

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado Alberto Rojas Ríos

Exp. T-8'170.363

Sentencia SU-388 del 10 de noviembre de 2021.

En nuestro criterio el Amparo Constitucional invocado por el ciudadano Accionante ha debido concederse. Con respetable pero equivocada decisión mayoritaria que corre en la referida Sentencia de Tutela SU-388 del 10 de noviembre de 2021, la CORTE CONSTITUCIONAL ha borrado de un "plumazo" el Debido Proceso Clásico Liberal que tanta sangre ha costado desde las ordalías o "Juicios de Dios" o la inquisición hasta nuestros días, y fractura lo que aún nos queda de la frágil construcción de la democracia moderna. Con esto se desconoció el mandato constitucional conforme al cual nadie podrá ser juzgado sino con "la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta decisión quedará para la historia cubierta en sombras e incertidumbre.

Con esta nueva interpretación del artículo 29 de nuestra Constitución Política, la Corte paso por alto la voluntad del constituyente, y adoptó el sistema de la eventual adecuación u homologación de procesos judiciales diversos, que, a manera de conversión procesal se funda en que habría una supuesta equivalencia funcional. Este planteamiento auspicia la violación directa de la Constitución, y con ello, la violación al Debido Proceso del accionante, como paso a demostrarlo.

El Constituyente de 1991, en múltiples sesiones cuya memoria obra en 141 Gacetas, construyó y consolidó el Art. 29 de la Constitución Política que hoy pierde significado en manos de la Corte a la que se le atribuyó la guarda e integridad de la Constitución.

Las ideas más importantes de este salvamento de voto, se resumen en que: "Tolerar una indagatoria como sustituta de la imputación es desintegrar la estructura propia del sistema procesal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004 y especialmente un daño al derecho de defensa que se ve expuesto a la indeterminación, la incertidumbre y a la contingencia del desacierto en la selección de una estrategia defensiva".

Además, "una mejor ilustración sobre las características propias de una imputación puede seguirse en la mejor jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a través de los radicados 44.599 de 2017, 52.311 de 2018 y 51.007 de 2019. Desde la lectura de estas sentencias se puede colegir como resulta incompatible el contenido y desarrollo de una indagatoria con el acto procesal de imputación".

La indagatoria pertenece a un sistema inquisitivo. Indagar es sinónimo de inquirir y escudriñar, deriva de indagare: seguir la pista de un animal a redes previamente preparadas. En latín arcaico se forma por el prefijo ind: en el interior. Y agere: mover, llevar delante algo, conducir. Ya su etimología da sentido a su acepción jurídica original como acoso para el encierro. Inquisitivo viene del latín inquisitivus y significa: relativo a la indagación, preguntón. In: hacia adentro, quaerere: preguntar y sufijo tivo: relación activa o pasiva.

La imputación es solo una proposición de parte que debe ajustarse a un debido proceso y a garantías de conocimiento claro, preciso y circunstanciado. Proposición sometida a un control judicial representado en un tercero, claramente ajeno e independiente al inquisidor.

La indagatoria es un 'mini juicio' descompensado por las facultades del inquisidor respecto de las posibilidades del procesado, según lo hemos visto. Es la puerta de entrada hacia la exploración de unos hechos que aún no se ofrecen suficientemente decantados al investigador. Es entonces el inicio de la labor investigativa. Recuérdese que la investigación previa solo tiene como finalidad, según el artículo 322 de la Ley 600 de 2000, determinar la ocurrencia de una conducta que esté descrita como punible y las pruebas para lograr la identificación e individualización de posibles autores o partícipes.

La imputación, en cambio, es la consolidación de una labor investigativa sobre una hipótesis delictiva y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia. Igualmente, representa la consecución de unos elementos materiales probatorios denotativos de la probable responsabilidad del imputado. En este acto procesal, que también cumple una función de vinculación al proceso por parte del imputado, se considera que el ente acusador agotó su función investigativa, no obstante que se ofrece un término adicional hasta la acusación para hacer precisiones. Es así que se puede constatar el fin de una labor vs. el inicio de la misma cuando de la indagatoria se trata.

