estado Civil a efectos de que expida en forma inmediata copia de la fotocédula. En caso de no aparecer registrada la persona en sus archivos, la Registraduría Nacional del Estado Civil lo registrará con el nombre que se identificó inicialmente y procederá a asignarle un cupo numérico” (Arboleda, 2010).

El juez debe ser exigente con este requisito, pues la falla en la individualización e identificación de las personas vinculadas al proceso penal ha originado numerosos errores judiciales, y ha dado origen a condenas de inocentes pero también a la absolución de culpables. Por esta razón requirente, en la formulación de imputación debe dejar muy claramente individualizado e identificado al imputado, confirmando en esa diligencia que el capturado o citado a la audiencia es, de conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información que aporta el autor o partícipe del delito que se investiga y no otro. “Individualizar o individuar significa el proceso más o menos complicado de concretar a una persona, de distinguirla con sus características de todas las demás (...). La identificación es el resultado final a que toda individualización debe conducir. Identificar, pues, no es precisamente describir, sino confirmar, realizar un reconocer, acreditar la exactitud de lo individualizado, de lo conocido” (López, 2005).

En cuanto al tercer requisito, que expresa la posibilidad de allanarse, la defensa puede detectar que los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que reposan en manos de la Fiscalía son tan evidentes y tan abrumadores que resultaría

oneroso para su estrategia defensiva plantear un litigio a sabiendas que no tiene posibilidades de prosperar y que lo más seguro es que le sobrevenga a su prohijado una sentencia condenatoria sin derecho a ningún beneficio y considere, para tratar de evitar un mal mayor, que lo mejor y benéfico es allanarse a los cargos, lo cual no sería posible en la eventualidad en que esa misma Fiscalía abusando de su poder exagere la imputación, añadiéndole agravantes e ingredientes que imposibiliten ese derecho de su asistido de querer arreglar su situación lo más pronto posible, trayendo como consecuencia más dilación al proceso, entorpeciendo la labor del Poder Judicial. O, por el contrario, si la Fiscalía amparada en este numeral, “no está obligada al descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en su poder, ni el imputado ni su defensor estarán en posibilidad cierta de ‘solicitar, conocer y controvertir las pruebas’” (Daza, 2010).

Sostiene el doctor Juan José Muñoz Ariza: “Lo insano y naturalmente injusto de esta posición que el legislador le ha atribuido al Sistema Penal Acusatorio colombiano, es que al considerar que las audiencias preliminares no debaten el fondo del asunto, para deducir responsabilidad con la controversia probatoria, está dado en que el grueso de medios cognitivos que aporta la Fiscalía y, que no puede controvertir la defensa en la imputación, de todos modos construye responsabilidad así sea provisoria, en contra del imputado. Y en algunos casos responsabilidad definitiva, cuando el imputado agobiado por la carga probatoria o los elementos probatorios

presentados por la Fiscalía en la audiencia respectiva, sin la posibilidad de controvertir, se ve precisado al allanamiento, como el camino que le permita la libertad inmediata con la reseña del antecedente judicial ‘voluntario’” (2011).

El juez de garantías debe verificar que el imputado entendió claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica; para tal fin interrogará al respecto (López, 2005).

El doctor Jairo López Morales agrega en su libro: “También resulta conveniente que cuando el imputado se allana a los cargos, el juez no se limite a preguntar si ese allanamiento es libre, consciente y voluntario, recomendándose las siguientes preguntas:

¿El allanamiento que acaba de hacer es libre y voluntario?

¿Alguien lo ha amenazado u obligado para que acepte la imputación?

¿Alguien le ha hecho una promesa para que usted se declare culpable?

Para auscultar que la aceptación de los cargos (allanamiento a la imputación) se hace de manera consciente, es recomendable que el juez le diga cuál es el delito o delitos que está aceptando, y le indique cuál es la pena mínima y máxima prevista en cada delito. Ello, con la indicación de que el juez de conocimiento le puede hacer una rebaja sobre estas hasta del 50%.

(...), el juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que este es culpable. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o partícipe de

los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia (CSJ, Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. 31280. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

Finalmente, si el Juez advierte que la aceptación de los cargos es incoherente, como cuando el imputado afirma que se allana, pero seguidamente dice que cometió el homicidio en legítima defensa; (...) esto es, alega alguna causal de exclusión de responsabilidad, es conveniente que el juez le pida al imputado que describa con sus propias palabras qué fue lo que en concreto hizo, en relación con los actos por los cuales se allana (López, 2005).

