ANEXO
LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN COMO GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL INVESTIGADO[36]

Siguiendo la guía hermenéutica constituida a través del artículo 27 de la Ley 57 de 1887, descubrir la historia fidedigna de una ley es presupuesto de esclarecimiento de los aspectos oscuros que puedan tener las disposiciones. Naturalmente, reconstruir la historia de una norma impone acudir a las actas de la comisión que la redactó, a fin de establecer qué fue lo que se propuso a través de su creación. En consideración a que el tema específico de la formalización de la investigación y sus consecuencias, es uno de los más confusos al tiempo que de los más significativos en el entramado normativo de la Ley 906 de 2004, procuramos desentrañar el sentido original de la institución, a través de la reconstrucción de su historia fidedigna.

La verdad es que el tema más discutido por la Comisión Redactora Constitucional creada por el Acto Legislativo N° 03 de 2002[37], fue la estructura del proceso penal; específicamente, la incorporación de la etapa de formalización de la investigación. En torno a él se suscitaron posiciones extremas y contradictorias, incluso, entre los mismos comisionados que defendieron la posición en contra de su incorporación.

36 Tomada de *Cuatro aspectos polémicos de la Ley* 906 de 2004, de Manuel Fernando Moya Vargas.

37 En adelante, CRC.

Se trata, ciertamente, de un aspecto imprescindible al momento de verificar el contenido acusatorio del procedimiento que, además, puede tomarse apropiadamente como uno de los criterios determinantes para identificar la naturaleza y tendencia del enjuiciamiento. Precisamente, porque una característica de las formas inquisitivas de enjuiciamiento es la formalización generalizada y forzosa, mientras que el esquema acusatorio resulta particularmente refractario a dicha formalización previa a la acusación.

La discusión que se mantuvo al interior de la CRC fue difícil por varios aspectos. Por una parte, los representantes de la posición que reclamaron la incorporación de la formalización, en momento alguno estuvieron dispuestos a ceder en sus propósitos; mientras que los partidarios de la postura contraria, si bien presentaron una propuesta alternativa, la verdad es que no pasó de ser una modificación adjetiva de la primera. De otra parte, hubo ambivalencias por parte de quienes defendieron la no formalización, pues originalmente se declararon partidarios de formalizar y luego, sin explicación diversa a "haberse equivocado" giraron hacia la defensa de la posición contraria[38].

Así mismo, representantes de una misma entidad se manifestaron en defensa de uno y otro criterio, restando solidez a sus convicciones y argumentos[39].

Pero lo más sorprendente es que cuando se verificó la votación final en torno a la generalización de la formalización, salvo por un voto, los demás apoyaron su incorporación, lo cual no es coherente con sus manifestaciones expuestas durante las discusiones, teniendo en cuenta que al final sostuvieron argumentos, fuertemente defendidos, a favor de la no formalización. A no ser que quiera entenderse que en último momento cedieron totalmente en sus convicciones, hasta admitir el criterio que siempre refutaron.

Al cabo, la posición que desde un principio y durante el resto de las deliberaciones se defendió con firmeza, fue la que se impuso, precisamente la que abogó por la incorporación de la formalización generalizada y previa a la acusación.

38 Por ejemplo, el doctor Andrés Ramírez inicialmente se opuso a la formalización, mientras que resultó defendida por el Doctor Jaime Granados. Posteriormente ambos invirtieron sus posturas. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005. Página 666.

39 El Fiscal General de la Nación procuró a favor de la no formalización, mientras que el vicefiscal fue al cabo partidario de lo contrario.

Si bien tal decisión controvierte el nivel acusatorio del procedimiento, lo cierto es que se introdujo con base en una justificación propiamente dogmática, que hunde sus raíces en una interpretación concreta del artículo 29 de la Constitución Política, conformada respecto del sistema de enjuiciamiento napoleónico tanto del Decreto 2700 de 1991 como de la Ley 600 de 2000, y a partir de la cual fluyen consecuencias específicas e importantes para comprender la dinámica del proceso penal, su naturaleza y su tendencia.

Además, es preciso anticipar que la Corte Constitucional ha tenido oportunidad de analizar este mismo aspecto del procedimiento, al menos en dos oportunidades, con ocasión de despachar demandas de inconstitucionalidad contra normas de la Ley 906 de 2004, debiendo reasumir el aspecto que de fondo trató la CRC. Sin embargo, llegó a conclusiones que si bien consultan el trasfondo que soportó la determinación de la CRC, alcanza consecuencias diversas, lo cual torna un tanto más difícil el tema en nuestro medio.

El propósito fundamental de esta exposición es, ante todo, poner de manifiesto las dificultades hermenéuticas que registra el tema en cuestión y sus consecuencias.

I. DESARROLLO DE LAS DELIBERACIONES

Retomar el curso de las deliberaciones de la CRC tiene por finalidad establecer cuál fue la orientación óntica que permitió configurar una específica estructura procesal que, en cuanto tiene concreta relación con la formalización de la investigación, permita desentrañar el propósito legislativo.

En el diseño de un entramado normativo se procura completar el sistema a través de cada disposición. Es decir, cada norma está llamada a cumplir al menos dos funciones, la ontológica y la integradora. Mediante la primera el sistema normativo define su alcance; mediante la segunda, contribuye a su composición como un cuerpo identificable.

Siendo así, es preciso saber qué y cómo quiso el legislador dirigir y completar el sistema a través de las normas sobre formalización, lo cual demanda identificar cuáles fueron los límites previstos por él, qué fue lo que procuró hacerse a través de la norma y hasta dónde quiso llegar con ella.

En esta perspectiva se busca identificar la función otorgada a la formalización de las investigaciones, y cómo es que se integran las normas concernientes al

cuerpo normativo restante. Para ello se parte del esquema procesal presentado ante la CRC, en seguida, las variables introducidas y el fin de las mismas.

1. Esquema procesal originalmente pretendido

Durante la reunión cumplida por la CRC el 14 de marzo de 2003, se hizo una presentación formal de la estructura del proceso, a partir del proyecto base de discusión, es decir, el elaborado por la secretaría técnica, esto es, Corporación Excelencia en la Justicia. De acuerdo con lo expuesto en dicha oportunidad, el proyecto contempló un proceso trifásico, con una etapa de indagación preliminar, otra de formalización de la investigación y, una última de juicio oral.

De la primera, se dijo que sería ejercida por la Fiscalía General de la Nación junto con los órganos que cumplen funciones de policía judicial. Estaba prevista con criterio acusatorio; como tal, se caracterizaba porque a través de las diligencias practicadas en esta etapa no podía afectarse derechos fundamentales de persona alguna, inmunidad que cobijaba tanto al investigado como a cualquier otra que eventualmente pudiere verse comprometida.

Durante esta etapa se permitía al ente encargado de la investigación, acopiar elementos materiales de prueba, asegurar evidencia física, dar inicio a la cadena de custodia, y demás actividades con enfoque compatible.

Otra característica consistía en que el investigado no podía intervenir, por consiguiente, tampoco resultaba probable el ejercicio del derecho de defensa. Se justificó la exclusión en que, estrictamente, no se practicarían pruebas como tampoco se adoptarían decisiones judiciales, es decir, no había de qué defenderse[40].

En cambio, en la etapa de formalización de la investigación se preveía la "judicialización de las medidas limitativas", como consecuencia, en este instante procesal debía desatar el ejercicio del derecho defensa, pero solo en virtud de él. Ello implicaba que el investigado tenía que ser enterado de los cargos que lo comprometían. Sin embargo, la formalización no estaba prevista para ocurrir en todos los casos, sino en circunstancias especiales, que en general eran tres, pero de entre estas apenas dos eran las previstas como probables. La primera, ocurriría

40 "En esta etapa se permite toda actuación que no afecte derechos fundamentales, la búsqueda de elementos de prueba, así como la obtención y aseguramiento de la evidencia física con arreglo a la cadena de custodia […]. Se trata de una etapa reservada en la que no tiene participación el imputado ni se activa el derecho de defensa […]. En esta etapa no se practican pruebas ni se toman decisiones judiciales". Osorio Isaza Ob. Cit Supra Página 180.

cuando en casos específicos la Fiscalía determinara formalizar. La segunda, cuando la Fiscalía requiriese afectar un derecho fundamental del procesado. Y la tercera, cuando se requiriese práctica anticipada de una prueba.

Fuera de estas situaciones, el proyecto no contemplaba la formalización. Es decir, coexistirían investigaciones, unas informadas a sus respectivas personas investigadas y con ejercicio de su derecho defensa, y otras sin la previa comunicación y, en consecuencia, sin ejercicio del derecho de defensa.

Bien porque la Fiscalía determinase formalizar, ora por haber requerido una medida restrictiva de algún derecho fundamental, dicha formalización se realizaría, según el proyecto, mediante audiencia preliminar, cuya principal vocación era, fundamentalmente, decidir sobre la imposición del aseguramiento solicitado por la Fiscalía. Audiencia esta que se verificaría ante el juez de control de garantías. A partir de ella se generaban los siguientes efectos: interrupción de la prescripción, inoperancia del principio de oportunidad, iniciación del ejercicio del derecho de defensa y, finalmente, desde el instante de la audiencia de formalización empezaría a correr un término preclusivo para efectuarse el juicio oral, público y concentrado[41].