La indagatoria es un acto procesal de naturaleza probatoria con vocación de permanencia. En ella se indaga por todo aquello que previo a una imputación debe lograr el investigador por sus propios medios. El funcionario en la indagatoria pregunta por todo aquello que desconoce, empezando por los generales de ley. En la práctica se confronta con el indagado a partir de lo que supone, sospecha o considera tener acreditado. El indagado refuta, niega, afirma o simplemente guarda silencio. El indagado puede cuestionar la prueba del investigador, tachándola por falsa o mendaz. Puede entregar pruebas, solicitar que se busquen o se practiquen otras. Realidades que enseñan que la indagatoria tiene visos de un 'mini juicio', de una contención donde el que investiga se ofrece al mismo

tiempo como el juez que al final concluye sobre la verdad. Es decir, que el ejercicio de la defensa técnica está limitado a la objeción, a la observación o a la constancia frente a los desvíos del inquisidor.

La naturaleza de la imputación es repulsiva a los contenidos y al desarrollo propio de la indagatoria. Es una comunicación breve, concreta y en detalle de lo que pudo ser un comportamiento delictivo por parte del procesado. En la audiencia respectiva resulta impertinente la refutación de esa imputación. El debate se circunscribe al ofrecimiento de unos hechos jurídicamente relevantes, suficientes para afirmar teóricamente la adecuación a un tipo penal. Esta garantía se proyecta en la dirección y el control formal que ejerce el juez con función de control de garantías. Esta función constitucional, creada con el Acto Legislativo 03 de 2002, fija la diferencia epistemológica, filosófica y normativa, sobre las diferencias de una y otra institución.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha enseñado, con ahínco y hasta con angustia, que la audiencia de imputación no es el escenario indicado para que el fiscal realice el juicio propio de la imputación. Que este debe hacerse de manera previa y externa a la audiencia. Por esto reprocha, con la sanción de la nulidad inclusive, aquellas audiencias de imputación que mezclan hechos con evidencias, con juicios de valor o que no logran diferenciar los hechos indicantes de los hechos jurídicamente relevantes. Circunstancias que, de nuevo, nos enseñan que una debida imputación es ante todo un acto procesal ajeno en su procedimiento, momento y contenido a lo que es una indagatoria y que cuando esto ocurre, es tan grave que debe invalidarse.

La indagatoria es un acto compuesto por la voluntad del investigador y el procesado, con todas las críticas que ya hemos expresado. Si esta es llevada como imputación al sistema adversarial de la Ley 906 de 2004, claramente desintegra su estructura. La imputación es un acto procesal de parte. En consecuencia, solo compromete a la Fiscalía. La acusación, las solicitudes y decreto probatorio en la audiencia preparatoria, las teorías del caso, la práctica de pruebas, las oposiciones a los interrogatorios y contrainterrogatorio, los alegatos finales y la sentencia, deben ser congruentes integralmente con la imputación fáctica, so pena de nulidad, desprestigio y desgaste para la administración de justicia.

Sobre otras consideraciones jurisprudenciales y normativas que marcan diferencias sustanciales entre la indagatoria y la imputación, presento la siguiente relación:

