

A propósito del papel del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación.

(Comentario a la sentencia de tutela de la Sala de Casación Penal de la CSJ, del 22 de septiembre de 2009, radicado 44103)

María Isabel Arango H.*

1. Introducción

La implementación del sistema penal acusatorio en nuestro medio, trajo consigo una figura realmente novedosa: la del juez de control de garantías, funcionario que como su nombre lo indica, está instituido para ejercer una revisión estricta, no sólo formal sino principalmente sustancial, de una importante franja de actuaciones penales, en las que se involucran derechos fundamentales de las personas sometidas a la acción penal del Estado; de allí su papel de garante y con ello el ejercicio de una función eminentemente constitucional¹.

* Profesora de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de Antioquia.

1 "La mera formalidad vacía, tan cara a la tradición autoritaria articulada al respeto vano a la forma y al irrespeto a cualquier pretensión de justicia mínima en el derecho, ha venido siendo sustituida por una prevalencia del derecho material, camino abierto ya desde hace década y media por la Corte Constitucional de Colombia y hoy agenciado con especial responsabilidad por los nuevos operadores, muy especialmente por los jueces de control de garantías, que obran en la práctica como jueces constitucionales". Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexiones críticas sobre el eficientismo penal de enemigo*, Bogotá, Ibáñez, 2006, p. 173.

Su principal tarea es controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales, búsqueda de la verdad y acopio de material probatorio; por tanto su rol esencial es el de guardián de los derechos y garantías de las personas intervenidas punitivamente. Labor que sin lugar a dudas pretende dotar de legitimidad la persecución penal en tanto busca la salvaguarda de los derechos y libertades de la parte más vulnerable en la relación punitiva, haciendo de ellos verdaderos límites; ejerciendo un control material sobre el poder y convirtiéndose en garantía de las libertades. Función de suma importancia en el adelantamiento del proceso penal².

Este juez, que tiene la categoría de juez penal municipal, debe mediar sobre el conflicto siempre presente entre el ejercicio del *ius puniendi* y los principios, garantías y derechos de las personas. Por tanto, su labor trascendental es la de ponderar la utilidad real y la necesidad que entrañan las injerencias penales sobre los derechos fundamentales de quienes están sometidos a ellas, realizando una verdadera proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y sobre la tarea investigativa, propugnando por una vigencia efectiva de éste y haciendo de los principios y derechos verdaderos límites y vínculos al poder³.

Sin embargo, esta figura no ha sido vista con muy buenos ojos por varios sectores. De un lado por la fiscalía, acostumbrada como estaba, a tomar a su arbitrio decisiones dentro del proceso penal que afectaban los derechos de los ciudadanos, hasta el punto de ser conocido folclóricamente el lema según el cual “una medida de aseguramiento no se le niega a nadie”; tampoco se ha logrado una comprensión de su significativa labor por parte del poder ejecutivo, para quien, todo parece indicar, el respeto a los principios y garantías fundamentales se traduce en impunidad. Otro tanto ocurre con los medios de comunicación, quienes supuestamente hacen eco a las solicitudes desesperadas de la ciudadanía y del gobierno, que claman por “seguridad y tranquilidad” y que al parecer, perciben los derechos y garantías como obstáculos para su consecución y de paso asignan a este funcionario tareas que no le corresponden.

Aún así, es evidente que las funciones ejercidas por el juez de control de garantías materializan la idea de un derecho procesal penal dimensionado en clave de derecho constitucional aplicado. Es por ello que sin lugar a dudas y por encima de esos interminables cuestionamientos, la participación de esta figura en el desarrollo de las actuaciones penales, resulta necesaria y de vital trascendencia en nuestro

2 “...pues su función está concentrada en evitar las posibles arbitrariedades en el proceder del organismo investigador...”. Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

3 “En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Corte Constitucional, Sentencia C-1092 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

medio, como un esfuerzo por seguir apostándole al mayor grado de garantía para los derechos e intereses de los afectados por la intervención penal y con ello de todos los ciudadanos⁴, sobre todo cuando soplan tan fuerte vientos de eficientismo penal⁵. Precisamente a ello se debe el inusitado protagonismo y la enorme visibilidad política que las decisiones adoptadas por estos funcionarios han alcanzado y que evidencia la ausencia de una verdadera idea de límite y de autocontención garantista del propio poder y por supuesto, la siempre presente falta de coincidencia entre las intenciones de quienes proponen reformas y diseños institucionales y los efectos que éstos alcanzan realmente.