Finalmente, de acuerdo con el proyecto expuesto, sobrevendría la denominada etapa de juicio, que iniciaría con la audiencia de acusación. En ella el fiscal daría lectura del escrito de acusación y fijaría la pretensión penal, al tiempo que debía descubrir las pruebas con que pretendía sustentar su acusación. Posteriormente, se daría una audiencia preparatoria para decidir sobre nulidades, en donde se ordenaría la prueba y se realizarían, de haber lugar, las estipulaciones. Finalmente se realizaría la audiencia pública[42].

41 "Lo que se busca es permitir la judicialización de las medidas limitativas de derechos garantizando el derecho a la defensa a partir de la formalización de la investigación […]. Hay comunicación al imputado de los cargos iniciales que se formulan pero no constituye en sí misma una actuación judicial […]. La oportunidad de esta formalización de la investigación obedece a una decisión de la Fiscalía General de la Nación cuando considere oportuno o requiera afectar un derecho del imputado, por ejemplo el derecho de libertad.

Los efectos de esta audiencia son:

- interrupción de la prescripción;
- caducidad del principio de oportunidad;
- activación de la defensa;
- inicio al término de juicio rápido".

Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 180-181.

42 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 179-185.

2. La discusión relacionada con la formalización

La discusión central se dio en torno a la formalización de la investigación, fue tal su trascendencia que la CRC debió aplazar otros temas previstos en la agenda[43].

Las posiciones encontradas se caracterizaron porque la que pretendía negar la generalización de la formalización previa a la acusación, pretendía que tal acto ocurriera únicamente cuando se pretendiera la imposición de una medida de aseguramiento, cuando la Fiscalía lo requiriera y, cuando se precisara de pruebas anticipadas.

La otra posición, se distinguió porque reclamó que toda investigación fuere formalizada antes de la acusación, a cuyo efecto invocaron el reconocimiento que trae la Constitución de la plenitud del derecho de defensa durante toda la investigación y todas las investigaciones. Por consiguiente, se argumentó que la única alternativa de lograr ese propósito constitucional era formalizando todas las investigaciones.

Durante la reunión cumplida el 6 de junio de 2003, se retomó el tema en cuestión, a solicitud específica de uno de los Comisionados, para quien era necesario que la CRC definiera si aceptaba o no la etapa de formalización, pues resultaba determinante para la estructura del proceso. Más aún, agregó que "la formalización es necesaria de conformidad con el artículo 29 de la Carta y de la filosofía que inspira el desarrollo del Acto Legislativo"[44].

Criterio que merece destacarse si se tiene en cuenta que este mismo Comisionado fue quien posteriormente defendió la excepcionalidad de la formalización y, al cabo, fue el único que votó contra su incorporación.

Para él, la formalización consistía en comunicar al "sospechoso" de la existencia de una investigación en su contra. En virtud de ella, el investigado dejaba de ser "sospechoso" y adquiría la condición de "imputado", por lo mismo debía ser enterado de los derechos provenientes de su situación procesal. Toda la diligencia, en su criterio, debía surtirse en presencia del defensor. Tal actuación se surtía, agregó, en audiencia pública y, respecto de la misma destacó que la formalización acontecía en virtud de la audiencia, mientras que la decisión,

43 Acta 019, correspondiente a la reunión del 30 de mayo de 2003.

44 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 471.

"es algo que lo toma el juez cuando hace la citación a petición del fiscal o porque hay una captura"[45].

Acto seguido la CRC aprobó por unanimidad que se formalizaría la investigación en dos eventualidades, la primera, cuando el capturado fuera puesto a disposición del Juez de Control de Garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes. La segunda, cuando, el fiscal solicitara la audiencia de formalización.

Hecho lo anterior, la CRC entró a discutir el texto de las finalidades de la formalización, entre las que se traían previstas:

1. Permitir la imposición de medidas de aseguramiento contra el imputado cuando hubiere lugar a ello;
2. Dar inicio al trámite ordinario y común previsto en este código;
3. Permitir la contradicción de la prueba que excepcionalmente se practique de manera anticipada, y
4. Activar el derecho de defensa. A partir de este momento podrá solicitar al juez que ejerza la función de control de garantías la práctica excepcional de una prueba anticipada: la orden de allanamiento para obtener medios cognoscitivos; la realización de exámenes técnicos y otras actividades que no pueda cumplir de manera privada sino con intervención oficial[46].

Pese a lo decidido y sin que formalmente se recogiera la decisión de aprobación ya adoptada, el Comisionado que la defendió suscitó una discusión en torno al numeral cuarto, que terminó por reconsiderar la formalización misma.

En su criterio, y refiriéndose a dicho numeral, entre la formalización y la acusación el defensor no tendría otra función que "ver qué tan serio puede ser un cargo"; además, informar a su cliente de los elementos que estaría en condiciones de reunir procurando su defensa y, muy excepcionalmente, actuaría respecto de la práctica de una prueba anticipada. De otra forma, a su entender, conllevaría el riesgo de confundirse la formalización de la investigación con una "etapa de instrucción"

45 Doctor Jaime Granados Peña: "[…] esta formalización es la comunicación que se le hace al sospechoso, informándole que es imputado, cuáles son todos sus derechos y en presencia de su defensor, se hace en audiencia pública, entonces, la formalización es distinta a la decisión. La 21 (SIC) formalización es lo que ocurren en la audiencia, la decisión, es algo que lo toma el juez cuando hace la citación a petición del fiscal o porque hay una captura". Osorio Isaza Ob. Cit Supra.Página 471.

46 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 473.

propia de los enjuiciamientos altamente inquisitoriales, en que se puede practicar toda suerte de pruebas antes del juicio oral. Tanto más grave, advirtió, en cuanto el numeral segundo de la disposición en discusión, facultaba la práctica de pruebas anticipadas previo incluso a la formalización, es decir, antes que la Fiscalía determinara si fija o no cargos, "si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga"[47].

Otro Comisionado contradijo la posición expuesta observando que regularmente quien mejor conoce si puede ser investigado o si lo está siendo, es el procesado. Además, argumentó, que la prueba anticipada no puede obligar a la Fiscalía a formalizar la investigación[48].

En apoyo de esta última posición un tercer Comisionado expuso su criterio, el cual por cierto, sería el que llevó finalmente a volver sobre la norma ya aprobada acerca de la formalización. A su modo de ver, el hecho de enterarse de estar siendo investigada facultaba a cualquier persona para activar su derecho de defensa, derecho este cuyo ejercicio no podía condicionarse a que lo convocaran a juicio. En consecuencia, adujo que tal y como lo prevén el artículo 29 de la Constitución y el precedente judicial sentado por la Corte Constitucional, la defensa se practica tanto en la investigación como en el juicio. Advirtió, adicionalmente, que nada importaba lo que en la materia dispusieran códigos extranjeros, pues la coherencia del sistema no la informan legislaciones foráneas. Por consiguiente, concluyó, la CRC debía partir de la Constitución colombiana, que es la única que puede determinar el modelo procesal a seguir[49].

47 "La tarea de la defensa hasta antes de la acusación y a partir de la formalización no es otra distinta que ver que [SIC] tan serio puede ser un cargo, informar a su cliente que [SIC] elementos puede reunir por su cuenta y, excepcionalmente, en igualdad de condiciones, la práctica de una prueba anticipada que garantice la contradicción […]. El temor que se ha venido generando es que la formalización de la investigación se convierta en lo que hoy se conoce como la etapa de instrucción en el esquema inquisitivo mixto y se desnaturalice el sistema porque se estaría practicando toda la prueba antes de la acusación por lo cual se debe ser muy restrictivo y, si además, se amplía como lo propone el inciso 2°, a prácticas anticipadas de prueba antes de la formalización, es decir, antes que la Fiscalía considere si quiera que hay un cargo, se desnaturaliza totalmente el sistema ya que se está convirtiendo a la defensa casi en un acusador de sí mismo. Señaló que si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga". Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 475.

48 Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Páginas 475-476.

49 "[…] una persona puede darse cuenta por muchos medios que está siendo investigada, y es un elemento de juicio para activar el derecho de defensa, porque éste nace desde el momento en que sabe que está siendo investigado o que tiene conocimiento de ello, entonces, no se puede reducir a que la defensa se manifieste esperando

En este instante de la discusión fue cuando otro Comisionado propuso a la CRC volver a discutir si se debía incluir la formalización, la cual, a su juicio, implicaba al menos una imputación fáctica que se complica frente al pedido de medida de aseguramiento, que por su naturaleza demanda calificación jurídica. Destacó, sin embargo, que la formalización no es connatural al sistema acusatorio[50].

A ello opuso el Comisionado que defendía la formalización en los términos aprobados, que debía interpretarse la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera apropiada al sistema acusatorio, que la única forma de practicarse pruebas antes del juicio, es a condición que exista contradicción y un cargo respecto del cual enfrentarse[51].