1. Son instituciones jurídicas que pertenecen a modelos procesales diametralmente opuestos.

2. La indagatoria no parte de una hipótesis concreta de autoría o participación; la imputación impone la exigencia previa de la inferencia razonable.
3. Los objetivos de la etapa de instrucción de la ley 600, en donde tiene ocurrencia la indagatoria, coinciden más con la etapa de indagación de la ley 906, pues se trata de un escenario para determinar cómo ocurrieron los hechos.
4. Por el contrario, la formulación de la imputación, que da inicio a la etapa de investigación de la ley 906 de 2004, parte ya de un relato de los hechos jurídicamente relevantes que ya ha determinado la Fiscalía conforme a una etapa previa de indagación.
5. La indagatoria es en esencia una declaración del procesado, un medio de defensa y una prueba. La imputación no reúne ninguna de esas características.
6. La indagatoria es uno de los métodos de vinculación existentes al proceso, una persona, en ley 600 de 2000, puede vincularse sin realizarse indagatoria. En la ley 906 de 2004 siempre debe realizarse formulación de imputación así la persona no comparezca.
7. La indagatoria, al ser una declaración, es una diligencia que gira entorno al procesado por eso es el fiscal quien la "recibe".
8. La imputación por el contrario es un acto dirigido al procesado, pero no requiere mayor participación de éste. No hay cuestionario alguno, el fiscal la formula.
9. La indagatoria es un ámbito abierto a la práctica probatoria, en ella no sólo se declara, sino que se pueden aportar, pedir decretar pruebas.
10. Nada de esto sucede en la formulación de imputación, pues expresamente se proscribe el descubrimiento probatorio y los hechos jurídicamente relevantes deben estar limpios de referencias a evidencia o elementos materiales de prueba.
11. El componente de los hechos es totalmente distinto. En la indagatoria el fiscal indaga al procesado por los hechos, mientras que en la formulación de imputación es el fiscal quien debe señalarle al procesado un relato de los hechos jurídicamente relevantes, es decir hace un verdadero juicio de imputación.
12. Así si bien en ambos sistemas se habla de imputación fáctica y jurídica, lo cierto es que LA CONCEPCIÓN NO ES ANÁLOGA.
13. En efecto, la imputación fáctica de la formulación de imputación obedece a un verdadero juicio de imputación que debe hacer el

Fiscal, es decir, una narración concreta y sucinta de hechos jurídicamente relevantes.

14. En la indagatoria no se exige la realización de ese juicio de imputación, por el contrario, la “imputación fáctica” es sumamente abierta, genérica y gaseosa pues no parte de un relato detallado sino de los tópicos o temas que se relacionen en las preguntas.

15. Así, en ley 600 de 2000 el control sobre la imputación fáctica tiene que ver con el contenido de las preguntas, más que con una verdadera hipótesis fáctica que se le comunique de forma precisa al procesado, como sí se exige en ley 906 de 2004.

16. Teniendo en cuenta la doctrina sobre los hechos jurídicamente relevantes, es imposible asimilar la imputación fáctica de la indagatoria a las exigencias de la formulación de imputación, pues los hechos se introducen en un interrogatorio prolongado, inconexo, cargado de valoración probatoria y juicios subjetivos de valor.

17. La formulación de imputación impone una imputación jurídica que debe respetarse al momento de resolverse sobre una medida de aseguramiento.

18. La imputación jurídica de la indagatoria puede modificarse al momento de resolver situación jurídica del procesado.

19. La indagatoria es RESERVADA, la formulación de imputación es un acto PÚBLICO.

20. En la indagatoria no interviene el juez de control de garantías, la formulación de imputación debe hacerse ante este Juez.

21. La indagatoria no tiene ningún tipo de control judicial, nadie verifica ni avala su legalidad.

22. El Juez de Control de Garantías, en audiencia que interviene la Defensa, determina sobre la legalidad de la formulación de imputación.

23. La indagatoria no contempla, en su estructura, escenario para la aceptación de cargos. En la formulación de imputación es obligatorio advertir sobre esta posibilidad.

24. La indagatoria no contempla, en su estructura, una descripción amplia de todas las garantías que le asisten a la defensa, como sí ocurre en la formulación de imputación.

25. La Formulación de imputación debe ser una diligencia corta, concreta, sucinta. Por el contrario, la indagatoria, al ser un interrogatorio, suele ser una diligencia de varias horas e incluso, en algunos casos, días.

