

II

Estructura
y garantías
procesales

el PROCESO PENAL

Jaime Bernal Cuéllar
Eduardo Montealegre Lynett

6.^a ed.

Universidad
Externado
de Colombia

EL PROCESO PENAL

TOMO II

ESTRUCTURA Y GARANTÍAS PROCESALES

JAIME
BERNAL CUÉLLAR
EDUARDO
MONTEALEGRE LYNETT

EL PROCESO PENAL ESTRUCTURA Y GARANTÍAS PROCESALES

CON LA COLABORACIÓN DE:

NATHALIA ELENA BAUTISTA PIZARRO
CARLOS BERNAL PULIDO
GERARDO CAMILO BURBANO CIFUENTES
ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA
EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE
PAULA LIZANO VAN DER LAAT
HENRIK LÓPEZ STERUP
JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES
JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO

6.^a EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

BERNAL CUÉLLAR, Jaime

El proceso penal. Tomo II: Estructura y garantías procesales / Jaime Bernal Cuéllar, Eduardo Montealegre Lynett; con la colaboración de Nathalia Elena Bautista Pizarro... [et al.]. – 6.ª ed. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

1089 p.; 24 cm.
Incluye bibliografía.

ISBN: 978958710890 3

1. Procedimiento penal – Colombia 2. Acción y defensa (Derecho) 3. Acción penal – Colombia 4. Acusación – Colombia 5. Derecho penal – Colombia 6. Sistema acusatorio – Colombia 7. Administración de justicia penal – Colombia 8. Libertad provisional – Colombia 9. Garantías constitucionales – Colombia I. Montealegre Lynett, Eduardo II. Bautista Pizarro, Nathalia III. Universidad Externado de Colombia II. Título

345.6 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca

Marzo de 2013

ISBN 978-958-710-890-3

© 2013, JAIME BERNAL CUÉLLAR

© 2013, EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

© 2013, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Sexta edición: abril del 2013

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba Salazar

ePub por Hipertexto / www.hipertexto.com.co

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

*Un sencillo homenaje a Luis Enrique Aldana Rozo,
Alfonso Reyes Echandía y Emiro Sandoval Huertas.*

*También a quienes entregaron su vida en el holocausto del
Palacio de Justicia los días 5 y 6 de noviembre de 1985.*

PRESENTACIÓN

Como se señaló en la presentación del primer tomo, este texto es el resultado de la investigación sobre los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal. Esta obra ha dado especial importancia al derecho comparado, al análisis jurisprudencial, tanto de decisiones foráneas y de tribunales internacionales como de sentencias internas, especialmente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, y a la doctrina especializada nacional y extranjera.

En este tomo se abordan diversos temas, dentro de los cuales destacamos la investigación penal, sus fundamentos, principios y características, y los aspectos básicos del procedimiento penal. De igual forma, se estudian los factores de competencia y los roles de los sujetos procesales. También se analizan aspectos relacionados con las injerencias en los derechos constitucionales durante la investigación penal y las posibles afectaciones a derechos fundamentales concretos, como el derecho a la intimidad, al buen nombre, al *habeas data*, etc.

Igualmente se examinan los aspectos centrales y estructurales del juicio oral, para lo cual se hace especial énfasis en la acusación y el juzgamiento. Así mismo estudiaremos lo relacionado con la terminación anticipada del proceso penal, el allanamiento a la imputación, las negociaciones y los preacuerdos. Finalmente, ahondaremos en los mecanismos de control y protección de los derechos fundamentales dentro del proceso penal. Por esta razón, necesariamente se estudiará el contenido conceptual del derecho y la garantía fundamental al debido proceso, lo atinente a las nulidades y al sistema de control constitucional en el proceso penal.

Debemos destacar que este tomo segundo de *El proceso penal* es, al igual que el primero, producto de un esfuerzo investigativo conjunto desde la Universidad Externado de Colombia, por lo cual reconocemos especialmente el apoyo de NATHALIA ELENA BAUTISTA PIZARRO, CARLOS BERNAL PULIDO, GERARDO CAMILO

BURBANO CIFUENTES, ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, EVERALDO LAMPREA MONTEALEGRE, PAULA LIZANO VAN DER LAAT, HENRIK LÓPEZ STERUP, JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES y JAVIER HERNÁN TOVAR MALDONADO.

Rendimos un sincero homenaje al Prof. Dr. *h. c. mult.* FERNANDO HINESTROSA, quien durante su rectoría nos dio su apoyo incondicional en el proceso de elaboración de esta obra. A él expresamos nuestro sentimiento de gratitud.

JAIME BERNAL CUÉLLAR
EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

PARTE PRIMERA

LA INVESTIGACIÓN PENAL

CAPÍTULO PRIMERO

Fundamentos y principios

I. GENERALIDADES DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

La base de todo proceso penal es, sin lugar a dudas, la etapa de investigación. Otras actividades de fiscales y jueces -piénsese en la imputación, la acusación o el juicio- son consecuencia de las realizadas por el Estado en la fase de indagación previa. En este capítulo se tratarán aspectos constitucionales y legales directamente relacionados con la reconstrucción histórica de los hechos y la intervención de los diferentes sujetos procesales.

La doctrina española define la investigación como la parte del proceso que “comprende todos los actos encaminados a averiguar la existencia de un hecho conocido que tuviere apariencia de delito, de sus circunstancias y de sus posibles autores”^{[11](#)}.

La obtención de la información deseada -en nuestro caso, del autor o los partícipes del hecho delictivo y de las circunstancias en que lo cometieron- es fundamentalmente una actividad empírica realizada sobre el terreno y proyectada sobre objetos materiales que, primero como “fuentes de prueba”, luego como “medios de prueba” y, en su caso, como “pruebas válidas”, servirán para establecer el *factum* del caso al que debe darse una calificación jurídica y sus consecuencias correspondientes^{[12](#)}.

En esa doctrina (española) se describen los componentes de toda investigación penal a partir de los elementos de iniciación, recursos, garantías, líneas de investigación y actividades posteriores. Si se sigue esta lógica aplicada al proceso penal colombiano configuraríamos el siguiente orden explicativo:

A. INICIO

Corresponde a dos actuaciones perfectamente regladas: la recepción de la *notitia criminis* y su respectivo análisis a efectos de definir la primera valoración jurídica que corresponda al caso puesto a consideración de las autoridades de persecución penal. La recepción de una denuncia, una querella o la obtención por otros medios de información que indique la comisión de un posible delito

implica, en un primer momento, la constatación de la conducta como punible conforme a las exigencias del principio de legalidad previstas en el Código Penal y, luego, una valoración sobre el archivo de las actuaciones o la definición de la continuación de la investigación.

B. RECURSOS DISPONIBLES

En este punto se hace referencia a la infraestructura necesaria para que el Estado pueda averiguar si existe un delito. La investigación penal presupone métodos especializados para obtener información a fin de llegar a la imputación y luego a la acusación. La coordinación de la investigación y los medios para llevarla a cabo están reglados en nuestro ordenamiento procesal penal de la siguiente forma:

I. El fiscal general de la Nación puede crear grupos especializados cuando las necesidades de investigación lo ameriten, de conformidad con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

2. La actividad de policía judicial está regulada para el cumplimiento de los actos de iniciación de conformidad con el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal. La policía judicial puede realizar actividades *que no impliquen injerencia en los derechos fundamentales*, orientar y acompañar a la víctima en los casos de exámenes médicos requeridos y, por último, rendir los informes correspondientes.

3. El ordenamiento procesal establece los métodos para rendir informes policiales de investigación e informes de campo. Los artículos 209 y 210 del Código de Procedimiento Penal señalan la forma en que deben ser presentados dichos informes, que servirán de apoyo al fiscal para tomar las decisiones dentro de la investigación penal.

C. GARANTÍAS

La investigación penal, por ser una actividad mediante la cual es posible la afectación grave de derechos fundamentales e intromisión en las libertades

ciudadanas, debe estar rodeada de garantías; éstas se refieren no solo a los controles anteriores o posteriores a las injerencias en dichos derechos, sino, además, a la participación del afectado en el procedimiento de convalidación judicial de los medios de prueba obtenidos con la actividad de indagación.

D. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y DILIGENCIAS POR PRACTICAR

Esta temática corresponde a la exploración de hipótesis delictivas por parte del fiscal a partir de los primeros hallazgos. En nuestro medio se denomina “plan metodológico”.

Para realizar adecuadamente estas funciones, deben presentarse o imaginarse, en lo posible, diversas hipótesis de ocurrencia de los hechos y no comprometer la investigación con una sola causa o un único origen de la conducta penalmente reprochable. Así mismo, los investigadores, cuando sean llamados ante las autoridades judiciales, deben estar en condiciones de recordar el caso y de aportar las precisiones que se les demanden. Para ello es fundamental un buen archivo y “repasar” lo investigado para “refrescar la memoria”, antes de ser convocados ante un juzgado o tribunal.

II. LA INVESTIGACIÓN PENAL Y SUS PRINCIPIOS

A. ACTOS DE INVESTIGACIÓN PENAL

DE URBANO CASTRILLO sintetiza así la problemática que enfrenta la investigación penal en el marco constitucional y frente a los derechos y garantías de la persona indiciada:

En resumen, esta primera fase del proceso se dirige al estudio de los hechos iniciales puestos en conocimiento de la autoridad judicial, para, tras la realización de las investigaciones y pronunciamientos jurídicos pertinentes, concluir con la decisión de archivar o abrir juicio.

De ello se desprende, con toda claridad, que en esta etapa hay tanto actos de naturaleza investigadora (fáctica) como jurídica (enjuiciamientos), ambos con el mismo objetivo de acopiar los materiales (aseguramientos) que puedan servir a la decisión posterior de resolver sobre la continuación del proceso y, en su caso, de la celebración y resolución del juicio oral.

Se trata, por tanto, de una fase compleja, en absoluto reducible a cuestiones de hecho o de derecho, sino que implica un conjunto de actos, diligencias y resoluciones estructuradas en torno al proceso y realizadas por los sujetos intervinientes, principalmente: juez, fiscal, partes acusadora y acusada y la Policía^[3].

Al margen de las diferencias que pueden presentarse frente a la estructura de la fase de investigación en diferentes países y que de algunos apartes de la cita anterior pueden inferirse, es claro, entonces, que dicha etapa constituye un aspecto básico del concepto general de proceso penal (por ejemplo, en nuestra legislación es procedente la preclusión en la fase de indagación).

En la reconstrucción de los hechos posiblemente delictuosos confluyen actos de diferentes características: son propios de ese momento los actos típicamente investigativos, pero también aquellos que implican alguna clase de valoraciones jurídicas, que generalmente no están supeditadas a formas estrictas, sino que, por el contrario, denotan flexibilidad en su desarrollo. En fin, las características fundamentales de esta etapa suelen asociarse con la garantía de ciertos principios que explicamos a continuación.

B. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LA INVESTIGACIÓN PENAL

I. PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OFICIAL

El principio acusatorio implica una división de funciones en el proceso, que permite desarrollar en mejor forma la facultad constitucional de imponer sanciones penales. El proceso penal está dividido en una fase de indagación-investigación y otra denominada “juicio oral”. La estructura del proceso penal

colombiano impone la realización de actuaciones investigativas con el objeto de fundamentar, si fuera el caso, la acusación y llevar a efecto el enjuiciamiento. La etapa de indagación-investigación está orientada básicamente a la recolección de evidencia y material probatorio aptos para determinar (i) si los hechos son constitutivos de delito; (2) si ameritan investigación y, si es del caso, (3) realizar la imputación a una persona concreta e individualizada. De estimarse cumplidos estos requisitos se procederá a la acusación, que es el presupuesto indispensable para iniciar la segunda fase, conocida como *enjuiciamiento*.

Las actividades de esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos y la búsqueda de los posibles autores y partícipes es una tarea estatal, razón por la cual rige en Colombia el llamado *principio de investigación oficial*^[4]. Es decir, la investigación debe estar bajo la dirección de los órganos estatales y debe realizarse con la intervención de éstos. El carácter oficial tiene fundamento en el artículo 250 superior, que establece la titularidad de la investigación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, abstracción hecha de la aplicación del principio de oportunidad y del artículo 66 CPP, que reitera la norma constitucional en el mismo sentido. De igual forma, debe tenerse en cuenta que recientemente se introdujo al artículo 250 constitucional un párrafo que incorpora en nuestro ordenamiento la figura del acusador privado^[5]. Actualmente los intervinientes en el proceso penal tienen facultad para realizar ciertos actos de investigación. La reforma constitucional aumenta la posibilidad de investigaciones privadas, siempre teniendo en cuenta que cualquier afectación de derechos fundamentales tiene que estar previamente autorizada por el juez de garantías.

La doctrina procesal penal ha definido, de diversas maneras, el llamado *principio de investigación oficial*. Por ejemplo, JULIO MAIER^[6] entiende que hay tareas del procedimiento atribuidas exclusivamente al Estado en interés de la realización del derecho penal, que excluyen del ámbito penal todo interés privado en la solución del conflicto social que presupone el proceso. Por otra parte, anota este mismo autor, la decisión de atribuir el poder punitivo al Estado significa darle la herramienta más poderosa para el control social.

La doctrina también considera el *principio de investigación oficial* bajo la categoría de *monopolio acusatorio*, según el cual la titularidad del ejercicio de investigación y acusación radica únicamente en cabeza de órganos facultados expresamente para tales actuaciones. No obstante, la propia ley puede imponer algunas exigencias con el fin de que la administración de justicia penal inicie sus actividades de investigación, como en el caso de los delitos de acción privada.

a. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OFICIAL

No olvidemos que el principio de investigación oficial en cabeza de la Fiscalía General de la Nación implica la noción de exclusividad en la investigación. Por lo tanto, las investigaciones que adelantan entidades del orden administrativo para efectos de control preventivo, como la Unidad de Análisis e Investigación Financiera del Ministerio de Hacienda (control de lavado de activos), no tienen el carácter de una investigación penal. Las investigaciones sobre infracciones administrativas que corresponde realizar a las entidades de policía administrativa -por ejemplo, las superintendencias- tampoco son investigaciones penales, abstracción hecha de la posible delegación de facultades de policía judicial que hace el fiscal general a dichas entidades, conforme a lo establecido en el artículo 251 numeral 5 de la Constitución, el artículo 33 de la Ley 270 de 1996^[7] y los artículos 202 y 203 de la Ley 906 del 2004.

No puede confundirse la función jurisdiccional que cumplen ciertas autoridades administrativas, como lo enseña el artículo 24 del Código General del Proceso (Ley 1564 del 2012), con la función de investigación en materia penal, que está limitada a determinadas autoridades con base en el mandamiento del artículo ii6 superior.

Lo anterior no obsta para que por iniciativa privada se proyecten y desarrollen investigaciones, porque se parte de la base de la necesidad de garantizar la protección de los derechos de todos los intervinientes en esta etapa. Por lo tanto, no se trata de una renuncia del Estado a su monopolio investigativo, sino, más bien, de la construcción de la verdad a partir de las contribuciones de todos los

interesados en el resultado del proceso. De este modo, la importancia del *principio de investigación oficial* exige tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

b. LA EXCEPCIÓN AL MONOPOLIO
ESTATAL DE PERSECUCIÓN PENAL

Aunque la regla general es la aplicación del principio de investigación oficial, existe una excepción al monopolio del Estado en la persecución penal. Hay casos en que algunos delitos pueden ser investigados por iniciativa de los particulares. Estos hechos punibles se conocen como *delitos de acción privada*. En nuestro medio, ha sido tradición denominar a estas conductas punibles *delitos querellables*. En este caso, el Estado no declina el ejercicio constitucional de persecución penal: lo que ocurre es que para iniciar la investigación estatal se requiere de la iniciativa particular.

En otras palabras, frente a la defensa de derechos fundamentales como la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, el interés público en dar comienzo a la persecución oficial debe ceder y, por tal motivo, la autonomía de la voluntad particular condiciona la persecución y el enjuiciamiento. La iniciativa de la persona perjudicada con la infracción es el fundamento para poner en funcionamiento el aparato punitivo estatal.

Insistimos en que recientemente fue introducida en el ordenamiento colombiano la figura del acusador privado (artículo 250 superior). Se trata de una tendencia que ha tomado fuerza en Latinoamérica y que pretende remover las barreras que se erigen en obstáculo al acceso a la administración de justicia especialmente para quienes son víctimas de delitos. Un ejemplo de esta tendencia es la reforma constitucional realizada en México en el año 2008 en virtud de la cual se permite la acción penal privada para delitos menores de conformidad con su reglamentación mediante leyes secundarias.

Los modelos extranjeros de acción privada realmente combinan varias posibilidades, entre otras, delegar las facultades de investigación y recolección probatoria al particular, para que luego la Fiscalía asuma en conjunto con éste la

acusación exclusivamente en delitos de menor entidad y que interesen al afectado. También puede existir como alternativa la recolección probatoria privada, para que la Fiscalía realice la valoración respectiva en relación con la comisión del posible delito y la legalidad de la prueba y autorice a quien ejecutó la investigación para que concurra ante el juez con el fin de adelantar el respectivo juicio. Así mismo, existe la posibilidad de que por intermedio de abogado se instaure la acción directamente ante la autoridad judicial con el conjunto de pruebas recaudadas y el juez trabe el contradictorio para el juicio, tal y como ocurre en el proceso civil.

C. ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE ADELANTAN LOS PARTICULARES PARA SU DEFENSA

En cuanto a la autorización legal para que los particulares realicen determinados actos de investigación para ejercer eficazmente su derecho de defensa, es necesario precisar lo siguiente:

La dinámica del *principio acusatorio* ha estado enfrentada siempre a los problemas de desequilibrio procesal que pueden generarse cuando, por un lado, se tiene el poder estatal y, por otro, se afectan derechos del investigado. Muchas han sido las propuestas para contrarrestar la desigualdad, tales como el principio de igualdad de armas, la determinación extensa de garantías, limitaciones a la recolección probatoria por parte del Estado, etc. Últimamente se ha querido ensayar, en algunos ordenamientos foráneos, las llamadas “investigaciones de la defensa”, que intentan solucionar los problemas relativos al déficit estatal en la persecución penal y abren la posibilidad de investigaciones y actuaciones privadas.

Hasta el momento no se ha llegado a una solución satisfactoria y las propuestas han sido criticadas, porque al acudir, por ejemplo, a investigadores privados o asumir el costo económico de toda la investigación se generan dificultades financieras en la consecución de pruebas técnicas, todo lo cual conducirá a la falta de equidad y al posible abuso en la recolección probatoria. Por esta razón, el *Informe final* de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

constituida en Europa durante el año 1990 no aconsejaba su introducción en los procedimientos penales del Viejo Continente^[8].

2. PRINCIPIO ACUSATORIO

El *principio acusatorio* significa en esencia que no puede juzgarse a ninguna persona sin que exista previamente una acusación. Como consecuencia, se impide al órgano judicial juzgar hechos distintos y personas diferentes de las acusadas^[9]. Como afirma GUERRERO PERALTA, la importancia teórica de este principio radica en que la separación entre investigación y juzgamiento se convierte en eje determinante de los momentos y actos del procedimiento^[10].

La Constitución Política (art. 250.4) y el Código de Procedimiento Penal colombianos desarrollan este principio en varias disposiciones, entre otras las que corresponden a los actos de acusación (arts. 336 a 343 CPP). La importancia del *principio acusatorio* radica no solo en la distribución funcional necesaria para la administración de justicia penal, sino también en que la misma distribución de funciones implica una garantía que limita el poder de persecución penal estatal al no autorizar que el juez se comporte como investigador o el fiscal como juzgador. Lo anterior significa que debe establecerse una distribución de competencias que permita mantener la imparcialidad del juzgador.

En resumen, del principio de acusación se derivan varias garantías para la persona sometida a investigación. Entre ellas podemos mencionar: (i) independencia del juez que tramita el juicio oral porque no compromete su criterio ni adelanta juicios en relación con la responsabilidad de la persona procesada; (2) la acusación constituye el marco de referencia de los cargos por los cuales debe responder la persona; (3) permite diseñar o estructurar las técnicas de defensa a partir del descubrimiento de la prueba hecha por el ente acusador; (4) se cumplen los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y concentración previstos en la Constitución Política como fundamento esencial del juicio oral.

III. DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

A. TITULARIDAD E INICIACIÓN

Con la investigación, el Estado abre la posibilidad del ejercicio de diversas facultades que suponen incluso distintos grados de afectación de los derechos fundamentales. Por tanto, existe un evidente interés constitucional en establecer las condiciones bajo las cuales el Estado puede entrar a ejercer tales potestades. El Acto Legislativo 03 del 2002 estableció que corresponde a la Fiscalía investigar los hechos que “revistan las características de un delito”, siempre y cuando “medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”.

El Acto Legislativo 06 del 2011 desmonopolizó la titularidad de la acción penal y en consecuencia reguló la posibilidad de que las víctimas o algunas autoridades administrativas puedan realizar actos de investigación en relación con hechos delictuosos. Ordinariamente la Fiscalía por su propia iniciativa debe iniciar los actos de investigación, advirtiéndole que en algunos casos se requiere de petición especial de parte de la Procuraduría o la formulación de la querrela.

B. ACTOS INICIALES DE INVESTIGACIÓN POR CUENTA DE LA POLICÍA JUDICIAL: ACTOS URGENTES

El artículo 205 CPP dispone la actividad que debe cumplir la policía judicial cuando se inicia la indagación. Esto es: cuáles son sus facultades durante los llamados “actos de urgencia”, que el Código ilustra con las funciones de inspección del lugar, examen de cadáveres, entrevistas o interrogatorios. La policía judicial también está facultada para realizar labores de identificación, recolección y sometimiento a cadena de custodia de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física obtenidos en la escena del delito o producto de las averiguaciones de urgencia mencionadas. Similares condiciones se imponen en el artículo 208 CPP cuando, en ejercicio de funciones de policía judicial, la Policía Nacional descubra elementos materiales probatorios y

evidencias físicas.

La función de policía judicial, entonces, tiene por finalidad el aseguramiento de los elementos materiales probatorios. El informe de las labores cumplidas es sometido a revisión y análisis por parte de la Fiscalía, que tiene la facultad de rechazar todo aquello que desconozca principios rectores y garantías procesales (art. 212 CPP)^{11}.

C. ACTUACIONES DE ASEGURAMIENTO PROBATORIO

El Código regula las actuaciones de policía judicial para los casos de (i) entrevista (art. 206 CPP); (2) inspección en el lugar de los hechos (art. 213 CPP); (3) inspección del cadáver (art. 214 CPP); (4) ingreso de presuntas víctimas en centros de salud (art. 218 CPP); y (5) allanamiento sin orden previa del fiscal (art. 230 CPP). La característica común a esta clase de actuaciones es su práctica sin intervención directa del fiscal. Esto es: por cuenta propia de la policía judicial. La recolección de informaciones por medio de entrevistas, inspecciones y allanamientos desarrolla la noción de actos urgentes de investigación. Por tal razón, la entrevista tiene por objeto recoger información útil para el esclarecimiento de los hechos y la inspección del lugar de los acontecimientos tiene por finalidad el aseguramiento de todo el material que pueda constituir evidencias en la escena del delito.

Como se observa, se trata de actuaciones de aseguramiento probatorio en las cuales existe un riesgo inminente de alteración de las evidencias. Puede ocurrir que por razón de algunas diligencias realizadas de manera irregular en las cuales se afecten derechos fundamentales (afectación media o intensa) los elementos probatorios no puedan ser tenidos en cuenta, con lo cual se vulneraría la correcta investigación de un hecho delictuoso. Piénsese en el caso en que se realiza un allanamiento sin autorización previa por fuera de los eventos establecidos en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte Suprema de Justicia sostiene que los informes policivos realizados en ejercicio de estas funciones son documentos públicos^{12}, sin que pueda

perderse de vista, por supuesto, que los documentos tienen esta calidad dependiendo del contenido, lo cual permitirá diferenciar asimismo entre aquellos que sirven de simple certificación y los que tienen un contenido probatorio producto de la manifestación de voluntad, estos últimos de naturaleza pública.

D. DEBER DE INVESTIGAR

El artículo 250 de la Constitución establece el *deber de investigación* a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Según el mandato constitucional, la investigación puede ser iniciada por la *notitia criminis* expresada bajo forma de denuncia, petición especial, querella, o de oficio. Este deber, como afirma PERDOMO TORRES,

Hace alusión a la obligación de todas las autoridades encargadas de la persecución penal de intervenir dentro del ámbito de sus competencias cuando por las circunstancias dadas existan motivos suficientes para ello. [...] Entonces, en especial para la Fiscalía se pueden concretar dos deberes fundamentales [...]: el deber de instrucción – lo que según nuestra opinión sería el deber de persecución penal en sentido estricto- y el deber de tomar la decisión respecto de lo investigado^[113].

Desde el punto de vista de la estructura del proceso penal, lo anterior significa que el principio de oportunidad, como se estudió en el tomo primero de esta obra, no opera, por regla general, a partir del simple conocimiento de la existencia de un posible hecho punible, sino como resultado de una investigación posterior y sería sobre la información que ha recibido la Fiscalía General de la Nación^[114].

Es claro que el derecho de acceso a la justicia se realiza, en el plano penal, con la garantía de que cualquier posible afectación de derechos constitucionales (la realización de un hecho punible comporta la afectación de un derecho constitucional) será investigada por el Estado como deber. Por ello el principio de oportunidad no opera, por regla general, como medio para decidir la iniciación del proceso penal (al menos en su fase de investigación), sino como

instancia para definir su terminación.

Una investigación penal debe cumplir por lo menos con tres características que limitan la actividad del *ius puniendi* estatal:

I. EVIDENCIA MÍNIMA

De la Constitución se desprende que toda actividad investigativa en materia penal debe tener en cuenta dos elementos: los motivos y las circunstancias fácticas. En otros términos, para la iniciación de una investigación penal deben existir evidencias mínimas sobre la ocurrencia de un hecho y de tales evidencias debe poderse inferir, de manera racional, que se ha incurrido en una conducta punible. Es decir, no basta con la simple sospecha sobre la comisión de un hecho punible para iniciar una investigación, sino que deben concurrir indicios claros en ese sentido.

La Constitución ha definido un contenido propio de lo que en otros ordenamientos se conoce como “causa probable”. Sus alcances definitivos han sido precisados legal y jurisprudencialmente. Tales orientaciones permiten ubicar el principio mencionado dentro del sistema de mecanismos que, junto al principio de proporcionalidad, aseguran que la *prohibición de exceso* sea una realidad. No obstante, estas consideraciones no pueden llevar a confundir las mencionadas exigencias constitucionales con el concepto de “investigación oficiosa” (diferente de la denominada “investigación rogada”).

Estas figuras se refieren a la manera como se inicia la indagación previa, esto es, si basta la *notitia criminis* o si resulta necesaria la manifestación de la persona afectada por el hecho. La causa probable y la existencia de evidencia mínima buscan fijar las condiciones para que una información sea considerada *notitia criminis*, independiente de que se trate de investigación oficiosa o rogada.

