

## **RESUMEN DEL SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR A LA SENTENCIA SU-382 DE 2021**

**Expediente:** T-8.170.363

**M.P.:** Alejandro Linares Cantillo

Empiezo por compartir, como lo señaló la Sala, que la demanda satisfacía los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, puesto que, contrario a lo resuelto por el Tribunal que actuó como juez de tutela de única instancia, la Sala halló que la solicitud de amparo cumplía con la exigencia de subsidiariedad por cuanto, a pesar de tratarse de un trámite judicial en curso, el actor no contaba con otro mecanismo de defensa eficaz dentro del proceso para procurar la protección de las garantías que consideraba conculcadas, y la decisión controvertida sí tuvo un efecto sustancial y determinante frente a las garantías fundamentales del accionante.

Empero, me aparto de la decisión adoptada por la Sala Plena de la Corte consistente en señalar la existencia de una equivalencia funcional entre la indagatoria y la imputación porque, con todo respeto, ella no se soporta en regla constitucional o legal alguna, o resulta de una interpretación que es contraria al orden constitucional y la cual, por sí misma, lejos de garantizar los derechos del accionante, los vulnera y, por constituir un precedente judicial, de ser aplicado en otros casos, puede generar igualmente la vulneración de los derechos de los ciudadanos que sean objeto de investigación criminal y, de contera, grave afectación del orden constitucional que la Corte como guardiana del mismo está obligada a respetar y no a vulnerar.

Es cierto que las dos figuras sirven como medio de vinculación a la actuación penal en uno y otro régimen procesal regido por las Leyes 600 de 2000 ó 906 de 2004 y, también es cierto que, no obstante sus sustanciales diferencias, ambas tienen por propósito garantizar el derecho constitucional y convencional de toda persona a ser comunicada en forma previa y detallada sobre la naturaleza y las causas de la investigación que se adelantan en su contra, contenido en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero, como lo advierte la decisión mayoritariamente adoptada, tanto la indagatoria como la imputación son instituciones de sistemas penales distintos, que obedecen a lógicas muy diferentes, cuya constitucionalidad ha sido reconocida por esta corporación, en las cuales, según la finalidad que cumplen en el sistema de investigación al que pertenecen, deben respetar, en cada caso, las correspondientes garantías fundamentales de naturaleza constitucional y convencional. Ese, empero, no es el problema y ese no era el objeto de discusión en la revisión de esta tutela.

Es de suma relevancia, entonces, señalar que, de acuerdo con la acción de tutela impetrada, la decisión adoptada por el juez de tutela y la selección que de ella hizo la Corte Constitucional para su revisión, la discusión en este asunto debía centrarse exclusivamente en determinar cuál es la condición que, de conformidad con el ordenamiento jurídico debe tener una persona que habiendo sido vinculada en un

proceso penal con sujeción a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, que expedido al amparo las normas originales de la Constitución de 1991 que previeron un sistema de investigación -inquisitivo mixto-, pasa luego a ser investigado por la Fiscalía General de la Nación con sujeción a las reglas previstas en el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004, que fue expedido para desarrollar un sistema de investigación distinto -de tendencia acusatoria- previsto en la Constitución pero modificada por el Acto Legislativo No. 3 de 2002. Significa que no estaba en discusión definir cuál era el órgano competente para adelantar la investigación, así como tampoco de establecer el rito procesal que se debía seguirse, pues éstas son cuestiones que ya fueron definidas oportunamente por las autoridades competentes.

En efecto, en el caso concreto objeto de análisis, mediante Auto del 31 de agosto de 2020, la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, previa solicitud de la defensa del accionante y dado que éste había renunciado a la curul que por elección popular ocupaba en el Senado de la República, ordenó remitir la actuación procesal hasta ese momento surtida a la Fiscalía General de la Nación, tras considerar que de conformidad con lo previsto en el artículo 235 de la Constitución Política había perdido la competencia para seguir investigándolo y porque los hechos investigados no tienen relación con la función congresarial, de modo que no podía pervivir o mantenerse la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, una vez el conocimiento del proceso penal fue asumido por la Fiscalía General de la Nación, en el curso de una audiencia de solicitud de libertad, varios intervinientes en el proceso penal impugnaron la competencia de la juez con función de control de garantías que conoció de la solicitud, indicando que el trámite debía seguirse bajo la égida de la ley procesal que se venía adelantando en la Sala Especial de Instrucción, esto es, bajo la Ley 600 de 2000 y que, en esa medida, la Juez no era competente para estudiar la solicitud de libertad pues su rol es propio de los procesos que se tramitan por la Ley 906 de 2004.