Posteriormente la CRC se ocupó de otros temas aplazando la discusión relacionada con la formalización. Pese a lo cual, se retomó a partir de una exposición en que se recalcó la facultad que asiste al investigado de intervenir desde que tiene conocimiento de estar siendo investigado. Frente a esta interpretación se contrapuso que no se compadece con el sistema el otorgar al procesado facultades propias de un imputado cuando aún no lo es, lo cual estimó el mismo Comisionado que estaba exponiendo, es apropiado a un sistema como el de la Ley 600 de 2000, en que tiene reconocimiento de sujeto procesal[52].

Frente a la controversia insuperable, se dispuso retornar el articulado a las mesas de trabajo. Mientras, se aprobó que el término máximo entre la formalización y la acusación no superara los sesenta días[53].

---

un juicio y pierda la evidencia porque se debe procurar el elemento de defensa. Agregó que la jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en que el alcance del artículo 29 y es categórica, en indicar que el derecho de defensa tiene lugar en la investigación y el juzgamiento […] el punto de partida debe ser la Constitución colombiana que es la que determina el modelo, no se puede someter la constitución al modelo acusatorio de Puerto Rico, de Estados Unidos, o los Latinoamericanos". Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 476

50 "[…] la naturaleza misma de la formalización implica la presentación de unos hechos, lo que implica al menos una imputación fáctica que se complica más cuando se solicita la imposición de una medida de aseguramiento, porque esta depende de una calificación jurídica provisional. Indicó que el contenido de la formalización al activar el derecho de defensa es recoger elementos materiales, lo que se puede asegurar con una buena estructura del juicio, dando términos adecuados dentro del mismo, que se lea la acusación, se presenten las pruebas por parte de la Fiscalía, y entonces, ahí se le da un plazo generoso a la defensa con prórrogas para que realice su defensa, la Corte tendrá efectos tangibles y no unas circunstancias que llevan a unos problemas propios de una figura que no es connatural al sistema, como la formalización de la investigación. Por lo anterior, sugirió si se justifica la inclusión de la etapa de la formalización de la investigación". Doctor Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 476.

51 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 476-477.

52 Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Página 482; Doctor Jaime Granados Peña. Página 483. Osorio Isaza Ob. Cit Supra.

53 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 478.

Durante la siguiente sesión, pese a no ser un tema introducido en el orden del día, volvió a retomarse la discusión y el mismo Comisionado que defendió la formalización originalmente, alterando su criterio, se mostró partidario de formalizar, no la investigación, sino, conforme lo expresó ahora, "los cargos", únicamente cuando la Fiscalía solicitara imposición de aseguramiento[54].

Recalcó que algunos intérpretes de la jurisprudencia constitucional habían concluido que resulta compatible con la Carta un esquema procesal en que la investigación es completamente ajena a la intervención del procesado, hasta tanto se formulasen cargos y, de resultar necesaria una medida de aseguramiento antes de la acusación, procedería que los mismos cargos se formalicen para tal finalidad[55].

Frente a tal postura el Comisionado partidario de la formalización generalizada de la investigación, se refirió a una decisión de la Corte Constitucional invocada por su opositor, manifestando que decía precisamente lo contrario a lo que este pretendía, en la medida que facultaba al procesado a ejercer su derecho de defensa antes de ser convocado a versión libre. Con base en tal criterio destacó nuevamente que los modelos procesales deben someterse a lo que indiquen las constituciones nacionales, y que la colombiana constituye el derecho de defensa durante toda la investigación tanto como durante todo el juicio; adicionalmente, adujo que el concepto de investigación no se encuentra restringido a los eventos en que proceda la medida de aseguramiento, puesto que de la investigación se deriva otro tipo de consecuencias relacionadas con el derecho a la intimidad, la privacidad de documentos y, la propiedad.

Adicionó que la propuesta que rechazaba tan decididamente se caracterizaba por eliminar todo mecanismo de protección de los derechos afectados a través del proceso penal, la cual, de ser aprobada, traería por consecuencia convertir el proceso en un juego de astucia, ajeno a la verdad y la justicia[56].

54 Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 500.

55 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 502.

56 "Frente a la decisión de febrero de la Corte Constitucional, a la que se refirió el doctor Granados, entendió lo contrario, por cuanto esa decisión apunta a que aun antes de la versión libre el procesado tiene que conocer los cargos, lo que no está previsto en el procedimiento. Precisó que el modelo no puede supeditar a la Constitución, sino que esta supedita al modelo. Explicó que Colombia tiene como presupuesto que la defensa se dé durante la investigación y el juzgamiento y que el concepto de investigación no se puede reducir cuando se vaya a imponer una medida de aseguramiento, pues de la investigación se derivan otro tipo de consecuencias y se afectan otros

El Comisionado partidario de la eventual formalización de cargos, apreció que la propuesta contraria no es correspondiente con el sistema acusatorio, que en la investigación no se afectan, por regla general, derechos fundamentales que es precisamente lo que desata el control judicial, el cual se activa previamente si en la investigación se afecta la libertad, y es posterior si se trata de registros o allanamientos, entre otros. De la misma manera, agregó, se desata dicho control cuando el fiscal dispone acusar o elevar cargos y cuando requiere la imposición de una medida de aseguramiento. Recalcó igualmente que en el modelo acusatorio la Fiscalía no judicializa pruebas[57]. Por consiguiente, terminó abogando por lo que designó "secretividad" de las investigaciones[58].

Criterio este último que recibió críticas severas, entre otras la referida al evento en que el fiscal disponga no formalizar, caso en el cual, el "sospechoso" jamás se enteraría que fue investigado, ni los motivos de la investigación. Conceder dicha posibilidad, a su modo de ver, no es atendible sobre la base de su viabilidad en medios extranjeros, porque en el medio colombiano los controles son automáticos y no admiten ser modulables[59].

En respuesta se mantuvo que el problema radica en la existencia misma de la investigación, pero si durante la misma la Fiscalía no afectó derecho fundamental alguno, como la intimidad, no habría inconveniente en que formule la acusación sin enterar previamente al ahora acusado, de la previa existencia de

derechos distintos a la libertad, como el derecho a la intimidad, a la privacidad de documentos y el derecho a la propiedad por las medidas cautelares. Indicó que todo modelo, sea acusatorio, inquisitivo o mixto, tiene garantías y con este mecanismo se pierden todas las posibilidades efectivas y materiales de la defensa, pues sería en últimas como un juego a la habilidad y no a la búsqueda de la verdad. Concluyó que no se puede seguir morando al imputado como delincuente, pues lo que se busca es averiguar su responsabilidad con el mayor número de garantías posibles". Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 503.

57 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 503-504.

58 "No se debe temer a la secretividad de la investigación, a no ser que se determine que lo recogido constituye prueba en sí misma, se utilice en contra del sospechoso sin oportunidad de confrontación o contradicción, cuando lo que pretende el Acto Legislativo es darle solución". Doctor Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 509.

59 "[…] si finalmente, el fiscal decide no formalizar la investigación, el sospechoso nunca se entera que fue sometido a una investigación, los motivos de investigación, ni activa su derecho de defensa. Insistió que puede ser que en otra idiosincrasia, en otro modelo de relaciones internacionales, donde opere de manera distinta y sea plausible, pero en el caso colombiano no y se debe ahondar en este tipo de garantías. Agregó que no solamente la etapa de formalización debe existir en el proceso colombiano, sino que incluso todos los controles que la Constitución prevé como obligatorios, son automáticos y no modulables". Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 508.

la investigación, precisamente porque lo que hizo la Fiscalía fue una actividad que puede hacer cualquier persona[60].

La réplica presentada ahora estuvo orientada a observar que cualquier investigación en mayor o menor grado implica afectar la intimidad de las personas, y frente a ello deben contar con salvaguardas tales como limitar temporalmente el poder del Estado de investigar a las personas[61].

El representante de la Procuraduría, a su turno, en busca de una posición conciliadora propuso que la investigación fuese secreta pero con intervención del Ministerio Público[62].

En posteriores reuniones se persistió en la idea matriz de la propuesta de la Corporación Excelencia en la Justicia, según la cual no debía formalizarse todas las investigaciones, en sustento se mantuvo que tal generalización traería graves consecuencias al sistema, pues la formalización supone que la Fiscalía consistentemente soporte su decisión, "[…] la formalización de la investigación no es para investigar sino para acusar […]"[63].

Sin embargo, y dado el estado de la cuestión, el tema fue retomado hasta el 4 de julio de 2003, reunión durante la cual se precisó que existía la propuesta alternativa ya previamente anunciada, según la cual no se formalizaría la investigación sino los cargos. Las diferencias estaban en que la formalización de los cargos implicaba que operaba a condición que resultase necesaria la aplicación

60 "[…] el problema sería entonces la existencia misma de la investigación, luego si en esta no hay afectación de la intimidad, la Fiscalía podría acusar sin que la persona se entere ni siquiera de la investigación. Insistió en que si no hay afectación de la intimidad y por tanto el fiscal no recurre al juez de garantías para limitarla, podría acusar sin tener que informar, porque no se recurrió a registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones y afectación de *habeas data*, la Fiscalía realizó una actividad que puede hacer cualquier persona, porque no se han afectado las garantías, no se han limitado y en esa medida, fundados en ese argumento, se debe acusar y no ha pasado nada si no se ha afectado la intimidad". Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 511.