2. PROHIBICIÓN DE ACTUACIONES

PREVENTIVAS EN MATERIA PENAL

La Carta establece que la investigación penal se inicia con la *notitia criminis*, lo

cual significa que desde la Constitución está proscrita la investigación preventiva y la conocida *inquisitio generalis*. Es decir: disponer la investigación penal de forma indiscriminada con el objeto de encontrar posibles conductas punibles. La Corte Constitucional ha expulsado del ordenamiento aquellas disposiciones dirigidas a autorizar formas de investigación preventiva, porque ha entendido que con ellas se abandona el derecho penal de acto o de la culpabilidad.

La Corte mencionada avaló la investigación de los “actos preparatorios”. Con base en el artículo 250 superior (Acto Legislativo 03 del 2002), se entiende que el principio de investigación oficial opera en el marco posdelictual, sin dejar de lado la investigación de actos preparatorios con entidad delictiva autónoma^[15]. Al respecto, manifestó:

Ahora bien, la preocupación del actor se centra en que las actividades preparatorias no son objeto de punición en nuestro sistema penal, pues no se está poniendo en riesgo o peligro ninguna objetividad jurídica, razón por la cual no puede una norma legal autorizar la intervención de la Fiscalía General, pues su competencia se encuentra restringida a la investigación y acusación de hechos punibles. Al respecto considera la Corte que si bien los actos preparatorios son irrelevantes penalmente cuando se trata de conductas individuales, en cuanto hacen parte de lo que los clásicos han llamado *iter criminis*, ello no necesariamente ocurre cuando se trata de coparticipación criminal en los casos de complicidad o determinación a otro para cometer el delito, pues en tal hipótesis la actividad individual se enlaza con la de otros sujetos para la producción final de la conducta descrita por la ley como hecho punible. Es claro para la Corte que puede el legislador como una manifestación concreta de la política criminal del Estado determinar dentro del sistema legal la aplicación de normas tendientes a luchar contra el crimen a fin de obtener resultados que consulten la protección de los derechos de la población, y ello comprende entre otras cosas la prevención de los delitos, sin que esto autorice la desprotección de los derechos fundamentales de los asociados^[16].

Sobre la imposibilidad de valoración de los actos aparentemente constitutivos de tentativa, la Corte Constitucional afirmó en su Sentencia C-720 del 2007:

Como se dejó anotado en un fundamento anterior, la justificación para diferir el fallo en esta oportunidad radica en la necesidad de proteger valores, principios y derechos constitucionales que, de ser otra la decisión, podrían verse seriamente comprometidos. En efecto, la decisión de diferir los efectos de la presente sentencia se fundamenta en la necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección que, a pesar de las deficiencias anotadas en punto de su constitucionalidad -que se resuelven temporalmente al condicionar la decisión-, resulta ser la única que en el diseño actual del régimen de policía sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad. Adicionalmente, dada la ausencia de expresas facultades de protección para casos de urgencia, una decisión de inexequibilidad con efectos inmediatos, por otra parte, podría impulsar a la policía a calificar como delito en grado de tentativa conductas agresivas o temerarias de personas que se encuentren en estado de embriaguez o excitación a fin de poder retener a la persona y evitar la consumación de un daño del cual luego el Estado podría ser responsable por omisión o deficiente protección^[17].

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DELIMITACIÓN

MATERIAL DE LA INVESTIGACIÓN

Los contenidos materiales definidos en los tipos penales constituyen limitaciones al alcance de las facultades de investigación. Sólo puede iniciarse una investigación a partir de hechos que, conforme al ordenamiento penal vigente, tengan elementos integrantes de cualquier tipo penal. La investigación debe dirigirse a verificar la realización de tales actos, así como el carácter antijurídico de la conducta y todo aquello que pueda probar la responsabilidad. Por esta razón, debe afirmarse que, de conformidad con el artículo 250 superior, la evidencia mínima y la valoración que sobre ella se haga deben conducir a demostrar de modo razonable que posiblemente se cometió un hecho punible.

Desde la Constitución está prohibido que la investigación penal se dirija a aspectos jurídicos irrelevantes para el proceso penal, lo cual tiene hondas consecuencias para el alcance de las facultades de la Fiscalía en materia de afectación de los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la honra e integridad

física y moral de las personas, entre otros. Los anteriores presupuestos constitucionales explican la facultad que tiene la Fiscalía de inadmitir denuncias sin fundamento y archivar escritos anónimos (art. 69 CPP).

E. FINES DE LA INVESTIGACIÓN

El conjunto de actuaciones efectuadas desde el momento de la realización del hecho punible hasta que el fiscal adopte una decisión sobre la acusación se denomina *investigación*. El fin de la investigación penal está íntimamente relacionado con la estructura misma del proceso. En nuestro sistema procesal se asimilan, en una primera fase, los conceptos de indagación e investigación. El Código de Procedimiento Penal en su libro ii, título i, adopta las denominaciones de *indagación* e *investigación* sin hacer una diferenciación entre las dos. La Constitución también utiliza indistintamente estos términos cuando se refiere a la actuación del ministerio público en el proceso penal.

Sin embargo, se puede ensayar teóricamente la siguiente distinción: la indagación puede estar constituida por todas aquellas actuaciones que tiendan a establecer si en realidad existe un hecho punible que amerita investigación penal (constatación de la existencia misma de la conducta), mientras que todas aquellas actuaciones de policía judicial (bajo la dirección de la Fiscalía) que se refieran al esclarecimiento de las circunstancias en que ocurrió un hecho punible se podrían considerar investigación penal propiamente dicha.

Aclarada esta diferencia teórica de conceptos, se puede afirmar que el fin básico de la investigación en los procedimientos penales con *principio acusatorio* se identifica con la noción de actuación preparatoria del juicio oral y apunta, como lo dice Levene^{18}, a obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante la vista pública a la persona individualizada como autor del delito. La etapa de investigación también tiene por finalidad adoptar medidas cautelares con respecto a las personas, los bienes y las pruebas^{19}.

F. ANÁLISIS DE CONTEXTO EN LA

Históricamente, fue común dentro de los sistemas jurídicos continentales, y en especial en los latinoamericanos, la idea de una administración de justicia penal que pretendiera abarcar la totalidad de los hechos delictivos que tuvieran ocurrencia de manera simultánea en un núcleo social determinado. Esta forma de concebir la administración de justicia penal ha sido adecuadamente llamada “maximalista”^{21}, ya que supone la capacidad del aparato judicial de prestar recursos jurídicos, humanos y logísticos para darle la solución a la totalidad de las noticias criminales que se presentan en una jurisdicción particular. Por múltiples razones, este modelo de administración de justicia viene en decadencia, y ha sido abandonado por la mayoría de estados en América.

En reemplazo del modelo maximalista de administración de justicia, los distintos aparatos judiciales nacionales e internacionales han economizado los recursos disponibles para adoptar un modelo racionalista de la justicia penal. La premisa es sencilla: si no es posible la investigación y sanción de todos los delitos de manera simultánea, debe haber una categorización racional de las distintas conductas de tal manera que se permita establecer una prioridad entre unas y otras. Es un ejercicio lógico no muy distinto del que se aplica en cualquier otro modelo de administración, dentro del cual es necesario identificar las prioridades dependiendo de los objetivos estratégicos.

Por las razones anteriores, los sistemas jurídicos nacionales e internacionales han creado esquemas de priorización donde se busca establecer un orden para la investigación. En el continente americano, por ejemplo, basta con recordar los casos más ilustrativos de Chile, Guatemala o Canadá, en donde se han adoptado modelos de priorización de casos dependiendo, principalmente, de su gravedad, complejidad o impacto en la sociedad^{22}.

En los foros internacionales, la priorización ha sido el fundamento sobre el cual se constituye el ejercicio jurisdiccional. Por ejemplo, el artículo i.º (i) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona establece la posibilidad de investigar únicamente a las personas que tienen “la mayor responsabilidad” en la

comisión de delitos bajo su jurisdicción. Además, el Acuerdo para el Establecimiento de las Cortes Extraordinarias de Cambodia permite el ejercicio de la jurisdicción sobre “altos funcionarios de la Kampuchea Democrática y aquellos con mayor responsabilidad” por los crímenes cometidos entre 1975 y 1979^[423]. A su vez, el artículo i.º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia extiende la jurisdicción del Tribunal a las “personas responsables de violaciones graves de derecho internacional humanitario”^[424]. De la misma manera, el artículo i.º del Estatuto de Roma permite el ejercicio de su jurisdicción “sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional”. Igualmente, el artículo 5.º (i) (“Crímenes de competencia de la Corte”) establece que “[l]a competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”.

El efecto natural de la priorización es justamente el de la asignación de recursos humanos y financieros para una investigación particular. En las jurisdicciones domésticas, la priorización ha implicado un mayor número de fiscales o investigadores para tal fin, mientras que en las jurisdicciones internacionales simplemente ha implicado la admisibilidad de los casos priorizados.

Sin embargo, es importante advertir el límite natural a un sistema de priorización de casos: la prohibición de la impunidad. Como es lógico, la decisión sobre la prioridad de un caso implica que existen causas que no son priorizadas, y por lo tanto significa que se dejan unas situaciones criminales -así sea temporalmente- sin investigar y sancionar. Por lo tanto, la noción de impunidad en los ámbitos doméstico e internacional marca uno de los límites más importantes a una política de priorización.

En materia constitucional, se destacan las limitaciones que la Corte Constitucional ha reconocido al derecho de acceder a la administración de justicia. Particularmente, vale la pena recordar el razonamiento adoptado por la Sentencia C-652 de 1997^[425], donde la Corte consideró que tal derecho no es absoluto y no implica la posibilidad ilimitada de acceso a la justicia, ya que esto

paralizaría al aparato judicial. Además, y en relación con los principios de unidad de gestión y jerarquía, la Corte ha reconocido la facultad del fiscal general de la Nación para fijar prioridades en las actividades investigativas^{26}. De manera general, sin embargo, no se puede olvidar que el concepto constitucional de la igualdad tiene un carácter material, por lo cual impone una obligación de trato desigual ante situaciones desiguales^{27}. Bajo esta lógica, una política de priorización no solo no atenta contra el principio de igualdad, sino que lo garantiza.

En el ámbito internacional, el concepto de “impunidad” ha sido reestructurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia. En el caso de “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, el alto tribunal formuló por primera vez una noción de garantía judicial donde se prohibía únicamente la ausencia *general* de investigación^{28}. Este razonamiento fue reiterado en los casos “Masacres de Ituango”^{29}, “Almonacid Arellano y otros”^{30}, “Masacre de Mapiripán”^{31}, y “Comunidad Moiwana vs. Suriname”^{32}. Se trata de un concepto de “impunidad” que le concede un amplio margen al Estado, donde la falta de investigación y sanción de algunos casos particulares no constituye una negación de justicia.

De todo lo anterior, es claro que una política de priorización de casos en el modelo de administración de justicia penal no solo es deseable por razones administrativas, sino que es necesaria para la efectiva administración de justicia. Es tal vez por estas razones por lo que los foros internacionales han sido sensibles a la aplicación de este tipo de política criminal.

G. FUNCIONES DE POLICÍA JUDICIAL

Las funciones de policía judicial, atribuidas de manera permanente, transitoria o especial a diferentes instituciones del Estado (artículos 201 a 203 cpp), dependen funcionalmente del fiscal general de la Nación^{33}. Los órganos que cumplen actividades de policía judicial (permanente o transitoria) están mencionados en los artículos 201 y 202 cpp. Ejercen las funciones de policía judicial los

servidores pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y a la Policía Nacional. Sin perjuicio de las facultades constitucionales de la Policía Nacional, en los lugares del territorio nacional donde no haya miembros de policía judicial pertenecientes a la Fiscalía General, dicha institución podrá ejercer esas funciones¹³⁴.

Nuestro ordenamiento procesal penal distingue entre órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial y aquellos que ejercen funciones transitorias de la misma naturaleza. En el primer grupo se encuentran:

- La Procuraduría General de la Nación.
- La Contraloría General de la República.
- Las autoridades de tránsito.
- La Policía Nacional.
- Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
- Los directores nacional y regionales del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme a lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario.
- Los alcaldes.
- Los inspectores de policía.

En cuanto a las facultades transitorias, debe recordarse que, según el artículo 251.5 de la Constitución, el fiscal general de la Nación puede atribuir, mediante acto administrativo, funciones de policía judicial a determinados entes públicos, habilitados constitucionalmente para cumplir dicha función. No obstante, esa atribución debe ser excepcional.

A su turno, el inciso 2.º del artículo 200 cpp requiere algunos comentarios. Si bien la dirección y la coordinación de las actividades de policía judicial corresponden a la Fiscalía, en cada caso concreto, el control jurídico y la verificación técnico-científica los cumple el fiscal director de la investigación. Cuando éste recibe los informes de policía judicial, conforme al artículo 212 cpp, puede hacer uso de la opción de rechazo de las actuaciones, si considera que han sido desconocidos los principios rectores y las garantías procesales de respeto a los derechos fundamentales. En estos casos, el rechazo de las

diligencias tiene los mismos efectos y fundamentos que la exclusión de evidencias. Si se presentan irregularidades en la exclusión puede recurrirse al juez de control de garantías en el momento en que se formula la imputación para que realice el respectivo juicio de legalidad.

La labor de verificación técnico-científica también implica la revisión de los procedimientos aplicados para la recolección de evidencias, ya que puede tener incidencia en las actuaciones posteriores -piénsese en el desconocimiento de la cadena de custodia-. De ahí que el fiscal deba velar por que se cumplan adecuadamente las formalidades para el aseguramiento y guarda de los elementos probatorios que son manipulados por los agentes de policía judicial. En otros términos, una cosa es el cumplimiento de las garantías procesales mediante las cuales se impide afectar indebidamente los derechos fundamentales y otra la técnica de protección de evidencias. El control que debe realizar el fiscal como director de la investigación recae sobre ambos aspectos.

H. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN

Sobre el contenido de la investigación es necesario precisar que el proceso penal afecta derechos fundamentales. Esta afectación admite graduación: intensa, media y leve, lo cual determina la necesidad de intervención de los jueces de garantías o conocimiento, para dar cumplimiento al principio de reserva judicial. Si se trata de injerencias medias o intensas, se requiere control previo o posterior por parte de los jueces. Las afectaciones leves deben entenderse como parte de los actos de investigación y pueden realizarse directamente por la Fiscalía. La doctrina normalmente circunscribe a tres aspectos el contenido de la investigación:

I. *Actos de investigación*. Son todas aquellas actuaciones que buscan la reconstrucción histórica de la conducta delictuosa, la identidad y la responsabilidad de autores y partícipes, así como del daño causado.

2. *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Se caracterizan por afectar los ámbitos privados del investigado, y en algunos casos, de la víctima. Dichas medidas plantean una tensión entre las necesidades de la investigación

penal y los límites constitucionales del derecho fundamental de que se trata. Una actuación que afecte injustificadamente un derecho fundamental no puede tener consecuencias jurídicas en materia probatoria, lo cual es particularmente importante para evaluar los conceptos de prueba ilícita o prueba prohibida.

3. *Medidas cautelares.* Cumplen una función estrictamente procesal, porque una de las misiones de la investigación es conseguir el aseguramiento de las personas y los bienes para realizar el *ius puniendi* estatal. La función coercitiva sobre personas tiene por objeto asegurar el desarrollo normal del procedimiento. Aquellas que se realizan sobre los bienes tienen como finalidad el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión del delito.

Esta función cautelar implica restricción de los derechos fundamentales y propende al cumplimiento de la sentencia que, en su momento, se pueda dictar. Por esa razón, dicha función está sometida a amplios controles jurisdiccionales, como los que corresponden a las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal^{35}.

El Código de Procedimiento Penal señala en sus artículos 306 a 320 las medidas de aseguramiento que pueden tomarse en esta etapa sobre las personas o sobre los bienes, especialmente para efectos indemnizatorios (arts. 82 a i08).

I. LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

El artículo 250 C. P. no establece requisitos adicionales distintos de los analizados hasta ahora en relación con la investigación. Sin embargo, una interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que existen otros elementos derivados de los principios y valores de la Carta Política, que implican características y limitaciones a la investigación penal y que podemos clasificar de la siguiente manera:

I. LIMITACIÓN POR EL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 superior establece que toda persona tiene derecho a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”. Este mandato no hace distinción

entre las diferentes etapas del proceso (como tampoco entre los diversos procesos), razón por la cual esta garantía es aplicable plenamente a la investigación.

Lo anterior abre una pluralidad de posibilidades a todos los intervinientes en el proceso. Como la violación de los derechos fundamentales puede producirse también por la omisión del funcionario encargado de la investigación, quien eventualmente puede ser sujeto pasivo de la acción penal, tiene legitimación para solicitarle al fiscal que termine la investigación y formule imputación, el archivo de las diligencias o petición de preclusión, según el caso, con el fin de hacer valer esa garantía constitucional.

2. LIMITACIÓN TEMPORA:

EL PRINCIPIO DE PLAZO RAZONABLE

El numeral 1 del artículo 8.º del Pacto de San José de Costa Rica dispone que toda persona tiene derecho a ser oída “dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial [...] en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella”^{36}. De manera similar, el numeral 5 del artículo 7.º de dicho instrumento internacional señala que “toda persona detenida o retenida [...] tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”^{37}. Estos mandatos constituyen parámetros de interpretación de los derechos fundamentales, según lo dispone el artículo 93 de la Carta. Su alcance depende de que no conduzcan a una interpretación más restringida de los derechos que la que permite la disposición nacional^{38}.

A partir de lo anterior y teniendo presente el alcance del mandato del artículo 29 constitucional, sobre un debido proceso sin dilaciones injustificadas, se desprende que existe un derecho a que la investigación se realice dentro de un plazo razonable o, en otras palabras, a que no esté sujeta a dilaciones injustificadas. La investigación no puede prolongarse de manera indefinida, porque es necesario asegurar que en algún momento termine la afectación, así sea leve, de los derechos fundamentales^{39}.

En desarrollo de estos principios, la Ley 1453 del 2011 incluye un párrafo al artículo 175 cpp en el cual impone un plazo de dos años para formular imputación u ordenar el archivo, o de tres años cuando exista concurso de delitos o sean tres o más los imputados, contados desde la recepción de la *notitia criminis*.

3. LIMITACIÓN FRENTE AL ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD DE LO OCURRIDO

El artículo 115 cpp establece el llamado *principio de objetividad*, según el cual la Fiscalía General de la Nación, con apoyo de los organismos que ejercen funciones de policía judicial, debe adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente a la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley. La Corte Constitucional ha señalado que el proceso penal no tiene como fin exclusivo establecer la responsabilidad de una persona por la posible comisión de un hecho punible y, si fuera el caso, imponer la respectiva sanción. También ha reconocido a las víctimas del hecho punible una serie de derechos englobados bajo la denominación “verdad, justicia y reparación”. En relación con el derecho a la verdad, ha indicado el alto tribunal lo siguiente:

El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. (Ver, entre otros, los casos Velásquez Rodríguez [fundamento 166], sentencia del 29 de julio de 1988, y Barrios Altos [fundamento 43], sentencia del 14 de marzo del 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia)¹⁴⁰¹.

Este derecho a “conocer lo que sucedió” y, por lo mismo, a “buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real” significa que la investigación no queda agotada con la verificación de la ocurrencia del hecho

punible, sino que debe lograrse la identificación del autor y los responsables, así como la demostración del daño. Ahora bien: el derecho a esclarecer la verdad no es absoluto porque, como bien lo enseña la doctrina, existen figuras procesales que por ser garantías “relativizan” la averiguación de la verdad. Por ejemplo, las prohibiciones de prueba (como el obligar a que declaren determinados familiares del indiciado o investigado), el *in dubio pro reo* o la prohibición de que el funcionario judicial decrete pruebas de oficio en el juicio oral. La Corte Constitucional, al declarar exequible el artículo 361 cpp, permite que el juez de garantías decrete y practique pruebas por su propia iniciativa, con el fin de tomar las decisiones correctas en lo referente a la limitación de derechos fundamentales. Al respecto, el tribunal manifestó:

De esta forma, es lógico sostener que el funcionario judicial que tiene a su cargo conciliar el eficientismo y el garantismo del derecho penal, en tanto que debe preservar los derechos y libertades individuales que consagra la Constitución y, al mismo tiempo, debe favorecer la eficacia de la investigación penal como método escogido por las sociedades civilizadas para sancionar el delito y materializar la justicia en el caso concreto, puede decretar pruebas de oficio cuando lo considere estrictamente indispensable para desarrollar su labor. De hecho, no se trata de convertir la etapa de preparación al juicio en una fase investigativa por parte del juez, por lo que, dentro de la lógica del sistema acusatorio, él no tendría autorización para averiguar la veracidad de lo ocurrido o para preparar la acusación o la absolución del indiciado[;] se trata de permitirle al juez instrumentos adecuados para ejercer su función de guardián de los derechos y libertades en tensión en el proceso penal^[41].

Con base en la decisión citada, debe concluirse que cuando se solicita la afectación de un derecho fundamental ante el juez de control de garantías, la defensa puede presentar evidencias o solicitar la práctica de pruebas que se opongan a la pretensión del ente acusador, o el funcionario judicial puede ordenarlas de oficio cuando lo considere necesario.

4. LÍMITE FUNCIONAL: INVESTIGACIÓN INTEGRAL

Aun cuando el mandato constitucional que establecía la obligatoriedad de investigar lo favorable y desfavorable desapareció , como lo ha expresado la misma Corte Constitucional, tal eliminación no releva al fiscal de poner a disposición de los jueces de control de garantías y conocimiento los elementos de convicción que sean favorables a la persona imputada, en cualquier etapa procesal, y necesariamente en toda audiencia en que se pretenda afectar derechos fundamentales (art. 15 cpp). El sistema procesal penal consagrado en la Constitución reclama que la investigación esté orientada a la búsqueda de todo el material probatorio necesario para esclarecer la verdad de lo ocurrido.

El fiscal debe encaminar el esfuerzo investigativo de forma integral. Es decir: tiene que recaudar la evidencia que sirva para el ejercicio de su función como ente acusador y aquella que pueda exculpar al indiciado o procesado. Una interpretación contraria, que ha querido hacer carrera por la eliminación del mandato constitucional, no puede ser de buen recibo desde los mismos principios constitucionales. La investigación integral es clara consecuencia de los principios de lealtad, igualdad y todas las garantías reconocidas en la famosa doctrina Brady (aplicables en Colombia). Sobre el tema, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

La metodología de la instrucción integral -que obliga a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable- encaja convenientemente en el sistema judicial de corte inquisitivo, pues, en aquél, la Fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales en la medida en que resuelve aspectos vinculados con la situación jurídica de los derechos fundamentales del procesado, incluyendo el de su libertad personal. En el sistema procesal penal aplicado en Colombia hasta la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, la Fiscalía no es un contrincante del debate jurídico, sino un funcionario con poderes autónomos de decisión que, en ejercicio de los mismos, tiene la posibilidad de afectar derechos fundamentales.

Por su parte, frente a la obligación constitucional que recaía sobre la Fiscalía y que la obligaba a actuar diligentemente en la obtención de las pruebas exculpatorias del procesado, éste podía permanecer inactivo en el proceso, al tanto de lo que sobre su

responsabilidad penal decidieran el fiscal y el juez de la causa. Por ello, resultaba concordante con esa lógica que si la Fiscalía podía resolver autónomamente, por ejemplo, la preclusión de la investigación, y el procesado pudiera permanecer inactivo en el proceso, existiera una norma que obligara al ente de instrucción a investigar también lo que resulte favorable al procesado.

En el sistema penal de tendencia acusatoria, por el contrario, la Fiscalía no ejerce funciones jurisdiccionales -las que podrían reputarse como tales están sujetas a la aprobación del juez de garantías-, y su competencia se circunscribe al recaudo del material de convicción necesario para formular la acusación contra el imputado^[42].

A pesar de la postura de la Corte Constitucional, tal como se afirma en párrafos anteriores, la búsqueda de la verdad construida entre Fiscalía y defensa exige necesariamente realizar la investigación de forma integral. Es decir: de lo favorable y lo desfavorable. Por tal razón, los artículos 15, 125, 142 y 337 de la Ley 906 del 2004, cpp, obligan el descubrimiento de elementos materiales probatorios favorables al imputado, que haya obtenido la Fiscalía.

5. LIMITACIÓN A LA INVESTIGACIÓN:

EXCESO RITUAL MANIFIESTO

La justicia debe entenderse como un punto de equilibrio entre su eficacia y el respeto a los derechos fundamentales de las personas que integran el contradictorio. Sin embargo, nos podemos encontrar con lo que la jurisprudencia ha denominado el *exceso ritual manifiesto*^[43], entendido como un apego excesivo a la forma y derivado de una rígida comprensión del trámite procesal como si estuviera conformado exclusivamente por reglas. Lo cierto es que las normas con estructura de principios también informan cualquier esquema procesal -entre otros, la construcción de la verdad, la protección de derechos fundamentales, el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, etc.

Para lograr una correcta administración de justicia, como ya se afirmó, debe

partirse de un estricto equilibrio para evitar excesos en las posturas jurídicas, lo cual constituiría la negación en la administración de justicia. Es necesario, desde luego, conservar un orden en el desarrollo del proceso, para respetar principios como el de igualdad y evitar las lesiones o limitaciones a los derechos de las partes intervinientes. En este orden de ideas, no se puede sacrificar el descubrimiento de la verdad por el simple cumplimiento literal de una norma o de la preclusión de una determinada oportunidad procesal, debe hacerse la interpretación siempre conforme a la Constitución.

Lo anterior indica, como se precisará, que el legislador establece exigencias y obligaciones que deben cumplir las partes, pero no puede significar que impida, limite u obstaculice la búsqueda de la verdad material. Puede sostenerse que no solo en la audiencia preparatoria se deben descubrir y excluir evidencias ilegales, sino que corresponde hacerlo en cualquier momento procesal donde se pretenda afectar derechos fundamentales. Tampoco sería de recibo el sostener que por vencimiento de una oportunidad procesal no es posible, previo juicio de ponderación para respetar el contradictorio, aportar evidencias o elementos probatorios que puedan variar la concepción inicial que se tenga de unos hechos investigados.

Es lógico sostener que no se puede llegar al otro extremo, de generar un desorden procesal, de violar el principio de igualdad, de desconocer la controversia probatoria, sino que precisamente debe buscarse un punto exacto de equilibrio, para evitar que se tenga que desplazar un debate probatorio por el simple vencimiento de un término, a la acción de revisión como forma de controlar el desvío de una decisión judicial. Las razones anteriores permiten aseverar que la investigación debe ser integral y que estos criterios deben aplicarse en cualquier etapa del proceso.