Además, es necesario resaltar el alcance del papel que cumple este funcionario en un proceso de partes, construido con un evidente desequilibrio en la relación entre acusación y defensa, el cual se hace más notorio en la fase de indagación e investigación. Se trata pues, como deja consignado Aponte Cardona de *"una figura muy especial con repercusiones fundamentales en la historia procesal penal y material reciente de este país"*⁶.

La función de control de garantías se ejerce, entre otras actuaciones, en la audiencia de formulación de imputación, audiencia preliminar que se desarrolla ante este funcionario⁷. Precisamente, la sentencia que se comentará, contrariando anteriores pronunciamientos de esa misma corporación judicial respecto a su función dentro de esta actuación⁸, otorga al juez de control de garantías el papel de convidado de piedra en el desarrollo de esta diligencia, asignándole un rol estrictamente pasivo y contrario a la tarea que, según ha resaltado la Corte Constitucional, corresponde asumir a este funcionario en todas las actuaciones⁹.

4 "...el juez no representa a la mayoría ni a ella debe su legitimidad, sino que interpreta y aplica la ley y el derecho y, en ocasiones, dicha aplicación podrá resultar contraria a la opinión mayoritaria, pero, sin embargo, se habrá realizado en respeto de la *garantía debida* a los derechos e intereses de las minoría o de concretos individuos". Antonio Manuel Peña Freire, *La Garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 262-263.

5 Incluso el mismo código de procedimiento penal se debate entre el garantismo y eficientismo penal, tal y como lo dejó consignado de manera expresa el legislador en el artículo 10.

6 Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexiones críticas sobre el eficientismo penal de enemigo*, cit., p. 172.

7 Artículo 153 No.6 del Código de Procedimiento Penal.

8 Así por ejemplo, en la sentencia del 19 de octubre de 2006, radicado 25724, con ponencia del Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se dijo textualmente: "...pues tratándose de la función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales...".

9 Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. "...en nuestro sistema procesal penal se ha entendido conforme al orden superior, que el juez no sea un convidado de piedra en

2. La naturaleza de la audiencia de formulación de imputación

La manera de vincular formalmente a una persona a una indagación penal es mediante la formulación de imputación, actuación que está reglamentada en los artículos 286 a 290 del código de procedimiento penal. La misma se define como un “acto de comunicación” mediante el cual la fiscalía da a conocer a una persona en presencia de su defensor, que cuenta con elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida de los cuales puede inferir razonablemente, que presuntamente, en calidad de autor o partícipe, ha llevado a cabo acciones u omisiones jurídicamente relevantes, definidas como delito por la ley penal. Actuación que implica para el imputado la activación de derechos y garantías, pero también de restricciones.

Y si bien el artículo 287 del estatuto procedimental penal se refiere a una “imputación fáctica”, existe consenso¹⁰ de que la misma no puede limitarse a una narración irrelevante jurídicamente de acciones, sino que debe abarcar necesariamente criterios normativos, conteniendo así mismo, una adecuación jurídica de los mismos. Esto es apenas obvio, ya que resulta absolutamente necesario que la persona a quien se le atribuye la intervención en unos hechos que presentan características de un delito, conozca: los elementos que presuntamente lo incriminan, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la denominación jurídica del hecho por el que se le está investigando, su grado de participación en el mismo, así como la sanción que el legislador ha establecido para la conducta, ya que sin lugar a dudas el acto de imputación tiene que estar irradiado por las garantías que establece el debido proceso. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que en ese momento se le pone de presente al encartado la posibilidad que tiene de renunciar a derechos fundamentales, aceptando los cargos imputados para obtener de esa manera la rebaja de pena establecida en el artículo 351 del mismo estatuto, la que de darse en esa audiencia, puede comportar una disminución de “hasta de mitad de la pena imponible”¹¹ y que significa para el imputado, además de la renuncia a importantes derechos como por ejemplo controvertir las pruebas, la opción

el proceso, sino que al contrario, a través de las diversas actuaciones cumpla con su función de dirigirlo hacia la finalidad común a todo juicio, a saber, alcanzar la justicia formal y sobre todo material. En este sentido, no sólo es quien está llamado a concretar el *ius puniendi* del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas...”

10 Y así lo ha reconocido también la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, inclusive en la sentencia que se comenta.