61 "[…] toda investigación es una intervención en la vida de las personas y estas deben tener salvaguardas para hacer respetar su derecho […] se debe exigir un momento en que la actuación pública, esa intervención de poder que realiza la Fiscalía o la policía judicial en las investigaciones, se agote con la formulación de los cargos, porque la investigación no puede ser eterna, a pesar de existir un término de prescripción, iniciada la actuación por parte del Estado tiene que tener una razonabilidad en su duración y por eso la garantía que implica la prescripción en determinado momento termina concentrada con el derecho al proceso sin dilaciones injustificadas y el concepto de proceso abarca tanto la investigación como el juzgamiento. Reiteró que a una persona no la pueden investigar eternamente y que ese es el punto de partida". Doctor Carlos Mejía Escobar. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 511-512.

62 Doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 514.

63 Reunión del 27 de junio de 2006, Acta 023, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 566.

de una medida de aseguramiento en criterio de la Fiscalía. Por otro lado, la formalización de los cargos implicaría "una fusión de las audiencia preliminar y de formalización de cargos"[64].

A favor de tal hipótesis se planteó que al restringirse la definición de situación jurídica a solo algunos casos en el régimen de la Ley 600 de 2000, la Corte Constitucional avaló tal discriminación sobre la base de atender criterios de política criminal que ciertamente compete al Estado determinar[65].

Se invocó, así mismo, la sentencia C-096 de 2003 de la Corte Constitucional, que advierte sobre el momento en que se activa el derecho de defensa dependiendo del tipo de enjuiciamiento. De otra parte, las normas de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos, que condicionan la legitimidad de los procedimientos a que exista ejercicio del derecho de defensa a partir de la acusación, a no ser que se haya requerido una medida de aseguramiento.

En cambio, de no requerirse medida de aseguramiento, "lo que hay es una vinculación mediante la acusación y que la fiscalía es quien determina cuando (SIC) acusa mientras no haya prescrito el delito"[66]. De lo contrario, agregó, es decir, de generalizarse la formalización, se desataría un debate probatorio anticipado, fuera del juicio oral, que termina por desnaturalizar el procedimiento.

Contra dicha posición se insistió en que si el procesado o el defensor pueden actuar desde un comienzo, pueden así mismo aportar material probatorio que disuada al fiscal de la acusación[67]. En apoyo de esta postura otro Comisionado agregó que con o sin formalización habría excepcionalmente práctica anticipada de pruebas, luego la formalización generalizada no desnaturalizaba el sistema[68].

Habiendo concluido la anterior deliberación sin acuerdo alguno, se reanudó la discusión el 7 de julio[69], durante ella fundamentalmente se mantuvieron las posiciones. Un Comisionado, partidario de garantizar la defensa incluso en la investigación como lo ordena el artículo 29 de la Carta, agregó una propuesta de

64 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 649.

65 Doctor Darío Garzón. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 650.

66 Doctor Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

67 Doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

68 Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 652.

69 Corresponde al acta 027.

redacción del siguiente tenor, "El fiscal formalizará la investigación cuando los elementos materiales probatorios o en información legalmente obtenida, pueda creer razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga"[70].

A dicha propuesta se opuso que involucraba no solo una violación al principio de presunción de inocencia, sino una valoración anticipada por parte del fiscal que a su vez, precipitaba la práctica de pruebas previas al juicio.

Habiéndose reiterado el criterio que respaldaba la necesidad de sostener el derecho de defensa durante la investigación y, por consiguiente, la de formalización generalizada, se expuso en defensa de la tesis contraria que ya la CRC había acordado permitir a la defensa de quien crea estar siendo investigado, realizar su propia investigación con miras a recabar material probatorio a su favor[71].

Frente a lo anterior también se dijo que la condición de sospechoso no otorgaba ningún derecho procesal, luego podía mantener esa condición indefinidamente. Y, adicionalmente, que la formalización en caso exclusivo de requerimiento de medida de aseguramiento generaba tratamiento desigual, en donde resultaban más beneficios para el procesado cuanto más grave fuese su delito.

Ante esta última crítica se advirtió que en el nuevo sistema lo que activa el derecho de defensa es la restricción de la libertad. Como en la investigación no hay restricciones a la libertad, no hay defensa y, el derecho a realizar investigaciones privadas atiende al hecho de no existir proceso, por ello la investigación que realiza el defensor se opera exproceso. Más aún, se adujo que es la acusación la que activa el proceso mismo[72].

En este instante de la discusión surgió la propuesta de designar a la formalización de la investigación, "formulación de la imputación"[73].

70 Doctor Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 661.

71 "Ya existe un acuerdo en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral". Doctor Gustavo Morales Marín, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 663.

72 La posición a favor de la formalización es defendida por los doctores Jaime Granados y Hernán Gonzalo Jiménez, la contraria por los doctores Carlos Mejía Escobar, Hugo Quintero y Andrés Ramírez. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 664-666.

73 Doctor Andrés Ramírez, Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 668.

En consideración a que persistió la discusión sin hallar consenso se requirió la votación de la CRC. Por resultado, se impuso el criterio según el cual el derecho de defensa opera plenamente durante toda la investigación, por consiguiente, el investigado tiene derecho a la formalización de toda investigación que en su contra se realice. La votación fue casi unánime, pues solo un comisionado se mantuvo en contra de la formalización de la investigación[74].

II. CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN ATENDIDA LA FUNDAMENTACIÓN

La existencia de la formalización como etapa procesal previa a la acusación y generalizada, ciertamente no se compadece con el esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial puro, pero lo cierto es que tampoco lo niega. De manera que la inclusión de la formalización de la investigación, en los términos de la Ley 906 de 2004, inevitablemente modula el esquema procesal acusatorio-adversarial estándar, hacia una forma particularizada, apropiada al cuerpo dogmático de la Constitución Nacional que, también ordenó el enjuiciamiento criminal acusatorio y adversarial.

De ahí surgen como presupuestos de interpretación, los fundamentos ontológicos y epistemológicos con que se conjuraron las diferentes posturas sustentadas por los creadores de la ley. Son ellos, al fin y al cabo, los que informan la dirección y la fundamentación a partir de las cuales se interpretan las disposiciones de la Ley 906 de 2004[75]. Es sin duda la mejor guía que permite alcanzar los presupuestos legislativos que arrojan los límites de intencionalidad[76] en que se apoya la producción de las normas, las mismas que elaboran el esquema procesal surgido al amparo del ideario acusatorio que las justifica[77].

74 "La comisión aprobó por mayoría la propuesta de la formalización de la imputación, con excepción del voto del doctor Jaime Granados". Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 671.

75 Desde este punto de vista asiste razón a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando invocó, "Por supuesto, en el trámite de la reforma constitucional se perfilaron algunas características que permiten verificar la evolución desde el sistema acusatorio 'puro' inicialmente propuesto, hasta el sistema con tendencia acusatoria, no 'típico ni puro', sino específico para Colombia; y con un principio adversarial igualmente modulado". Sentencia del 21 de abril de 2006, M. P. Edgar Lombana Trujillo.

76 Es decir, hasta dónde quiso llegar el legislador con su creación.

77 Acerca del concepto intencionalidad-intensionalidad y, por consiguiente, extensionalidad, véase a Searle John R., Intencionalidad: un ensayo en la filosofía de la mente. Editorial Altaya. 1999.

Siendo ello claro a partir de las argumentaciones expuestas en desarrollo de las deliberaciones de la CRC, se desprenden consecuencias importantes, entre las cuales es preciso verificar las más sobresalientes.

1. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio acusatorio

El esquema de enjuiciamiento acusatorio es por sí mismo refractario a la formalización generalizada de la investigación y previa a la acusación, entendida la formalización como el acto por el cual la persona investigada es informada de las pretensiones punitivas de la Fiscalía. Por consiguiente, en este tipo de enjuiciamiento se tienen dos tipos de investigación, las no formalizadas y las formalizadas. Las primeras son todas aquellas en que la Fiscalía no se ha determinado a formular cargos ni a requerir medidas restrictivas de los derechos fundamentales del investigado. En tanto que, se entienden formalizadas, las investigaciones en que habiendo ocurrido cualquiera de estos dos eventos, y en virtud de ellos mismos, se precisa que el procesado se defienda de la pretensión de la Fiscalía.

Es por ello que Chiesa Aponte concluye que el derecho a la asistencia de un abogado durante los interrogatorios a los sospechosos, en el proceso penal de Estados Unidos no se deriva de la Enmienda Sexta, que provee de la asistencia letrada en el proceso, o derecho de defensa, sino de la Quinta, conforme con la cual las personas no pueden ser forzadas a autoincriminarse[78].

Es decir, en las formas de enjuiciamiento acusatorio y adversarial lo que enerva y justifica la defensa es la pretensión del fiscal, sea acusación, o lo que es igual, la formulación de cargos, aun cuando se haya hecho manifiesta en su origen a través de la pretensión precipitada de imposición de alguna medida que ponga en riesgo algún derecho fundamental. Concepción que encuentra apoyo en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo artículo 11.1 se consagró que, *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*.