La impugnación de competencia planteada, fue resuelta por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en donde, mediante providencia del 5 de octubre de 2020, se determinó que el proceso debía adelantarse siguiendo los lineamientos dados por la Ley 906 de 2004, porque: 1) el ciudadano vinculado al proceso, ya no ostentaba la condición de congresista por haber renunciado al Senado de la República; 2) la Sala Especial de Instrucción había remitido el proceso a la Fiscalía General de la Nación tras haber perdido la competencia para continuar adelantando el trámite penal; y, 3) los hechos que se investigan tuvieron lugar en el año 2018, fecha posterior a la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria adoptado desde el año 2004.

En vista de las anteriores circunstancias, es claro que en sede de revisión de tutela relacionada, por lo demás, contra una providencia judicial, la Corte Constitucional

debía ocuparse únicamente de definir si al darse el tránsito de la investigación de un sistema procesal a otro, el accionante había adquirido y por lo tanto tenía o no y, en caso afirmativo, si continuaba manteniendo la condición de imputado en virtud de haberse cumplido una diligencia de indagatoria que rindió ante la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, la cual le definió su situación jurídica y, a partir de ese análisis, determinar si el Juez 4º Penal del Circuito de Bogotá, vulneró o no las garantías fundamentales del actor al haber considerado que ya estaba imputado desde la citada diligencia de indagatoria. Para ello, la Corte Constitucional debía definir si la diligencia de indagatoria cumplida según las reglas de la Ley 600 de 2000 era equiparable o no a la audiencia de imputación regida por la Ley 906 de 2004 y, es en este punto concreto en el cual radica mi respetuosa pero profunda discrepancia con las razones y las decisiones adoptadas, pues en ellas se señaló contra lo que ese establece en el ordenamiento constitucional y legal, la equivalencia entre ambas figuras, lo cual constituye un grave precedente que puede llegar a afectar en lo sucesivo las garantías procesales de cualquier investigado y con ello, violar sus derechos fundamentales de audiencia, defensa, contradicción y, en general, el debido proceso. No se trata de revisar el tema únicamente alrededor del caso de un ciudadano, sino que al fijarse un precedente mediante sentencia de unificación de jurisprudencia, él incide en la suerte de cualquier persona que deba comparecer a un proceso judicial y con él se defina su suerte judicial.

### **La indagatoria y la formulación de imputación, no son figuras equiparables**

En casos en los que se ha tenido que definir si una regla y como consecuencia de ella una actuación regida por la Ley 600 de 2000, es aplicable en procesos seguidos bajo la Ley 906 de 2004 o, viceversa, ya la Corte Suprema de Justicia había sostenido que el estudio correspondiente no puede darse *“a partir de la simple y escueta lectura y comparación de nombres de normas”*, sino que *“el ejercicio exige que el análisis tome en consideración el sistema del que ellas forman parte y los presupuestos, trámites y finalidades que debían cumplir en cada uno de esos regímenes”*.<sup>1</sup>

Siguiendo esos lineamientos, cuando se compara la indagatoria con la formulación de imputación, resulta indispensable dejar a un lado los presupuestos formales y más allá de establecer su equivalencia porque ambas figuras constituyen la forma de vinculación al proceso penal o porque en ellas de alguna manera hay una exposición de los hechos delictivos que se investigan, resulta indispensable evaluar aspectos como: en qué etapa del proceso se presenta cada una, cuáles son las finalidades que se persiguen en cada etapa, cuáles son las circunstancias fácticas que se ponen de presente y si son susceptibles de cambiar, entre otros.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de marzo de 2006, dada dentro del radicado 24300.

Sea entonces lo primero indicar que de acuerdo con la Ley 600 de 2000, la indagatoria se presenta en una etapa incipiente del proceso, como lo es la etapa de instrucción y que, en algunos casos puede estar precedida de una investigación previa, la cual sólo tiene lugar cuando existen dudas sobre la existencia del hecho o su tipicidad, o cuando es necesario recaudar pruebas que lleven a la identificación e individualización de los presuntos autores o partícipes del hecho punible.<sup>2</sup> La instrucción, entonces, tiene como finalidad, entre otras, identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta<sup>3</sup>. Esta etapa inicia cuando el funcionario investigador del caso profiere una resolución de apertura de instrucción en la que indica cuáles son las personas que deberán vincularse al proceso a través de indagatoria, así como las pruebas a practicar.<sup>4</sup>