11 Es de anotar que la reciente reforma penal, contenida en la Ley 1453 de 2011, contrariando el espíritu que inspira la terminación anticipada del proceso, estableció que en los casos de flagrancia, quien se allane a los cargos “sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

por una condena penal, desde su decisión libre, consciente y voluntaria, la cual tiene el carácter de irrevocable¹².

Estas exigencias guardan estrecha relación con el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, elemento estructural de la garantía constitucional al debido proceso y recogido también en el artículo 8º del código de procedimiento penal como uno de los "Principios rectores y garantías procesales", con el que se busca, tal y como lo declara expresamente la norma: garantizar la "plena" igualdad entre las partes. Norma que consagra en su literal h), entre otras prerrogativas, el derecho a "*conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamenten*"¹³, sin que lo anterior implique, según lo establecido en el artículo 288 numeral 2º del código de procedimiento penal, el descubrimiento de elementos materiales probatorios¹⁴, lo que significa que el imputado puede en esta audiencia renunciar a controvertir las pruebas, aún desconociendo los elementos materiales probatorios que puedan incriminarlo.

Este acto tiene enorme trascendencia dentro del proceso penal, pues delimita los aspectos centrales de la discusión y orienta la actividad de las partes. Por ello, pese a que se le dé la connotación de "acto de comunicación", lo que indudablemente es, está claro que no se agota en ello, ya que precisamente de la imputación se desprende la posibilidad para la fiscalía de solicitar en contra del imputado la imposición de una medida de aseguramiento, la que estará determinada entre otros factores, por el o los delitos imputados y el monto de la sanción que éstos comporten¹⁵.

Puede afirmarse entonces, que este "acto de comunicación" no es nada simple, pues además, su desarrollo puede presentar aspectos problemáticos de legalidad, de procedibilidad, de caducidad o de prescripción, entre otros. Piénsese por ejemplo en los delitos querellables, cuando no se ha agotado la conciliación en los términos que lo establece el artículo 522 del código de procedimiento penal, o cuando no se ha interpuesto debidamente la querrela ya sea porque no lo ha hecho el sujeto legitimado para ello o porque ha operado el fenómeno de caducidad o repárese en la posibilidad

12 Artículo 293 del Código de Procedimiento Penal. En ese sentido varios pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la CSJ, entre ellas radicado 23486 del 03 de mayo de 2007, M.P. Jorge Luis Quintero Milanes y por parte de la Corte Constitucional, la sentencia C-1195 de 2005, con ponencia del Dr. Jaime Araújo Rentería. Es de anotarse que el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, se refiere a la validez de la retractación "*siempre que se demuestre que se vició su consentimiento o se violaron sus garantías fundamentales*".

13 En concordancia con el artículo 290 del mismo estatuto, como presupuesto de congruencia.

14 Aparte declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1260 de 2005, M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández.

15 Artículo 310, 312 y 313 del Código de Procedimiento Penal.

de que la fiscalía atribuya a una persona una conducta que no se adecue al tipo penal imputado o que señale equivocadamente la consecuencia jurídica para la misma o que por ejemplo, se exagere la imputación para lograr la imposición de una medida de aseguramiento o que la fiscalía no cuente con los elementos suficientes para hacer una “inferencia razonable de autoría” o que éstos no hayan sido legalmente obtenidos, otro tanto podría plantearse frente a aspectos relacionados con la antijuridicidad en sus dos facetas, pues el artículo 287 del código de procedimiento penal se refiere en términos generales a “autor o partícipe del delito que se investiga”.

Podría argumentarse que en estos eventos las consecuencias tendría que soportarlas el ente acusador, pues su pretensión no podría prosperar en el juicio oral y en consecuencia, como ocurre en la práctica, se podría presentar una causal de nulidad o en última instancia una absolución, pero la situación no es tan trivial si se piensa en los enormes costos que tiene para una persona ser sujeto de una investigación penal, aún más en aquellos eventos en que se le ha impuesto una medida restrictiva de sus derechos fundamentales o qué decir de los casos en que por cualquier razón, se ha dado una aceptación “libre y voluntaria” de responsabilidad. Además no resultaría aceptable que esto ocurriera, si se tiene en cuenta precisamente que dicha diligencia se realizó en presencia de un juez constitucional quien debió controlar efectivamente la actuación.