IV. DURACIÓN DE LA ETAPA DE INDAGACIÓN

Una de las principales novedades que introdujo la Ley 1453 del 2011 fue establecer un término para que la Fiscalía adelante las investigaciones en la etapa de indagación. El artículo 49 de esa ley, que modifica el artículo 175 cpp,

establece en su párrafo que el ente investigador tendrá un máximo de dos años, a partir de la *notitia criminis*, para realizar la imputación o archivar fundadamente las diligencias. Este término será de tres años cuando exista concurso de delitos o cuando sean tres o más los imputados, y de cinco años en relación con investigaciones por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Ley 1474 del 2011 adicionó un párrafo al artículo 175 cpp, que amplía los términos en los procesos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, adelantados por delitos contra la administración pública y contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva. En estos casos los términos se duplicarán para efectos de formular la acusación o si es del caso ordenar la preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad, siempre y cuando se trate de investigar la conducta de tres o más imputados, o sean tres o más los delitos objeto de investigación. Los términos que se han mencionado no afectan el tiempo que establece la Ley 1453 del 2011 en relación con la indagación preliminar. En consecuencia, se trata de dos aspectos procesales diferentes.

Es necesario aclarar que pueden presentarse diferentes soluciones, cuando a pesar de haberse vencido los términos previstos en la Ley 1453 del 2011 el fiscal no ha adoptado ninguna posición que permita concluir la etapa de indagación. A este respecto, pueden presentarse las siguientes hipótesis:

1. En primer lugar, puede suceder que la Fiscalía, pese al transcurso del término establecido en el párrafo del artículo 175, no haya desarrollado una adecuada investigación, motivo por el cual, si ordena el archivo de las diligencias, se podría afectar desproporcionadamente los derechos de las víctimas. En este caso la parte interesada puede acudir ante el juez de garantías, quien debe realizar un juicio de ponderación que preserve, por un lado, los derechos de la persona investigada (un proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho a no estar *sub judice* indefinidamente, la afectación innecesaria a los derechos como el buen nombre, etc.) y, por otro, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En este sentido, el juez de control de garantías puede ordenar que se realice la imputación si existe mérito para ello, ordenar que se archiven las diligencias o disponer que se efectúen los trabajos investigativos, para lo cual fijará un término judicial perentorio, de tal forma que una vez finalizado obligue al fiscal a tomar la decisión respectiva. Si no obstante la orden del juez de control de garantías el fiscal no realiza diligentemente la investigación, podrá verse comprometido en las faltas disciplinarias aplicables e incluso en un fraude a resolución judicial.

2. La segunda situación que puede presentarse ocurre cuando la Fiscalía ha realizado diligentemente las labores investigativas pero no ha encontrado prueba suficiente para sustentar una imputación. En este caso el indiciado o la víctima pueden acudir ante el juez de control de garantías, quien debe evaluar, conforme a una correcta ponderación, qué tan completo fue el programa metodológico y su desarrollo, ya que si encuentra que la investigación ha sido debidamente concluida, puede ordenar al fiscal que archive las diligencias. Para esta decisión, el juez de control de garantías debe tener en cuenta otros principios y derechos fundamentales, como el *in dubio pro reo*, aplicable en todas las etapas del proceso en sentido amplio. Además, no puede olvidarse que si después de haberse archivado las diligencias surgen pruebas nuevas es posible revocar la decisión de archivo, bien sea por solicitud de las víctimas, del ministerio público, por iniciativa del fiscal o por decisión del juez de garantías que realiza el control cuando hecha la solicitud de revocatoria del archivo el fiscal no acepta este pedimento. Lo anterior, porque el archivo no hace tránsito a cosa juzgada.

3. En tercer lugar, puede ocurrir que la Fiscalía tenga la prueba suficiente para imputar y convocar a juicio a los presuntos responsables, caso en el cual la víctima o el ministerio público pueden acudir ante el juez de control de garantías para que ordene al fiscal realizar la imputación.

V. CONCLUSIONES

La investigación es la etapa que “comprende todos los actos encaminados a averiguar la existencia de un hecho conocido que tenga apariencia de delito, de

sus circunstancias y de sus posibles autores”.

La investigación se inicia con la recepción de la noticia criminal. En este momento se realiza un análisis sobre la conducta supuestamente punible, conforme a las exigencias del principio de legalidad; a partir de este momento se puede tomar una primera decisión sobre el archivo de las actuaciones o la continuación de la investigación.

La investigación penal, al constituirse en un posible escenario de limitación de derechos fundamentales, por regla general requiere controles anteriores a las medidas de afectación de dichos derechos y excepcionalmente controles posteriores, en las hipótesis definidas expresamente en la Constitución. Incluso en ciertos casos requerirá de control tanto anterior como posterior.

La investigación está regida por varios principios, dentro de los cuales encontramos (1) los de investigación oficial y (2) el principio acusatorio, entre los más importantes.

El principio de investigación oficial establece que ésta debe realizarse bajo la dirección de órganos estatales y con la intervención de éstos. Este principio se deriva de la división funcional existente para desarrollar las diferentes etapas del proceso. El carácter oficial tiene fundamento en el artículo 250 constitucional, que establece la titularidad de la investigación en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, salvo cuando esté autorizada la acusación privada.

El principio de investigación oficial se ve atenuado por dos aspectos fundamentales: (a) la excepción al monopolio estatal de persecución penal y (b) las actuaciones de investigación que pueden adelantar particulares para el ejercicio de la defensa.

Es necesario aclarar que el principio de investigación oficial en cabeza de la Fiscalía General de la Nación implica la noción de exclusividad en la investigación. Por lo tanto, las investigaciones que adelantan entidades del orden administrativo para efectos de control preventivo no tienen el carácter de una investigación penal.

El principio acusatorio consiste en la imposibilidad de juzgar a una persona sin que exista previamente acusación. Ello, a su vez, impide al órgano judicial

juzgar hechos distintos y personas diferentes de las acusadas.

Las terminaciones anticipadas no excusan a la Fiscalía del deber constitucional de investigar y disponer de la prueba necesaria para fundamentar la decisión que se pretenda adoptar.

La indagación está constituida por todas aquellas actuaciones que tienden a establecer si en realidad existe un hecho punible que amerite investigación penal (constatación de la existencia misma de la conducta), mientras que la investigación -es decir, todas aquellas actuaciones de policía judicial (bajo la dirección de la Fiscalía)- se refiere al esclarecimiento de las circunstancias en que ocurrió un hecho punible, las cuales se consideran investigación penal propiamente dicha.

En desarrollo de la investigación penal, cuando el fiscal recibe los informes de policía judicial puede hacer uso de la opción de rechazo de las actuaciones si considera que han sido desconocidos los principios rectores y las garantías procesales. En estos casos, el rechazo de las diligencias tiene los mismos efectos y fundamentos que la exclusión de evidencias. Además, el fiscal debe velar por el adecuado aseguramiento y guarda de los elementos probatorios que son manipulados por los agentes de policía judicial.

Tres son los aspectos en que se enmarca la investigación: (a) actos de investigación; (b) medidas restrictivas de derechos fundamentales y (c) medidas cautelares.

De una interpretación sistemática de la Constitución se desprenden otras limitaciones a la investigación penal: el debido proceso, la existencia de un plazo razonable y la verdad de lo ocurrido, entre otras.

No se puede sacrificar la reconstrucción de la verdad por lo que la doctrina denomina *exceso ritual manifiesto*, según el cual prevalece la interpretación exegética de las normas que conforman la estructura del proceso sobre la obtención de la verdad y la posible responsabilidad.

Los cambios delincuenciales han exigido modificar la metodología para la investigación y por tal razón, para el juzgamiento de una pluralidad de hechos delictuosos realizados simultáneamente, se ha conformado lo que se denomina la *priorización*, con el fin de que el Estado pueda dar una respuesta efectiva a la

macrocriminalidad y a los crímenes de sistema, para evitar la impunidad.

CAPITULO SEGUNDO

*Características de la investigación penal
y decisiones que pueden tomarse en esta etapa*

I. CARACTERÍSTICAS

A. NATURALEZA DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

La teoría jurídica contemporánea tiene claro que la naturaleza de la actuación no necesariamente está definida por el órgano que la produce, porque es perfectamente posible que un órgano administrativo ejerza funciones jurisdiccionales o que un órgano judicial desarrolle funciones administrativas. Luego el factor orgánico no es siempre suficiente para definir la naturaleza del acto.

El hecho de que la investigación esté integrada por un conjunto de actos, la mayoría de ellos judiciales, ha permitido a la doctrina preguntarse por la naturaleza jurídica de esta etapa del procedimiento penal. Para un grupo de autores españoles, el predominio de la actividad policial en la etapa sumarial hizo predicar su naturaleza administrativa. Dicho en otras palabras, como estas actuaciones son realizadas por un órgano que no ejerce función jurisdiccional, aquellos autores concluían que ellas estaban sujetas a las exigencias de la función administrativa. Sin embargo, para la doctrina mayoritaria española la naturaleza de la investigación debe entenderse como jurisdiccional, o al menos mixta, en la medida en que participan funcionarios de los dos órdenes^[44].

De conformidad con el artículo 161 cpp, las decisiones que tome la Fiscalía General de la Nación tienen naturaleza de órdenes y en consecuencia se consideran providencias judiciales, cualquiera sea la denominación que se les otorgue. En efecto, los actos de investigación tienen naturaleza jurisdiccional. Por lo demás, el artículo ii6 constitucional incluye a la Fiscalía General de la Nación como parte del engranaje jurisdiccional. Al lado de estas actuaciones existen actos administrativos relacionados con el funcionamiento de la organización.

B. ACTUACIONES SOMETIDAS A RESERVA

La reserva en la investigación penal puede contribuir al descubrimiento y la aclaración del hecho punible, razón por la cual resulta admisible que, bajo ciertos supuestos de protección a los derechos fundamentales, su ejercicio sea secreto. No obstante, la previsión establecida en el artículo 29 de la Constitución, relativa a la exigencia de permitir el ejercicio del derecho de defensa durante la etapa de investigación, constituye un límite al sigilo con que las autoridades deben realizar la indagación penal. Esto explica que el artículo 267 CPP atribuya al defensor la facultad de iniciar investigaciones a favor de la persona que, sin estar imputada, deba ser informada o enterada de que se adelanta una investigación penal en su contra. La Corte Constitucional ha admitido la participación del defensor en las audiencias de legalización de ciertas actuaciones procesales, si este así lo solicita, cuando tenga conocimiento de la investigación^[45].

Debido al carácter adversativo del sistema acusatorio, se considera que ordinariamente no hay posibilidad de contradicción durante la investigación, salvo en audiencias en las cuales se solicite afectación de derechos fundamentales, pero sí de igualdad de armas entre las partes. Por lo tanto, la estructura procesal impone el conocimiento oportuno de algunas actuaciones para el eficaz ejercicio del derecho a la defensa. En efecto, la interpretación del Código de Procedimiento Penal conforme al artículo 29 superior, que consagra el derecho de defensa durante la etapa de investigación, permite inferir que la defensa tiene capacidad material para oponerse a la imputación y para exigir ante el juez de control de garantías que la atribución del hecho cumpla con las exigencias de una “inferencia razonable” de autoría o participación, mediante juicios de valoración probatoria.

Estos razonamientos llevan inevitablemente a preguntar si es factible que el investigado que se entere de las actuaciones de la Fiscalía o de la policía judicial en su contra pueda promover la actuación del juez de control de garantías para que defina su situación jurídica. La respuesta a este interrogante es necesariamente afirmativa, porque debe darse cumplimiento al principio de igualdad de armas y, en especial, porque el ejercicio del derecho de defensa

puede realizarse en todas las etapas de la actuación procesal conforme a la Constitución, para lo cual se utilizarán los mecanismos que se consideren necesarios, siempre que no haya prohibición expresa de llevar a cabo determinada actividad concreta.

C. LAS ACTUACIONES ESTÁN SOMETIDAS A CONTROL JURISDICCIONAL

Esta es una de las características más importantes de la investigación penal. La Constitución ha diseñado un procedimiento de protección jurisdiccional por medio de la actuación del llamado “juez de control de garantías”, cuya función se concreta en determinar que todos los actos de investigación resulten ajustados al marco constitucional de los derechos fundamentales. El control sobre el respeto de los derechos fundamentales debe entenderse en relación con todos los sujetos procesales, cualquiera sea la forma en que se pretenda limitar o no los mencionados derechos (imposición de medida de aseguramiento), no afectación (abstención de imponer medida), desafectación (revocatoria de la medida de aseguramiento) o modificación de la limitación impuesta (cambio de medida de aseguramiento privativa por no privativa y viceversa).

D. LA ESTRUCTURA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN

Un primer problema que se debe aclarar, y que es motivo de reflexión en cualquier estructura procesal, es el relacionado con el inicio de la acción penal; esto es: si la acción penal empieza con la acusación o con la investigación propiamente dicha. La ubicación de la noción de acción penal en el título 11 del libro 1 del Código de Procedimiento Penal, correspondiente a la investigación, proporciona los elementos de juicio suficientes para predicar que en Colombia la acción penal se inicia con la imputación, que interrumpe la prescripción. Las consecuencias de esta interpretación, por lo tanto, están relacionadas con la naturaleza de la actuación procesal y el amparo de las garantías para quien todavía no es imputado pero sabe que es objeto de una investigación.

Según el artículo 205 cpp, la forma de activar la investigación penal sigue siendo la denuncia, la querella o cualquier otra información de la cual se infiera la posible comisión de un delito. Estas actividades determinan los actos urgentes que deban adelantarse. A ellas se añaden la petición especial radicada en cabeza del procurador general de la Nación y, obviamente, la iniciación *ex officio*.

I. LA DENUNCIA

El deber de denunciar opera tanto para particulares como para servidores públicos (arts. 67 y 68 cpp). El artículo 69 cpp exige que la presentación de la denuncia se haga verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio técnico que permita la identificación del autor, para lo cual se deja constancia del día y la hora de la presentación. La denuncia debe contener una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante y, conforme a una interpretación sistemática de las disposiciones procesales y sustantivas, esta no debe estar sujeta a más requisitos que los consagrados en el inciso 1.º del artículo 69 CPP.

En este punto puede surgir la pregunta de si la denuncia debe recibirse con juramento, ya que la misma disposición establece que el funcionario debe advertir sobre las consecuencias penales de la falsa denuncia. De conformidad con el artículo 435 del estatuto penal, quien denuncia *bajo juramento* una conducta típica que no ha sido cometida puede ser sometido a pena privativa de la libertad. De allí se infiere el deber de juramentar a quien formula la denuncia de manera personal. Debe quedar en claro que si la denuncia se formula por escrito con la imposición de la respectiva firma se entiende prestado el juramento, aspecto reconocido en diferentes normas -por ejemplo, el artículo 513 del Código General del Proceso.

Existe la opción de que la Fiscalía inadmita la denuncia *cuando ella carezca de fundamento*. Los presupuestos para la inadmisión fueron precisados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1177 del 2005^[46]. Lo anterior sugiere una hermenéutica según la cual el tipo penal de falsa denuncia sólo se configura cuando efectivamente se constata que no se ha cometido una conducta punible y, sin embargo, el denunciante afirma dolosamente tal comisión. Por el contrario, la

carencia de fundamento debe interpretarse en el sentido de denunciar hechos que no corresponden a ninguna conducta punible y, en consecuencia, no ameritan investigación penal. El ordenamiento procesal acepta los anónimos como material para iniciar investigación, aunque condiciona esta iniciación al suministro de evidencias o datos concretos que permitan iniciar y encauzar la investigación (inc. 4.º, art. 69 CPP).

2. LA QUERELLA

La Ley 906 del 2004, al igual que la legislación anterior, considera la querella una condición de procesabilidad. Por medio de ésta se faculta al ofendido -o a quien tenga legitimación para hacerlo- a solicitar al órgano competente la iniciación de un procedimiento y la adquisición de una calidad especial en el proceso. Esta calidad otorga la facultad para mantener activa la acción, porque no existe *inicialmente* un interés estatal en la persecución penal de ciertas conductas.

El interés del Estado, no obstante, prevalece cuando se está ante un menor de edad como sujeto pasivo del delito, caso en el cual no se requiere querella (art. 74 cpp) así se trate de delito que exija este requisito. Así mismo, la Ley 1542 del 2012, que modificó el artículo 74 cpp, elimina el carácter de querellables y en consecuencia prohíbe el desistimiento en los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar.

La disponibilidad particular en estos casos explica que la querella sea desistible (arts. 70 a 76 cpp). La Corte Suprema de Justicia sostuvo que darle trámite de investigación oficiosa a un delito querellable por fuera de lo estipulado en la ley es causal de nulidad^[47]. La Ley 1453 del 2011 en su artículo 108 modificó el artículo 74 del estatuto procesal en lo referente a los delitos que requieren querella.

3. PETICIÓN ESPECIAL

Respecto de la petición especial por parte del procurador general de la Nación

como forma de solicitar la investigación de una conducta presuntamente punible, es decir, de iniciar la acción penal, el artículo 75 del ordenamiento procesal permite tener en cuenta el cumplimiento de obligaciones que se desprenden de instrumentos y tratados internacionales ratificados por Colombia.

Frente a la denuncia, querrella o petición, el funcionario debe efectuar una evaluación que fundamente la exigencia constitucional de iniciar la acción penal. Si es del caso, le corresponde realizar actos urgentes de investigación, tal y como lo establece el artículo 205 cpp. De lo contrario, debe aplicar las siguientes instituciones jurídicas: (i) inadmisión de la denuncia, cuando se trate de hechos sin ningún fundamento (inc. 2.º, art. 69 cpp); (2) archivo, por tratarse de hechos atípicos objetivamente; (3) archivo especial, por tratarse de anónimos sin evidencias (inc. 4.º, art. 69 cpp); y (4) preclusión cuando se den las causales de procedencia taxativamente previstas por el estatuto procesal. Así mismo, no se descarta la aplicación del principio de oportunidad.

E. ACTUACIÓN QUE PUEDE REALIZAR LA POLICÍA JUDICIAL Y SU VALOR PROBATORIO. PAPEL DEL FISCAL FRENTE A LOS ACTOS DE LA POLICÍA JUDICIAL

Las facultades de policía judicial en lo que corresponde a actos urgentes están señaladas en el artículo 205 cpp. El inciso 3.º establece que el funcionario de policía judicial debe presentar un informe ejecutivo al fiscal competente, para que éste asuma la dirección, la coordinación y el control de la investigación.

Las 36 horas con que cuenta la Fiscalía para asumir la dirección de la investigación, de conformidad con el artículo 205 cpp, son un término de imperativo cumplimiento. Cualquier actividad realizada por la policía judicial en cumplimiento de sus funciones debe ser reportada a la Fiscalía General de la Nación para el ejercicio de sus competencias de dirección, coordinación y control. Sin duda, el cpp restringe al máximo las denominadas “actuaciones por iniciativa propia”, toda vez que corresponde al fiscal la dirección de las actuaciones de investigación (art. 200 cpp). Una vez el fiscal asume la investigación, la recolección de evidencia física y de material probatorio tiene

que realizarse bajo su orientación y dirección.

Los informes de policía judicial sirven para que la Fiscalía General de la Nación evalúe la conveniencia y determine la continuación de la investigación penal. Para tales efectos, el artículo 207 cpp establece que el fiscal podrá ratificar los actos de investigación y realizar un trabajo conjunto con los miembros de la policía judicial. Cabe la pregunta acerca de qué debe entenderse por “ratificación de los actos de investigación”, porque el informe de policía judicial no tiene, en principio, carácter de prueba (aunque, dependiendo del contenido, puede ser utilizado probatoriamente con el cumplimiento de los requisitos legales como prueba de referencia o como documento público), ni las pesquisas adelantadas en los actos urgentes autorizan hablar de función probatoria.

Consideramos que no es necesario que los agentes de policía judicial ratifiquen bajo la gravedad de juramento los actos de investigación, porque éstos corresponden a una labor de constatación, en la cual el fiscal debe aclarar los puntos oscuros o incompletos del informe, revisar los pormenores de la recolección de evidencia y la forma en que procedió la policía judicial en los casos de entrevistas, interrogatorios e inspecciones. Su labor concreta consiste en la elaboración de un programa metodológico que pueda fijar las posibles hipótesis delictivas o, por el contrario, desechar las que haya podido configurar la policía judicial.

En esta fase, la labor del fiscal se circunscribe a la iniciación de una indagación. La ley exige que dicho funcionario haga un plan en el cual establezca objetivos, hipótesis posibles de investigación, criterios de evaluación de información, asignación de tareas y procedimientos de control. Estas nociones, establecidas en el inciso 2.º del artículo 207 cpp, tienen relevancia frente a la *configuración del objeto de investigación*, ya que el diseño realizado por el fiscal pondrá de presente las necesidades y los esfuerzos para adelantar el trabajo de indagación penal.

- DIRECCIÓN FUNCIONAL, COORDINACIÓN

Y CONTROL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Por otra parte, las normas comentadas se refieren a los factores de dirección funcional, coordinación y control que debe cumplir la Fiscalía General de la Nación. El artículo 212 cpp exige al fiscal un examen del informe, con la posibilidad de rechazarlo cuando advierta irregularidades que constituyan violación de principios rectores o garantías procesales. Resulta necesario determinar las consecuencias jurídicas de las actuaciones practicadas por la policía judicial con desconocimiento o violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, es legítimo preguntar si el fiscal puede ordenar una investigación penal cuando haya constatado que la policía judicial obtuvo información con base en malos tratos a un capturado, o por medio de la realización de un registro ilegal. Obviamente, en estos casos el fiscal debe evaluar la necesidad de una investigación en contra de quienes realizaron dichos comportamientos. Lo anterior por las consecuencias jurídico-procesales que se desprenden de la práctica de una prueba ilícita y de su posible exclusión^{48}.

En desarrollo del programa metodológico diseñado por el fiscal, se ordenarán principalmente las actividades que no impliquen restricción de derechos fundamentales, que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas. Ahora bien: el programa metodológico también puede incluir actividades de afectación (media o intensa) de derechos fundamentales, para las cuales la Fiscalía está sometida, por disposición constitucional, al control anterior o posterior por parte del juez de control de garantías. Es decir, se trata de una planificación concreta de actividades que permitan impulsar la investigación y tomar las decisiones pertinentes.

Sin duda, el artículo 207 presenta un cuestionamiento constitucional relacionado con la posibilidad de que la Fiscalía realice actuaciones que puedan afectar derechos fundamentales sin autorización previa del juez de garantías, por lo cual esta norma se debe interpretar en armonía con el numeral 2 del artículo 250 superior. En la disposición constitucional se permite a la Fiscalía adelantar

registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones sin autorización judicial previa, con control posterior del juez de garantías.

En consecuencia, cabe preguntar si las demás actuaciones que prevé el ordenamiento procesal, tales como infiltración, agente encubierto, seguimiento pasivo, inspección corporal y extracción de muestras del imputado, etc., deben ser autorizadas *ex ante* o *ex post* por el juez de control de garantías. La respuesta es la siguiente: la afectación de derechos fundamentales (intensa y media) tiene estricta reserva judicial.

En efecto, la Constitución Política de 1991 señaló como principio general que toda afectación de derechos fundamentales tiene reserva judicial. En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación sólo puede afectar derechos fundamentales en los casos taxativamente señalados por la Carta (num. 2 y 3 art. 250 C. N.). Si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación está incluida en el artículo 116 constitucional como entidad que administra justicia, esta disposición no la faculta para vulnerar el principio de reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales. Las facultades jurisdiccionales de la Fiscalía son excepcionales dentro del proceso penal.

La Corte Constitucional ha interpretado la norma de manera taxativa y restrictiva. La Sentencia C-336 del 2007^[49] afirmó:

De otra parte, la enunciación que contempla el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución es de naturaleza taxativa y de interpretación restrictiva, en cuanto contempla las excepciones a la regla general derivada de la misma disposición (numeral 3), sobre la necesidad de autorización previa del juez de control de garantías para la práctica de diligencias investigativas que impliquen afectación, mengua o limitación de derechos fundamentales.

Una de las principales modificaciones al sistema constitucional consistió en quitarle a la Fiscalía las facultades amplias de afectación de derechos fundamentales, para circunscribir su rol básicamente a la recolección de evidencias que permitan sustentar los diferentes actos de postulación y decisiones que se deben adoptar durante la investigación previa, instrucción o

juzgamiento. Debe tenerse en cuenta que es totalmente ajeno y extraño a un procedimiento adversativo, estructurado sobre el sistema de partes, el que la Fiscalía actúe a la vez como juez y parte procesal. En consecuencia, toda afectación intensa o media de cualquier derecho fundamental requiere control previo o posterior de parte del juez de garantías, *salvo mandamientos constitucionales*. Las afectaciones leves se sustraen a la reserva judicial porque en la mayoría de los casos hacen parte de los actos de investigación, sin que esto signifique que durante dicha actuación procesal (investigación) no puedan presentarse afectaciones medias e intensas. En estos eventos debe darse cumplimiento al principio de reserva judicial, control previo o posterior por parte del juez de garantías según el caso -por ejemplo, agentes encubiertos.

F. PROCEDIMIENTOS PREVENTIVOS DE LA FUERZA PÚBLICA Y LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La jurisprudencia ha reconocido que la investigación penal también puede originarse en el ejercicio de la función preventiva de la fuerza pública. En tal sentido, si la actuación de la Fiscalía es posdelictiva, su complemento preventivo será el que corresponda a las fuerzas estatuidas para mantener el orden público dentro de los límites constitucionales. Por tal razón, situaciones como los registros preventivos de automóviles o personas, las actividades normales de policía en el control de tráfico rodado o la emigración aeroportuaria permiten activar la investigación penal cuando por razón de la mencionada actividad se considere la posible comisión de un hecho punible.

Esta función preventiva actualiza asimismo la intensa discusión constitucional sobre la necesidad de reserva judicial para la afectación de los derechos fundamentales. Por ejemplo, podría pensarse que ciertos actos de prueba como los registros personales o las restricciones del derecho fundamental a la libre circulación por cuenta de la Policía Nacional podrían resultar inconstitucionales si se tiene en cuenta que el Acto Legislativo 03 del 2002 ha dispuesto una estructura de afectación de los derechos y libertades ciudadanos, según la cual las autoridades competentes para realizar dichas injerencias son la

Fiscalía General de la Nación (num. 2 art. 250 C. N.), los jueces de control de garantías cuando autorizan cualquier limitación de derechos fundamentales, bajo los presupuestos de proporcionalidad, y, excepcionalmente, los jueces de conocimiento y los de ejecución de penas.

Observado el problema de esta forma, la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales sería absoluta, por lo cual una interpretación en tal sentido excluiría la función policiva orientada a colaborar en la represión de conductas punibles. Para establecer la correspondiente armonía entre las funciones policiales y judiciales, la Corte Constitucional precisó los siguientes postulados:

1 . La función de policía es esencialmente preventiva en materia de orden público, pero también cumple un papel en la represión del delito, con fundamento en la colaboración armónica de poderes⁴⁵⁰. Esto quiere decir que el artículo 218 superior no se opone a la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales en la investigación penal, sino que, por el contrario, es compatible porque la policía también colabora para reprimir el delito mediante la actividad preventiva.

La actividad de policía comprende la ejecución material tanto del poder como de la función de policía. Está a cargo de un cuerpo armado permanente de naturaleza civil -la Policía Nacional-, a la que constitucionalmente compete, como fin primordial, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicos, para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (art. 218 C. N.).