En esa medida, en la diligencia de indagatoria que sigue a la apertura de instrucción, se interroga al indiciado o investigado sobre los hechos que originaron su vinculación y se le pone de presente una simple imputación jurídica provisional.<sup>5</sup> En palabras de la Corte Suprema de Justicia, se trata de un claro acto jurisdiccional y de subordinación en el que el instructor inquiere al investigado sobre su comportamiento<sup>6</sup> y su realización es presupuesto del debido proceso.<sup>7</sup>

Entendido de esa manera, es claro entonces, que esta diligencia se lleva a cabo en un estadio muy primigenio del proceso penal, en el que los funcionarios de instrucción -sea la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia o la Fiscalía General de la Nación, según el caso-, aún no tienen claridad respecto de lo sucedido, pues apenas van a iniciar el recaudo probatorio a partir del cual más adelante determinarán bajo qué circunstancias acaecieron los hechos, y que son las que posteriormente cimentarán la resolución acusatoria.<sup>8</sup> Es por ello que las preguntas que se hacen al indiciado durante la diligencia de indagatoria, así como la imputación jurídica provisional, dependen de lo advertido hasta ese momento en la actuación. De hecho, es posible que la persona investigada sea llamada con posterioridad a ampliar su indagatoria, cuando el funcionario instructor lo considere conveniente o *“cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional”*<sup>9</sup>, esto es, cuando de los aspectos fácticos que van apareciendo y las pruebas practicadas, puede advertirse la posible comisión de delitos distintos a los inicialmente indicados en la diligencia de indagatoria.

En últimas, la diligencia de indagatoria es un medio de defensa con que cuenta el investigado para dar explicaciones sobre los hechos materia de la investigación y, al igual que ocurre con todo lo que se practique durante la instrucción, constituye

---

<sup>2</sup> Artículo 322 de la Ley 600 de 2000.

<sup>3</sup> Artículo 331 de la Ley 600 de 2000.

<sup>4</sup> Ibídem.

<sup>5</sup> Artículo 338 de la Ley 600 de 2000.

<sup>6</sup> *Crf.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 16 de marzo de 2016, dado dentro del radicado 46589.

<sup>7</sup> *Crf.* Corte Suprema de Justicia, Auto del 30 de abril de 2014, dado dentro del radicado 43490.

<sup>8</sup> *Crf.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de octubre de 2020, dada dentro del radicado 55056.

<sup>9</sup> Artículo 342 de la Ley 600 de 2000.

prueba con vocación de permanencia. Además, en el curso de la misma, el indagado puede aportar documentos o cualquier otro elemento de prueba que sustente su dicho y permita al instructor -Sala de Instrucción o Fiscalía, según el caso-, tener mayor claridad sobre los hechos acaecidos y que son objeto de investigación, así como sobre su responsabilidad respecto de aquellos.

Ahora bien, todo ese despliegue investigativo que conforme a lo previsto en la Ley 600 de 2000 se da a partir de la apertura a instrucción, no se presenta en el sistema procesal regido por la Ley 906 de 2004, de tendencia penal acusatoria, el cual ocurre en la etapa de *indagación preliminar*. Es durante la indagación que la Fiscalía, como titular de la acción penal y valida de las labores de su cuerpo de policía judicial, adelanta los actos investigativos necesarios para recaudar información, evidencia física y elementos materiales probatorios que le permitan determinar la existencia del hecho que llegó a su conocimiento, las circunstancias en que se presentó y si tiene las características de un delito, así como la identificación de los autores o partícipes del mismo<sup>10</sup>. Dentro de las facultades investigativas con que cuenta la Fiscalía en esta etapa, se encuentra la posibilidad de que cite al investigado a una diligencia de *interrogatorio a indiciado*, cuando de los medios recaudados pueda advertir que aquel es autor o partícipe del hecho investigado.<sup>11</sup> Se trata de “*un acto de parte, orientado a intentar obtener información relevante para definir la teoría del caso de la Fiscalía*”.<sup>12</sup> En esta medida, aunque no es una diligencia de carácter obligatorio, no se hace imputación de ninguna índole, no hay una vinculación formal al proceso, el sujeto investigado puede optar por guardar silencio,<sup>13</sup> y apenas constituye una oportunidad para que dé su versión sobre lo sucedido, esto es, sobre los hechos que se investigan.