Puede suceder que el imputado acepte parcialmente los cargos, es decir, acepte unos y otros no, o acepte parcialmente unos. Esto lo contempla el Artículo 353 del CPP así:

“El imputado o acusado podrá aceptar parcialmente los cargos. En estos eventos los beneficios de punibilidad solo serán extensivos para efectos de lo pactado en la Ley 906 de 2004.

Sobre este particular, el doctor Juan José Muñoz Ariza sostiene en su escrito que: “... la aceptación de cargos parciales, frente a la pluralidad de los hechos imputados, es perfectamente válido, si se cumplen las garantías relacionadas con el allanamiento total. Sus consecuencias estarán referidas exclusivamente al cargo que allanare o aceptare el imputado. Mientras que el otro cargo o cargos subsistentes, deberán surtirse en el trámite del juicio oral, con las garantías de un proceso concentrado, contradictorio y público,

que defina si los cargos restantes formulados por la Fiscalía, resultan indebidamente acreditados o no, como para demostrar más allá de toda duda ante el juez de conocimiento, que los medios probatorios arrimados por este sujeto procesal que seguramente serán controvertidos por la defensa, produzcan la convicción de la responsabilidad en la ejecución del reato. Considerar como han estimado algunos jueces de control de garantías, que la aceptación o allanamiento parcial de cargos es inviable o no procedente, resulta lesivo a las garantías procesales que ofrece la misma Ley 906. Se afectaría el debido proceso y por ende el derecho a la defensa” (2011).

La reforma que introdujo la Ley 1453 de 24 de junio de 2011, trae un artículo que tiene a muchos defensores y al Gobierno en ascuas precisamente porque va en contra de los principios de celeridad y el derecho a la igualdad que se pregonan y porque está produciendo congestión y hacinamiento en las cárceles, ya que evita que el imputado se allane con facilidad a los cargos formulados en contra; ese Artículo es el 57, que modifica el Artículo 301 de la Ley 906 de 2004, que trata sobre la flagrancia. Además de añadirle a la norma dos numerales más para ampliar el espectro fáctico de esta figura, le incluyeron un párrafo que reza: “La persona que incurra en las causales anteriores solo tendrá la cuarta parte del beneficio de que trata el Artículo 351 de la Ley 906 de 2004”<sup>1</sup>.

1. Para conocer las nuevas disposiciones modificatorias ver la Ley 1453 de 2011. Nueva Ley de Seguridad Ciudadana, que reforma parcialmente el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. Artículo 57. Flagrancia.

Esto significa que una persona capturada en flagrancia, no es susceptible de allanarse, y ¿por qué?, simple y llanamente porque prefiere esperar más adelante para obtener un resultado más provechoso a sus intereses. Y mientras tanto ¿dónde permanece ese tiempo? En la cárcel.

### **Derecho de defensa**

Reza la Ley 906 en su Artículo 290. Derecho de defensa. Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en este código.

Esta expresión ha sido criticada por muchos, ya que no es posible que la defensa se active en la audiencia de formulación de imputación, cuando, incluso, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado a este respecto:

“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. Por ello, la limitación establecida en el Artículo 8º de la Ley 906 de 2004, “si se interpreta en el entendido de que el derecho de defensa solo se puede ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, sería violatorio del derecho de defensa”.

Por tal motivo, esta Corporación condicionará la exequibilidad de la expresión acusada sin perjuicio oportuno, dentro de los cauces legales,

del derecho de defensa por el presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de imputación” (C. Const. Sentencia C-799 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería, citado por Guerrero, 2007).

### **Imputación fáctica y jurídica**

Esta imputación tiene una connotación tanto fáctica como jurídica, pues, como se ha establecido, al hacerse una imputación necesariamente se va a hablar de criterios jurídicos como son autoría, coparticipación, concurso de delitos, etc.; porque los hechos jurídicamente relevantes se encuadran en un delito, para fijar con ello la competencia del juez de conocimiento y, porque para un allanamiento a la imputación, el imputado debe saber cuánto es la pena del delito, para que pueda hacer un cálculo de la rebaja de la pena que obtendría; en otras palabras, con ello se garantiza el derecho de defensa (Daza, 2010).