78 Chiesa Aponte, Ernesto. Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Volumen I. Editorial Forum. 1995. Página 355.

Lo cual es correspondiente con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en que se reprodujo lo antes consagrado[79].

En la Ley 906 el propósito fue, evidentemente, facultar el ejercicio integral del derecho de defensa, es decir, en toda fase procesal, independientemente de la existencia de cargos o, medidas anticipadas que afectasen actual o potencialmente derechos fundamentales. Tal garantía, es decir la de hacer prevalecer el derecho de defensa sobre el principio acusatorio, se apoya en fuentes igualmente internacionales, como por ejemplo, los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990.

Efectivamente, el primero de estos principios informa que, *Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.*

Disposición reflejada en la redacción del artículo 29 de la Constitución a tenor del cual, *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*[80].

Por demás, ya la Corte Constitucional ha precisado el alcance del derecho de defensa en Colombia, y sus conclusiones coinciden con los argumentos de la CRC para incorporar la formalización generalizada:

a. No tiene un límite temporal.
b. Se opera desde el inicio de la investigación.
c. Es indiferente cómo se designe a la persona investigada, pues en cualquier etapa pre o procesal puede hacer uso del ejercicio constitucional a defenderse.
d. El investigado tiene interés específico en demostrar, incluso, que ni siquiera puede llegar a ser imputada de los delitos que se investigan.

79 Cfr. Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

80 Si se consideran los alcances otorgados al derecho de defensa en las disposiciones internacionales relacionadas, el artículo 29 de la Constitución y, particularmente, los criterios interpretativos que en materia de derecho de defensa fueron vertidos como justificación para imponer la formalización generalizada de la investigación previa a la acusación, claramente se aprecia que los fundamentos de la sentencia C-475 de septiembre 25 de 1997, M. P. Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, han perdido fundamento.

e. No permitir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia una investigación en su contra, sea esta preprocesal o procesal, desfigura la esencia constitucional del derecho de defensa[81].

Por consiguiente, no es cierto, como se argumentó en la CRC, que el artículo 29 esté yendo más allá de lo que reclaman las normas internacionales sobre la materia, habida cuenta de los principios vistos. Lo cierto es que la Constitución se conserva dentro de los estándares internacionales más recientes en materia de derecho de defensa.

Sin embargo, puede surgir, como sucedió al interior de la CRC, alguna inquietud fruto de confrontar el principio enunciado con el texto del artículo 29 de la Carta, precisamente, porque si tenemos que la defensa se opera durante todas las fases del proceso, y la Constitución indica que el derecho defensa se garantiza durante la investigación y el juicio, se hace necesario determinar cuál es el momento en que inicia la investigación y hasta dónde puede ir, es decir, cuándo inicia el juicio.

Es importante dar respuesta a tales inquietudes considerando que se ha pretendido la existencia de instantes preinvestigativos que sin constituir "investigación" estrictamente hablando, se encuentran sustraídos al derecho de defensa.

Al respecto, si bien el Acto Legislativo N° 03 de 2002 en el parágrafo del artículo 2° alude a la "indagación" distinguiéndola de la "investigación", al abordar específicamente la regulación apenas refirió las investigaciones como función de la Fiscalía. Similar ambigüedad caracteriza la Ley 906 de 2004[82]. Si bien el proyecto presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia preveía la indagación, lo cierto es que no fue incorporada al esquema procesal aprobado finalmente por la CRC[83]. Por una parte, porque el artículo 250 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, indica que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y, a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o

81 Sentencia C-799 del 02 de agosto de 2005, M. P. Doctor Jaime Araújo Rentería.

82 Cfr. Guerrero Peralta, Óscar Julián. Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal. Editoriales Gustavo Ibáñez-Ediciones Nueva Jurídica 2005. Páginas 241 y ss.

83 Sin embargo, en sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional señaló la existencia de investigaciones preliminares, "El archivo de las diligencias corresponde al momento de la averiguación preliminar sobre los hechos y supone la previa verificación objetiva de la inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito".

de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Es decir, sus funciones constitucionales son estrictamente esas dos, de suerte que la expresión "indagación" empleada en el Libro II de la Ley 906, no refiere una etapa preprocesal, sino la enunciación de un sistema de técnicas de acopio de material de prueba. Afortunado o desafortunado empleo de la palabra indagación, lo cierto es que atiende la tentativa de un proyecto que resultó fallido en ese aspecto, al menos profundamente modificado y, que no incluyó etapa de esta naturaleza distinta a la investigación.

De suerte que la investigación comienza cuando de oficio, por denuncia, querella o petición la Fiscalía empieza a investigar unos hechos o una persona en particular.

Por otra parte, el mismo artículo 250 en su numeral 6° indica cuándo tiene inicio el juicio. Es así que señala como función de la Fiscalía, "Presentar escrito de acusación ante el juez del conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, contradictorio y concentrado".

Sin duda, la norma constitucional fijó el inicio del juicio en el momento en que la Fiscalía presenta formalmente escrito de acusación.

Apreciaciones estas últimas que permiten controvertir las afirmaciones vertidas al interior de la CRC acerca del momento en que inician la investigación y el juicio. A propósito de las discusiones sostenidas en torno a la inclusión de la formalización, las reflexiones llevaron a preguntarse sobre estos aspectos. A lo cual se respondió que la investigación inicia desde el momento en que los cargos son formulados[84]. Así lo reiteró otro Comisionado añadiendo que es así porque "en ese momento tiene noticia el sindicado de que va a presentarse una acusación"[85]. Incluso, se sostuvo que el juicio inicia técnicamente con el llamamiento a la audiencia preparatoria[86].

84 "Señaló el doctor Osorio que se pretende buscar un escenario más cómodo para la investigación y entender que esta se inicia desde el momento en que se formulan los cargos". Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 651.

85 Doctor Gustavo Morales. Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 651. Curiosamente había sido el representante de la Procuraduría quien desde la reunión cumplida el 7 de junio solicitó se estableciera desde cuándo existe investigación (página 556), y un mes después se ofreció respuesta, frente a la misma pregunta formulada en esta ocasión por el Ministro del Interior y de Justicia.

86 "[…] técnicamente comienza con el llamamiento a la audiencia preparatoria […]". Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Página 668.

Sin embargo, del texto constitucional surge que una cosa es adelantar una investigación, y otra ejercer la acción penal. Más aún, frente a la disposición del artículo 251, puede válidamente concluirse que el ejercicio de la acción penal, en rigor, consiste en acusar.

Sin embargo, el artículo 250 otorga a la Fiscalía una serie de facultades que puede ejercer tanto durante la investigación como con posterioridad a la acusación. Dentro de un contexto acusatorio y adversarial, es atendible que el derecho de defensa se desate a partir del ejercicio de la acción penal, a no ser que durante la investigación se precipite alguna medida contra algún derecho fundamental, caso en el cual el ejercicio del derecho de defensa igualmente se anticipa.

Sin embargo, la conclusión alcanzada por la CRC es que en la medida que la Constitución no limitó el ejercicio del derecho de defensa durante la investigación, su ejercicio es pleno durante la misma, significando que no pueden haber momentos de la investigación sustraídos al derecho de defensa.

2. Prevalencia del derecho de defensa sobre el principio adversarial

Por otra parte, en los sistema adversariales se precisa que la Fiscalía formule algún tipo de pretensión contra el investigado, lo cual constituye prerrequisito indispensable para activar el derecho de defensa; de manera distinta no puede haber adversariedad, precisamente porque la misma compromete dos pretensiones encontradas.

Desde luego, hay un orden lógico temporal: si no hay pretensión contra el procesado ordinariamente condensada o condensable, en cargos, tampoco puede haber pretensión de rechazo de aquella.

Mientras que en un esquema inquisitorial, donde la adversariedad no es presupuesto del proceso, es viable ejercer la defensa en ausencia de pretensiones del fiscal, pues se admite la indefinición que provee la falta de pretensiones, en la medida que la defensa no se opera respecto de una ellas en concreto, sino de un proceso, más precisamente, de cualquier actividad procesal.

Pero quedó expuesto en las deliberaciones de la CRC que la defensa se ejerce independientemente de la litispendencia penal, puesto que se puede ejercer durante toda la investigación, esto es, incluso cuando la Fiscalía no ha precipitado sus pretensiones mediante la solicitud de aseguramiento o cualquier medida que

afecte un derecho fundamental. Lo que equivale a que el ejercicio del derecho de defensa se encuentra garantizado pese a la inexistencia de cualquier tipo de pretensión de la Fiscalía.

Se justificó en que el nudo acto de dar inicio a una investigación, por sí solo afecta, al menos, el derecho fundamental de la intimidad, por consiguiente, tal riesgo, por sí solo, faculta a que se ejerza la defensa. Sin embargo, urge la inquietud, ¿en tales condiciones de qué se defiende el investigado? Y no parece haber otra respuesta a que lo hace respecto de la investigación.