En caso de realizarse el interrogatorio a indiciado, éste, junto con los demás elementos recaudados y la información legalmente obtenida, deberá ser analizado por el Fiscal del caso, en lo que la Corte Suprema de justicia ha denominado como *juicio de imputación*, que consiste básicamente en que, a partir de los resultados de las labores investigativas, se determine si se reúnen los presupuestos necesarios para formular imputación en contra del indiciado, esto es, si de ellos es posible inferir razonablemente que es autor o partícipe de los hechos que se investigan. Este juicio es del resorte exclusivo del Fiscal y en él, debe delimitar una hipótesis factual, seleccionar las normas penales aplicables al caso de acuerdo a esa delimitación fáctica, así como establecer si aquella encuentra suficiente respaldo en los elementos recopilados.<sup>14</sup> Sólo en caso de cumplirse estos presupuestos, el titular de la acción penal deberá vincular formalmente al investigado al proceso penal, a través de la audiencia de *formulación de imputación* que se realiza ante el juez de control de garantías.

---

<sup>10</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2009.

<sup>11</sup> Artículo 282 de la Ley 906 de 2004.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 29 de abril de 2014, dado dentro del radicado 43490.

<sup>13</sup> Artículo 282 de la Ley 906 de 2004.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto proferido en 2020, dentro del radicado 56505.

Ese análisis, es el mismo que el instructor de la Ley 600 de 2000, debe realizar a partir de las pruebas practicadas durante la etapa de instrucción (entre las que se encuentra la indagatoria) luego del cierre de la investigación y al momento de entrar a calificar el mérito del sumario. De manera tal que, si encuentra que a partir de ellas es posible demostrar la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad del sindicado en la comisión de los mismos, proferirá *resolución de acusación*, en la que concretará las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos<sup>15</sup> -que pueden o no coincidir con los expuestos en la indagatoria- debido al mayor grado de conocimiento que sobre ellos se ha alcanzado a partir de la instrucción<sup>16</sup> y hará la correspondiente calificación jurídica provisional de la conducta<sup>17</sup>.

Lo anterior evidencia, independientemente de la denominación utilizada en los dos regímenes procesales, que la formulación de imputación propia de la Ley 906 de 2004 y que se da cuando culmina la etapa de investigación conocida como indagación preliminar, se equipara es con la resolución de acusación que en la Ley 600 de 2000 se produce cuando se cierra la etapa de instrucción. Es en estos dos momentos donde se consolida la labor investigativa del titular de la acción penal, pues se presentan luego de que concluye esa etapa de recaudo de elementos y de determinación de la forma en que ocurrieron los hechos. Es en ellos, donde el Fiscal debe delimitar con toda claridad la hipótesis fáctica, la cual resulta inmodificable, y sobre la que versará el juicio. Son decisiones de tal trascendencia, que es a partir de ambas que se interrumpe el término de prescripción de la acción penal y comienza a correr un término perentorio para que el enjuiciamiento del procesado se efectúe dentro de un plazo razonable. Por lo tanto, no es posible técnica ni jurídicamente, equiparar la diligencia de indagatoria de la Ley 600 de 2000 en la cual se puede hacer una imputación jurídica provisional con la audiencia de imputación prevista en la Ley 906 de 2004 en la cual, con el cumplimiento de las reglas y garantías procesales se hace una imputación plena o íntegra con base en los hechos que ya han sido investigados, como erróneamente lo hizo la Corte Constitucional en la providencia de la cual con todo respeto me he apartado.

En consecuencia, no es posible que al darse el tránsito de un sistema procesal al otro, en un caso como el examinado en el que aún no se había dado el cierre de que trata el artículo 393 de la Ley 600 de 2000, se tuviera por imputado al investigado por el simple hecho de haber rendido indagatoria, esto es, de haber dado su versión de lo sucedido a partir de lo que hasta ese momento tan incipiente del proceso penal, conocía la Sala de Instrucción, aun cuando esa versión, en términos legales, constituya la forma de vinculación formal del procesado al trámite seguido en su contra. La errada equiparación, pasa por alto que podrán presentarse casos en los que el sujeto sea vinculado en debida forma, pero aquel haga uso de su derecho a guardar silencio de conformidad con lo contemplado en

<sup>15</sup> Artículo 398 de la Ley 600 de 2000.

<sup>16</sup> *Crf.* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de noviembre de 2003, dada dentro del radicado 19192.

<sup>17</sup> Artículo 398 de la Ley 600 de 2000.

el artículo 337 *ídem*, redundando ello en que no se le interrogará sobre los hechos que llevaron a su vinculación.