De allí que no se considere adecuado afirmar desde ningún punto de vista que la formulación de imputación se agote en su carácter de acto de impulsión procesal o de mero acto de comunicación y por tanto, todo parece indicar que es necesario que se ejerza un control material sobre el mismo, sin que éste implique la imposición de criterios por parte del funcionario judicial o que éste asuma funciones propias de la fiscalía o despoje a ésta de ellas. Por ello se estima, que la norma de manera acertada estableció la necesidad de que la formulación de imputación se lleve a cabo en una audiencia preliminar ante el funcionario encargado de garantizar los derechos de las personas intervenidas punitivamente, pues de lo contrario podría haberse tratado como un simple acto de trámite a cargo de la fiscalía.

3. ¿Cómo considera la Corte la intervención del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación?

En la sentencia que se comenta, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, vía tutela, consideró que la intervención del juez de control de garantías en la audiencia de formulación de imputación, impidiendo que la misma se llevara a cabo, por considerar que la conducta imputada no revestía las características de un delito, afectó el debido proceso de las víctimas, atentó contra la estructura adversarial del

proceso penal acusatorio y desbordó las facultades que la ley asigna a este funcionario judicial en el desarrollo de dicha diligencia.

Estima la Corte que el papel que debe asumir el juez al presidir la audiencia de formulación de imputación es un papel absolutamente pasivo y por tanto, por regla general, le está vedado intervenir en el desarrollo de la misma. Lo que es consecuente con la definición que suministra del acto mismo de formulación de imputación al sostener que: "Desde ya se debe dejar claro que la formulación de imputación es por excelencia un acto de parte, en tanto su bondad ontológica se agota en la comunicación que una parte (la Fiscalía) hace a la otra parte (imputado), de una decisión de parte –adoptada luego de un análisis ponderado y riguroso, para el cual el fiscal cuenta con todo el tiempo necesario mientras no prescriba la acción penal- la cual consiste en adelantar en su contra de manera formal, un proceso penal". Según esta postura, la función del juez de control de garantías dentro de esta audiencia se limita a la de simple espectador y garantizador formal, en su tarea de verificar la presencia de las partes y con ello de los elementos básicos de la comunicación, a saber: un emisor, un receptor, un mensaje, un código, un canal, y un retorno.

Sostiene la sentencia en comentario, que el legislador diseñó la figura del juez de control de garantías con una doble dimensión: como "controlador de las garantías de los ciudadanos, afectadas por los actos de investigación", ejerciendo una actividad "que no puede ser neutral", en tanto tiene "vocación protectora de los derechos de una de las partes" y como juez imparcial o neutro "presidiendo el acto paradigmático de impulso procesal como es el de la formulación de imputación". Pese a ello, considera la Corte, que este funcionario judicial puede intervenir excepcionalmente en esta diligencia cuestionando a la fiscalía "en relación con la relevancia jurídica de los hechos imputados", sin que esto signifique que ejerza control sobre el mismo, en tanto siempre será el fiscal quien determine el contenido del mensaje y sin que pueda este funcionario limitarle o impedirle formular la imputación. De allí que según esta concepción, su función dentro de la audiencia de formulación de imputación se limita a certificar que el acto de comunicación fue eficaz y que la manifestación del imputado sobre su deseo de aceptar o no los cargos se hizo de manera libre, consiente y voluntaria.

Destaca la sentencia, que la práctica de aprobar o improbar la formulación de imputación, asumida por algunos jueces de control de garantías, desborda sus competencias legales, ya que no existe norma alguna que los faculte para ello. Además que con este tipo de actuaciones se invaden órbitas que no son de su incumbencia y se condiciona el actuar de la fiscalía según su apreciación personal, lo que implica desconocer que es el ente fiscal el titular de la acción penal y con ello, afectar la estructura adversarial propia del sistema acusatorio fundamentada en el enfrentamiento de partes. Por tanto, considera la Sala de Casación Penal que en esos eventos los jueces incurrir en una práctica abiertamente ilegal e inaceptable.

Para la Corte entonces, la formulación de imputación es un sencillo acto de comunicación, en desarrollo del cual no pueden verse afectados derechos fundamentales, ya que se trata tan sólo de una actuación de impulso procesal, en la que la fiscalía tiene pleno arbitrio, en tanto se está precisamente ante lo que se denomina un “puro acto de parte”, que escapa a cualquier tipo de control por parte del juez, quien según la decisión que se comenta, solamente podrá intervenir solicitando a la fiscalía que “precise, aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, contenidos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004”.