Sin embargo, apreciamos que la CRC asoció el inicio del derecho de defensa a la formalización de la investigación y, al tiempo, que dicho acto procesal es forzoso en toda investigación. Entonces, la garantía forjada por la CRC consistiría en que se precipitó la formalización, es decir, se fuerza a la Fiscalía a anticipar los cargos, para poder dar inicio al ejercicio del derecho de defensa antes de la acusación[87].

Lo cual podría interpretarse como una particularidad del procedimiento acusatorio colombiano. Lo cierto es que la vocación con que se ejerce el derecho de defensa durante la investigación en el régimen de la Ley 906 de 2004, no es ni puede ser la misma de un procedimiento inquisitivo o mixto.

En efecto, el ejercicio de este derecho se orienta a dos aspectos, en primer lugar, a obligar a la Fiscalía a que precise los hechos jurídicamente relevantes que investiga, para así establecer el investigado y su defensor, qué es aquello de lo cual deben defenderse. Y, por otra parte, permite a la defensa recabar material probatorio anticipándose a los cargos que fijará el fiscal en la acusación. La garantía con que quiso potenciarse el derecho de defensa, a diferencia del sistema de enjuiciamiento inquisitorial, se refleja en que el fiscal que investiga debe siempre de manera anticipada —respecto de la acusación—, anunciar los cargos, mediante la exposición de los hechos jurídicamente relevantes objeto de investigación. Es este acto procesal lo que desata el derecho de defensa, porque su ejercicio se desarrollará, en virtud del principio adversarial, en torno a ellos.

87 Por la misma razón, si bien se admite como coherente en un esquema acusatorio la afirmación según la cual el interrogatorio previsto en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004, tiende la entidad suficiente para formalizar la investigación, tal conclusión no consulta el propósito legislativo con que se incorporó la formalización en la CRC. Véase Guerrero Peralta Óscar Julián, Ob cit. Supra. Páginas 265-271.

De manera que el derecho de defensa en el régimen de la Ley 906 durante la investigación se proyecta en los siguientes presupuestos:

a. La Fiscalía se encuentra obligada a informar de la existencia de la investigación a la persona que está indagando o a la persona relacionada con los hechos objeto de la indagación. Es decir, la Fiscalía se encuentra en la obligación de formalizar todas las investigaciones.

b. El defensor y el investigado mismo, pueden realizar actividades de indagación apropiadas en apoyo de la defensa, esto es, recolección de material probatorio que pueda redundar en su beneficio.

c. El procesado o su defensor pueden requerir práctica anticipada de pruebas bajo las condiciones legales consagradas.

d. Así mismo, pueden controvertir los fundamentos del fiscal para solicitar la aplicación de medidas restrictivas previas a la acusación.

e. Con fundamento en la prevalencia del derecho de defensa, la formalización de la investigación es una garantía procesal, porque solo a partir de ella su ejercicio adquiere plenitud, entendiendo que ello sucede cuando se han fijado los hechos que motivan la investigación.

3. Objeto de la formalización

La formalización de la investigación fue definida como el acto por el cual se comunica al investigado la existencia de la investigación. Se formaliza para que el investigado pueda defenderse conforme lo ordena el artículo 29 de la Constitución. Tal fue el estimativo de la CRC.

Precisamente porque el derecho de defensa es pleno, dicha plenitud en un enjuiciamiento predominantemente acusatorio y adversarial solo se alcanza mediante ese acto procesal. Antes de la formalización, cuanto pueden hacer el procesado y su defensor es especular sobre las posibilidades que llegarían a adquirir los cargos, por consiguiente, la indefinición tornaría completamente ambigua y aleatoria la defensa.

Y defenderse de hipótesis, es algo que se supera a través del principio adversarial, porque fuerza a fijar una pretensión por parte del fiscal, que es justamente de lo que habrá de defenderse el procesado.

No puede pretenderse, de la forma como se adujo, que quien mejor sabe si está siendo investigado y por qué puede serlo es el investigado mismo, ya que la precisión de los hechos procesalmente significativos, independientemente de la versión que de los mismos pueda tener el investigado, solo puede hacerla el fiscal. Precisamente, porque no se trata de hechos nudos o hechos brutos[88], sino de hechos previamente valorados, es decir, *hechos jurídicamente relevantes*.

De lo contrario, si se hubiere abandonado el principio adversarial, bastaría que la Fiscalía remitiera una comunicación, a la manera de la Ley 600 de 2000, exponiéndole al investigado el hecho de existir una investigación en su contra. Por ser inapropiado dicho acto a un proceso adversarial, se impuso el de formalización como presupuesto de ejercicio del derecho de defensa.

Como quiera que el procesado no se defiende de lo que a él le parece que pueda estar pensando el fiscal, sino de lo que este exprese, el derecho de defensa no lo puede practicar de forma plena sino a partir del momento en que el fiscal le precisa los hechos jurídicamente relevantes de los cuales debe defenderse. Tal es el presupuesto adversarial vigente en la actuación penal.

4. Obligatoriedad de la formalización

Sin duda la conclusión de la CRC es que resulta obligatorio formalizar toda investigación, esto es, informar mediante audiencia ante el juez de control de garantías al investigado de la existencia de la investigación, para así convertirlo en imputado. La razón, no puede adelantarse investigaciones "secretas" ajenas al ejercicio del derecho de defensa.

Surge entonces la cuestión, ¿a partir de qué momento de la investigación es forzoso formalizarla?

Partiendo de haberse reconocido la plenitud del derecho de defensa durante toda la actuación, y en particular durante la investigación, es necesario apreciar que tan pretendida plenitud solo se alcanza a partir de la formalización, según fue determinado por la CRC. Antes de ella, el procesado y su defensor ignoran los hechos que motivan la investigación y, desde luego, la teoría del caso del fiscal.

Es probable, ciertamente, que el investigado conozca muy conscientemente el récord de sus actuaciones, incluso las que puedan catalogarse de criminales.

88 En contraposición a hechos institucionales.

Sin embargo, aquí adquiere realce la naturaleza institucional del proceso, y el carácter que adquiere el concepto de "verdad" dentro de él. No puede tratarse de una verdad en sentido ordinario, como coincidencia entre lo pensado y lo sucedido, si bien ese criterio se invocó al interior de la misma CRC en rechazo a la formalización excepcional, lo cierto es que la verdad institucional o procesal termina por imponerse más allá, incluso, del error judicial[89]. Por ello mismo, hace parte de ese concepto de verdad institucional, el hecho de exigir al fiscal la formulación no de los hechos acontecidos, sino de los hechos *jurídicamente relevantes*, y ello supone valoración frente a normas, esto es, institucionalización.

Por consiguiente, al investigado no le interesan en sí los hechos brutos, sino la versión que de los mismos vierta el fiscal en el proceso, porque es de esto, y no de aquellos, de lo que ha de defenderse.

Sin embargo, tales consideraciones llevan a una conclusión cuestionable según la cual, si se reconoció la plenitud del derecho defensa durante toda la investigación, y ello solo es viable mediante la formalización de la imputación, la Fiscalía se encuentra obligada a formalizar desde que da inicio a la investigación, pues no fueron previstos por la CRC momentos investigativos estancos o secretos. Esto trae por consecuencia que tampoco puede haber etapas investigativas sustraídas al derecho de defensa.

89 Por cierto que alguna controversia sugiere la sentencia del 21 de abril de 2006, M. P. Édgar Lombana Trujillo, en que la Sala Penal de la Corte Suprema sostuvo: "Y se afirma que el principio adversarial no es absoluto, entre otras razones, porque en Colombia se reconoce el derecho de intervención a las víctimas y al Ministerio Público; y porque el Juez no cumple un papel pasivo como si se tratara del árbitro de una contienda, sino que debe actuar proactivamente como garante de los derechos fundamentales cuando quiera que resulten amenazados o menguados, y debe procurar que el caso se resuelva sobre una base de verdad real y en un plano de justicia material".

Sin embargo, los términos de la argumentación consultan la realidad de la prevalencia de la verdad procesal, pues es cierto que si bien el juez debe procurar la verdad real en un plano de justicia material, ello se anticipa un propósito ideal que por inalcanzable no desmiente la obligación de fallar; es decir, se trata de un ideal cuya realización no compromete al funcionario, ni a la administración de justicia.

"Descartado como está en la Carta Política, y por vía jurisprudencial, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, que el Juez cumpla un papel de mero árbitro en el sistema acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, la prohibición de que el Juez decrete pruebas de oficio podría tener eventuales excepciones; para ello es imprescindible que el Juez argumente razonablemente frente a cada caso concreto que de aplicarse literalmente la restricción contenida en el artículo 361, se producirían efectos incompatibles con la Carta y, por ende, inaceptables. Por lo tanto, es factible que por razones de índole constitucional, excepcionalmente el Juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la Ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal".

Sin embargo, puede forzarse por esta vía a la Fiscalía a formular imputaciones, pues se recuerda que se asoció la formalización con la formulación de la imputación, siempre que decida abrir una investigación, sin siquiera saber si es viable la imputación.

Los presupuestos de la CRC conllevarían a que efectivamente la Fiscalía al iniciar una investigación tiene que formalizar, esto es, imputar.