Por su propia naturaleza, la actividad de policía es de índole preventiva, porque supone la intervención de la autoridad antes de que se viole cualquier derecho, con el fin de impedir, en lo posible, el acto que consume la violación⁴⁵¹. Para que sea efectiva, dicha intervención exige reglamentación y limitación al ejercicio de las libertades ciudadanas, con el fin de impedir que su uso se convierta en abuso, por atentar contra los derechos de los demás. Coadyuva a garantizar de esta forma la armonía social, esto es, la realización de un orden jurídico justo (preámbulo de la Constitución).

2. La función policial se cumple dentro de estrictos parámetros constitucionales y legales. La jurisprudencia establece con claridad que la función policial, como actividad administrativa, está sujeta a los principios de legalidad y proporcionalidad.

3. La función de policía preventiva y correctiva no se opone a la afectación transitoria del derecho fundamental a la libertad de circulación, siempre bajo el entendido de que está garantizado el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

- ACTIVIDAD PREVENTIVA DE POLICÍA
Y AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

La Corte Constitucional ha sido celosa en la preservación del derecho a la libertad, y desde este punto de vista regula las relaciones entre la actividad preventiva de policía y la afectación jurídica del derecho a la libertad. En primer lugar, en relación con las funciones otorgadas a los miembros de la Policía Nacional, el alto tribunal consideró que se orientan a la protección del orden público, de ahí que tengan como finalidad el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicos (art. 218 C. N.). En desarrollo de esta función, la Policía Nacional puede aplicar medidas preventivas y correctivas sujetas al principio de legalidad y cuando se encuentre en situaciones que exigen una acción inmediata para contrarrestar las agresiones que ponen en peligro los derechos y bienes de las personas, su actuación debe ajustarse a los estrictos principios de proporcionalidad y razonabilidad del uso de la fuerza^{[152](#)}.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el alcance del principio de reserva judicial en la privación de la libertad con efectos en el proceso penal determina que los jueces de control de garantías, como regla general, y la Fiscalía General de la Nación, como excepción, son los únicos que pueden afectar el derecho a la libertad de los ciudadanos. La Fiscalía puede hacerlo sin orden judicial previa en casos especiales autorizados expresamente por la Constitución, siempre y cuando haya motivos fundados y razonables. Sus facultades para afectar

derechos fundamentales no quedan limitadas exclusivamente a los casos de flagrancia.

Por último, con respecto al derecho a la libertad, corresponde a la policía, como autoridad estatal, hacer efectivas las órdenes de captura. Su actuación está limitada a la conducción de la persona. En el mismo sentido, la Corte Constitucional encuentra que, con fundamento en el artículo 28 de la Carta, la captura administrativa no es procedente en el nuevo sistema y modelo de investigación y juzgamiento penal, razón por la cual esta figura perdió vigencia. La Corte manifestó a este respecto:

La autorización legal a la Policía para que prive de la libertad a una persona cuando ésta proviene de orden administrativa resulta inconstitucional, pues quedó erradicada desde la expedición de la Constitución de 1991 y, recientemente, fue reiterada por el Constituyente mediante el Acto Legislativo número 3 de 2002^[53].

II.DECISIONES QUE PUEDEN ADOPTARSE ANTES DE LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN

Las decisiones que pueden proferirse antes de la imputación están reglamentadas en el estatuto procesal penal. El fiscal debe realizar un examen detallado sobre la procedencia de la noticia criminal, los obstáculos procesales para proseguir la acción o la conveniencia de ejercitar la facultad de imputación. Estas decisiones pueden clasificarse, además, según el funcionario competente:

A. EL FISCAL

I. INADMISIÓN DE LA DENUNCIA

La inadmisión de la denuncia ocurre cuando ésta carece absolutamente de fundamento. Es decir, cuando puede constatarse que en forma evidente y ostensible los hechos no tienen ninguna relevancia penal. Esta situación se presenta en dos hipótesis: (a) inexistencia naturalista del hecho o (b) atipicidad

objetiva. En estos casos, es improcedente la práctica de cualquier diligencia. La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del artículo 69 cpp, determinó la inadmisión en los siguientes términos:

[...] la eventual inadmisión de una denuncia no se vislumbra[,] así, como un acto propio de la nuda liberalidad del funcionario investigador[:] se trata de una decisión que sólo puede legitimarse por la ausencia, en el caso concreto, de los parámetros constitucionales que condicionan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal: la posible existencia del hecho, y que el mismo revista las características de un delito investigable de oficio. En virtud del principio de obligatoriedad que gobierna el ejercicio de la acción penal, la ausencia de los requisitos previstos en el artículo 69 de la ley 906/04 no puede llevar por sí misma a la inadmisión de la denuncia, por falta de fundamento, cuando pese a ello el órgano investigador pudo inferir que el hecho existió y que reúne las características de un delito investigable de oficio. Los presupuestos metodológicos que el artículo 69 establece para rodear de seriedad y credibilidad la declaración de conocimiento que la denuncia incorpora, no pueden confundirse con su fundamento, que atañe a los aspectos esenciales, aquellos que compelen al órgano investigador a actuar: la posible existencia del hecho, y que éste revista las características de un delito que deba ser investigado de oficio, en el sentido en que la jurisprudencia ha entendido esta expresión, es decir como la mera concurrencia de los elementos objetivos del tipo penal^[154].

Adicionalmente, considera la Corte que para que la decisión de inadmisión de denuncia prevista en el artículo 69 de la Ley 906 del 2004 resulte acorde con la Constitución, ésta debe ser proferida por el fiscal, a quien la Constitución (Art. 250.8) y la ley (Art. 200 Ley 906/04) le adscribe la función de dirección, coordinación y control jurídico de la indagación e investigación. La decisión de admitir o inadmitir una denuncia constituye un típico acto de dirección de la investigación, reservado de manera privativa a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación. En consecuencia, no resulta acorde con la Constitución el que órganos que ejercen, en forma permanente o transitoria, funciones de policía judicial, se arroguen esta función.

Adicionalmente, se trata de una decisión que está exigida de motivación. Una de las dimensiones del debido proceso es la motivación de los actos o las decisiones de la administración. En el seno de la administración de justicia la validez de las decisiones depende de las razones justificativas en que se soportan, como un desarrollo del principio de legalidad que permite determinar si ellas se ajustan al orden jurídico o si se avienen a los fines señalados en el mismo. Corresponde en consecuencia al fiscal motivar, conforme al sentido que en esta jurisprudencia se ha dado a la expresión demandada del inciso 2.º del artículo 69, su decisión de inadmitir una denuncia por ausencia de fundamento^{55}.

Como puede leerse, la jurisprudencia exige una sustentación mínima de la denuncia, pero no puede entenderse como una carga excesiva para el denunciante. Debe suministrarse información suficiente que permita al órgano investigador (Fiscalía, Corte Suprema o Comisión de Acusaciones) inferir que el hecho efectivamente tuvo ocurrencia y así establecer un derrotero para la investigación.

- PRESUPUESTOS DE INADMISIÓN DE LA DENUNCIA

En resumen, los presupuestos de inadmisión precisados por la jurisprudencia constitucional son los siguientes:

a. Para saber si una denuncia es fundada o no, el examen que hace la Fiscalía debe partir del análisis de tipicidad objetiva. La Corte Constitucional profirió una sentencia condicionada (moduló el fallo), donde dejó en claro que la fundamentación de una denuncia depende de la existencia de tipicidad objetiva^{56}. Esta interpretación es obligatoria de manera general (el incumplimiento de un fallo condicionado genera una vía de hecho), por lo cual no será posible inadmitir la denuncia por razones basadas en el tipo subjetivo o por causales de justificación o inculpabilidad.

b. La inadmisión de denuncia debe ser decidida por el fiscal, no por el funcionario de policía judicial que la recibe. La Corte llega a esta conclusión por tratarse de un acto que determina la no necesidad de la investigación.

c. La inadmisión es un acto motivado.

d. La inadmisión debe comunicarse al denunciante y al ministerio público.

Es importante resaltar que la inadmisión de la denuncia (art. 69 cpp) y el archivo de las diligencias (art.79 cpp), aunque tienen el mismo fundamento material, la inexistencia del hecho y la atipicidad objetiva, no son sinónimos. La inadmisión *in limine* se realiza en el momento mismo en que el fiscal conoce de la denuncia, mientras que el archivo supone un mínimo de actuación procesal por parte de la Fiscalía para llegar a esta conclusión. Las instituciones jurídicas mencionadas presentan en común tres elementos:

- Son decisiones que no hacen tránsito a cosa juzgada;
- Sólo pueden ser decretadas por el fiscal y
- No admiten ningún recurso y carecen de control inmediato por parte del juez de garantías.

Una vez inadmitida la denuncia, puede ocurrir que el interesado insista en la activación de la investigación. Lo anterior permite la formulación de la siguiente pregunta: ¿el denunciante puede presentar su petición cuantas veces considere necesario, o se requiere en este caso algún tipo de intervención del juez de control de garantías? Al respecto debe contestarse que nada impide al denunciante ejercer ese derecho aun cuando su petición haya sido inadmitida, evento en el cual debe advertir a las autoridades dicha circunstancia. Además, no puede descartarse que éste acuda ante el juez de control de garantías si considera que la inadmisión es producto de una decisión arbitraria del fiscal. Si el juez considera que la decisión del fiscal fue acertada, la presentación de una nueva denuncia con base en los mismos hechos y pruebas puede ser rechazada de plano sin ninguna motivación.

2. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS POR ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA. INEXISTENCIA DEL HECHO

a. GENERALIDADES

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1154 del 2005^[57], condicionó la

exequibilidad del artículo 79 cpp, que establece la figura del archivo de las diligencias. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el fiscal carece de competencia para archivar el caso investigado, con fundamento en causales excluyentes de responsabilidad penal. El fiscal sólo puede proceder al archivo por atipicidad o inexistencia del hecho, ya que el fin constitucional del procedimiento es la averiguación de una conducta delictiva (como parte integrante del tipo). En la sentencia citada, la Corte Constitucional expuso la forma en que debe entenderse el precepto que establece la obligación de ejercer la acción penal por parte de la Fiscalía. Según esta decisión, el umbral que marca la obligación de investigar penalmente se agota en la noción de “tipicidad objetiva”; la Corte Constitucional lo entiende de la siguiente manera:

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. 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.

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que “al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado”. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo.

La orden de archivo de las diligencias procede cuando se constata que no existen “motivos y circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito”. La amplitud de los términos empleados en la norma acusada para referirse a la causa del archivo, hace necesario precisar la expresión para que se excluya cualquier interpretación de la norma que no corresponda a la verificación de la tipicidad objetiva. También, para impedir que en un momento inicial se tengan en cuenta consideraciones de otra naturaleza sobre aspectos que le corresponden al juez, y no al fiscal. No le

competete 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^[458].

Además de la tipicidad objetiva, la Corte Constitucional exige que la decisión sea motivada y comunicada al denunciante y al ministerio público para el ejercicio de sus respectivos derechos y funciones. Como ya se dijo, la referencia a la tipicidad objetiva no permite archivar diligencias por causas de exclusión de responsabilidad relacionadas con la ausencia de antijuridicidad, culpabilidad o tipicidad subjetiva.

— PRESUPUESTOS PARA EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS

Por otra parte, en la citada decisión la Corte Constitucional consagró una serie de presupuestos para que el fiscal archive las diligencias. El archivo es una orden que debe cumplir las formalidades del numeral 3 del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal. Para preservar los derechos de las víctimas ante una eventual decisión de archivo y sus legítimos derechos a la verdad, la justicia y la reparación, la interpretación autorizada del Tribunal Constitucional señala que la decisión debe ser motivada y comunicada, para que las víctimas conozcan el respectivo pronunciamiento y expresen su inconformidad. Por lo tanto, las víctimas, el ministerio público o el denunciante tienen la posibilidad de solicitar la revocatoria del archivo y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Si se confirma el archivo, puede acudir al juez de control de garantías.

Para determinar el umbral de iniciación de la investigación frente a la noción de tipo objetivo deben precisarse los siguientes elementos (aquí hacemos referencia a la moderna concepción sobre la tipicidad objetiva):

- Causalidad^{59}.
- Existencia de una posición de garante^{60}.
- La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, para lo cual deben tenerse en cuenta cuatro categorías: (a) riesgo permitido^{61}; (b) principio de confianza^{62}; (c) prohibición de regreso^{63} y (d) acciones a propio riesgo^{64}.
- La realización del riesgo y
- La constatación de otros elementos generales del tipo, como sujeto, objeto, conducta e ingredientes especiales (ingredientes normativos y subjetivos y la teoría de los conocimientos especiales)^{65}.

B. CASOS EN QUE PROCEDE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DE ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS

Estos serían los casos en que resulta procedente la solicitud de revocatoria del archivo de las diligencias:

- Cuando se presenta una prueba que no fue incorporada oportunamente y en consecuencia no pudo ser tomada en cuenta en el pronunciamiento que ordenó el archivo de las diligencias. Esa prueba, por supuesto, debe tener la capacidad de afectar la decisión tomada;
- Cuando se demuestre un error protuberante en la fundamentación de la decisión que ordenó el archivo;
- Cuando se establezca que no se realizó una investigación seria y como consecuencia de ello se afectaron derechos fundamentales de la víctima^{66};
- Cuando existe incompetencia del fiscal porque el archivo se fundamentó en el tipo subjetivo o en causales excluyentes de responsabilidad (aspectos que corresponden a los jueces). En otros términos, cuando exista afectación de derechos fundamentales (debido proceso).

El estudio debe ser aún más riguroso y exhaustivo cuando el caso tiene relación con un delito de lesa humanidad o una grave violación de derechos humanos.

C. CONTROL POR PARTE DEL JUEZ DE GARANTÍAS
SOBRE EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS
Y DECISIONES QUE PUEDE ADOPTAR

Como se precisó, la resolución de archivo es de competencia privativa de la Fiscalía, cuando considera que la conducta es atípica (artículo 79 CPP). Así mismo, para que el juez de garantías pueda ejercer el respectivo control es indispensable la solicitud previa de la revocatoria del archivo y la decisión negativa del fiscal sobre dicha petición.

En ningún caso quien tenga interés en que se remueva la decisión de archivo proferida por el fiscal puede recurrir directamente al juez de control de garantías, por dos motivos: el primero, porque en contra de esta providencia no procede ningún recurso ordinario y, el segundo, porque desconocería el rol funcional del ente acusador, que debe aportar los argumentos y elementos de convicción con base en los cuales se abstuvo de resolver favorablemente la solicitud de revocatoria.

Conforme a lo anterior, una vez terminada la audiencia respectiva el juez de garantías puede:

1. Respaldar la posición de la Fiscalía y ordenar que continúen archivadas las diligencias, porque el hecho no constituye violación a la ley penal;
2. Analizadas las nuevas pruebas presentadas por la parte que solicitó la petición de revocatoria, disponer que se formule imputación si los elementos probatorios acreditados tienen entidad suficiente para modificar los argumentos con base en los cuales se terminó la indagación preliminar;
3. Si no se han presentado pruebas pero se demuestra que la decisión de archivo contiene errores protuberantes en el análisis de los elementos probatorios o en la aplicación de la norma, debe revocar la decisión para que se corrija el desvío procesal;
4. Puede ocurrir que no se haya realizado una investigación integral que sirva de fundamento a la decisión de archivo. En estos casos el juez de garantías puede ordenar el desarchivo, siempre y cuando demuestre que la falta de investigación tiene incidencia sustancial que permita modificar la decisión del

fiscal. Debe tener incidencia sustancial, porque en muchas ocasiones es innecesaria la investigación cuando el hecho puesto a conocimiento de las autoridades no reviste, por ningún motivo, las características de conducta delictual. Se exige mayor cuidado cuando la investigación esté relacionada con un delito de lesa humanidad o con una grave violación de derechos humanos, casos en los cuales debe haberse realizado una investigación exhaustiva por parte de la Fiscalía.

Cuando el archivo se ordene con base en causales diferentes de la atipicidad objetiva, lo procedente es que la Fiscalía solicite la preclusión ante el juez de conocimiento.

d. TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DE ARCHIVO

El Código de Procedimiento Penal no establece un trámite expreso para la solicitud de revocatoria de archivo. Sin embargo, es necesario tener en cuenta los mandatos constitucionales y principios legales que regulan las características del sistema acusatorio en cuanto al respeto de los derechos de los intervinientes y la igualdad en el tratamiento de los diferentes trámites procesales. En consecuencia, consideramos que deben cumplirse las siguientes etapas:

- La solicitud debe presentarse al ente acusador (respectivo fiscal), por ser la autoridad que profirió dicha decisión. El ente acusador está obligado indiscutiblemente a expresar las razones jurídicas por las cuales revoca o no la decisión de archivo. En otros términos, cuando la solicitud de revocatoria sea resuelta de manera negativa por la Fiscalía constituirá presupuesto fundamental para que intervenga el juez de control de garantías.

- Si el fiscal revoca la decisión de archivo se entiende agotado el trámite al que se ha hecho referencia y deben efectuarse las actuaciones procesales que correspondan (continuar la investigación o formular imputación).

- Si el fiscal mantiene su posición inicial y no revoca la decisión de archivo, el interesado puede solicitar la intervención del juez de control de garantías para que decida si se remueve el pronunciamiento cuestionado o, por el contrario, se

mantiene la decisión originaria de la Fiscalía.

- Para cumplir el principio de igualdad de armas, el juez de control de garantías debe convocar a audiencia preliminar con el fin de oír a quien solicitó la revocatoria y al fiscal que se abstuvo de revocar el archivo. Pueden intervenir la defensa y el ministerio público. Luego hará el pronunciamiento que corresponda en derecho. Esta decisión es susceptible de recurso.

- En caso de que el fiscal no resuelva la solicitud de revocatoria del archivo de las diligencias, la parte interesada podrá acudir ante el juez de control de garantías directamente, porque esta circunstancia constituye una violación del plazo razonable.

El trámite propuesto se deriva de una correcta interpretación de la Sentencia C-1154 del 2005, de la Corte Constitucional, que al respecto sostuvo:

La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos.

Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías.

En consecuencia, la Corte adscribe al juez de control garantías una intervención especial, de conformidad con la cual el funcionario judicial puede instar al fiscal a reconsiderar la decisión por la que no revocó el archivo o, en nuestro criterio, a adoptar las decisiones antes mencionadas. De hecho, la Corte aclara que no ordena el control del juez de garantías para todos los casos de archivo de diligencias, sino faculta a las víctimas a acudir a dicho juez cuando se presente controversia sobre la finalización de la investigación. Significa lo anterior que no existe control automático u obligatorio del archivo por parte de los jueces.

e. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA
FACULTAD DE LA FISCALÍA PARA ARCHIVAR

La Corte Suprema de Justicia, en desarrollo de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad condicionada del artículo 79 de la Ley 906 del 2004 proferidos por la Corte Constitucional, mantiene la misma línea de argumentación expuesta por el juez constitucional, en el sentido de que la institución del archivo es una prerrogativa de aplicación exclusiva de la Fiscalía cuando, enterada de la posible comisión de una conducta punible y siempre que se realicen las investigaciones pertinentes, concluya que no existen los motivos ni las circunstancias fácticas para caracterizar el hecho como delito. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de reanudar la indagación penal si aparece nueva evidencia que permita inferir la efectiva comisión de un delito, siempre y cuando no se haya extinguido la acción penal.

Según lo anterior, el artículo 79 CPP es desarrollo del artículo 250 de la Constitución en su primer inciso, en donde asigna a la Fiscalía el deber de ejercer la acción penal mientras se den los elementos que permitan establecer la existencia de motivos y circunstancias fácticas a partir de los cuales se puede inferir la posible comisión de una conducta punible. Por las razones anteriores, al tener conocimiento de la supuesta existencia de una conducta punible, la Fiscalía debe realizar un examen de tipicidad objetiva, como presupuesto para continuar con la respectiva indagación^{[1671](#)}.

Reiteramos que en caso de que el fiscal revoque directamente el archivo no se requiere la intervención del juez de control de garantías porque existen controles en las diferentes etapas posteriores.

3. TERMINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR CONCILIACIÓN EN DELITOS QUERELLABLES

Otra de las decisiones que puede tomar el fiscal antes de la audiencia de imputación es terminar la investigación, por conciliación, por caducidad de la querella o por aplicación del principio de oportunidad. En tales casos, la legislación procesal establece algunos presupuestos formales que debe tener en cuenta la Fiscalía. Por ejemplo, en el caso de delitos querellables, la solicitud de investigación debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito. Si el querellante legítimo, por razones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas, no se ha enterado de la ocurrencia del delito, el término empieza a contarse a partir del momento en que desaparezcan las razones constitutivas del caso fortuito o fuerza mayor, sin que exceda los seis meses.

Como requisito de procedibilidad, en los delitos querellables la legislación prevé una audiencia de conciliación obligatoria, siempre que no se presenten conductas de las partes indicativas de la ausencia total de ánimo conciliatorio (por ejemplo, escrito en el que se haga dicha manifestación). Si querellante y querellado llegan a un acuerdo, se procede al archivo de las diligencias antes de la imputación. De conformidad con el artículo 522 cpp, esta decisión debe ser decretada por el fiscal. Adoptado el acuerdo por las partes, éste tiene fuerza vinculante entre los sujetos y la Fiscalía, y es un paso previo a la decisión de dar por terminada la actuación procesal.

De todas maneras, el fiscal debe ejercer un control sobre lo acordado y establecer sin lugar a dudas que dicho convenio ha sido realizado sin ningún vicio de la voluntad particular. En este caso el acuerdo legalmente obtenido hace tránsito a cosa juzgada, conforme al artículo 522 cpp. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 del 2005, consideró conforme a la Constitución el modelo

de conciliación preprocesal en materia penal.

Debe tenerse en cuenta que la categoría de cosa juzgada se predica del contenido del acta donde está estipulado el acuerdo de voluntades y no de la decisión de archivo ordenada por el fiscal, porque dicha decisión constituye solo el reconocimiento de la voluntad expresa de los intervinientes de dar por terminada la controversia judicial, de manera que es simplemente formal el acto del fiscal o del juez de ordenar el archivo o la preclusión conforme al momento procesal en que se realice la conciliación, por ser las únicas formas idóneas para reconocer formalmente la terminación de la actividad procesal. Es necesario precisar que, por razón de la reserva judicial y los límites de la competencia de los jueces de garantías y conocimiento, la Fiscalía no puede tomar decisiones que impliquen la terminación de la actividad procesal con fuerza de cosa juzgada. Como ya se dijo, la actuación que hace tránsito a cosa juzgada es el acta de conciliación porque, se insiste, la Fiscalía no puede proferir decisiones que tengan esta característica.

La sentencia de la Corte Constitucional C-979 del 2005 reitera estos criterios, al establecer que conforme al nuevo sistema procesal penal los delitos querellables demandan la instauración de la querella y el agotamiento de la conciliación para la iniciación de la acción penal. La conciliación puede ser realizada ante el fiscal que corresponda, en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. Una vez se obtenga el respectivo acuerdo, el fiscal procederá a archivar las diligencias; en caso contrario, el funcionario ejercerá la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación o decidan conciliar después.

4. ARCHIVO ESPECIAL POR ANÓNIMOS

También procede el archivo cuando la Fiscalía reciba anónimos y no exista ninguna evidencia o datos concretos que constituyan la base para orientar una investigación, de conformidad con el inciso 4.^o del artículo 69 cpp. En muchas oportunidades puede comunicarse la noticia criminal mediante escritos sin la identificación del autor por razones de temor o para evitar que se solicite la

comparecencia de la persona que de manera anónima demanda la intervención de las autoridades competentes para investigar.

La Fiscalía no puede, sin un análisis previo, determinar la improcedencia de la investigación, porque debe examinar detenidamente el contenido del escrito respectivo, para precisar si de dicha información se desprende el posible quebrantamiento a la ley penal, caso en el cual debe adelantar las diligencias mínimas de constatación o verificación de estas circunstancias. En caso contrario, debe ordenar de inmediato el archivo.

5. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El fiscal puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad sin necesidad de haber realizado la imputación, cuando así lo permita la ley procesal penal. Por ejemplo, la causal i.^a del artículo 324, relacionada con la reparación integral de la víctima en los delitos patrimoniales, como el daño en bien ajeno o los hurtos simples de mínimas cuantías, permite aplicar de inmediato el principio mencionado sin necesidad de haber iniciado el proceso penal (imputación).

En igual sentido, consideramos que las causales 10.a, 11.a, 12.a y 13.a, entre otras, admiten que se reconozca el principio de oportunidad sin imputación, ya que en cada uno de estos casos el fiscal debe apreciar objetivamente el decaimiento del interés estatal en la persecución penal. Por ejemplo, conforme al contenido de la causal 10.a, si se profirió una sanción disciplinaria que sobrepasa la prevista para el delito, no existirá necesidad de imputación. En el caso del numeral ii, que permite la aplicación del principio de oportunidad por razón del deterioro del objeto material, si el fiscal ya tiene una valoración de los daños a partir de las primeras pesquisas, este dato es suficiente para saber que la continuación del proceso y la posible sanción no resultan proporcionadas a la protección que el derecho debe brindar a los bienes jurídicos.

Por regla general, el principio de oportunidad se aplica a partir de la imputación, toda vez que el fiscal debe tener a su disposición medios probatorios que demuestren los elementos del delito y un mínimo de evidencias que permita inferir la autoría o participación en los hechos (último inciso del artículo 327

cpp). En otros términos, para la utilización del principio de oportunidad en relación con determinado delito se requiere que para el momento de aplicar dicha institución la conducta investigada sea típica, antijurídica y culpable, porque de lo contrario sería otro el mecanismo jurídico procedente para terminar la actuación procesal. Si los presupuestos para reconocer el principio de oportunidad se estructuran antes de la formulación de imputación, no existe ningún obstáculo constitucional o legal para su aplicación, porque el artículo 250 superior, inciso 3.^o, que consagra el principio de oportunidad, no limita su aplicación a un determinado momento procesal: solo exige control por parte del juez de garantías.

Por otra parte, y conforme a la naturaleza de la causal invocada, no es necesario que esté individualizado el posible autor o partícipe del delito para que pueda aplicarse el principio de oportunidad. Por ejemplo, en caso de ciertos delitos de bagatela, el fiscal puede optar por el ejercicio del principio de oportunidad cuando después de un juicio de ponderación (mecanismo para solucionar un conflicto entre derechos constitucionales) considere que no existe un interés estatal en la persecución de la conducta. Si el Estado no tiene capacidad material para perseguir integralmente todos los hechos punibles que se cometen, puede renunciar al ejercicio de la acción penal frente a delitos menores que no producen grave o mediano impacto social, con la finalidad de dar correcta aplicación a los principios de política criminal.

6. DECISIONES PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO NO ATRIBUIDAS A OTRA AUTORIDAD Y QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES DE FORMA LEVE (COMPETENCIA RESIDUAL)

El fiscal puede tomar decisiones encaminadas a lograr el efectivo restablecimiento del derecho, siempre y cuando no estén atribuidas a otra autoridad y no sean afectados derechos fundamentales de manera media o intensa. Se parte de la base de que la competencia es la facultad para tomar

ciertas decisiones, por lo cual está limitada a la atribución que ha hecho el legislador de manera expresa en cabeza de determinadas autoridades. Si resultan afectados derechos fundamentales, deberán ser los funcionarios facultados expresamente los que tomen las medidas pertinentes. En otros términos, por razón de la dinámica de la investigación en casos especiales (afectación leve) debe permitirse a la Fiscalía el restablecimiento del derecho especialmente para evitar que se aumente el perjuicio a las víctimas o la continuidad en algún comportamiento ilícito (invasión de tierras).