Esa escasa importancia que otorga la Corte Suprema a la formulación de imputación en general y sobre todo respecto de la persona sometida a la persecución penal, se evidencia, en otras consideraciones que hace la Corporación en la sentencia, en las que otorga especial atención a los efectos que ésta tiene respecto del órgano encargado de la persecución penal, tales como: iniciación de la investigación y definición de estrategias por parte de la fiscalía, interrupción del término de prescripción de la acción penal, iniciación del término para presentar escrito de acusación, señalando respecto del imputado que su importancia radica en tanto establece un marco para el ejercicio del derecho de defensa¹⁶ y hace que surjan para él nuevos derechos.

4. ¿Debe ser el juez de control de garantías un convidado de piedra en la audiencia de formulación de imputación?

Consideramos que no puede darse a la formulación de imputación la connotación de simple acto de impulsión procesal, porque es claro que en el momento en que se le comunica a una persona que se le está vinculando con la comisión de una conducta delictiva y con una investigación penal, empieza a verse cuestionada de alguna manera la presunción de inocencia y además, pueden tomarse decisiones con efectos reales sobre sus derechos fundamentales; en tanto a partir de ese momento, se faculta al Estado para tomar en su contra medidas restrictivas de la libertad o de otros derechos así como medidas cautelares con efectos patrimoniales como por ejemplo, la suspensión del poder dispositivo, lo que tiene enormes implicaciones tanto para la persona que es intervenida como para sus allegados.

Además, resulta del todo inadecuada y contraria a la esencia de la figura del juez de control de garantías y a su concepción de juez constitucional y controlador, esa doble naturaleza que pretende asignarle la Corte Suprema en la sentencia reseñada, pues ello sería tanto como afirmar que existen actuaciones dentro del proceso penal en las que los derechos fundamentales carecen de protección y que se encuentran a

16 Debe llamarse la atención sobre esta consideración, pues se desprende de la misma la necesidad de congruencia a partir de la formulación de imputación y no únicamente desde la acusación, como de manera reiterada viene sosteniéndolo esa Corporación.

discreción de la fiscalía, lo que es, a más de inaceptable, contrario al modelo procesal implantado. Debe anotarse que la separación de funciones que establece el proceso penal acusatorio no es caprichosa, sino que está destinada a que la parte que tiene a su cargo la tarea de investigar y acusar no tenga facultades sobre la limitación de los derechos, estableciéndose una separación entre el funcionario que ejerce el poder punitivo del Estado y el que debe garantizar los derechos de las personas frente a este poder, función que no es discrecional. Por tanto, consideramos que no puede desprenderse al juez de control de garantías del rol que le es propio sólo porque sea la fiscalía el titular de la acción penal, pues lo uno no riñe con lo otro y de allí, se insiste, es inaceptable que la Corte pretenda asignarle un papel pasivo dentro de esta diligencia, porque con ello se desvaloriza y degrada la naturaleza de esta figura.

De otro lado, en atención a la evidente desigualdad material que se da entre “las partes”, principalmente en la etapa de indagación e investigación, resulta necesaria la intervención de este funcionario en la audiencia de formulación de imputación, ya que a ella llega la fiscalía luego de haber adelantado una labor investigativa a espaldas del imputado y de la defensa, con elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida que sólo enunciará, sin permitir que la otra parte los conozca efectivamente y menos los controvierta, limitándose considerablemente el ejercicio del derecho de contradicción y defensa y dejando en indiscutible desigualdad a una de las partes. De allí que mal haría este funcionario al asumir en esta diligencia ese papel de “tercero imparcial” frente a una relación y un acto en el que las partes no están en igualdad de condiciones y en el que sin lugar a dudas se encuentran en juego derechos fundamentales de quien es precisamente su tarea garantizar. Por ello, se nos hace desacertado lo afirmado en la sentencia en el sentido de que su intervención en dicha audiencia “atenta contra la estructura adversarial del proceso penal acusatorio”.