Sin embargo, la Corte Constitucional se guio por otra interpretación al analizar el artículo 8 de la Ley 906 de 2004. Tal valoración llevó a la Corte a concluir que al decir el artículo 8 de la Ley 906, que el derecho de defensa se ejerce una vez adquirida la condición de imputado, solo abriga una de las probables situaciones en que podía hallarse la persona investigada, "lo que implicaría que el derecho de defensa se pueda ejercer antes de adquirirse la condición de imputado". Lo que a su vez permitió a la Corporación señalar las hipótesis en que la persona investigada puede ejercer su derecho de defensa previo a la imputación.

> De esta forma, y efectuando una interpretación sistemática, se evidencia que la misma Ley 906 de 2004 otorga derechos que permiten la activación del derecho de defensa, en cabeza de una persona que aun no siendo imputado se le debe reconocer el derecho a guardar silencio, el derecho a no autoincriminarse, el derecho a declarar en presencia de un abogado, entre otros. Por consiguiente, el propio Código señala las causas y la oportunidad para ejercer el derecho de defensa en las distintas etapas del proceso.
>
> Así pues, fuerza es concluir que la *activación del derecho de defensa* no solo opera desde el momento en el cual se adquiere la condición de imputado, sino que varias hipótesis demuestran que debe poder activarse desde antes que se adquiera dicha condición. Posición esta reforzada por un análisis sistemático del mismo Código de Procedimiento Penal, que permite el ejercicio del derecho de defensa antes de obtener la condición de imputado[90].

Por consiguiente, la Corte Constitucional coincide con los miembros de la CRC que defendieron la formalización generalizada, respecto de la plenitud del derecho de defensa. Pero mientras que para garantizarlo estos comisionados asociaron su desencadenamiento a la formalización, la Corte, por el contrario, estimó que simplemente existen momentos previos a la formulación de imputación que facultan

90 Sentencia C-799 del 02 de agosto de 2005, M. P. Dr. Jaime Araujo Rentaría. Cfr. Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

el ejercicio del derecho de defensa, es decir, no es la formalización lo que desata el derecho de defensa, sino el existir investigación.

Se vislumbra que en este último aspecto el criterio de la Corte Constitucional se aproxima mucho más al de quienes defendieron la formalización excepcional previa a la acusación. Obsérvese que la Corte ha expuesto que el derecho de defensa "debe poder activarse", durante toda la investigación. Pero si ello no se condiciona a la formalización, entonces urge establecer cómo se hace procesalmente hablando para que la defensa "pueda" activarse.

Lo cierto es que por garantista, es más apropiado al derecho de defensa el criterio de la opinión que se impuso en el seno de la CRC, pues, como se observó, la pretendida plenitud del derecho de defensa en un sistema de enjuiciamiento adversarial, se alcanza a partir del momento en que se precisan, al menos, los hechos jurídicamente relevantes.

Si se desasocia la formalización con la formulación de la imputación, ateniéndose al criterio de la Corte, no es preciso formalizar para ejercer el derecho de defensa. Pero la conclusión final de la CRC es diferente, es decir, es preciso formalizar para poder ejercer el derecho de defensa, así que la plenitud del mismo obliga a que se formalice, esto es, se formule imputación sobre el inicio mismo de la investigación.

De la argumentación de la Corte Constitucional pueden aparecer dos conclusiones encontradas:

a. No es la audiencia de formulación de la imputación la única posibilidad de formalizar la investigación. Por consiguiente, no se ha determinado legalmente lo que debe entenderse por "formalizar".

b. O no es la formalización lo que desata el derecho de defensa, por consiguiente, la defensa la ejerce quien no es imputado.

Evidentemente, la última parece la opción más probable. Sin embargo, surge una pregunta de inmediato, ¿quiénes pueden ejercer el derecho de defensa sin ser imputados? ¿Acaso cualquier persona que estime que debe hacerlo, pues no se demanda ninguna condición especial con respecto a la investigación?[91]. Pero lo que es aún más complejo, ¿de qué se defiende?

91 A no ser que quiera entenderse tal evento exclusivo para quien resulta ser capturado en flagrancia, mientras se surte la audiencia respectiva, al amparo del artículo 126 de la Ley 906 de 2004. Mas no puede perderse de

El artículo 267 de la Ley 906 de 2004 autoriza a quien sin ser imputado y "sea informado" o "advierta" de la existencia de una investigación en su contra, a designar un abogado y recabar evidencia a su favor, así como solicitar control de legalidad sobre las actuaciones que hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales.

La ambigüedad de la disposición es palmaria, en la medida que sugiere la coexistencia de investigaciones informadas y otras sin tal condición. Sin embargo, ¿bajo qué criterios podría admitirse tal discriminación, sin afectar el derecho a la igualdad? La disposición no parece atender los criterios que se impusieron en la CRC, lo cual se explica en que al incorporarse la formalización generalizada y previa a la acusación, no se retomó la discusión de las normas ya aprobadas, pensadas para un proceso en que no había formalización en los términos aprobados finalmente por la CRC.

Podría, aun así, objetarse que la redacción del artículo 250 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, hace referencia a "investigaciones objetivas", entendiendo por ello que indaga los hechos que revistan las características de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia de un delito.

Probablemente no existe incompatibilidad entre el discernimiento de la CRC y la letra del texto constitucional, si se piensa que la indagación de un hecho no constituye investigación propiamente dicha, mientras no se oriente respecto de persona alguna en particular. En el instante en que ello ocurre, es decir, que se procura información respecto de alguien que puede ser estimado responsable, a cualquier nivel del hecho, habría investigación susceptible de defensa, con las consecuencias respectivas, es decir, necesidad de desatar el derecho de defensa.

Sin embargo, la única forma de hacerlo, es mediante el acto de formalización, pues de otro modo no se sabría de qué defenderse.

En suma, la inexistencia de persona determinada en desarrollo de la investigación, es la única hipótesis que controvierte la necesidad de formalización, empero, quien se sienta afectado por una investigación de la que llegue a enterarse, tiene derecho a defenderse y, con ello, a exigir la formalización.

vista que en virtud de la misma norma, la captura atribuye por sí sola la condición de imputado a la persona capturada. Los eventos restantes no tienen contrariedad por cuanto si existe orden de captura es porque ya hubo formalización.

Por cuanto se ha sostenido, la formalización es una garantía del derecho de defensa, esto es, un mecanismo procesal que lo desata. En tales condiciones, cualquier persona, por estar siendo investigada o por creer que lo es, tiene derecho a solicitar la audiencia de formulación de la imputación, porque si bien la ley faculta realizar actos tales como designar un abogado y realizar investigaciones extraprocesales, tales actos los puede hacer cualquier persona en cualquier situación. Un derecho de defensa real, en un sistema de enjuiciamiento adversarial y acusatorio, reclama como presupuesto la formalización de la investigación.

5. Formalización como presupuesto del debido proceso

La obligatoriedad de la formalización previa a la acusación, como presupuesto de ejercicio del derecho de defensa, se erigió en etapa procesal inevitable, presupuesto del acto procesal subsiguiente.

Por una parte, la regularidad de la investigación depende directamente de haber sido previamente formalizada. Pero con posterioridad a ella, se desprenden consecuencias igualmente importantes.

Habiéndonos ya referido al primer aspecto, se concluyó que la formalización constituye una garantía del derecho de defensa, tomando como presupuesto que toda investigación admite defensa y, que tal derecho no admite fractura, así que se puede ejercer durante toda la investigación. Además, que el ejercicio de este derecho, por la naturaleza del procedimiento, reclama la determinación por el investigador, de los hechos jurídicamente relevantes, como criterio de orientación de la defensa.

En cuanto al segundo, la formalización puede llevar a tres posibles actos procesales consiguientes, el archivo de la investigación, la preclusión o la acusación. Sin embargo, tratándose de esta última no se precisa hacer mayores esfuerzos explicativos para concluir que la única forma de poder acusar es habiendo previamente formalizado, por ello nos ocuparemos de las otras dos hipótesis.

5.1. Formalización como presupuesto del archivo de la investigación

La Corte Constitucional definió y ubicó el archivo de las diligencias, al señalar que ello opera en un momento de la "averiguación preliminar sobre los hechos",

en que se ha verificado objetivamente la "inexistencia típica de una conducta, es decir la falta de caracterización de una conducta como delito"[92].

En la misma providencia asoció el fundamento de la decisión de archivo en la ausencia de tipicidad, a l determinar que "la caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo", lo que condujo a la Corporación a descartar otra motivación jurídica, como por ejemplo ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad[93].

La Corte también rechazó que la decisión de archivo de las diligencias pudiera asociarse con el desistimiento, o que se tratase de una preclusión, advirtiendo que "esta sucede en un momento posterior del procedimiento penal donde se ha constatado que no existe mérito para acusar pero se ha surtido una instancia anterior: la imputación del indiciado lo que implica la constatación de que los hechos revisten las características de un delito".

Tal argumentación es profundamente contradictoria, al menos, en cuanto se proyecta sobre el tema que ocupa este estudio en particular.