En este orden de ideas, el Código de Procedimiento Penal establece instrumentos o mecanismos para asegurar que las cosas vuelvan al estado anterior a la comisión del delito. La competencia para tomar las decisiones que tengan como finalidad el restablecimiento del derecho radica en diferentes autoridades, a saber:

- El juez de control de garantías, a través de audiencias preliminares, cuando expresamente la ley le otorgue la función o cuando pueda presentarse la afectación media o intensa de derechos fundamentales;
- El juez de conocimiento, durante el juzgamiento, cuando la decisión no implique juicios de responsabilidad que comprometan el criterio del funcionario. Es decir: cuando el pronunciamiento judicial no guarde relación estricta con la valoración de la autoría o las categorías jurídicas que sirven de fundamento a la responsabilidad penal. En la sentencia definitiva debe resolver todo lo que sea necesario para el restablecimiento del derecho; y
- La Fiscalía cuando solo haya afectación leve de derechos fundamentales siempre y cuando el legislador no haya atribuido esta función a un servidor público determinado.

El artículo 22 del Código de Procedimiento Penal consagra el principio denominado “restablecimiento del derecho” por considerar que la finalidad del proceso penal no puede ser sólo la determinación de la responsabilidad penal, sino que la actividad investigativa debe procurar también la protección de la víctima o del perjudicado en sentido amplio.

La norma mencionada no puede entenderse como un mandato abstracto y carente de desarrollo. En efecto, como este principio debe estar garantizado

plenamente en el proceso penal, el legislador estableció diferentes instituciones o mecanismos que permiten dar cumplimiento a dicho principio rector, como la cancelación de escrituras de títulos de propiedad, la suspensión de personerías jurídicas, etc. No obstante, era necesario fijar las competencias de quienes podían tomar dichas decisiones, por lo cual de manera sistemática podemos afirmar que dicha atribución está distribuida en diversos funcionarios atendiendo a la etapa procesal de que se trate.

B. EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

I. CONTROL SOBRE LA DECISIÓN DEL FISCAL

QUE NO REVOCA EL ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS

Como acaba de exponerse, el fiscal puede archivar las diligencias previas, y si bien este pronunciamiento no tiene recurso, es factible la revocación directa por parte del mismo ente acusador. En este caso, formulada la petición ante el fiscal respectivo y si opta por la revocatoria, dicha resolución no tiene control por parte del juez porque la actuación continúa conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal (investigación o imputación). Pero si no se revoca el archivo, interviene el juez de control de garantías para resolver la controversia entre el solicitante y el respectivo fiscal, sólo a solicitud de quien tenga interés de que se continúe el proceso. En otros términos, no existe control automático, como se afirmó antes^{[168](#)}.

2. CONTROL DE LAS OMISIONES

EN QUE INCURRA LA FISCALÍA

El rol funcional del juez de control de garantías no puede circunscribirse a la actividad que desarrolla la Fiscalía a través de los diferentes actos de investigación, afectación de derechos fundamentales por vía excepcional o los pedimentos reglados que establece el Código de Procedimiento Penal. Como es lógico, la competencia de dicho funcionario debe extenderse a la inactividad del

ente acusador porque dichas omisiones, o la no realización de determinados actos, afectan en muchas ocasiones derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando la actividad investigativa se prolonga en el tiempo de manera indefinida, porque no se define el archivo de las diligencias, ni la preclusión o la formulación de imputación, el indiciado queda desprotegido, ya que el Código no establece ante quién puede formular reclamación, para corregir las irregularidades mencionadas.

La Constitución creó la figura del juez de control de garantías para proteger todas las posibles afectaciones de derechos fundamentales. Por tal motivo su actividad no puede limitarse a una interpretación exegetica del Código de Procedimiento Penal, sino que debe estar sometida a la amplitud que define el marco constitucional. Por estas razones, quien considere que sus derechos resultan afectados por las omisiones de la Fiscalía puede concurrir ante el juez de control de garantías, bien para que requiera al fiscal con el fin de reactivar su rol funcional o para que este funcionario judicial escuche al quejoso y al representante del ente acusador y tome las determinaciones que corresponda -por ejemplo, fijar un término razonable para que la Fiscalía opte por cualquiera de las decisiones que ponen fin a la indagación previa (archivo, solicitud de preclusión o formulación de imputación).

3. APROBACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Si el fiscal considera que en el caso respectivo está estructurada alguna causal de aplicación del principio de oportunidad y decide aplicarla, esta decisión deberá ser sometida al control por parte del juez constitucional del proceso (juez de garantías). Este funcionario debe realizar un control no solo formal sobre dicha institución, sino también material.

No debemos olvidar que en la aplicación de este principio deben respetarse los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas¹⁶⁹, la finalidad y las características del principio de oportunidad¹⁷⁰ y la prohibición de

aplicación en los delitos contra la integridad personal y sexual y la libertad de los menores de edad^[471].

4. CONTROL PREVIO O POSTERIOR SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE INJERENCIA MEDIA O INTENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por tratarse de juez constitucional y tener como rol esencial la protección de los derechos fundamentales que puedan ser afectados durante las diferentes etapas de la investigación y el juzgamiento, el juez de control de garantías tiene a su cargo el estudio, el análisis y los juicios de proporcionalidad para resolver la solicitud formulada por la Fiscalía o cualquiera de los intervinientes que puedan tener injerencia media o intensa en derechos fundamentales en la etapa que se analiza. Ese control puede ejercerse antes o después de cualquier actividad orientada a la afectación de derechos fundamentales. En algunos casos puede suceder que tenga doble control, como ocurre con la búsqueda selectiva en bases de datos. Debe precisarse que la anterior función tiene como fundamento constitucional el principio de reserva judicial, lo cual permite extender el control a la exclusión de evidencias que hayan tenido origen ilícito o ilegal.

C. EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

I. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El artículo 78 del estatuto procesal, que atribuía a la Fiscalía General de la Nación la posibilidad de extinguir la acción penal, fue declarado parcialmente inexecutable en la Sentencia C-591 del 2005^[472]. Esta decisión fue reiterada por la Sentencia C-979 del 2005^[473], al referirse también al fenómeno de la preclusión.

En la Sentencia C-591 del 2005, la Corte encontró que había sido asignada de manera irregular una función jurisdiccional a la Fiscalía General de la Nación,

porque la facultad de precluir las investigaciones en el sistema procesal es privativa del juez de conocimiento, conforme lo dispone el inciso 5.^o del artículo 250 constitucional.

La Corte consideró que, sin importar el momento en que se haga, esto es, antes o después de la imputación, la toma de decisiones trascendentales en el proceso, en este caso la preclusión, corresponde exclusivamente al juez de conocimiento, debido a que esta decisión hace tránsito a cosa juzgada y está sometida a reserva judicial. A este respecto, sostuvo la Corte:

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda motu proprio decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la Fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión^{74}.

La preclusión queda reservada al juez de conocimiento. La extinción de la acción debe ser declarada siempre por dicho funcionario, en los casos de muerte del imputado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad o el desistimiento de la querella o por cualquier otro motivo, antes de la imputación o después de ella. En estos casos la solicitud debe ser realizada por la Fiscalía; también lo pueden hacer las partes cuando existan causales objetivas. Si la solicitud fue formulada por la Fiscalía es posible que quienes intervengan en el proceso invoquen causales diferentes.

2. PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Si bien la extinción de la acción se reconoce mediante la orden de dar por

terminada la actividad procesal (preclusión), se ha separado en dos apartes el rol del juez de conocimiento con el fin de aclarar que es posible el reconocimiento no solo de causales objetivas de preclusión durante la indagación previa sino de otras razones para agotar la función investigativa, que impliquen valoraciones de las diferentes instituciones que conforman el hecho punible (tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad).

En cualquier etapa procesal (antes o después de la imputación) puede decretarse la preclusión siempre que los medios de prueba aportados legalmente sustenten con suficiencia los requisitos de las causales previstas en el artículo 332 cpp.

La decisión sobre la preclusión debe tomarse en audiencia, en donde el fiscal presentará los argumentos y pruebas en que funda su petición y fijará la causal seleccionada. Las partes también pueden invocar otras causales y oponerse a lo solicitado por el fiscal. La decisión corresponde al juez de conocimiento, quien es el único facultado para proferir esta clase de providencias^{[175](#)}.

III. CONCLUSIONES

Debe entenderse que la investigación penal es principalmente administrativa, salvo en aquellas actuaciones en las que la Fiscalía afecte derechos fundamentales. En este caso desarrollará funciones judiciales.

La reserva en la investigación penal puede contribuir al descubrimiento y la aclaración del hecho punible, razón por la cual resulta perfectamente admisible que bajo ciertos supuestos de protección de los derechos fundamentales sea secreta.

La defensa tiene facultad para oponerse a la imputación y exigir ante el juez de control de garantías que la atribución del hecho cumpla con las exigencias de una “inferencia razonable” de autoría o participación.

La acción penal en Colombia se inicia con la investigación, que incluye la indagación previa. Las formas de activar la investigación penal son la denuncia, la querella, la petición especial radicada en cabeza del procurador general de la Nación y, obviamente, la iniciación *ex officio*.

El programa metodológico que debe desarrollar el fiscal es una planificación concreta de actividades que le permiten impulsar la investigación y tomar las decisiones pertinentes.

La Fiscalía General de la Nación sólo puede afectar derechos fundamentales en los casos taxativamente señalados por la Carta (num. 2 y 3 art. 250 C. P.) o cuando se trate de afectaciones leves. Si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación está incluida en el artículo 116 C. P. como entidad que administra justicia, esta disposición no la faculta para vulnerar el principio de reserva judicial en materia de afectación de derechos fundamentales (intensa o media).

Frente al papel de la fuerza pública, debe decirse que esta labor es esencialmente preventiva en cuanto guarda relación con la noción de orden público, pero también cumple un papel en la represión del delito con fundamento en la colaboración armónica de poderes.

La función policial debe cumplirse dentro de estrictos parámetros constitucionales y legales. Así lo destaca la jurisprudencia cuando establece con claridad que la función policial como actividad administrativa está sujeta a los principios de legalidad y proporcionalidad.

La función de policía preventiva y correctiva no se opone a la afectación transitoria del derecho fundamental a la libertad de circulación.

El fiscal debe determinar la admisibilidad de la denuncia. Su inadmisión o rechazo es factible cuando ésta carece absolutamente de fundamento; es decir, cuando en forma evidente y ostensible los hechos no tienen ninguna relevancia penal. Esta solución puede adoptarse frente a dos hipótesis: (a) inexistencia naturalista del hecho o (b) atipicidad objetiva.

Los presupuestos para inadmitir una denuncia son: (a) que se realice un examen con base en un estudio de tipicidad objetiva; (b) que la inadmisión sea decidida por el fiscal y no por el funcionario de policía judicial que la recibe; (c) que se efectúe una motivación adecuada y (d) que dicha inadmisión sea comunicada al denunciante y al ministerio público.

Frente a la figura del archivo de las diligencias, la Sentencia C-1154 del 2005 condicionó la exequibilidad del artículo 79 cpp. Según esta jurisprudencia, el fiscal sólo puede proceder al archivo por atipicidad objetiva o inexistencia del

hecho. La Corte Constitucional exige que la decisión sea motivada y comunicada al denunciante y al ministerio público para el ejercicio de sus derechos y funciones.

Para determinar el umbral de iniciación de la investigación frente a la noción de tipo objetivo deben precisarse los siguientes elementos: (a) causalidad; (b) la existencia de una posición de garante; (c) la realización del riesgo; (d) la constatación de otros elementos generales del tipo penal como sujeto, objeto, conducta e ingredientes especiales (ingredientes normativos y subjetivos y la teoría de los conocimientos especiales) y (e) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, para lo cual debe tenerse en cuenta cuatro categorías: (1) riesgo permitido; (2) principio de confianza; (3) prohibición de regreso y (4) acciones a propio riesgo.

El examen del archivo de las diligencias ante al juez de control de garantías procede siempre y cuando el fiscal haya negado la revocatoria de esta decisión. De lo contrario, se desconocería el rol funcional del fiscal.

El fiscal puede tomar decisiones encaminadas a lograr el efectivo restablecimiento del derecho, siempre y cuando no estén atribuidas a otra autoridad y no sean afectados derechos fundamentales de manera media o intensa, es decir, tiene competencia residual.

El juez de control de garantías puede tomar las siguientes decisiones antes de la formulación de imputación: (1) control de legalidad de las solicitudes que se tramitan en audiencias preliminares; (2) solicitud de desarchivo de las diligencias una vez el fiscal se haya negado a su revocatoria; (3) aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, puede (4) controlar las omisiones en que incurra la Fiscalía y (5) tomar las decisiones de restablecimiento del derecho que sean necesarias y no constituyan afectación media o intensa de derechos fundamentales ni estén atribuidas a otras autoridades.

La extinción de la acción por muerte del imputado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad o el desistimiento de la querella o por cualquier otro motivo, antes y después de la imputación, debe ser declarada siempre por el juez de conocimiento en audiencia. Conforme a la Constitución Política, esta solicitud debe ser invocada por el ente acusador; sin embargo, no excluye o prohíbe la

facultad de que cualquiera de las partes presente este pedimento especialmente por causales objetivas o argumente una causal diferente de la propuesta por el fiscal.

Puede ordenarse la preclusión de la actividad procesal por parte del juez de conocimiento, previa solicitud de la Fiscalía en cualquier etapa procesal, por causales diferentes a las de extinción de la acción penal.

CAPÍTULO TERCERO

*Actos procesales en la fase de
investigación penal: la imputación*

I. CONCEPTO Y CONSECUENCIAS DE LA IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

El artículo 286 cpp establece que la imputación es el acto por medio del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia llevada a cabo ante el juez de control de garantías. Las interpretaciones exegéticas, que abundan, centran la atención sólo en la noción de comunicación. Este aspecto, si bien representa una de las aristas más importantes de dicho concepto, no es en absoluto el único que debe analizarse en ese punto. En efecto, comunicar en el momento de imputar es la función de información que cumple la Fiscalía General de la Nación cuando tiene los fundamentos necesarios para hacer la atribución provisional de responsabilidad de un hecho punible. En consecuencia, a partir de ese momento cobra especial importancia el correlativo derecho de defensa que se activa para el procesado. La comunicación y las facultades que de ella surgen para las partes, especialmente para el imputado, son el marco que permite afirmar que la imputación es algo más que una simple comunicación.

Una definición de diccionario, como la que recoge la Real Academia Española, establece que “imputar” significa “atribuir a otro una culpa, acción o delito”. Para un correcto entendimiento de la institución procesal de la “imputación” es necesario relacionarla con lo que en el derecho penal material se conoce como *imputar* y que tantos desarrollos teóricos ha tenido en los últimos tiempos.

Los modelos de imputación son un tema básico del derecho penal material, de manera que cualquiera de esos modelos debe tener en cuenta varios aspectos: los fines que se propone el derecho penal según los principios constitucionales del Estado de derecho, los supuestos referentes a los tipos penales establecidos en la legislación punitiva, las valoraciones del comportamiento contrario a derecho y las condiciones propias de la realización de la conducta relativa a la vulneración efectiva de un bien jurídico (o de la norma) o a su puesta en peligro (creación de riesgos jurídicamente desaprobados, conducta del lesionado, ámbito de

protección normativa, en fin, los elementos de la imputación objetiva y subjetiva).

Todas estas condiciones están relacionadas con los fines del derecho penal, proyectados estrictamente a la determinación del llamado “principio de responsabilidad penal individual”^[176]. A partir de lo anterior, surge la pregunta de si los modelos con que trabaja el derecho penal material deben reflejarse en el proceso, particularmente en la fase de investigación. En el contexto del derecho anglosajón, la teoría penal resuelve este interrogante sobre la siguiente premisa: la imputación constituye un proceso activo, social y legal. Fletcher, refiriéndose a la discusión que se presenta en el derecho sustantivo anglosajón, dice al respecto:

No puede haber responsabilidad penal sin la existencia de un hecho antijurídico atribuible a algún actor particular.

Esta proposición tiene una naturaleza lógica y moral. Los delitos no son responsables obviamente en sí mismos. Lógicamente, el injusto debe ser localizado en una persona como su autor antes de que podamos siquiera plantear su responsabilidad en un proceso penal. Pero la proposición tiene también un carácter moral, porque solo podemos establecer responsable a una persona si la acusación ha conseguido establecer la existencia del delito y que este es atribuible a dicha persona.

La expresión atribución es ciertamente ambigua. En realidad, en la determinación de la responsabilidad penal de una persona se producen tres procesos de atribución. El primero consiste en comprobar si se puede considerar que el acto humano que ha violado la ley puede ser imputado a una persona en particular. ¿Se trata de un acto que pueda desencadenar una responsabilidad criminal? La siguiente cuestión es si una particular consecuencia dañosa puede atribuirse al actor. ¿Es el daño obra suya? Y, finalmente, se trata de la cuestión de si el daño puede ser atribuido al acusado como culpable o responsable del mismo^[177].

El mismo autor afirma que la discusión entre disposiciones procesales y

sustanciales no es un problema que presente soluciones satisfactorias, debido a que existen normas instrumentales que pueden definir una controversia sin consideración de las normas materiales -por ejemplo, la prescripción-. No obstante, la definición básica acuñada por la jurisprudencia anglosajona implica que

Las reglas procesales son las que conciernen meramente a la manera y a los medios con los que el derecho [...] es reforzado, y las reglas sustantivas son las que significativamente afectan al resultado. En estas pocas líneas tenemos la opinión que verdaderamente atrapa el núcleo del caso: las reglas sustantivas son las que determinan el resultado del litigio, tal como hubiera sido resuelto por el tribunal estatal. Es lo que se ha dado en llamar el test de la determinación del resultado^[178].

En cualquier caso se observa que a pesar de la dicotomía entre derecho penal material y derecho procesal penal es forzoso concluir que este último no puede apartarse de la teoría del delito y sus conceptos.

- EL DERECHO PROCESAL Y LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN

Ahora bien: para entender cómo el derecho procesal debe considerar los modelos de imputación del derecho penal material, la doctrina ha delineado varios supuestos. Por ejemplo, Franco Cordero^[179], al referirse a la legislación italiana, establece que los “fantasmas” legales e imputaciones pertenecen a planos diversos. Al proceso le sirven *hipótesis históricas*, que incluso pueden fijar situaciones alternativas. Lo importante es que ellas precisen un *thema decidendum*.

Por *thema decidendum* el autor citado entiende la conducta humana descrita como un hecho en un contexto definido de tiempo y lugar, así como el instrumento de la causación supuesta^[180].

La solución más acertada para delimitar un núcleo de encuentro entre la imputación propia de la teoría penal y la imputación como momento funcional

del proceso es resuelta bajo la noción de “hecho histórico”. Este concepto debe conservar todos los elementos materiales relevantes desde el punto de vista jurídico, esto es los que sean exigidos por el ordenamiento, de tal forma que les permitan, por una parte, a la Fiscalía impulsar la actuación y, por otra, al juez de conocimiento tomar una decisión que cumpla los presupuestos del principio de legalidad.

MONTÓN REDONDO distingue entre imputación en sentido lato e imputación en sentido formal. La primera supone la atribución, más o menos fundada, de un acto presuntamente punible, sin que implique necesariamente una acusación en contra de la persona. En sentido formal, la imputación constituye el cumplimiento del requisito exigido para estructurar correctamente el proceso penal. Sólo si existe una causa probable debe hacerse la imputación y poner en conocimiento del posible imputado los derechos que le asisten.

Así las cosas, las consecuencias de la imputación son diversas. La doctrina española anota, entre otras, la obligación de practicar diligencias para buscar un conocimiento primario de los hechos. También, la adquisición de la calidad de parte del imputado, que permite ejercer el derecho de defensa. En el mismo sentido, la imputación habilita la adopción de medidas cautelares para asegurar la presencia física del imputado (prisión preventiva, libertad provisional) así como la posible responsabilidad civil derivada de su conducta.

En conclusión, la imputación no puede ser la atribución más o menos fundada de un hecho punible a una persona, sino la concreta incriminación por existir indicios sobre su participación o responsabilidad. La imputación constituye una instancia procesal, presupuesto para otras actuaciones como la acusación o la apertura del juicio oral, donde al final se determinará si la conducta es realmente punible. Se trata de un acto judicial garantizador.

II. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

A. PRESENCIA DEL INVESTIGADO

El imputado, por regla general, debe estar presente en la audiencia de imputación, porque concurre a dicha diligencia no solo para informarse, sino también para ejercer a plenitud su defensa material. De conformidad con la estructura que adoptan el Código de Procedimiento Penal, la Constitución, el bloque de constitucionalidad y las normas del trámite de investigación, juzgamiento y juicio oral, en todo el proceso -y la audiencia de formulación de imputación no puede ser la excepción- se otorgan derechos especiales al indiciado para que tenga la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa. Su presencia en la audiencia de imputación, como se dijo, es uno de tales derechos.

Por tratarse de derechos cuyo ejercicio depende de la voluntad del indiciado, éste puede voluntariamente renunciar a ellos y soportar las consecuencias de dicha renuncia en los términos establecidos en el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal. No obstante, en ningún caso puede adelantarse la actuación procesal sin la asistencia técnica de un profesional del derecho, quien puede ser designado por el indiciado o por el Estado, en caso de que aquél no lo haga.

La protección de los diferentes derechos que le asisten al indiciado encuentra respaldo constitucional en el artículo 29 superior y en la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, preceptos que se desarrollan en el estatuto procedimental. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (lit. *d* num. 2 art. 14) consagra el derecho a estar presente en el proceso, además de prohibir implícitamente los procesos secretos. La presencia física de la persona durante las etapas centrales del proceso constituye una garantía para ejercer adecuadamente el derecho de defensa material.

Si se tiene en cuenta que a partir de la imputación el proceso es público (por oposición al carácter reservado de la etapa previa), en esta audiencia es importante la presencia de la persona eventualmente responsable, porque no solo se garantiza la publicidad sino que incluso se define el trámite que debe imprimirse al proceso, porque, como veremos, a partir de esta diligencia puede estructurarse la posibilidad de allanamientos, acuerdos o tomarse decisiones que afecten derechos fundamentales.

I. TRÁMITE DEL PROCESO SIN LA PERSONA INDICIADA

Conforme a lo establecido en la legislación penal, la persona contra la cual se inicia una investigación (y no está privada de la libertad) tiene el derecho a concurrir a todas las diligencias que puedan comprometer su responsabilidad o donde ésta se debata. No obstante, por tratarse de un derecho radicado en cabeza del indiciado, éste puede renunciar a dicha prerrogativa sin que esto implique la suspensión del proceso, porque el sistema procesal adoptado permite la continuación del trámite hasta el fallo definitivo sin la presencia del imputado-acusado, caso en el cual sólo se exige haber nombrado defensor de confianza o haberse designado defensor público.

La continuidad del proceso sin la presencia del indiciado tiene como finalidades (i) la eficacia de la justicia para evitar impunidad y (2) la respuesta a la sociedad en relación con lo ocurrido, especialmente frente a los derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y a la justicia.

2. SUPUESTOS DE NO CONCURRENCIA DEL IMPUTADO

Cabe distinguir entre la renuncia voluntaria al derecho a estar presente en la audiencia (contumacia) y la imposibilidad de informar o localizar a la persona para que concurra a la citada diligencia. Estas situaciones tienen consecuencias jurídicas distintas, tal y como pasamos a ver:

a. CONTUMACIA

El artículo 291 de la Ley 906 del 2004 establece la posibilidad de realizar la imputación en ausencia de la persona cuando ésta sea renuente a concurrir al llamado de la justicia. Este comportamiento es entendido como una renuncia tácita al derecho de ser informado y, por lo tanto, a ejercer los derechos que se desprenden de este acto, como el derecho de defensa frente a una imputación determinada (renuncia a la defensa material). La persona se entiende contumaz cuando conoce el proceso adelantado en su contra, está enterada de la garantía

que constituye hacerse presente en las diligencias a las que ha sido convocada y, no obstante, opta por no concurrir. La Corte Constitucional ha introducido un marco estricto de garantías a los derechos fundamentales para que proceda la declaratoria de contumacia⁴⁸¹.

b. DECLARATORIA DE PERSONA AUSENTE

A diferencia de la contumacia, la declaratoria de persona ausente no surge de la renuencia a comparecer por parte de quien ha sido citado por cualquier medio, sino que su fundamento es la ineficacia estatal para encontrar a la persona a quien debe hacerse la imputación. Con todo, la Corte Constitucional ha asimilado el manejo de las dos instituciones, porque los requisitos para que proceda la declaratoria de persona ausente son los mismos que para la declaratoria de contumacia, en cuanto a la necesidad de realizar diligencias de citación. Así las cosas, el juez de control de garantías debe realizar un análisis concreto de las actuaciones efectuadas por el fiscal para la búsqueda del indiciado, todas ellas tendientes a la ubicación de la persona con el fin de asegurar la protección efectiva de los derechos.

Es necesario precisar que si bien la Corte estableció un tratamiento similar para los dos casos, existen diferencias sustanciales en cuanto al cumplimiento de las funciones del juez de control de garantías. En el caso de la contumacia basta con que el juez verifique las diligencias realizadas (si la persona firmó la citación) por parte de la Fiscalía, mientras que en la declaración de persona ausente se exige la constatación de las actuaciones diligentes de búsqueda ejecutadas por la Fiscalía, lo cual debe estar consignado en los documentos que registren las respectivas actuaciones.

Además, en el caso de contumacia no es necesario realizar actos de emplazamiento, ni reconocimiento de persona ausente, porque es presupuesto de esta figura el que la persona haya sido localizada y se le haya hecho saber sobre la necesidad de concurrir para ejercer el derecho de defensa (art. 291), mientras que para la declaratoria de persona ausente son requisitos esenciales el emplazamiento y la respectiva declaratoria conforme al artículo 127 del Código

de Procedimiento Penal.

C. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR PÚBLICO O DE CONFIANZA
PARA LA PERSONA QUE NO CONCORRE A LA IMPUTACIÓN

El Código de Procedimiento Penal establece que el trámite del proceso debe continuar con el profesional del derecho que haya sido designado por la persona declarada en contumacia (abogado de confianza). Si el indiciado no ha hecho la designación, el juez de control de garantías proveerá un defensor público (art. 291 cpp).

Cuando se trata de persona declarada ausente, el artículo 127 cpp ordena designar defensor público para continuar la ritualidad procesal, en cuyo caso no se hace mención a la posibilidad de que el indiciado designe defensor de confianza. Dado que la norma que hace referencia a la defensa de la persona declarada ausente no prohíbe que el imputado tenga la libertad de nombrar abogado de confianza mediante el otorgamiento del poder respectivo, creemos que el indiciado o imputado conserva este derecho.