Aceptar esa equiparación realizada en la providencia judicial atacada por vía tutela, constituye un absoluto desacierto, que muy seguramente conducirá a que en una etapa más avanzada del proceso, se invalide la actuación precisamente por ausencia de imputación derivada a su vez de la falta de delimitación de los *hechos jurídicamente relevantes*. Como se explicó líneas atrás, la indagatoria se surte al inicio de la instrucción, es decir, de la etapa que busca identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta delictiva,<sup>18</sup> por lo que en ese momento los hechos no son claros y definidos y el interrogatorio que se hace a partir de los mismos, de ninguna manera equivale a una formulación de imputación, pues hasta ese momento tales hechos no tienen relevancia jurídica alguna.

Ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en la audiencia de formulación de imputación “*solo se puede hacer alusión a los hechos jurídicamente relevantes*”,<sup>19</sup> es decir, a “*aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales*”<sup>20</sup> y a partir de los cuales se realiza la correlativa imputación jurídica. Por ello, ha sido enfática la doctrina de ese alto tribunal, en señalar que estos hechos no corresponden a los hechos indicadores ni a los medios de prueba, que no se deben confundir los unos con los otros, pues los primeros hacen referencia a “*los datos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes*” y, los segundos, a “*los testimonios, documentos, evidencias físicas, etcétera, útiles para demostrar directamente el hecho jurídicamente relevante, o los respectivos hechos indicadores*”.<sup>21</sup>

Tomando en consideración lo anterior y dada la amplitud y ambigüedad de la indagatoria, en la que las preguntas se formulan a partir de los hechos en su mayoría indicadores y de los medios de prueba conocidos hasta entonces, llevaría a la declaratoria de nulidad, por falta de delimitación y concreción de los llamados *hechos jurídicamente relevantes*, lo cual, ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, constituye una vulneración de la garantía fundamental al debido proceso. Ha destacado el órgano de cierre de la jurisdicción penal, que cuando los hechos no son definidos de manera clara, precisa y detallada, se comete un error de tal trascendencia que se afecta ineludiblemente el debido proceso y “*reclama de la condigna nulidad*”, porque todo lo actuado desde la formulación de imputación se encuentra afectado.<sup>22</sup>

En esa medida, es claro en el caso examinado que: 1) mientras el proceso fue adelantado en la Sala de Instrucción Penal de la Corte Suprema de Justicia

<sup>18</sup> Artículo 331 de la Ley 600 de 2000.

<sup>19</sup> (CSJ, Rad. 51007 de 2019).

<sup>20</sup> *Ibídem*.

<sup>21</sup> *Ibídem*.

<sup>22</sup> *Cfr.* <sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de noviembre de 2016, dada dentro del radicado 48200.

conforme a las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, al vinculado al proceso por la indagatoria apenas se le formuló una imputación jurídica provisional con fundamento en el relato de hechos que solo con posterioridad serían objeto de investigación, imputación provisional que no es igual a una imputación plena e integral con fundamento en hechos ya investigados, razón por lo cual nunca adquirió la condición de imputado; 2) en dicha diligencia de indagatoria rendida por el indiciado ante la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, no hubo una delimitación concreta y específica de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permita inferir que él cometió las conductas investigadas; en dicha diligencia no se concretaron los hechos jurídicamente relevantes, sino que aquel fue inquirido a partir de medios de prueba y de hechos y circunstancias apenas en averiguación; y, 3) en consecuencia, con observancia de las reglas propias de la investigación penal, no se le ha formulado imputación plena o integral al simplemente indiciado o sindicado ante y por un juez de control de garantías, previa solicitud del Fiscal luego de adelantar el juicio de imputación para que adquiriera la condición de imputado.

No obstante lo anterior, al erróneamente equiparar la diligencia de indagatoria con la audiencia de imputación, con las graves consecuencias que de ello se derivan para cualquier investigado, incluido el ciudadano que es objeto de investigación en el caso *sub examine*, en todos los eventos en los que la Corte Suprema de Justicia pierda competencia para investigar y juzgar a un aforado y, consecuentemente, la actuación pase a la Fiscalía General de la Nación en la primigenia etapa de instrucción, a partir de la desafortunada decisión de la Corte Constitucional se habrá concretado el desconocimiento de la garantía constitucional fundamental del debido proceso porque erróneamente se infiere que hay una imputación que jamás se ha formulado y que por lo mismo el indiciado tiene la condición de imputado que el ordenamiento jurídico no ha previsto y el instructor no le ha señalado porque no podía hacerlo.