En efecto, al sostenerse que la imputación supone un juicio cierto de tipicidad objetiva, al menos por parte del fiscal, conlleva a que la formalización se tiene que apoyar en la existencia de sus presupuestos; en consecuencia, por ser un juicio objetivo, al juez de control de garantías corresponde verificar su satisfacción, pues en su ausencia no podría el investigado adquirir condición de imputado.

Siendo ello así, estrictamente, no podría el investigado defenderse con anterioridad, salvo en las situaciones que la misma Corte estimó. Lo cual controvierte la plenitud del derecho de defensa que esa institución distinguió como parámetro de interpretación surgido del artículo 29 de la Carta.

Incluso, el raciocinio de la Corte puede conllevar que aun con posterioridad a la audiencia de imputación tampoco haya lugar al ejercicio del derecho de

92 Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

93 "No le compete al fiscal, al decidir sobre el archivo, hacer consideraciones sobre elementos subjetivos de la conducta ni mucho menos sobre la existencia de causales de exclusión de la responsabilidad. Lo que le compete es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo. En ese sentido se condicionará la exequibilidad de la norma". Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

defensa, situación que se presentaría si el juez de control de garantías estimase que no se acreditó el juicio de tipicidad objetiva del fiscal, caso en el cual la persona no estaría llamada a adquirir la condición de imputado, pues no habría, estrictamente hablando, imputación.

De cualquier forma, la permisión de debates sobre tipicidad a esas alturas procesales y, el control de instancia del juez de control de garantías aludido por la Corte, pone en entredicho tanto el principio acusatorio cuanto la adversariedad del proceso y, lo que es más cuestionable, el ejercicio mismo del derecho de defensa.

Atendido el criterio de la Corporación, la formalización no es presupuesto del archivo de las diligencias. Tal conclusión, desde luego, se aleja del criterio mayoritario de la CRC, aun cuando es coincidente con el de quienes defendieron la excepcionalidad de la formalización, por ser la formalización generalizada y previa a la acusación opuesta a la forma de enjuiciamiento acusatoria y adversarial.

Es así que argumentaron a favor de esta posición que forzar la Fiscalía a formalizar toda investigación, no consultaba la naturaleza misma de la investigación, que no debía confundirse con una instrucción, pues el fiscal debe poder decidirse por no llevar cuanta investigación inicie hasta los estrados judiciales, a no ser que debiese adoptar decisiones como la preclusión. En cambio, sostuvieron, que si no se formalizaba y el fiscal no se determinaba por judicializar, mantenía el poder archivar las diligencias.

Se advierte que es este otro aspecto en el que la Corte asume como criterio legal de la Ley 906 de 2004, el que resultó derrotado por la mayoría de los redactores del Código.

5.2. Formalización como presupuesto de la preclusión de la investigación

Lo sostenido por la Corte en la sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, permite arribar a la conclusión que la formalización es presupuesto de la preclusión. Lo cual es perfectamente compatible con los argumentos de la CRC.

En efecto, durante la reunión cumplida por la Comisión el 27 de junio de 2003, y que corresponde al acta 023, se discutió el tema de la preclusión, específicamente las causales. Y justamente las causales que se prestaron a discusión fueron:

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.
7. Vencimiento del plazo máximo de la investigación formalizada cuando las partes o el ministerio público lo hayan advertido previamente. El investigado podrá renunciar a esta causal.

En desarrollo de la deliberación surgieron puntos de conflicto. Específicamente se sostuvo que la preclusión operaba a condición que la investigación se hubiese formalizado, partiendo de la base que no toda investigación cumple tal etapa; se adujo en sustento que en eventos en que no había lugar a formalizar procedía el archivo de la investigación y no la preclusión.

Al respecto se replicó que la Fiscalía se encontraba obligada a investigar todos los actos con connotación objetiva de delito, y que la posibilidad contraria era objeto del principio de oportunidad.

En defensa de la primera posición se insistió que no se compadece con el sistema acusatorio, obligar a la Fiscalía a formalizar toda investigación. Precisamente, en la medida que no se trata de una instrucción, esto es, una investigación judicializada, el investigador debía contar con la facultad de no llevar todas las pesquisas al estrado judicial, pero que la única forma de poder precluir, por cuanto es esta una decisión con efectos de cosa juzgada, era precisamente habiendo previamente formalizado, y se insistió que cuando la Fiscalía no encuentra mérito para judicializar se le debe permitir archivar mediante una decisión sucintamente motivada, que no impidiera reanudar la investigación de darse la necesidad.

Se replicó que carecía de sentido forzar una formalización cuando anticipadamente se sabía que sobrevendría la preclusión y, frente a la decisión de archivo debía estar sujeta a control judicial[94].

En suma, para la CRC, tanto para la posición mayoritaria como para la que defendió la excepcionalidad de la formalización, esta constituye un prerrequisito de legalidad procesal para poder arribar a la preclusión. Criterio que a su vez informó la decisión de la Corte Constitucional contenida en la Sentencia C-1154 del 15 de noviembre de 2005, M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

94 Osorio Isaza Ob. Cit Supra. Páginas 545-547.

III. CONCLUSIONES

La importancia de desentrañar el propósito legislativo tiene explicación, como se adelantó arriba, en identificar los límites de extensionalidad con que se idearon las disposiciones, es decir, qué fue lo que se pretendió con la norma y hasta dónde quiso llegarse. Tal enunciación no es apenas un postulado traído maquinalmente de la Semiología al Derecho, sino que trata de un principio informado legalmente, en nuestro caso desde hace mucho más de un siglo.

En efecto, el artículo 27 del Capítulo IV, sobre interpretación de la ley, contenido en el título preliminar del Código Civil, o Ley 57 de 1887, previó que:

> Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento (subraya fuera de texto).

Se trata, nada más y nada menos, que de un criterio de interpretación principal, es decir, al mismo se tiene que recurrir siempre, y no de manera excepcional, cual si se tratase de un criterio auxiliar.

Y, como lo hemos puesto de manifiesto, la pretensión legislativa expuesta en la historia fidedigna de la Ley 906 de 2004, nos informa que la formalización de la investigación generalizada y previa a la acusación, se ingresó a la ley como método para desatar el ejercicio del derecho de defensa.

Se adujo que el mismo derecho no puede fraccionarse, así que no puede haber instantes investigativos sin defensa, y que la formalización se opera mediante la formulación de imputación, en audiencia ante el juez de control de garantías.

Esto conllevó a la conclusión original que debe formalizarse desde un principio, porque es la única forma de realizar el propósito con que se introdujo la formalización, en los términos expuestos. Lo cual, como lo advirtieron los partidarios de la formalización excepcional, cuestiona la pureza del enjuiciamiento concebido y lo arriesga a contradicciones importantes.

A su vez, los partidarios de la posición que se impuso por mayoría, admitieron que era así pero que el enjuiciamiento debía adecuarse, o modularse, conforme a los principios constitucionales, y que el principio constitucional de la integridad

del derecho de defensa durante la investigación contenido en el artículo 29, reclamaba que el enjuiciamiento colombiano, acusatorio o no acusatorio, tuviera una investigación integralmente defendida.

Por consecuencia, la formalización en el régimen de la Ley 906 de 2004, es prerrequisito de legalidad del proceso, para cualquier etapa subsiguiente.

Finalmente, cuando se decidieron a aprobar la formalización generalizada y previa a la acusación, los miembros de la CRC no retomaron las disposiciones previamente adoptadas, las cuales correspondían a una propuesta original con formalización excepcional, fiel al enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Por resultado, la Ley 906 es un entramado contradictorio de normas apropiadas a un procedimiento con y sin formalización.

Una lectura poco informada acerca de la historia fidedigna de la Ley, ciertamente permite arribar a conclusiones lógicas, no siempre debe haber formalización, se puede formalizar de formas diversas a la formulación de imputación, debe haber derecho de defensa excepcional previo a la diligencia de imputación, y muchas otras más que, evidentemente pueden alcanzarse de muy buena fe. Pero son ajenas a la historia fidedigna de la Ley 906 de 2004. Más que ajenas, contrarias.

De acuerdo con la real historia legislativa, la formalización a través de la formulación de la imputación, es una garantía para el procesado, y un requisito de legalidad del procedimiento. Precisamente, porque a partir de ella se realiza el presupuesto del artículo 29 de la Constitución. Es decir, es la forma como se opera o se hace posible el ejercicio real de un derecho fundamental, como es la defensa.

Sin embargo, hemos encontrado decisiones de la Corte Constitucional que, aun cuando se basan en presupuestos compatibles con los de la posición mayoritaria de la CRC, alcanza las conclusiones de la posición derrotada. Ello, fruto de adoptar decisiones que, al menos en su *obiter dicta*, para nada consulta la historia fidedigna de la ley cuya constitucionalidad dice haber guardado.

La carencia de un discurso coherente el cual desde luego debe partir de los presupuestos argumentativos del creador de la ley, hace muy difícil entender las normas y precipita reformas legislativas, sin el control y el debate prescrito por el Acto Legislativo N° 3 de 2002, arriesgando aún más la integridad del enjuiciamiento.

Lo cierto es que se debe defender la interpretación original, que es la que como hasta la saciedad se ha evidenciado, imprime prevalencia al derecho de defensa sobre los principios acusatorio y adversarial.