Este tema estaba resuelto en el sentido mencionado en el código anterior y tenía como fundamento la prevalencia del derecho de defensa: afirmaba que este derecho no podía ser limitado simplemente por la circunstancia de que la persona estuviera ausente. La Constitución y el Código de Procedimiento Penal establecen como requisito sustancial que la persona investigada disponga de asistencia técnica. Este es un derecho que no puede ser eliminado o limitado cuando las autoridades competentes no han encontrado al investigado. La ineficacia de las autoridades no puede cargarse al imputado para limitar sus derechos fundamentales. De igual forma, si en las diligencias previas el indiciado designó abogado, es posible que éste continúe actuando, si ocurre la declaratoria de persona ausente o de contumacia. Así mismo, es factible que la persona otorgue poder desde el lugar en que se encuentre porque para dar cumplimiento al debido proceso, siempre debe haberse designado un profesional del derecho que cumpla la defensa técnica, motivo por el cual no hay razón para restringir la facultad de que la persona que no se ha presentado ante las

autoridades designe abogado de confianza. Hace varios años existió una legislación que obligaba a la persona declarada ausente y contra quien se había dictado orden de captura a presentarse para poder designar un defensor de confianza. Esta norma fue declarada inexecutable.

En la Sentencia C-590 del 2005^[182], la Corte Constitucional reiteró su doctrina tradicional respecto de esta distinción de la siguiente forma:

[...] La Corte determinó que el juzgamiento en ausencia es excepcional, pues el imputado y acusado debe estar presente en todas las etapas del juicio. Así mismo, señaló que el Estado tiene la carga de localizar al imputado a fin de asegurar su presencia en el juicio, y en la circunstancia de que agotados todos los medios a su alcance ello no sea posible, puede adelantarse el proceso en su ausencia, sin que ello quiera decir que no se persista en esa búsqueda en todas las etapas procesales. Corresponde al juez efectuar en cada caso y etapa una ponderación de la suficiencia y razonabilidad de las diligencias adelantadas con tal fin.

Este tribunal indicó que “cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa”^[183]. Hasta ahora, la jurisprudencia se ha limitado (1) a validar la posibilidad del juicio en ausencia y (2) a analizar si la labor de búsqueda de la persona ha sido suficiente^[184].

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 del 2005, que declaró la exequibilidad del artículo 127 de la Ley 906 del 2004^[185] -donde se consagra la declaratoria de persona ausente para fines de imputación y para la adopción de medidas de aseguramiento que afecten sus derechos fundamentales-, aceptó que el juez de control de garantías, en audiencia previa a la imputación, declare a la persona ausente y bajo este supuesto se desarrolle la imputación y, en general, todo el procedimiento penal. Esta declaratoria debe respetar límites constitucionales, dentro de los que podemos mencionar: (i) la excepcionalidad de la medida, (2) la garantía de una defensa técnica y (3) la verificación formal y material de la debida diligencia por parte de la Fiscalía de tratar de ubicar a la persona que será objeto de imputación. Además, el juez de control de garantías debe realizar una ponderación entre los derechos afectados de la persona y la

eficacia de la administración de justicia como servicio público esencial¹⁸⁶.

Como se ha advertido, la comparecencia de la persona a partir de la audiencia de imputación es un presupuesto para dar cumplimiento al derecho fundamental de la defensa, por lo que la legislación establece la obligación en cabeza del juez de garantías de exigir a la Fiscalía la diligencia máxima en su localización. No obstante, esta obligación se extiende más allá de la realización de la diligencia de imputación, puesto que para procurar la garantía del derecho a la defensa la Fiscalía debe intentar la comunicación al imputado o acusado de la existencia de la actuación durante todo el proceso, de tal forma que la obligación es tanto del juez de control de garantías como del juez de conocimiento. La consecuencia de la omisión de esta obligación perentoria de algunos de los jueces genera nulidad y obliga a repetir la actuación de manera integral. A la persona debe dársele la oportunidad para que determine si quiere concurrir o renuncia a este derecho.

B. DETERMINACIÓN FÁCTICA DE LOS HECHOS Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

El ordenamiento procesal penal establece que la imputación es fáctica. Es decir: consiste en la atribución de hechos con incidencia penal. La doctrina especializada ha entendido que las imputaciones fácticas deben conservar la relevancia jurídica del caso (adecuación típica), para que la persona pueda defenderse de modo adecuado. JULIO MAIER sostiene que el núcleo de la imputación es fáctico, así:

[...] una hipótesis fáctica -acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico- atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la

consecuencia o a reducirla. Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento -que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales^[87].

Como puede observarse, el concepto de “imputación fáctica” no puede abstraerse de los marcos jurídicos que precisamente la condicionan. En consecuencia, la sola imputación fáctica no es suficiente para agotar los supuestos del derecho constitucional a la defensa.

Los antecedentes históricos de la exigencia de una simple imputación fáctica (art. 287 cpp) están vinculados con el tema de la correlación entre acusación y sentencia^[88]. Esto es: debe evitarse que las formulaciones jurídicas en la imputación inicial limiten el desarrollo posterior del proceso. Pero esta razón realmente carece de peso, porque la sentencia definitiva sólo debe proferirse sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, en tanto que han sido transmitidas al investigado, porque son estos los elementos relevantes para el ejercicio de una adecuada defensa sobre los cuales el imputado tiene derecho a declarar y a ser oído. En este sentido, una atribución de carácter fáctico bien elaborada seguramente estará en necesaria correlación jurídica con la sentencia. Dicho en otros términos, la imputación fáctica constituye la delimitación del hecho sobre el que la sentencia se pronunciará.

Se concluye entonces que a los hechos que se han delimitado y atribuido debe dárseles la denominación jurídica que corresponda conforme a la prueba que soporta la imputación, especialmente porque a partir de este momento puede el

imputado aceptar los cargos y solicitar sentencia anticipada o formular posibles acuerdos, por lo que la denominación jurídica es necesaria para respetar los derechos fundamentales que le asisten al imputado, cuando considera viable hacer uso de las instituciones mencionadas.

C. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Otro requisito o presupuesto para imputar es el de la “inferencia razonable”, que debe surgir de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida para determinar autoría o participación en el delito investigado.

La inferencia razonable debe entenderse como una operación de carácter lógico realizada por el fiscal, regida por las reglas de apreciación probatoria, que vinculan tanto al fiscal como al juez de garantías: al primero, para el ejercicio de los actos de postulación y al segundo, para la toma de decisiones concretas. Se trata de un juicio sobre los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, sujeto a las leyes de la lógica, a la experiencia y a los conocimientos científicos. Es imperioso llegar a un resultado racional, esto es, fundamentado lógicamente, de tal forma que sean respetadas las exigencias de presunción de inocencia y motivación de las decisiones y quede proscrita la arbitrariedad. Con razón dice ROXIN que las infracciones a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos constituyen auténticas infracciones a la ley en sentido estricto. En este caso, también son violaciones a la ley aquellas omisiones de preceptos jurídicos no escritos^{[489](#)}.

D. ANÁLISIS PROBATORIO CON BASE EN ELEMENTOS MATERIALES E INFORMACIÓN LEGALMENTE OBTENIDA

La imputación debe hacerse con base en los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida. La norma sobre presupuestos para imputar (art. 287 cpp) debe interpretarse conforme al artículo

207 cpp, porque la investigación, la recolección del material probatorio y todo lo que implica el programa metodológico contribuyen a la individualización de autores y partícipes del delito. En tal virtud, el fiscal dispondrá en su programa metodológico actividades de investigación que no impliquen restricción de derechos fundamentales (medias o intensas), ordenará las medidas que no requieren autorización judicial previa para su realización y practicará actuaciones controladas *ex ante* por el juez de control de garantías, todo con el fin de presentar de manera exacta un hecho atribuido a una persona.

Ahora bien: otro problema que contiene el artículo 287 cpp es el relativo a la obtención legal de la información que permita hacer la inferencia razonable. No olvidemos que el artículo 212 cpp señala al fiscal el deber de rechazar las actuaciones de policía judicial practicadas con desconocimiento de los principios rectores y las garantías procesales. Así mismo, el artículo 205 cpp establece que la actividad de policía judicial, en la indagación e investigación, incluye actuaciones como inspección en el lugar del hecho, entrevistas e interrogatorios. El artículo 282 cpp autoriza al fiscal o al servidor de policía judicial que tuviere motivos fundados para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta investigada a interrogarla en presencia de su abogado, una vez hechas las advertencias de rigor (por ejemplo, ponerle de presente el derecho a la no autoincriminación, etc.).

El punto es determinar cuándo puede predicarse la legalidad del elemento material probatorio, la evidencia física o la información. En nuestro criterio, el fiscal debe hacer un examen basado en el artículo 276 cpp, que, para todos los casos, remite a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo cual es fácil concluir que el fiscal debe confirmar la legalidad del material obtenido. No obstante, este planteamiento permitiría pensar que la propia Fiscalía no puede ser imparcial al definir la obtención lícita del material de imputación que ella misma ha diligenciado. Si esta situación llega a presentarse, consideramos que para evitar cualquier irregularidad puede solicitarse la intervención del juez de control de garantías, para que determine en audiencia si las evidencias con las cuales se pretende afectar cualquier derecho fundamental tienen validez o deben excluirse.

En el mismo sentido, hay actuaciones en las cuales el ordenamiento procesal no prevé la existencia de constancias escritas o documentos que den fe de la observancia de derechos fundamentales. Cabe la pregunta relativa a la legalidad de la información, cuando no se le advirtió al autor de su derecho a guardar silencio o la información obtenida estuvo condicionada por un engaño. Por ejemplo, cuando en la escena del delito la policía judicial interroga al autor y le advierte que su cómplice lo ha delatado, sin que sea cierto. En cada caso concreto, el servidor público debe ponderar la magnitud del derecho fundamental afectado para determinar la validez de la actuación^{90}.

La inferencia razonable, en todo caso, tiene un elemento normativo inescindible del componente fáctico exigido: el fiscal debe hacer un examen sobre la autoría o participación del imputado en el delito investigado. Con base en una interpretación sistemática de la ley penal (sustantiva y procesal), para la imputación son aplicables los artículos 25, 29 y 30 C. P. Lo dicho autoriza a hablar necesariamente de una imputación con contenido jurídico, porque adquieren relevancia todos los factores que considera la ley penal en el contexto de la acción, la omisión, la realización directa o mediata de una conducta punible, los acuerdos previos, la importancia del aporte con respecto a un resultado jurídicamente imputable y las contribuciones a la conducta antijurídica. Incluso, serían aplicables los dispositivos amplificadores del tipo penal contenidos en los artículos 27 y 31 C. P.

Esta es otra de las razones por las que debe hablarse de una imputación más cercana a las formulaciones jurídicas que a los simples supuestos fácticos. Por ello, el peso atribuido a la imputación también juega un papel importante en el contexto del principio de correlación entre acusación y sentencia. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia recuerda que la conformación de la inferencia razonable debe hacerse sobre la base del material probatorio aportado por el fiscal, de tal manera que la legalidad de la evidencia y la inferencia deben tenerse en cuenta como presupuestos fundamentales del acto de imputación. La jurisprudencia afirma a este respecto:

Si bien en ese momento no es menester descubrir los elementos materiales probatorios

ni la evidencia física, sí es necesario ofrecer al juez de control de garantías elementos de juicio tendientes a acreditar la índole penal del comportamiento y la relación del imputado con el mismo, no de otro modo se logra “inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”, como lo reza el artículo 287 de la normativa en comento.

En efecto, esa etapa embrionaria debe contar, de todas formas, con una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal del imputado con base en los medios persuasivos de que dispone la Fiscalía[;] por ello, la Corte ha insistido en que la formulación de imputación ha de ser fáctica y jurídica. La misma se ubica en el terreno de la posibilidad al sólo preceder la noticia criminal y las pesquisas tendientes a su verificación, luego, según el principio de progresividad, se allegarán elementos materiales probatorios y evidencia a fin de acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad del inculcado con miras a sustentar la formulación de acusación con un grado de probabilidad de verdad, momento culminante de la investigación que la reviste de un halo definitivo delimitando el marco factual y jurídico dentro del cual habrá de surtirse el debate oral^{91}.

III. LOS FINES DE LA IMPUTACIÓN

El Código de Procedimiento Penal no establece los fines que debe cumplir el acto de imputación, salvo lo relativo a la “iniciación del derecho de defensa” contenido en el artículo 290 CPP, que puede ejercerse antes de la imputación, como ya se precisó en el tomo primero. Sin embargo, del análisis integral de la institución surgen las siguientes finalidades:

En primer lugar, la imputación cumple una función de información para la persona investigada. Por medio de este acto se le da a conocer que la administración de justicia penal, de manera fundada, debe proceder en su contra. Como lo dice Moreno Catena,

La comunicación de la imputación consistirá en dar a conocer al imputado, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las

que no permitan un cabal entendimiento de aquella), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de la instrucción y las posibles consecuencias del proceso penal; en definitiva, deberá ilustrar al imputado del contenido de la imputación de forma suficiente para poder defenderse con eficacia. Incluyendo además, somera y provisionalmente, una calificación jurídica de la misma. Esta comunicación comprende al propio tiempo la ilustración acerca de todos los derechos que integran la defensa, y permite tomarle declaración^{92}.

El derecho internacional de los derechos humanos también otorga trascendencia a la garantía de información (comunicación), como lo observa O'DONNELL^{93}:

[...] esta garantía está consagrada por el pidcp^{94} en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 14 y por la Convención Americana en el apartado *b* del párrafo 2 del artículo 8.º. La misma garantía está reconocida, en términos más escuetos, por los artículos 9.º y 7.º de dichos instrumentos, en cuanto derecho del detenido. La importancia de esta garantía, y su vínculo con otros principios del debido proceso, fue subrayada por el Comité de Derechos Humanos en el caso Wolf, de la manera siguiente:

El Comité recuerda que el concepto de ‘juicio imparcial’, en el sentido del párrafo I del artículo 14, exige que se cumplan una serie de requisitos, a saber, la igualdad de posibilidades y el respeto del principio del procedimiento contradictorio. Estos requisitos no se cumplen cuando, como en el presente caso, al acusado se le niega la oportunidad de hallarse presente en las actuaciones judiciales o cuando no puede instruir de forma adecuada a su representante. En particular, el principio de igualdad de posibilidades no se respeta cuando al procesado no se le notifica una acusación debidamente motivada.

En relación con esta garantía, la observación general n.º 13 del Comité de Derechos Humanos contiene lo siguiente:

Entre las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el párrafo 3, la primera se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la

acusación formulada contra ella. El apartado *a* del párrafo 3 del artículo 14 se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de las personas no detenidas. El Comité observa también que el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado *a* del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa.

En segundo lugar, la labor de información está directamente ligada a la función de la defensa. Por tal motivo, es de gran importancia la concreción fáctica y jurídica de la imputación. Julio Maier opina al respecto:

[...] la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también, la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal. Tanto es así, que algunas constituciones incluyen directamente en su texto el derecho a ser oído como base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a defenderse.

Empero, como toda garantía constitucional, las escasas palabras que la formulan poseen un contenido mucho más profundo que el estrictamente semántico que sugieren los términos de la frase. De nada valdría que se escuchara al imputado si no se prevé, al desarrollar el contenido real de la garantía, ciertos presupuestos y ciertas consecuencias para el ejercicio de este derecho, en miras a su propia eficiencia, con la consecuencia de otorgarle, así, un significado mucho más preciso y valioso para el principio estudiado que el mero hecho de permitirle (facultad) verter palabras en el procedimiento a través del cual se lo persigue penalmente^{[1951](#)}.

En tercer lugar, la imputación tiene como objetivo formalizar la investigación penal y determinar sus alcances. Esta función se desprende de la estructura sistemática que adopta el Código de Procedimiento Penal para efectos de la investigación criminal. Por tal razón, el artículo 126 cpp determina que el carácter de parte -como imputado- se adquiere mediante la formulación de imputación, o desde la captura, si esta ocurre primero.

Por otra parte, con la imputación empieza a delimitarse el objeto del proceso, el cual queda plenamente conformado en la acusación. En el capítulo referente a la captura se mostrará que el Código es incorrecto cuando dispone que la aprehensión física constituye una forma adecuada para otorgar la condición de imputado al indiciado.

No obstante, es necesario anotar que existen otros eventos distintos de la imputación que ponen de presente la existencia de la investigación. Es el caso de la afectación de determinados derechos fundamentales en virtud de la investigación penal: por ejemplo, el registro, los allanamientos, la orden para extracción de fluidos corporales, etc. En estas situaciones, el afectado, que aún no es imputado, advierte que se está adelantando una investigación en su contra y puede hacer uso de las facultades establecidas en el artículo 267 CPP¹⁹⁶ y en la Sentencia C-025 del 2009 de la Corte Constitucional¹⁹⁷.

IV. CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN

El artículo 288 CPP señala tres requisitos básicos para la formulación de la imputación:

A. INDIVIDUALIZACIÓN DEL IMPUTADO: NOMBRE, IDENTIFICACIÓN Y DOMICILIO

Este requisito debe interpretarse de manera sistemática con las funciones que corresponden a la Fiscalía General de la Nación señaladas en el artículo 128 CPP, en donde se establece que el ente investigador está obligado a verificar la correcta identificación e individualización del imputado a fin de evitar errores

judiciales^[98].

La Corte Suprema de Justicia se refiere a este requisito en los siguientes términos:

[...] si la Constitución Política garantiza a toda persona los derechos fundamentales a la intimidad familiar y personal y a su buen nombre (art. 15), a la honra (art. 21), a la libertad (art. 28) y al debido proceso (art. 29)[...] resulta apenas elemental considerar que cuando se involucra judicialmente a alguien con la ejecución de una conducta punible, es porque el Estado, garante de esos derechos, cuenta no solo con elementos de juicio que lo relacionan con el delito, sino con aquellos que le permiten individualizarlo como el probable autor o partícipe del comportamiento ilícito.

La identificación se presenta de esa forma como requisito para la formulación de la imputación, definida legalmente como “[...] el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica *a una persona* su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”^[99] (se destaca).

Este acto se dirige contra una persona en particular, previamente identificada, si se tiene en cuenta que la “situaciones que determinan la formulación de imputación” surgen cuando “[...] de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda”^[100].

El artículo 99 de la Ley 1453 del 2011, que modifica el artículo 128 del estatuto procesal penal, establece integralmente un procedimiento para identificar al capturado que no presente los documentos respectivos. De manera textual, esa norma dispone:

En los eventos en que el capturado no presente documento de identidad, la policía judicial tomará el registro decadactilar y verificará la identidad con documentos obtenidos en la Registraduría Nacional del Estado Civil y sus delegadas, de manera

directa o a través de la consulta de los medios técnicos o tecnológicos de los que se dispongan o tengan acceso.

En caso de no lograrse la verificación de la identidad, la policía judicial que realizó la confrontación remitirá el registro decadactilar de manera inmediata a la Registraduría Nacional del Estado Civil a efectos de que expida copia de la fotocédula, en un tiempo no superior a 24 horas.

En caso de no aparecer la persona en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, esta autoridad lo registrará de manera excepcional y por única vez, con el nombre que se identificó inicialmente y procederá a asignarle un cupo numérico, sin tener que agotar los procedimientos regulados en el Decreto 1260 de 1970, o demás normas que lo modifiquen o complementen.

Concluido el procedimiento la Registraduría Nacional del Estado Civil informará los resultados a la autoridad solicitante.

B. RELACIÓN FÁCTICO-JURÍDICA DE HECHOS
EN LENGUAJE COMPRENSIBLE. EL PROBLEMA DEL
DESCUBRIMIENTO PROBATORIO Y SU CONTROVERSIA
EN LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN

Este es uno de los aspectos más complejos del ordenamiento procesal, comoquiera que se exige la imputación de los hechos jurídicamente relevantes *sin su constatación ni fundamentación probatoria por parte de la Fiscalía*. Es decir, en el contenido de la imputación sólo se prevé la exposición clara y detallada de unos hechos sin que se exija descubrimiento probatorio que los sustente.

La primera crítica que debe hacerse a la disposición comentada (num. 2 art. 288 CPP) es la relativa a la incompatibilidad de este numeral con la Constitución y, particularmente, con la normativa internacional de derechos humanos con incidencia en el proceso penal, en tanto que esas disposiciones consagran

expresamente el derecho a ser informado de los cargos adecuadamente. En efecto, de esta forma lo establecen el párrafo 3.º del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el párrafo 2.º del artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si de la imputación puede desprenderse la solicitud para imponer una medida de aseguramiento y la posibilidad de dictar sentencia condenatoria cuando el imputado acepte los cargos, o proponer acuerdos con consecuencias trascendentales para deducir o no responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 293 CPP, resulta indispensable que exista sustento probatorio de la imputación que le permita al imputado decidir si acepta los cargos y al juez de control de garantías analizar la posible afectación de derechos fundamentales.

Por otra parte, la ley procesal penal incluye, de manera defectuosa, una serie de figuras procedentes de otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, los límites a la oportunidad procesal para el descubrimiento de evidencias. Este modelo de actuación es propio de aquellos procedimientos en los que impera el secreto absoluto durante la investigación, donde se obliga a la Fiscalía a revelar el material probatorio sólo para el juicio, incluso el favorable al acusado. También obliga a la defensa a revelar los planteamientos que pretende hacer valer en el juicio oral. La incorporación de esta institución a nuestro medio resulta ser un cuerpo extraño en la estructura del proceso, porque la investigación no es absolutamente secreta. Piénsese en las facultades de investigación para quien todavía no es imputado, en la necesaria constatación documental de los allanamientos y registros que determinan lo que busca la Fiscalía y en la autorización de ciertas medidas que tienen entidad suficiente para advertir al indiciado del curso de la investigación penal.

En consecuencia, así la ley establezca que no existe descubrimiento del material probatorio en la audiencia de imputación, en muchos casos, por la naturaleza de la actuación procesal, el investigado debe conocer la evidencia en poder de la Fiscalía (por ejemplo, cuando exista conformidad con la imputación).

Pero, además, la inconsistencia en la interpretación de esta figura queda en

evidencia cuando es indispensable el “descubrimiento anticipado” en caso de ser necesaria la imposición de una medida de aseguramiento en la misma audiencia. Esto quiere decir que los sustentos de carácter probatorio (elementos materiales y evidencia física) hacen parte de las exigencias contenidas en el artículo 306 cpp, en cuanto impone al fiscal la obligación de indicar en la solicitud de medida de aseguramiento la identificación de la persona, la naturaleza del delito y los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia. Estos aspectos forman parte de la evaluación del fiscal y del juez de control de garantías, porque debe entenderse que todo lo que sustente una decisión con capacidad de afectar derechos fundamentales está sometido a la controversia probatoria necesaria. Es indiscutible que toda afectación de derechos fundamentales debe estar respaldada en elementos probatorios. La controversia incluye, como es lógico, la facultad del imputado de presentar medios de prueba que se opongan a los entregados por el ente acusador.

C. INDICACIÓN SOBRE LA FACULTAD DE ALLANARSE A LOS CARGOS

El allanamiento a la imputación implica una rebaja hasta en la mitad de la pena imponible, o de una cuarta parte cuando se trate de casos de flagrancia, según el artículo 351 cpp modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 del 2011. Sin duda, es otra figura jurídica cercana a la institución denominada “conformidad” del ordenamiento procesal español. No obstante, en la legislación hispana se aplica dentro del trámite del proceso ordinario cuando se acepta la calificación más grave si fueren varias, o teniendo en cuenta la pena que solicita el acusador. Gimeno sendra, en un intento de aclaración conceptual de la figura de la conformidad, dice que del concepto se infieren las siguientes notas esenciales:

La conformidad es, en primer lugar, un acto procesal, que, en cuanto tal, encierra ante todo una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal ya iniciado (en España STS del 8 marzo 1995). Dicha declaración de voluntad necesariamente ha de consistir en el reconocimiento y voluntad de la defensa de cumplir la pena más grave de

las solicitadas por las distintas partes acusadoras (no olvidemos que, en España, junto a la acusación del Ministerio Fiscal, subsiste la acusación popular y privada). Por tal razón la conformidad encierra como petición de la pena y no como hecho punible (en España STS del 7 febrero 1994).

Se diferencia así la conformidad española del *guilty plea* anglosajón, pues para su procedencia no es imprescindible que el acusado preste además una especial declaración de ciencia, o, lo que es lo mismo, no es necesario que efectúe una autentica “confesión”. Es suficiente que declare su voluntad de conformarse con la petición de pena más elevada de las solicitadas por las partes acusadoras (arts. 791.3 y 793.3.^...]. Pero la LO 7/1988 [.] intentó estimular la confesión del imputado, otorgándole toda una serie de beneficios procesales y materiales, que nos permitirán distinguir la existencia de dos tipos de conformidades: la “plena” a la petición de pena y al hecho punible, que participa también de la naturaleza jurídica de la confesión, y la “limitada” al petitum de las partes acusadoras, que no encierra más que un mero allanamiento^[101].

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal establece en el artículo 293 que si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Esta disposición regula las formas mediante las cuales se puede aceptar la imputación: por iniciativa propia y por acuerdo entre Fiscalía e imputado (art. 350 cpp). En el primer caso, es un acto puro y simple, inducido por la Fiscalía y aceptado por el investigado (art. 293 cpp). En el segundo caso existe un acuerdo entre el fiscal y el imputado para aceptar los hechos que atribuye el fiscal, de ahí que se trate de una modalidad de negociación o alegación preacordada. En cualquier evento la aceptación de la imputación impulsa la fase de acusación, por lo cual debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 336 cpp (afirmación con probabilidad de verdad sobre la existencia de la conducta delictiva y la posibilidad de su autoría o participación por parte del imputado)^[102]. Cuando hay conformidad con la imputación, el proceso es trasladado al juez del conocimiento para que dicte sentencia en audiencia y dosifique la pena.

Obsérvese que si la aceptación o allanamiento a cargos constituye la

acusación, es indispensable que dicha manifestación se acompañe de los elementos probatorios, para que el juez de conocimiento determine si concurren los presupuestos para dictar sentencia condenatoria. Lo mismo sucede cuando se han realizado acuerdos entre imputado y fiscal.

V. EFECTOS DE LA IMPUTACIÓN

De la exégesis del Código de Procedimiento Penal pueden deducirse varios efectos de la imputación, que podemos enumerar de la siguiente manera:

A. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

La imputación es un acto de comunicación, es la aseveración según la cual la administración de justicia penal cuenta con un conjunto de elementos probatorios que pueden conducir a una acusación. Por lo tanto, la formalización busca que las facultades de la defensa sean ampliadas con base en el conocimiento adquirido sobre los hechos y las posibles normas violadas. Según lo preceptuado en el artículo 290 cpp, la defensa podrá preparar su actividad procesal de mejor modo a partir de la imputación.

Desde luego, y como se manifestó en esta obra, esta limitación prevista en la norma citada no impide aportar evidencias y elementos de prueba orientados a impedir una restricción indebida de derechos fundamentales. El intérprete no debe limitar su actividad a desentrañar el significado del término *comunicación*, sino que tiene que precisar el alcance de la expresión *imputar*, algo que, como hemos destacado, es mucho más que una simple comunicación.

B. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 292 cpp establece que la formulación de la imputación interrumpe el término de prescripción, que comenzará a correr de nuevo por un lapso igual a la mitad del señalado para la prescripción de la acción penal. Esta regulación se entiende en la medida en que con la formulación de la imputación se inicia

formalmente el proceso.

C. LA PERSONA IMPUTADA ADQUIERE CONDICIÓN DE VINCULADO

La vinculación de la persona al proceso apunta a la determinación de la capacidad para ser parte y a la legitimidad procesal. La primera se refiere a las exigencias que traza la legislación penal, en cuanto que sólo pueden atribuirse hechos punibles a personas físicas vivas, excluyendo animales y personas fallecidas^{103}. La capacidad procesal, por su parte, es la aptitud para desarrollar actos procesales de forma válida y, según MONTERO AROCA^{104}, esta capacidad se predica de todos los que pueden participar conscientemente en el proceso y de quienes tienen posibilidad de ejercitar los derechos procesales que la ley les reconoce. La falta de capacidad procesal se refiere a la imposibilidad de intervenir en forma consciente en el proceso, con lo cual se hace referencia a la enajenación mental, alteración grave de la percepción de la realidad y, en general, a cualquier enfermedad que impida la actuación.

En la anterior legislación se establecía la vinculación del procesado a través de la indagatoria o declaratoria de persona ausente. En la legislación vigente, si bien se regulan diversos mecanismos (declaratoria de contumacia y de persona ausente), debe entenderse que la única forma de vinculación de una persona al proceso es el acto de imputación llevado a cabo en la correspondiente audiencia. En efecto, conviene precisar que la declaratoria de contumacia y la de persona ausente son mecanismos para garantizar que el indiciado, que va a ser imputado, conozca exactamente sobre la iniciación formal del proceso y pueda intervenir en él para proponer los argumentos defensivos que considere pertinentes, pero no son formas de vinculación. Dicho en otros términos, estos mecanismos garantizan la publicidad y otros derechos como el de defensa, pero no operan como instrumentos de vinculación al proceso penal. La confusión suele presentarse teniendo en cuenta que la legislación anterior contenía como forma de vinculación la declaratoria de persona ausente para sustituir la diligencia de

indagatoria, mediante la cual se legitimaba al indiciado para intervenir en el proceso penal.

D. LA IMPUTACIÓN DETERMINA EL LAPSO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL, QUE DEBE CULMINAR CON LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN O LA ACUSACIÓN ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, SALVO QUE SE APLIQUEN LAS FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

Este tema es importante porque significa, en la práctica, que deja de utilizarse el máximo del término previsto en la ley para desarrollar cualquier etapa procesal, especialmente cuando se trata de la investigación (noción de máxima instrucción). La brevedad del tiempo consagrada en la ley para preparar una acusación exige que la imputación sea lo suficientemente sólida como para llegar a dicha etapa.

El ordenamiento procesal establece el vencimiento del término para acusar o solicitar la preclusión, término que no podrá exceder de noventa días contados a partir del día siguiente a la formulación de la imputación (artículo 175 CPP modificado por la Ley 1453 del 2011). El término será de 120 días cuando exista concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados, o cuando se trate de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. No obstante, estos términos fueron nuevamente modificados por la Ley 1474 del 2011 cuando se trate de tres o más imputados, o cuando los delitos objeto de la investigación son de competencia de los jueces penales del circuito especializados, o cuando se investigan delitos contra la administración pública o contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado, respecto de los cuales proceda la detención preventiva.

Si la acusación no ha sido formulada dentro de este lapso, se pierde la competencia para seguir actuando. El superior respectivo debe designar un nuevo fiscal, quien está obligado a adoptar la decisión correspondiente en el término de sesenta días contados a partir del momento en que le sea asignado al

caso. Vencido este plazo, la defensa o el ministerio público quedan habilitados para solicitar la preclusión (art. 294 CPP) y la persona, si está detenida, obtiene libertad provisional. En caso de haberse tomado medidas de aseguramiento no privativas de libertad, deberán levantarse dichas limitaciones o restricciones a la libertad. La preclusión no es una decisión que se adopte por vencimiento de términos. La norma mencionada faculta a la defensa para formular la solicitud y el juez de conocimiento determinará si existe prueba para acusar, precluir y en casos excepcionales ordenar que de manera diligente, y en un término razonable, continúe la investigación.

VI. INTERVENCIÓN DEL INDICIADO Y SU DEFENSOR DURANTE LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN. DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS Y DEBATE JURÍDICO

La audiencia de imputación, como ya se afirmó, no puede entenderse como un elemental acto de información o comunicación de la existencia de unas diligencias o como la simple atribución de la calidad de autor o partícipe de un hecho. Es necesario que la imputación sea entendida no en relación con la etimología de la palabra *comunicar*, sino teniendo en cuenta el alcance jurídico de *imputar*. Es decir: a partir de la individualización del posible autor de un hecho delictivo empieza a construirse la responsabilidad de una persona frente a una infracción penal y, simultáneamente, a desvirtuarse la presunción de inocencia.

Las circunstancias mencionadas indiscutiblemente apuntan a la afectación en grados medio o intenso de derechos fundamentales como la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior significa que la decisión de limitar los derechos fundamentales mencionados no puede quedar a la simple discrecionalidad de la Fiscalía, sin que se le permita al indiciado la posibilidad de controversia probatoria en relación con los elementos probatorios recogidos. Por lo tanto, éstos deben ser mencionados, develados o presentados ante el juez de control de garantías para justificar la posición del ente acusador. Consideramos que son necesarias la discusión, la argumentación y la exhibición

de elementos probatorios con los cuales se pretende precisar la autoría o el grado de participación; desde luego, no puede tratarse de un debate abierto sobre todas las instituciones jurídicas con base en las cuales se estructura la responsabilidad (antijuridicidad y culpabilidad).

En conclusión, el debate que pueden realizar el indiciado o su defensor debe limitarse a las materias propias derivadas de la imputación. Por ejemplo, cuando se pueda contradecir la posición de la Fiscalía en el sentido de demostrar, con fundamento en un análisis objetivo, que la persona no es autora o partícipe del hecho, sin tener en cuenta para tal efecto los criterios estrictamente subjetivos. Piénsese en que a una persona le es atribuida la calidad de autora material de un homicidio en determinados lugar y fecha y la defensa dispone de elementos probatorios que demuestran sin ninguna duda que la persona ese día estaba en otro lugar (en el exterior, por ejemplo), para lo cual presenta tiquetes aéreos, cupón de embarque, sellos de inmigración, recibos de hotel donde estuvo, etc. En un caso como este, a pesar de la multiplicidad de elementos probatorios, resultaría ilógico ordenar la continuación del proceso y obligar a que se llegue a determinada etapa procesal o que se tenga que hacer una solicitud de preclusión para concluir una investigación que erradamente se orientó contra alguien que no participó en ningún comportamiento reprochable.

En efecto, cuando en la audiencia de imputación se presentan elementos probatorios indicativos de que existe un error en cuanto a la persona a la que se va a atribuir el hecho delictuoso (homonimia) o de que existe inconsistencia en relación con los requisitos de imputación, el juez de garantías debe rechazar la imputación y optar por tomar alguna de las siguientes decisiones: (a) ordenar simplemente que se eliminen los registros que puedan existir en los controles de la Fiscalía, porque no se justifica pronunciamiento de fondo por la absoluta carencia de elementos que comprometan la responsabilidad penal de dicha persona; (b) si el debate se circunscribe a elementos probatorios para oponerse a las pretensiones de la Fiscalía y de su valoración integral surgen ciertas circunstancias que puedan conducir a la posibilidad de una participación, debe seguirse la investigación en la etapa preliminar; (c) si el debate probatorio incluye temas en relación con determinadas categorías penales (atipicidad

objetiva), debe optarse por el archivo de las diligencias y en casos excepcionales, por la solicitud de preclusión.

La imputación indiscutiblemente afecta derechos fundamentales (por ejemplo, el buen nombre). En consecuencia, en dicha audiencia se debe: (i) descubrir las evidencias que guarden relación con el objeto de la imputación (existencia del hecho y grado de participación); (2) necesariamente, permitir la controversia, lo cual incluye la facultad de presentar elementos materiales probatorios por parte de la defensa conforme lo establece el artículo 29 constitucional, y (3) excluir las evidencias ilegales o ilícitas.

VII. AUDIENCIA PÚBLICA DE IMPUTACIÓN

La imputación se realiza en audiencia pública. Ahora bien: el que dicha audiencia tenga esta naturaleza implica importantes consecuencias procesales, de las cuales queremos destacar en este punto la siguiente: significa que la celebración de la audiencia de imputación debe ser anunciada oportunamente. Este requisito de oportunidad permite hacer varias consideraciones; veamos:

A. SIMULTANEIDAD DEL ACTO DE IMPUTACIÓN Y CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA

Por regla general, no es posible capturar a una persona con el único fin de formular imputación. Es decir: atribuirle a una persona un posible hecho delictuoso. Sólo existe, en principio, la excepción de flagrancia. Conforme a las reglas constitucionales en materia de captura, durante las 36 horas siguientes contadas a partir de la aprehensión debe efectuarse control de legalidad. Sin embargo, dicho control impone la obligación de practicar inmediatamente la audiencia de imputación, si la iniciación del proceso es pertinente. En consecuencia, dicha audiencia debe efectuarse dentro del término constitucional para controlar la legalidad de la captura (36 horas).

Realizados el control de legalidad de la captura y la audiencia de imputación, es necesario resolver la situación jurídica del imputado con la adopción o no de

medidas de aseguramiento (como se ha dicho en este trabajo, el fiscal debe pronunciarse al respecto), decisión que debe proferirse dentro de las mismas 36 horas previstas en la Constitución con el fin de legalizar la limitación al derecho fundamental de la libertad. La anterior afirmación obedece a que aun cuando el legislador no previó ningún término entre la imputación y la definición de situación jurídica, dicho pronunciamiento no puede quedar a la discrecionalidad del funcionario correspondiente porque podría estructurarse una extensión arbitraria de la privación de libertad, sin perjuicio de las consideraciones que al respecto ha expuesto la jurisprudencia, según la cual en casos complejos, y cuando no sea posible agotar las tres actuaciones durante las 36 horas, excepcionalmente podrá extenderse el término en lo estricta y razonablemente necesario^{105}.

Si la decisión a la que se ha hecho referencia no es adoptada dentro de las 36 horas posteriores a la aprehensión material, puede solicitarse el beneficio del *habeas corpus*. En otros términos, las diligencias de legalización de captura, audiencia de imputación y adopción de medida de aseguramiento deben cumplirse en el término improrrogable de treinta y seis horas^{106}. Lo anterior, además de cumplir el mandato constitucional y configurar una interpretación que satisface requisitos de proporcionalidad, es una garantía para el capturado. En efecto, la medida tiene como consecuencia asegurar la publicidad en la restricción de la libertad y permitir el control ciudadano.

Debe aclararse que si como consecuencia del control de legalidad de la captura se considera que ella ha sido ilícitamente realizada, el juez de garantías debe poner en libertad a la persona, sin que tenga que suspenderse la actuación procesal que corresponda realizar en ese momento (imputación, medidas de aseguramiento, etc.), actividad procesal que también es posible ejecutar en oportunidad posterior siempre que el indiciado haya obtenido la libertad.

B. CAPTURA EN LUGARES LEJANOS Y AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN

Cuando la captura ocurre en lugares remotos o lejanos y, por lo mismo, las autoridades no puedan cumplir el término constitucional, resulta necesario postergar la imputación hasta que la persona sea presentada en el lugar más cercano para que se celebren la audiencia y el control de legalidad respectivo. En este caso, la audiencia de imputación se convierte en un factor decisivo sobre los siguientes aspectos:

– *Control del término de la privación de la libertad para no extenderlo indebidamente.* Deben distinguirse dos aspectos: (i) la dificultad para trasladar al capturado ante un juez de control de garantías y (2) la comunicación de la captura que debe realizar la respectiva autoridad. Dada la existencia de numerosos medios técnicos de comunicación -telefonía fija o móvil, radiotelefonía, fax, etc.-, no resulta razonable mantener en secreto la privación de la libertad. En consecuencia, con la mayor brevedad posible, el juez debe ser informado sobre todas las circunstancias de la aprehensión, porque la publicidad permite establecer si el término utilizado para trasladar a la persona hasta el sitio de la audiencia es razonable, teniendo en cuenta que la legalización de la captura, la audiencia de imputación y la adopción o no de medida de aseguramiento cuando es privativa de libertad deben proferirse en lo posible en el plazo constitucional previsto (artículo 28 superior). Cuando existen circunstancias excepcionales, la audiencia puede realizarse en cualquier lugar diferente del sitio donde tuvo ocurrencia el hecho o se efectuó la aprehensión. Esta es la interpretación que en mayor medida protege los derechos del aprehendido^{107}. Lo anterior lo permite el artículo 48 de la Ley 1453 del 2011. Teniendo en cuenta lo explicado, el artículo 56 de la citada ley introdujo la extensión del término para resolver en un caso excepcional, que es la captura en altamar.

– *Garantía de publicidad de la captura.* Al hacerse pública la audiencia de imputación también se da a conocer la privación de la libertad. La publicidad permite el control de posibles excesos y la prevención de graves violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada de personas.

C. LA DEFENSA DEBE CONTAR CON UN

PLAZO RAZONABLE PARA EJERCER EL DERECHO DE DEFENSA FRENTE A LA IMPUTACIÓN

La Constitución, el Código de Procedimiento Penal y los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales por medio del bloque de constitucionalidad (art. 93 C. N.) garantizan al procesado todos los medios necesarios, así como el tiempo adecuado para ejercer una defensa acorde con las particularidades del caso objeto de debate.

Este tema cobra especial relevancia con la estructura del proceso penal consagrada en la Ley 906 del 2004, porque en esta normatividad se establece una serie de audiencias y trámites procesales en los que las decisiones se toman y transmiten oralmente, con lo cual se crea, en muchos casos, una dinámica de decisión rápida, que, al mismo tiempo, puede ser potencialmente invasiva de los derechos procesales de los sujetos. En efecto, la práctica procesal ha mostrado que ante determinados casos complejos la defensa no cuenta con el tiempo necesario para realizar las actividades apropiadas a los intereses del procesado, y esto puede originar afectaciones a los derechos fundamentales.

En consecuencia, consideramos que con el fin de garantizar el derecho de defensa, en la audiencia de formulación de imputación (esto también es válido para todas las audiencias) la defensa, una vez formulados los cargos, debe contar con un plazo razonable para preparar los argumentos de oposición a lo solicitado por el fiscal, de tal forma que pueda impedir las consecuentes afectaciones a los derechos fundamentales, como la imposición de una medida de aseguramiento.

Es posible entonces que, con la finalidad de dar un plazo razonable a la defensa, se supere el lapso de las 36 horas establecido constitucionalmente para legalizar captura, imputar y dictar medida de aseguramiento. Lo anterior, siempre y cuando exista una petición de la defensa y una aceptación del capturado. En estos casos, el juez podrá otorgar un término prudencial e indispensable para el efecto.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL, SOBRE LA NECESIDAD

Son variados los instrumentos internacionales que permiten llegar a una conclusión como la expuesta. Por ejemplo, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra todo lo relacionado con las garantías procesales y, para el tema que nos ocupa, el literal *b* señala que toda persona acusada tiene derecho, en igualdad de condiciones, a disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

En igual sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos existe total claridad al respecto: la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica e igualmente en el caso “Castillo Petruzzi y otros *vs.* la República del Perú” se hace énfasis en el derecho de toda persona a que se le concedan el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (lit. *c* num. 2 art. 8.º).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó jurisprudencia internacional al respecto, al considerar que en ese caso la defensa sólo logró consultar el expediente cuatro días después de la acusación y que la sentencia fue dictada al día siguiente al que pudo acceder a la actuación; en consecuencia, el tribunal consideró responsable al Estado por la violación de las cláusulas convencionales, porque este proceso tuvo un trámite sin que se diera al inculcado una real posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

En esta misma sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó la importancia y trascendencia de los principios básicos de la función de los abogados, exponiendo con claridad el deber que tienen los estados de propender al establecimiento de procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer efectiva la asistencia de un defensor. El ejercicio mismo de la función de abogado es interpretado por este tribunal de forma garantista, en cuanto afirma que las autoridades tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes para la correcta defensa de los intereses de los representados. En íntima relación con la tesis que sostenemos aquí, la Corte afirma que el contenido de la acusación y los elementos probatorios que permiten su fundamentación deben

ser conocidos con suficiente antelación para hacer efectiva una asistencia jurídica eficaz -este derecho debe ser garantizado por el Estado.

Queda claro, entonces, que los mencionados instrumentos internacionales de protección de derechos humanos no dejan la menor duda respecto de que el derecho de defensa debe facilitarse siempre mediante el acceso oportuno a los medios de defensa y la garantía de tiempos adecuados para su preparación.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA NORMATIVIDAD INTERNA, QUE RESPALDAN EL DERECHO DE CONTAR CON UN PLAZO RAZONABLE

El artículo 3.º del estatuto procesal, al recoger y dar plena aplicación a la jurisprudencia y la doctrina internacionales referidas, desarrolló un sistema procesal que consagra claramente los derechos de quienes intervienen en él, partiendo siempre del concepto de “dignidad humana”. En consecuencia, a partir de la legislación interna es claro asimismo que las partes en el proceso cuentan con el derecho a los medios y tiempos adecuados para la preparación de la defensa.

A su turno, el artículo 8.º del Código de Procedimiento Penal señala que durante toda la actuación se tiene derecho a ciertas prerrogativas, en igualdad de condiciones frente a la Fiscalía General de la Nación. Este enunciado es en verdad importante, porque desarrolla el principio de igualdad de armas y de oportunidades en el proceso penal frente a quien, como ente investigador, está llamado al ejercicio de la acción penal. La consecuencia es clara: si la Fiscalía ha contado con el tiempo suficiente para elaborar los supuestos de una imputación y decide formularla ante el juez de garantías, el procesado y su defensor deben tener la misma garantía temporal para preparar una defensa frente al contenido de la imputación.

Aquí debe tenerse en cuenta el hecho de que originalmente este artículo establecía que esas facultades se aplicaban una vez adquirida la condición de imputado. Fue la Corte Constitucional la que interpretó este enunciado de forma mucho más amplia: en la Sentencia C-799 del 2005^[108], el tribunal estableció

que el derecho de defensa puede ejercerse aun antes de la imputación, cuando precisamente el indiciado ha tenido conocimiento de la existencia de la indagación en su contra.

Es claro, entonces, que el indiciado puede conocer lo investigado desde antes de la imputación, pero no por ello puede concluirse que una vez imputados los cargos deba enterarse integralmente de la estrategia que utilizará la Fiscalía. Dicho conocimiento se debe producir cuando se formula la acusación (escrito, lectura y descubrimiento de elementos probatorios). Antes de la acusación, la defensa tiene derecho a conocer y debatir únicamente los elementos probatorios que presente la Fiscalía, en cualquier audiencia preliminar que tenga por finalidad afectar derechos fundamentales. Desde luego que el fiscal tiene la obligación de descubrir todas las evidencias favorables o desfavorables que guarden relación con la petición que se formula y, en consecuencia, con el derecho que se pretende afectar. Por lo tanto, aun cuando el procesado haya tenido acceso e información del contenido de la actuación procesal antes de la referida audiencia, una vez esta se realice y se conozcan los delitos en concreto que la Fiscalía ha considerado objeto de imputación, debe garantizársele el tiempo y los medios necesarios para que asuma una determinada posición frente a lo pedido por el fiscal.

El mencionado artículo 8.º señala claramente que el derecho de defensa incorpora la facultad de disponer de un “tiempo razonable” y de medios adecuados para la preparación de la defensa; por ello resulta evidente que la norma procesal no solo consagra que la defensa debe contar con los medios adecuados para el ejercicio de sus derechos: también reconoce que el tiempo que se conceda para su preparación debe ser razonable, para lo cual se tendrán en cuenta las particularidades y circunstancias del caso concreto.

3. CONCEPTO DE “PLAZO RAZONABLE”

El concepto de “plazo razonable” que debe ser aplicado en este supuesto ha sido concretado por la doctrina y en especial por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en la experiencia europea. Para

la determinación del plazo en que debe desarrollarse un proceso es necesario considerar: (i) la complejidad del hecho sometido a investigación; (2) la actividad procesal del interesado y (3) la conducta de las autoridades judiciales. En consecuencia, la razonabilidad de los plazos en materia penal está íntimamente relacionada con la complejidad del asunto sometido a la justicia penal y con las actividades desplegadas por los intervinientes.

En los eventos en que la ley haya determinado un plazo para la realización de una actuación procesal concreta se está ante una regla, que puede ser exceptuada cuando las necesidades del caso concreto lleven a pensar que la razonabilidad del plazo es otra. De ahí que, con aplicación de este principio, sea posible redefinir plazos legales y se utilice el sistema de plazos judiciales, siempre que se propenda a la defensa y garantía de los derechos de las partes. Ahora bien: cuando los plazos no estén definidos en el proceso, como sería el caso de la garantía que se propone para la defensa, una vez se haya formulado la imputación (definir situación jurídica), debe entenderse que esta doctrina tiene también aplicación. Entonces, si el caso cumple los requisitos expuestos, es decir, es de ostensible complejidad (conforme a los supuestos que deben tenerse en cuenta, número de intervinientes, etc.), el funcionario podrá utilizar esta doctrina para hacer efectiva la garantía de los derechos, en especial del derecho de defensa del imputado.

En consecuencia, una vez se haya dado a conocer al indiciado, en este momento procesal imputado, la investigación realizada y las consecuencias jurídicas a las que ha llegado la Fiscalía, esto es, una vez se hayan imputado supuestos fácticos y jurídicos, debe haber un plazo razonable, según la complejidad del asunto, para que la defensa tome postura frente a los cargos, porque de lo contrario se afectará el derecho al ejercicio de una defensa eficaz e idónea. Se trata, en consecuencia, de la materialización del denominado principio de “conocimiento oportuno de la imputación”.

Las consecuencias de esta posición otorgan mayores garantías para el procesado, e incluso reportan ventajas para el mismo Estado. En efecto, si la persona investigada cuenta con los medios y plazos adecuados para preparar su defensa y tomar postura frente a lo imputado, la decisión que adopte de ahí en

adelante sobre los cargos (piénsese en el allanamiento o no) y la forma como estructure la defensa (un posible acuerdo con la Fiscalía) serán el resultado de una ponderación de intereses que favorece no solo a quien como imputado decide al respecto, sino también al Estado, que resulta beneficiado del correcto desarrollo de un proceso penal.

Esta posición recalca el entendimiento que se considera correcto del acto de imputación por parte del fiscal. Si se entiende que la imputación no es un simple acto de comunicación, sino que, por el contrario, y teniendo en cuenta la potencialidad de afectación de derechos fundamentales de la persona en este momento procesal, es una etapa en la que debe realizarse el descubrimiento parcial de las evidencias que sirvan para soportar el pedido del fiscal, es claro que la garantía del derecho de defensa sólo es eficaz si se tiene un plazo razonable para tomar postura frente a la imputación solicitada por la Fiscalía. Como se dijo, aun cuando la jurisprudencia ha sido clara en el sentido de permitir a la defensa conocer lo actuado en la etapa de indagación, es perfectamente posible, y de hecho la práctica judicial así lo ha mostrado, que el conocimiento de lo actuado no sea pleno e integral, así como también que aun habiéndose tenido acceso a dicha información se necesite de tiempo para preparar una defensa adecuada.

VIII. AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN PARA INIMPUTABLES

El sistema acusatorio aplica también a las personas inimputables, y en este caso deben cumplirse todas las actuaciones que conforman la estructura del proceso en dicho sistema. En consecuencia, debe realizarse audiencia de imputación a personas que no comprenden la ilicitud de su comportamiento y no tienen capacidad de autodeterminarse. Ahora bien: no olvidemos que la inimputabilidad puede tener diferentes causas, por ello el juez debe determinar si es procedente que se le interroge sobre la posibilidad de aceptar o no los cargos. Si la causa que genera la inimputabilidad no afecta en ninguna forma la comprensión para determinar dicha aceptación y sus consecuencias, el inimputable puede ser interrogado sobre este aspecto o de lo contrario debe omitirse este trámite

procesal.

Los efectos de la aceptación de cargos y de posibles negociaciones, en caso de inimputables, sólo tienen incidencia frente a la terminación anticipada del proceso, pero no respecto de la sanción aplicable, las medidas de seguridad, su duración, ni el tratamiento respectivo.

IX. IMPUTAR NO ES SIMPLEMENTE COMUNICAR FORMALMENTE LA INICIACIÓN DEL PROCESO (DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA AUDIENCIA)

Si bien el concepto legal de formulación de imputación (art. 286 CPP) se anuncia como un acto de comunicación, es obvio que la imputación puede afectar derechos fundamentales, por lo que el juez de control de garantías tiene en este caso una competencia amplia en cuanto a su protección. En otras palabras, la competencia del juez de garantías se extiende al control material sobre la pretensión de la Fiscalía, precisamente debido a los derechos fundamentales que están en juego. Si durante la audiencia de imputación se afectan o se pueden afectar derechos fundamentales, es lógico que deba dársele la oportunidad a la defensa para que controvierta dicha afectación, con base en lo establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En otros términos, el artículo 286 cpp no puede interpretarse exegéticamente en el sentido de que el acto de comunicación es simplemente dar aviso al procesado de la iniciación del proceso penal. La norma citada debe interpretarse de manera sistemática, conforme a la Constitución y las finalidades de la audiencia de imputación, lo cual significa que a la persona sometida a imputación se le deben facilitar todos los medios procesales para defender sus derechos, que, como se dijo, pueden ser afectados a partir dicha audiencia. El término *comunicación* es dar aviso de la iniciación de una etapa procesal, pero el contenido de la audiencia de imputación presupone tener en cuenta criterios sustanciales que apuntan a la protección de derechos fundamentales por medio de la actividad del juez de control de garantías.

Miremos algunos derechos fundamentales que pueden resultar afectados con

la audiencia de imputación:

A. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA^{109}

El derecho a la presunción de inocencia de arraigo constitucional puede quedar en entredicho cuando existe una imputación sin fundamento o defectuosa. En este caso, la exigencia que se hace a la Fiscalía, relativa a la operación lógica de proponer una *inferencia razonable* sobre la autoría o participación del imputado en el delito que se investiga, puede fallar justamente cuando dicha inferencia no observa las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos. Esta situación nos permite sostener que el juez de control de garantías no actúa como un simple observador del acto de imputación. Por el contrario, tiene capacidad de rechazarla cuando la imputación fáctica exigida por el artículo 287 cpp es inconsistente.

Así mismo, el artículo 287 cpp establece que otra de las fuentes para hacer la imputación es la información *legalmente obtenida*. De hecho, no consulta la noción de control de garantías la circunstancia de permitir que la imputación de carácter fáctico esté fundamentada en información obtenida con violación de los preceptos legales o constitucionales. Debe tenerse en cuenta que la imputación es una diligencia que, según su contenido, tiene por finalidad afectar o desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido, el artículo 276 cpp establece que la licitud y la legalidad del elemento material probatorio y la evidencia física dependen de que en la diligencia en la cual se recogen o se obtienen se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las respectivas leyes. En consecuencia, el juez de control de garantías podrá declarar la ilicitud probatoria si encuentra que la fuente de imputación está viciada o ha violado el mandato referido a la prohibición de utilizar determinados medios probatorios (obligación de no declarar contra sí mismo, por ejemplo).