Tampoco puede pasarse por alto que en la audiencia de imputación puede darse la aceptación de los cargos, lo que relevaría al acusador de su obligación de demostrar la responsabilidad penal, en tanto lo actuado hasta ese momento, según el artículo 293 del código de procedimiento penal, hará las veces de acusación y el expediente pasará al juez de conocimiento para que emita la respectiva sentencia condenatoria, lo que implica atribuir a los elementos materiales probatorios y a la información legalmente obtenida el carácter de prueba, omitiendo el contradictorio, aún sin haberse dado publicidad de los mismos y sin permitir ninguna actuación por parte de la defensa. En consecuencia, no puede afirmarse categóricamente como se hace en la sentencia, que en esta audiencia no están en juego derechos fundamentales o lo que es peor, que el funcionario establecido dentro del proceso penal para ejercer un control material de la garantía de los mismos, pierde esa facultad en la audiencia de formulación de imputación.

Y ni que decir de los posibles abusos que esta concepción podría representar para el imputado, pues no es absurdo pensar en que se presente una agravación de la imputación por parte de la fiscalía, sin contar con los elementos para ello o desbordando la interpretación de aquellos que posee, sólo con la finalidad de amedrentar al imputado y lograr de esa manera un allanamiento a cargos, bajo la promesa de que el monto de la sanción anunciada podrá ser reducida "hasta la mitad" en caso de que la aceptación de responsabilidad se dé en ese mismo momento, lo que no es nada distinto de una amenaza de sancionar más drásticamente al procesado que opte por protegerse a sí mismo haciendo uso de la inmunidad que a su favor consagra el artículo 33 de la Carta Política y de su derecho de contradicción y defensa; provocando aceptaciones de responsabilidad apresuradas e irreflexivas o en su defecto, abonando el terreno para solicitar a continuación una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión en contra del imputado. De otro lado debe tenerse en cuenta que en la práctica, la falta de adecuados conocimientos dogmáticos, hace del proceso de tipificación algo verdaderamente azaroso; lo que sin lugar a dudas puede conllevar la afectación de los derechos del imputado e impedir una comprensión suficiente de la conducta punible que se le endilga y las razones para ello.

En estos términos, no es descabellado afirmar que resulta menos garante el procedimiento acusatorio que el mixto que se aplicaba en vigencia de la ley 600 de 2000, ya que en éste los cargos se daban a conocer al encartado en la diligencia de indagatoria, en la que no sólo se le permitía conocer los elementos recaudados por la fiscalía, en cabeza de quien además, existía la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable, sino que además se le permitía dar su versión de los hechos y ejercer con ello su derecho de defensa.

No puede perderse de vista que en esta sentencia la Suprema Corte limita el papel de este funcionario al de simple certificador, reduciendo su tarea a la de cerciorarse de que esa aceptación de responsabilidad, en los casos en que se da, obedece a un acto libre, consciente y voluntario. Postura definitivamente desafortunada, que desconoce la trascendencia de la audiencia, la que sin lugar a dudas, consideramos, debe implicar necesariamente para el juez, verificar que tal acto se produjo en una diligencia donde se garantizó el respeto y materialización de los derechos fundamentales del imputado, lo que significa, dada la importancia del mismo, una minuciosa y delicada tarea de inspección, verificación y análisis tanto de los elementos que permiten hacer la inferencia razonable de autoría o participación como de los elementos objetivos y subjetivos que estructuran el tipo penal imputado, se insiste que tal control no significa un espacio para que el funcionario judicial imponga al fiscal su criterio personal, sino de la verificación de los presupuestos mínimos que permitan la imputación, pues la aceptación de cargos que puede presidirla suplirá toda la actividad probatoria, en tanto significa la renuncia al juicio publico, oral y contradictorio y también, a la prueba favorable.

Se itera entonces que, mientras se encuentren en juego derechos fundamentales, es necesaria la intervención del juez constitucional, pues precisamente es esa la naturaleza de la función de control de garantías, sin que sea legítimo despojarlo de las tareas que le son propias bajo el miope argumento de que su intervención en la audiencia objeto de la decisión, desborda las facultades que la ley le otorga, cuando sus potestades están determinadas precisamente por su naturaleza de garante de los derechos fundamentales y en última instancia emanan de la Constitución Política y de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el país, además porque en la ley procesal no existe ninguna norma que establezca expresamente sus funciones.