La formulación de imputación para ser eficaz debe comprender lo fáctico y lo jurídico. Para algunos debe limitarse a lo fáctico porque en esta etapa procesal lo debatible son los hechos sin tener en cuenta otra clase de valoración, pero, como lo pregunta la doctora Gloria Lucía Bernal Acevedo “¿Qué sucede si una persona se allana a la imputación y esta es solo fáctica y no jurídica? Sería un contrasentido, porque el efecto no sería atenuante sino agravante. Obsérvese: si, por ejemplo, se trata de una narración fáctica referida a unas lesiones personales cometidas sobre el cónyuge y el endilgado se allana en la audiencia de la imputación, la rebaja por ese delito podría llegar hasta la mitad de la pena; por

supuesto, también puede suceder que la Fiscalía con base en tal reconocimiento le endilgue al imputado una acusación por tentativa de homicidio agravado, con lo cual sería contraproducente allanarse a unos hechos y no a un cargo, pues la pena sería notoriamente más elevada y la calificación jurídica sería bien distinta” (2005).

Si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia (Artículo 33 de la Constitución Política, CSJ. Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. 31280. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca).

La doctora Gloria Bernal Acevedo, en sus conclusiones agrega: “...Por ello, la imputación debe ser tanto fáctica como jurídica, pues solo así se podrá hacer realidad el ejercicio del derecho de defensa, preparando la prueba para el juicio oral o, en otro caso, las posibilidades de negociación; es más, tiene que hacerlo así en la misma diligencia aunque no se solicite la medida de aseguramiento” (2005).

En efecto, esa etapa embrionaria debe contar, de todas formas, con una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal del imputado con base en los medios persuasivos de que dispone la Fiscalía, por ello, la Corte ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica.

Se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación, entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias, entre la formulación de la acusación y los alega-

tos de conclusión, así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación.

“..., la acusación, para efectos de su verificación y refutación durante la etapa del juicio, debe contener una clara e inequívoca delimitación tanto de los hechos jurídicamente relevantes del caso (imputación fáctica) como de los cargos que en razón de tales acontecimientos se formulan (imputación jurídica) en aras de respetar la estricta legalidad y jurisdiccionalidad del sistema” (Ferrajoli, 2001).

“..., puede afirmarse que en materia de terminaciones abreviadas del proceso no es suficiente con la imputación fáctica, pues al aceptar el procesado la responsabilidad debe quedar en claro cuál es jurídicamente la conducta por la que se procede, no solo por el respeto al principio de lealtad que se materializa en el principio de congruencia, sino porque si se condena al sindicado por una conducta punible diferente, se le vulnera el derecho constitucional a la no autoincriminación al cual renuncia” (Art. 33 de la Constitución Política) (Guerrero, 2007).

### **Efectos de la formulación de imputación**

Según el doctor Yesid Ramírez Bastidas, la formulación de imputación “Constituye el momento inicial de la ‘fase intermedia del proceso’ que se clausura con la formulación de la acusación. A partir de ahí se interrumpe la prescripción de la acción penal que se comenzará a contar de nuevo por un término igual a la mitad del seña-

lado en el Artículo 83 CP (*sic*) sin que pueda ser inferior a tres años (Art. 292), y se activa el término de 30 días para presentar la acusación que da lugar al juicio, a solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento (por las mismas causales de hoy, más el vencimiento del término que tenía el fiscal para acusar) o a aplicar el principio de oportunidad” (2005).

En este punto quiero hacer claridad sobre la modificación de la Ley 906 de 2004, en lo que corresponde a la activación del término de 30 días, aquí señalado, para presentar la acusación. La nueva Ley 1453 de 2011 en su Artículo 49, que modifica el Artículo 175 de la Ley *et supra*, contempla que: El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de 90 días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el Artículo 294 de este código.

El término será de 120 días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados de conformidad con la Ley 1453 de 2011.

(...) Y si el imputado, a iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación previo examen del juez de conocimiento sobre la validez de la manifestación (libre, voluntaria y espontánea), quien la podrá admitir sin que sea posible posterior retractación, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia (Art. 293),

haciéndose merecedor a una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible (Art. 351) (Ramírez, 2005).

“... la conformidad con la imputación aborta el juicio oral, culmina anticipadamente la investigación y define una sentencia condenatoria para el imputado” (Guerrero, 2005).

Otro de los efectos de la formulación de imputación se extiende a la afectación de bienes, muebles o inmuebles, de propiedad del imputado, sujetos a registro, los cuales no podrá enajenar en los seis meses siguientes a la formulación de la imputación (Artículo 97 de la Ley 906 de 2004).