Las graves consecuencias de realizar una mala equiparación entre las figuras aquí aludidas, son circunstancias que no se pueden obviar y que deben tomarse en consideración junto a todo lo demás que evidencia que se trata de figuras formal y materialmente distintas.

En efecto, la indagatoria no reúne los presupuestos necesarios que hagan viable tenerla como una imputación de cargos de conformidad con las exigencias del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, principalmente, en lo relativo a la identificación y concreción de los hechos jurídicamente relevantes. Esas exigencias, si de hacer un juicio de equiparación se trata, se satisfacen es con la resolución de acusación, por lo que el cambio de sistema en un estadio tan primigenio, conlleva, indefectiblemente, a que la actuación se siga desde la etapa de indagación preliminar, en la que será la Fiscalía la que en ejercicio del *ius puniendi*, realice el correspondiente juicio de imputación a partir de los elementos que se trasladan de la instrucción y de los resultados de los actos investigativos



propios que disponga, para definir si es posible formular imputación en los términos ya indicados.

### **La validez de la actuación surtida en la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia**

Por último y no siendo menos importante, resulta preciso resaltar que en estos casos de tránsito de un sistema procesal a otro, en los que no puede entenderse surtida la formulación de cargos propia de la Ley 906 de 2004, la indagatoria -y todo lo que se haya adelantado durante la instrucción- sigue teniendo plena validez, solo que muta su naturaleza, en el entendido que ya no será una prueba en sí misma, sino un elemento material probatorio. Esto, debido a que en el proceso penal de tendencia acusatoria, sólo constituye prueba aquello que se practica en el curso del juicio oral y antes sólo se habla de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida que si no se introducen a través de su práctica en el juicio oral, no constituyen prueba y no pueden ser valorados por el juez de conocimiento al momento de decidir. Así las cosas, la indagatoria, en caso de que el imputado -y posteriormente acusado- fuera llamado a rendir testimonio en juicio, podría ser utilizada para efectos de impugnar su credibilidad.

### **La imposibilidad de resolver la ausencia de imputación plena en una audiencia innominada**

La decisión mayoritaria estima que de considerar excepcionalmente alguna de las partes o intervinientes que, al margen de la adecuación realizada del proceso, si existe algún ámbito adicional de indefensión de sus garantías fundamentales con efectos sustantivos como consecuencia del cambio en la normatividad procesal aplicable, la parte o el interviniente podrá acudir al juez de control de garantías para que, en audiencia innominada y, con fundamento en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, contenido en la Ley 906 de 2004, se analice si existió alguna afectación, y de ser el caso, se realice la adecuación a que haya lugar.

Dicha norma señala que la actuación procesal se debe desarrollar 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 y que, en ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial. Así mismo, que para alcanzar esos efectos, serán de obligatorio cumplimiento los procedimientos orales, la utilización de los medios técnicos pertinentes que los viabilicen y los términos fijados por la ley o el funcionario para cada actuación. Ella determina que el juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en dicho Código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos; que 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 y, que 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.

Como se observa se trata de una serie de reglas que desarrollan el principio rector de la actuación procesal. Sin embargo, a través de una audiencia innominada que ahora faculta la Corte al amparo de ese mismo artículo 10 del Código contenido en la Ley 906 de 2004, no se podrá hacer control de legalidad de la actuación surtida por la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia que es válida y así lo han aceptado los sujetos procesales que intervinieron en ella, y mucho menos subsanar la ausencia de la audiencia de imputación jurídica plena, con la grave consecuencia que el proceso podría continuar a la etapa de juicio sin que jamás haya existido imputación lo cual viola las garantías que el derecho convencional y constitucional ampara porque en garantía de la libertad y para evitar el abuso y la arbitrariedad, jamás se podrá admitir que se pueda ir a juicio sin imputación y acusación previas formuladas en su orden, con el respeto de las solemnidades que la Constitución y la ley establecen.

## **Conclusión**

De conformidad con lo anterior, al contrario de lo resuelto por la Sala Plena de la Corte Constitucional, al revisar la acción de tutela promovida por el ciudadano Álvaro Uribe Vélez a través de su apoderado y la decisión que para resolverla fue adoptada el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá D.C. con función de conocimiento, la Corte ha debido amparar sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa y revocar dicha providencia.

**JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**  
**Magistrado**