Es por ello entonces importante resaltar que la figura del juez de control de garantías es necesaria en nuestro medio y que sus actuaciones en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho y bajo el amparo de la Constitución no dependen para su legitimidad del consenso o la aquiescencia de los otros poderes o de la ciudadanía, porque tampoco los derechos fundamentales pueden ser sacrificados por ninguna mayoría. Su labor entonces, como se ha dicho ya, está enfocada primordialmente a la tutela de la parte más débil de la relación procesal penal: el imputado y, para decirlo en palabras de Ferrajoli: "Si hay una persona de la que el juez debe tener, si no el consenso, cuando menos la confianza, es la persona del imputado"¹⁷.

Resta por decir que se hace incomprensible, por decir lo menos, el argumento que se sostiene en la sentencia, referido a que la intervención del juez de control de garantías en el caso concreto, afectó el debido proceso de las víctimas. Si bien no puede pasarse por alto que con la implementación del sistema penal acusatorio y de la mano de numerosos pronunciamientos de la Corte Constitucional, ha cobrado una exagerada —y por demás, en nuestra opinión, lamentable— importancia el papel de la víctima en el proceso penal, también lo es que el derecho fundamental al debido proceso, en los términos en que está consagrado en la Carta Política y entendido como un sistema de vínculos y reglas racionales establecidos para la tutela de todos frente al ejercicio del poder sancionador¹⁸, está establecido como una garantía a favor de la persona que es procesada, de allí que no podría afirmarse que la actuación del funcionario judicial en la

17 Luigi Ferrajoli, "Justicia Penal y democracia. El contexto extra-procesal", en *Jueces para la democracia*, N° 4, septiembre 1988, pp. 3-7.

18 "Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derechos penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad." Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* Madrid, Trotta, 2001, p. 34.

salvaguarda de los derechos del imputado, pueda ir en detrimento de los derechos de las víctimas y menos aún cuando es la fiscalía y no la víctima el titular de la pretensión penal. Se hace necesario y urgente que se revise esa concepción, que parece hacer escuela en nuestro medio, según la cual los derechos de la víctima están por encima de los derechos del procesado.

Para concluir se dirá que es necesario entender la magnitud e importancia de la función asignada a este funcionario y lo necesaria que resulta su labor, teniendo presente que ese control de garantías debe entenderse en clave constitucional y como la oportunidad para aplicar y reclamar en el proceso penal un mayor “garantismo” en los términos que lo describe Ferrajoli: “...significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal...”¹⁹ y por tanto, es necesario que quienes ejercen esta labor tengan una percepción adecuada de los perfiles de su función, de la calidad del poder que ejercen y con ello de su importancia y de la carga de legitimidad que puede significar para el sistema en su conjunto optar en todo momento por la protección de los derechos fundamentales, lo que en este país no resulta siempre una tarea fácil: “Se trata, desde luego de un cambio de mentalidad, de un cambio de cultura jurídica; tomar en serio las disposiciones legales y constitucionales es un proceso de años y puede decirse, sobre todo por las actuaciones de los nuevos jueces de control de garantías, que este proceso de apertura hacia una cultura jurídica ya se ha iniciado y representa una esperanza para la comunidad jurídica del país”²⁰.

Es necesario entonces que se empiece por entender y defender la tarea otorgada en el sistema procesal adoptado al juez de control de garantías y no negar ni negarse al papel que se le ha atribuido como garantía de los derechos de las personas y como contrafuerza a las cada vez más fuertes exigencias eficientistas que se hacen al sistema penal y al proceso mismo. Siendo así, la tarea que nos compete a todos es contribuir a generar de manera racional las condiciones para el ejercicio cada vez más serio y constitucional del mismo o, para decirlo en palabras del profesor Sotomayor Acosta: “...el desafío del discurso jurídico penal en Colombia está en construir una teoría que no justifique la barbarie y la destrucción; un derecho penal que, en contra del que vienen imponiendo nuestras Cortes, desarrolle los principios como *garantía* de limitación al poder y no como justificación a priori del mismo”²¹.

19 Ibid, pp. 335-336.

20 Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexiones críticas sobre el eficientismo penal de enemigo*, cit, p. 415.

21 Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Garantismo y Derecho Penal en Colombia”, en *Jueces para la democracia*, N° 35, julio 1999, pp. 92-98.

Bibliografía

Reseña de libro *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, de Manuel Iturralde, publicado en Bogotá por Siglo del Hombre Editores, la Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

Martha Isabel Gómez Vélez

Reseña de la segunda edición del libro *Crónicas del "otro cambuche"*, de Miguel Ángel Beltrán Villegas, publicado en Bogotá por la editorial de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios, 2011.

Laura Rojas Escobar