En un sistema acusatorio consecuente, la detención de una persona debe obedecer a razones bien fundadas que permitan luego tenerla por acusada (*probable cause*). Sin embargo, la imputación solo se convertirá en el núcleo central de la acusación cuando haya en el titular de la acusación la convicción suficiente para llevar adelante la pretensión punitiva. Pero, si por el contrario, en el curso de la investigación la imputación se desdibuja, entonces desaparece como tal imputación sin haberse materializado en acusación y procederá la preclusión del proceso o sobreseimiento, con la consiguiente liberación de cargos del imputado (Pérez, 2005).

## CONCLUSIÓN

Podemos concluir proclamando nuestra inconformidad con esta audiencia de formulación de imputación de cargos si se sigue desarrollando en la forma acostumbrada, pero no se trata solo de rebelarse y que de pronto alguno entien-

da que lo que propongo es la eliminación de esta etapa, no, lo que avizoro es una mejora en su procedimiento que conjugue todos los factores presentes, sin exclusiones de ningún tipo, que hagan más humano y garantista el sistema que es lo que se busca.

Entre esas recomendaciones propongo, en primer lugar, reformar la audiencia de la formulación de imputación de forma tal que permita que ante un eventual caso de ostensibles violaciones a los derechos y garantías de los indiciados, haya una posibilidad de controvertirlas y de echarlas por tierra, es decir, que se le diseñe o se le destine un espacio a la defensa y al Ministerio Público para intervenir, en el cual puedan exponer sus apreciaciones sobre las situaciones que determinan la imputación, su contenido, sus formalidades y las posibles violaciones a los derechos y garantías procesales del procesado.

En segundo lugar, que se contemple la posibilidad, con base en lo manifestado por la defensa y el Ministerio Público, de declarar la formulación realizada, ilegal, si no cumple con la ritualidad reglada. Esto obligaría a los intervinientes a exigirse más en su formación y capacitación, apuntando a dar lo mejor de sí para no quedarse anquilosados dentro del sistema.

En caso de no prosperar estas recomendaciones, sugiero, como Plan B, que el juez tenga la potestad de declarar ilegal esta audiencia por la ausencia de uno cualquiera de sus requisitos, y es que él, (el juez), debe convertirse en una de las garantías con que cuenta la defensa, no en su contraparte, máxime cuando ella no está autorizada a intervenir.

## REFERENCIAS

- Arboleda, M. (2009). *Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado*. Bogotá: Leyer.
- Armenta Deu, T. (2003). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Bernal, G. L. (2005). El Sistema Procesal Penal Acusatorio colombiano: una aproximación. En: *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Libro homenaje al doctor Hernando Londoño Jiménez. Bogotá: Editorial Temis.
- Constitución Política de Colombia. Publicada en la *Gaceta Constitucional* 116, de 20 de julio de 1991.
- Daza G., Alfonso (2010). *El principio de igualdad de armas en el Sistema Procesal Penal colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Defensoría del Pueblo (2010). *Manual del Defensor Público*. Segunda edición. Bogotá: Happymundo Ltda.
- Fernández, W. (2010). *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Segunda edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Guerrero, O. J. (2007). *Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Segunda edición ampliada. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Ley 599 de 2000. "Por la cual se expide el Código Penal". Publicada en el *Diario Oficial* 44.097, de 24 de julio de 2000.
- Ley 600 de 2000. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Publicada en el *Diario Oficial* 44.097, de 24 de julio de 2000.

- Ley 906 de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Publicada en el *Diario Oficial* 45.657, de 31 de agosto de 2004.
- Ley 1453 de 2011. "Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre Extinción de Dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad". Publicada en el *Diario Oficial* 48.110, de 24 de junio de 2011.
- López, J. (2005). *Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Muñoz, J. J. (2011). Escrito enviado vía correo electrónico el día 07 de mayo de 2011.
- Pérez, E. L. (2005). *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ramírez, Y. (2005). *Sistema Acusatorio colombiano*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Santa Parra, J. J. E. (2008). *El Habeas Corpus frente a privaciones de la libertad administrativas y judiciales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Sentencia C-799 de 2005. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Sentencia de 1 de noviembre de 2007. Rad. 26878. M.P. Alfredo Gómez Quintero.
- Sentencia de 8 de julio de 2009. Rad. 31280. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Sentencia de 27 de octubre de 2008. Rad. 29979. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Villanueva, J. A. (2008). *Instituciones de Derecho Procesal Penal, Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.