26. La indagatoria puede ser ROGADA e incluso se puede realizar en contra de la voluntad del fiscal del caso. La formulación de imputación es un acto que corresponde al criterio exclusivo del fiscal del caso, nadie se lo puede imponer.

27. El procesado puede solicitar la ampliación de la indagatoria.

28. La formulación de imputación no puede ampliarse o adicionarse a solicitud del imputado, es algo que sólo procede por voluntad del fiscal.

29. El fiscal cuenta con poderes coercitivos directos para garantizar la comparecencia del procesado a la indagatoria.

30. El fiscal en la ley 906 de 2004 no tiene estos poderes, sólo puede elevar esas solicitudes ante un juez de control de garantías.

31. La indagatoria no interrumpe la prescripción, la formulación de imputación sí lo hace.

Expresar que la indagatoria tiene una equivalencia funcional a la imputación, es derruir el principio piramidal del derecho al debido proceso de la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (artículo 29 superior), que, por ejemplo, en la sentencia C-407/97, de esta Corporación, persigue varios fines: "En primer lugar, lograr la igualdad real en lo que tiene que ver con la administración de justicia. Esa igualdad teórica se realiza en los distintos campos por medio de normas especiales. En el campo procesal, en lo referente a la administración de justicia, la igualdad se logra al disponer que todos sean juzgados por el mismo procedimiento."

En igual sentido, la Corte, en la sentencia SU-429/98, señaló que "para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos."

Tres aspectos finales que deben quedar claros a la luz de las garantías

1. En la decisión adoptada por esta Corte, se agregó a la negativa de la acción de tutela, una advertencia a las "partes procesales", que en derecho adjetivo se refiere a los "sujetos procesales", incluyendo las víctimas, la posibilidad de "si cualquiera de las partes procesales identificare ámbitos de indefensión o vulneración de garantías fundamentales sustantivas podrá solicitar una audiencia innominada ante el juez de control de garantías para efectos de

adecuar la actuación procesal en los términos del artículo 10 de la Ley 906 del año 2004.”

Sin verificar plenamente el concepto de audiencia innominada, ésta podría tener dos efectos, que planteamos en este salvamento a título de interrogante. El primero, ¿abrir una puerta para que un juez de control de garantías permita discutir nuevamente la calidad de imputado?; o, segundo, ¿acudir al juez para subsanar violaciones a los derechos fundamentales de aquellos sujetos procesales que se consideren transgredidos?

Mientras no se aclaren estas dudas sobre la “audiencia innominada” dispuesta en la Ponencia aprobada mayoritariamente, no deja de ser una falacia judicial que denota implícitamente con mayor protuberancia la vulneración del Derecho Fundamental al Debido Proceso del ciudadano accionante.

2. De haberse fallado en sentido contrario la ponencia mayoritariamente acogida, no se hubiera desconocido los derechos de las víctimas, pues éstas habrían contado con las mismas garantías judiciales que se le otorgan, en igualdad de armas, a todos los sujetos procesales, al punto que, en una eventual reversión del proceso a una etapa inicial en la que el fiscal del caso hubiese tenido la facultad de archivar el Proceso, las víctimas cuentan con garantías procesales derivadas de la Ley 906 de 2004, contempladas en el inciso segundo del artículo 79, en concordancia con el artículo 11 literal g) , cuando se produce un archivo de la actuación, las víctimas podrán promover el desactivo y la reanudación de la investigación.

3.- La prueba recaudada por la Corte Suprema de Justicia, hubiera conservado pleno valor, ahora como elemento material de prueba en el sistema acusatorio, en aplicación del principio “utile per inutile non vitiatur”. Lo útil no se vicia por lo inútil.

En estos términos, dejó consignadas las razones de mi voto disidente, con sinceras expresiones de respeto y consideración para con la Sala Plena de la Corte Constitucional.