B. DERECHO AL BUEN NOMBRE

El acto de imputación también puede comprometer el derecho fundamental al buen nombre, porque una actuación pública, como lo es la audiencia de imputación, tiene la suficiente entidad para generar descrédito social a la persona investigada. Una atribución vaga o realizada bajo un presupuesto distinto del de una inferencia razonable puede lesionar de manera efectiva el derecho a la honra y al buen nombre. Así la persona sea después exonerada de responsabilidad, la opinión pública pudo haber entendido que estuvo bajo indicios fundados de haber sido autor o partícipe de un hecho punible.

C. DERECHO A LA DEFENSA

Una imputación carente de fundamento, abstracta e imprecisa, tiene entidad suficiente para generar un estado de indefensión, que resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional. El literal *h* del artículo 8.º cpp, a título de principio rector y garantía procesal, establece lo siguiente:

Para efectos de la defensa, el imputado tiene derecho a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan.

El juez de control de garantías puede solicitar a la Fiscalía la precisión adecuada de la imputación o puede rechazar el mencionado acto de postulación cuando de manera ostensible se separe de la Constitución o la ley.

D. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

La precisión de los hechos y su correspondiente denominación jurídica en la imputación constituyen base fundamental para afectar el derecho de la libertad, bien sea adoptando una medida de aseguramiento o profiriendo sentencia condenatoria con base en el allanamiento a los cargos.

El artículo 287 CPP contiene la exigencia de hacer imputaciones fácticas pero teniendo en cuenta supuestos eminentemente normativos (textualmente: autoría

o participación en el delito investigado). El juez de control de garantías tiene que valorar detalladamente, en consecuencia, que los hechos que propone el fiscal en la imputación tengan respaldo probatorio, máxime cuando el numeral 3 del artículo 288 CPP admite la figura del allanamiento a la imputación.

El juez de control de garantías no puede permitir que el imputado se allane a una formulación defectuosa o carente de fundamento, allanamiento cuyo examen posterior por parte del juez de conocimiento se realiza sobre las variables de espontaneidad, libertad y voluntad exenta de apremio (art. 293 CPP). Además, el allanamiento o conformidad es un acto que no permite retractación, excepto que se demuestre una violación de garantías fundamentales o exista un vicio de la voluntad del procesado.

E. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Si bien es cierto que los artículos 15, 125, 142 y 337 de la Ley 906 del 2004 establecen que es deber del fiscal, en la audiencia de acusación, descubrir a la defensa los elementos que haya obtenido dentro de su labor investigativa y sean favorables al imputado, estos artículos no deben entenderse de forma excluyente para la audiencia de formulación de imputación. Por el contrario, dichas normas deben interpretarse de tal manera que se entienda que la audiencia de acusación es la última oportunidad para descubrir esos elementos materiales probatorios y evidencia física, por lo que si en la audiencia de imputación están en poder del fiscal elementos favorables para el imputado y son relevantes para el objeto de esa audiencia, el fiscal debe entregarlos al defensor para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Además, como desarrollo del debido proceso y del principio de lealtad procesal, esos mismos elementos favorables deben ser puestos de presente ante el juez de control de garantías para que éste pueda tomar las decisiones a que haya lugar de manera plenamente informada. Lo anterior encuentra fundamento en una interpretación sistemática de la Ley 906 del 2004 y conforme a la Constitución, de las normas que regulan lo referente a la audiencia de imputación, ya que, como se dijo, en esta audiencia pueden afectarse de manera

intensa múltiples derechos fundamentales, razón por la cual las garantías para el procesado deben maximizarse.

En suma, el juez de control de garantías tiene suficientes herramientas constitucionales y legales para rechazar un acto de imputación o para convalidarlo cuando estén cumplidos o no los supuestos legales y constitucionales. Debemos decir, de la forma más respetuosa, que los argumentos propuestos son suficientes para no compartir la posición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, que entiende la imputación fundamentalmente como un acto de comunicación y como un acto de parte sin controles judiciales de fondo. En decisión de segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia afirmó:

[...] la Corte encuentra oportuno referirse a la mala práctica judicial adelantada por jueces de control de garantías (de magistrados para el caso apelado), relativa a la aprobación o improbación que hacen de la imputación, cuando la misma está llamada a ser un acto de parte, de comunicación al imputado, cuya legalidad está controlada por el juez, sin que sus atribuciones se extiendan a la posibilidad de aprobarla o improbarla; lo cual no excluye que el juez por iniciativa propia pida a la Fiscalía que precise, aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, contenidos en el artículo 288 de la Ley 906 del 2004, especialmente en la relación de los hechos jurídicamente relevantes. De suerte que para el juez de control de garantías, como servidor público que es, no se encuentra norma alguna que lo conmine o lo autorice a aprobar o improbar la imputación, precisamente porque nuestro sistema jurídico concibe tal actividad como un acto de parte, y como tal, no existiendo la posibilidad de decidir sobre su aprobación o improbación, menos podría afirmarse que tal decisión pudiera ser impugnada, como equivocadamente lo entiende el *a quo*^[110].

Los razonamientos de la Corte se distancian de una interpretación sistemática que debe partir de la Constitución y del bloque de constitucionalidad en cuanto a los roles funcionales del juez de garantías, que tienen como finalidad la protección de derechos fundamentales. Las apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia están fundamentadas en una lectura del término “comunicación”, sin

considerar que dicha expresión se refiere a la atribución de comportamiento delictuoso en condición de autor o partícipe. En otros términos, la imputación que se comunica es una categoría que exige valoración probatoria, porque a partir de dicha información, como se afirmó, se inicia la construcción de la responsabilidad penal y empieza a desvirtuarse la presunción de inocencia.

X. AMPLIAS FACULTADES DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS EN MATERIA DE IMPUTACIÓN. EN CONCRETO, EL RECHAZO DE LA IMPUTACIÓN

El juez de control de garantías tiene especiales y amplias facultades para decidir frente a la petición de imputación por parte del fiscal. Lo anterior no solo por cuanto este funcionario está llamado a velar por la legalidad procesal y la garantía de los derechos de los intervinientes, sino también por las posibilidades jurídicas que emanan para dichas personas del acto de imputación. En efecto, la imputación, como forma de vinculación procesal, define la suerte del vinculado y las facultades para ejercer de manera plena los derechos que tienen los intervinientes a partir de esa actuación procesal. Precisamente por esto entendemos el papel activo y amplio que cumple el funcionario judicial.

Resulta difícil exponer aquí todas las posibles actuaciones, posturas y manifestaciones del juez de control de garantías frente a una imputación. No obstante, es factible que el funcionario judicial rechace la solicitud de imputación propuesta por el fiscal por falta de claridad y fundamentación, por ejemplo, porque conoce la existencia de evidencia en contrario que desvirtúa la solicitud de imputación, o porque el fiscal está valiéndose de información obtenida sin el lleno de los requisitos legales, o porque la atipicidad objetiva es evidente, o porque existen causales de extinción de la acción penal, entre otras.

Si el juez de control de garantías está llamado a ser garante dentro del proceso, debe tener la facultad de decidir de plano cuando considere que no se dan los presupuestos necesarios para imputar.

XI. IMPUTACIÓN EN AUDIENCIAS SUCESIVAS Y MODIFICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Ordinariamente el acto de postulación para realizar la audiencia de imputación debe comprender todos los posibles autores y partícipes y todas las infracciones a la ley penal, según los requisitos formales y sustanciales analizados en los acápites anteriores. Sin embargo, es factible realizar la imputación en audiencias sucesivas, cuando en una misma actuación no pueda analizarse la conducta de todos los indiciados o estudiarse todos los delitos investigados. Por ejemplo, puede ocurrir que una de las personas fue capturada en flagrancia y después se identifica a las demás. En este caso, bajo el mismo radicado, pueden realizarse las diferentes audiencias de imputación en tiempos distintos o en diferentes oportunidades.

De la misma manera se pueden efectuar correcciones a la imputación por iniciativa del juez de garantías, por solicitud del fiscal, de la víctima y del ministerio público, cuando los elementos probatorios recaudados después de la primera audiencia de imputación y antes de la acusación lo hagan necesario, y, obviamente, no se haya presentado allanamiento a cargos o realizado acuerdos sobre el objeto del proceso. Los temas desarrollados hacen parte del debido proceso, si se acepta que la unidad procesal es un principio que debe tener aplicación desde el momento en que se inicia la actividad investigativa. En los eventos mencionados no se trata de ruptura de la unidad procesal, sino de actos procesales (audiencias) que hacen parte de una misma actuación denominada *imputación integral*, como presupuesto de la acusación.

XII. CONCLUSIONES

La imputación no puede ser la simple atribución más o menos fundada de un hecho punible a una persona. Es la concreta incriminación a una persona por existir indicios sobre su participación o responsabilidad en un comportamiento delictuoso. Constituye presupuesto para otras actuaciones -por ejemplo, la acusación, la apertura del juicio oral-. En consecuencia, se trata de un acto judicial de garantía para el procesado.

El indiciado, por regla general, debe estar presente en la audiencia de imputación, para ejercer su defensa material. Sin embargo, existen dos supuestos

de no concurrencia del imputado: (a) la renuncia voluntaria al derecho a estar presente en la audiencia, caso en el cual se declara en contumacia, y (b) la imposibilidad de informar o localizar a la persona para que asista a la citada diligencia, circunstancia que permite declararlo persona ausente.

En el caso de la contumacia basta con que el juez de control de garantías verifique los requerimientos realizados (la persona firmó la citación) por parte de la Fiscalía, mientras que la declaración de persona ausente exige la constatación de las actuaciones diligentes de búsqueda ejecutadas por la Fiscalía, lo cual debe estar consignado en los documentos que registren las respectivas diligencias.

En el caso de la contumacia no es necesario realizar actos de emplazamiento, ni reconocimiento de persona ausente, porque es presupuesto de esta situación el que la persona haya sido localizada y se le haya informado de la necesidad de concurrir para que ejerza el derecho de defensa (art. 291). Para la declaratoria de persona ausente son esenciales el emplazamiento y la respectiva decisión en este sentido conforme al artículo 127 del Código de Procedimiento Penal.

Un requisito indispensable para la validez de la audiencia de imputación es la presencia del defensor, bien sea público o de confianza.

El ordenamiento procesal penal establece que la imputación es fáctica, es decir, consiste en la atribución de hechos con relevancia penal. A los hechos que se han delimitado y atribuido debe dárseles la denominación jurídica que corresponda conforme a la prueba existente.

El presupuesto indispensable para el acto de imputación es la denominada “inferencia razonable de autoría y participación”. Este acto tiene fundamento lógico, basado en las reglas de apreciación probatoria que vinculan al fiscal en su acto de postulación y al juez al momento de tomar la decisión.

La imputación debe hacerse con base en los elementos materiales probatorios, la evidencia física o información legalmente obtenida. El fiscal está obligado a rechazar las actuaciones de policía judicial practicadas con desconocimiento de los principios rectores y las garantías procesales.

Son fines de la imputación: el cumplimiento de una función de información a la persona investigada, permitir una adecuada defensa y formalizar la investigación penal.

La imputación debe contener, en primer lugar, la determinación del indiciado, lo cual implica que el ente investigador está obligado a establecer la correcta identificación e individualización para evitar errores judiciales.

La interpretación de las normas del Código de Procedimiento Penal conforme a la Carta y a las normas internacionales de protección de derechos permite sostener que el núcleo central de la imputación está en la relación fáctico-jurídica de hechos en lenguaje comprensible. Por tal razón, es indispensable que dicha relación esté sustentada probatoriamente; así, debe realizarse el descubrimiento de las evidencias o elementos materiales que sirven al fiscal para fundamentar la imputación con el fin de que el procesado pueda llevar a cabo la respectiva controversia. En síntesis, toda afectación de derechos fundamentales debe estar respaldada en elementos probatorios, sometidos a una adecuada controversia.

La imputación es la forma de vinculación del indiciado al proceso; es decir: adquiere capacidad para ser parte y legitimidad procesal. Además, con la imputación empieza a determinarse el objeto de la acusación y, por ende, del juzgamiento.

La imputación determina el límite de tiempo para el perfeccionamiento de la investigación penal, que debe culminar con la preclusión de la investigación o la acusación ante el juez de conocimiento.

En la imputación es necesaria la discusión sobre la argumentación y la exhibición de elementos probatorios con los cuales pretende precisarse la autoría o el grado de participación. Sin embargo, no puede tratarse de un debate abierto sobre todas las instituciones jurídicas con base en las cuales está estructurada la responsabilidad penal.

La audiencia de imputación es pública y ello implica que debe ser anunciada oportunamente.

No es posible capturar a una persona con el único fin de formular imputación, es decir, atribuir un posible hecho delictivo. Únicamente existe, en principio, la excepción de la flagrancia.

Si como consecuencia del control de legalidad de la captura se considera que ésta ha sido ilícitamente realizada, el juez de control de garantías debe poner en

libertad a la persona, sin que tenga que suspenderse la actuación procesal (imputación, medidas de aseguramiento, etc.).

Cuando la captura se realiza en lugares lejanos que impiden la inmediata realización de las audiencias de imputación y de legalización de la captura dentro del término constitucional, debe procurarse que la privación de la libertad no se extienda indebidamente, para lo cual es necesario informar a la autoridad correspondiente sobre las circunstancias de la captura. Es decir: en ningún caso la captura puede ser secreta.

La audiencia de imputación no es solo un acto de comunicación. El artículo 286 cpp no puede interpretarse en el sentido literal de que el acto de comunicación consiste simplemente en dar aviso al indiciado de la iniciación del proceso penal. Por el contrario, la mencionada norma debe interpretarse de manera sistemática y conforme con la Constitución y las finalidades de la audiencia de imputación, lo cual significa que a la persona a quien se le formula la imputación deben facilitársele todos los medios procesales para defender sus derechos y evitar la afectación irregular.

Por lo anterior, el juez de control de garantías goza de amplias facultades en la audiencia de imputación, entre las que se destaca la posibilidad de rechazar la imputación del fiscal por tratarse de un acto de postulación, sometido a la consideración del juez.

La imputación es la diligencia judicial que da inicio al proceso penal. Se desarrolla con la actividad concurrente del fiscal y el juez de control de garantías. El primero, con base en evidencias recaudadas conforme los mandatos que regulan esta materia, formula solicitud de imputación y para tal fin debe demostrar la existencia de un hecho que reviste características de delito y la probabilidad de participación o autoría del indiciado. El segundo puede rechazarla, devolverla para corrección o impartir aprobación.

Cuando existe concurrencia de personas en la realización del comportamiento ilícito o conexidad de delitos, la normatividad procesal no le impone al fiscal la obligación de agotar las imputaciones en un solo acto procesal (una sola audiencia), en virtud de lo cual es indiscutible que pueden convocarse audiencias sucesivas según la dinámica que se imprima a la actuación procesal, por razón de

las circunstancias que se presenten, tanto fácticas como jurídicas. Por ejemplo, puede ocurrir que uno de los partícipes sea capturado en flagrancia y otro deba ser declarado en contumacia o ausente.

Conforme al ejemplo propuesto es imposible realizar una sola audiencia de imputación, lo cual obliga a ejecutar actos independientes (imputación) en relación con cada uno de los indiciados. No significa que se rompa la unidad procesal: basta con formular un solo escrito de acusación, y esto es posible porque se trata de actos de una misma actuación procesal; en otros términos, lo que se busca es reunir o acumular los diferentes actos de imputación en un solo escrito de acusación.

Debe aplicarse la misma regla en caso de conexidad de delitos, en el sentido de convocarse a sucesivas audiencias para formular la imputación, según las evidencias que el fiscal vaya recolectando. Oportunamente, puede presentar una sola acusación y, en caso de que el escrito haya sido entregado pero no se haya realizado la audiencia de lectura de acusación, puede efectuar las adiciones y correcciones pertinentes.

Los actos procesales de imputación pueden ser modificados, adicionados o corregidos antes de que se formule la acusación.

PARTE SEGUNDA

FACTORES DE COMPETENCIA Y ROLES DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LAS DIFERENTES AUDIENCIAS DEL PROCESO

CAPÍTULO PRIMERO

Los factores de competencia penal

I. CONCEPTO DE “COMPETENCIA”

La “competencia” significa que el legislador asigna el conocimiento de las causas penales a determinados funcionarios de la jurisdicción, para lo cual señala ciertas pautas de distribución del trabajo judicial. Es la medida y la forma como se reparte la jurisdicción entre las diferentes autoridades judiciales¹¹¹³ (la competencia presupone la jurisdicción¹¹¹⁴). La importancia de este concepto para el proceso penal no radica sólo en la asignación funcional que el legislador realiza para el ejercicio de la jurisdicción, sino también en que la competencia hace parte del derecho fundamental denominado “debido proceso”.

Al lado del debido proceso aparecen principios procesales tan importantes como el del *juez natural*. El juez instituido por la ley de forma general, abstracta y anterior al hecho que se juzga es una garantía legal y constitucional que se hace efectiva por medio de las normas sobre competencia, que constituye una garantía ciudadana y, al mismo tiempo, la manifestación de la soberanía del Estado atribuida a uno de sus órganos, con el objetivo de desarrollar organizadamente la administración de justicia.

Son razones de diversa índole las que justifican y fundamentan la competencia. Se busca la distribución equitativa de los procesos entre los diferentes despachos judiciales, lo cual hace efectivo el criterio de jerarquía entre ellos. Así mismo, para el procesado resulta de utilidad la existencia de normas al respecto, porque ellas promueven el ejercicio efectivo del derecho de defensa en condiciones favorables. El hecho de que en materia penal, por regla general, se atribuya la competencia al juez del sitio donde ha ocurrido el delito hace más fácil para el Estado la tarea investigativa (recaudo de evidencia, etc.), y al procesado, el ejercicio adecuado del derecho de defensa.

La legislación procesal penal contiene los factores que permiten asignar un caso a un determinado funcionario para el ejercicio de la investigación y el correspondiente juzgamiento de una conducta que admita reproche penal. Se han escogido diferentes criterios, que no siempre permiten una respuesta exacta a las cuestiones de competencia, porque en los casos concretos deben combinarse las

diversas variables para determinar el funcionario que deba adelantar el trámite^{113}. Los factores de competencia pueden definirse de la siguiente forma:

A. FACTOR TERRITORIAL

El factor territorial, como criterio para determinar la competencia, hace referencia al espacio dentro del cual el funcionario judicial ejerce su actividad. Es lo que CARNELUTTI llama “distribución horizontal de la competencia”^{114}. Es la fragmentación que se hace del espacio territorial de cada estado, y en donde se asigna a un funcionario una determinada sección para que se encargue de los procesos que surjan en ella^{115}.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ha dividido el territorio para el ejercicio de la jurisdicción en distritos, circuitos y municipios en relación con todas las especialidades (laboral, civil, administrativo y penal). En la jurisdicción penal, el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal reconoce la regla básica según la cual el juez conoce los casos de conformidad con esta distribución geográfica. Según el factor territorial, los funcionarios judiciales son competentes para conocer las conductas delictivas cometidas dentro del territorio de su jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia tiene competencia en todo el territorio nacional; los tribunales superiores, en su distrito; los jueces penales del circuito, en el respectivo circuito; los jueces municipales, en el municipio correspondiente. Al lado de esta regla aparece el artículo 43 cpp, que contiene el viejo criterio *forum commisi delicti*, de conformidad con el cual es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde se cometió el delito.

En cualquier caso, debe aclararse que el factor territorial de competencia tiene incidencia tanto para la investigación como para el juzgamiento. Si bien el artículo 250 de la Constitución asigna a la Fiscalía la competencia para la investigación en todo el territorio nacional, el hecho y la necesidad de tener una investigación vigilada por los jueces de control de garantías obligan al ente acusador a respetar las reglas de competencia territorial de los jueces municipales que ejercen esta función. En consecuencia, la ley y la jurisprudencia

concretan la forma de combinar estos aspectos.

Por ejemplo, el artículo 44 CPP determina que no se siguen las reglas para la fijación de competencia territorial “cuando en el lugar en que debiera adelantarse la actuación no haya juez, o el juez único o todos los jueces disponibles se hallaren impedidos”. En estos eventos corresponde a la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales disponer el traslado de un juez para que atienda el desarrollo del proceso. Otra cosa ocurre con los jueces de conocimiento. En estos casos deben respetarse los demás factores que determinan la competencia por la clase de delitos y los autores de los hechos. En consecuencia, la definición de competencia debe atender los principios constitucionales de inmediación, publicidad, oralidad y concentración^{116}.

Por otro lado, la jurisprudencia también consideró, frente a la función de control de garantías, una especie de competencia a prevención siguiendo los términos del artículo 39 de la Ley 1142 del 2007. No obstante, con la modificación introducida por el artículo 48 de la reciente Ley 1453 del 2011, para definir la competencia de juez de control de garantías hoy se siguen las siguientes reglas:

a. Cuando el acto de postulación sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia (para juzgamiento) esté asignado a juez penal municipal o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías debe ser ejercida por otro juez municipal del mismo lugar, sin importar su especialidad, o, a falta de este, el del municipio más próximo (primer inciso del artículo 48 de la Ley 1453 del 2011).

b. Si el lugar de la comisión del hecho pertenece a un circuito en el que existan cuatro o más jueces municipales, el Consejo Superior de la Judicatura puede determinar las plazas de jueces que exclusivamente ejercerán la función de garantías (parágrafo 2.^o del artículo 48 de la Ley 1453 del 2011).

c. Así mismo, se establecieron jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde sólo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el

que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, o cuando haya problemas de seguridad de los funcionarios (parágrafo 3.º del artículo 48 de la Ley 1453 del 2011).

Podría interpretarse que la modificación introducida por la Ley 1453 del 2011 al artículo 39 cpp que derogó la anterior modificación que a esa norma había realizado también la Ley 1142 del 2007 implicó la eliminación de su contenido normativo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que lo que la Ley 1453 del 2011 hizo en realidad fue ampliar la excepción a la regla general de competencia por el factor territorial, permitiendo que *cualquier juez* penal municipal (independientemente de su especialidad) sea competente para conocer de la captura y de las demás solicitudes de la Fiscalía relacionadas con dicha aprehensión. Ha dicho la jurisprudencia:

En tales condiciones, resulta fácil advertir que la regla general consiste en que la función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal, tal como se extrae del primer inciso del artículo 39.

Sin embargo, el anterior supuesto no opera con relación al funcionario judicial a quien le corresponda actuar como juez de conocimiento, puesto que en este caso se activa el factor territorial.

Ahora, examinada la evolución normativa del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, se advierte que el legislador en la Ley 1453 fue claro en sentar que la función de control de garantías la ejerce cualquier juez penal municipal, sin importar el lugar en que ocurrió el acontecer fáctico, y respecto de los asuntos que conoce la Corte Suprema de Justicia, el control de garantías estará a cargo de un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Es cierto que el artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 3º de la Ley 1142 de 2007, reglaba que la función de garantías debía ser ejercida por un juez penal municipal del lugar donde se cometió el delito, pero tal condicionamiento

desapareció con la Ley 1453 de este año.

No obstante lo anterior, la Corte debe precisar que tal modificación normativa no puede llevar al despropósito de que la escogencia del juez de control de garantías sea un acto arbitrario o caprichoso de las partes e intervinientes, alejado de todo criterio razonable, pues ello implicaría autorizar la libre elección del juez, lo que comprometería la objetividad de la Fiscalía y podría generar también afectación del derecho a la defensa, cuando se acuda a un juez de garantías muy alejado o de difícil acceso para el implicado.

De tal manera, es menester puntualizar que la función de control de garantías preferentemente debe ser ejercida por el juez del lugar donde se cometió la conducta. Sin embargo, ello no obsta para que pueda cumplirla un funcionario de territorio diferente, siempre que exista alguna circunstancia especial que aconseje no acudir ante el juez del sitio donde ocurrió el hecho, como cuando el sujeto haya sido aprehendido en área distinta, o se encuentre privado de la libertad en establecimiento carcelario de lugar diferente al de la comisión del acontecer fáctico, o sea en otro territorio donde deban recopilarse las evidencias físicas o los elementos materiales probatorios pertinentes al caso^[4117].

Las excepciones a la regla general de la competencia en razón del lugar donde se realiza el ilícito, que consagra la Ley 1453 del 2011, son taxativas y transitorias, aplicables si el fiscal que hace la petición tiene las evidencias en dicho lugar para sustentar la solicitud, porque de esa manera se garantiza, entre otras cosas, el derecho de defensa. Una vez solucionado el problema conforme a las mencionadas normas excepcionales, debe reconducirse el proceso a las reglas generales de competencia.

Si realizado el control judicial de la captura el fiscal formula imputación, solicita imposición de medida de aseguramiento o presenta cualquier otra solicitud dentro del mismo asunto, el juez municipal o promiscuo municipal o el de la especialidad distinta que sea competente conforme a las reglas mencionadas *no pueden* negarse a resolver las solicitudes realizadas en la

actuación concentrada, en tanto dicha actividad no requiera la intervención del juez de conocimiento, en casos excepcionales -por ejemplo, resolver sobre pedimento de preclusión.

La legislación añade que cuando no sea posible determinar el lugar de ocurrencia del hecho o haya sido realizado en varios lugares, o este sea incierto o en el extranjero, la competencia del juez de conocimiento se fija por el lugar donde la Fiscalía General de la Nación formule la acusación, que se efectuará en el sitio donde se encuentren los elementos probatorios que la respaldan.

La misma regla se sigue para escoger el juez de control de garantías, pero su selección no significa en absoluto la determinación del juez de conocimiento. Obviamente, esta última consideración es compleja por la forma de comisión de ciertos delitos y, en consecuencia, pareciese que la Fiscalía puede discrecionalmente fijar el lugar de competencia de conformidad con las exigencias de la acusación, siempre que no se lesione el derecho de defensa.

I. TEORÍAS PARA DETERMINAR EL FACTOR TERRITORIAL

Debe anotarse que la fijación de competencia por el factor territorial, de conformidad con el principio *forum commissi delicti*, no puede desconocer las reglas que para este caso define la legislación penal sustantiva y, por la misma razón, deben atenderse las siguientes corrientes doctrinarias:

a. TEORÍA DE LA ACTIVIDAD

La competencia territorial de los jueces está determinada por el lugar en el que el autor ha ejecutado la acción típica (si se exteriorizó el sentido delictivo del comportamiento) o donde debía haber actuado si se trata de omisiones. En este último caso, a pesar de no poderse establecer una empírica exteriorización de la conducta en un sitio concreto, es necesario insistir en el sentido comunicacional del comportamiento, por lo que en caso de omisiones se refiere al lugar de cumplimiento del deber.

b. TEORÍA DEL RESULTADO

La competencia se fija por el lugar donde ha ocurrido o debió producirse el resultado típico. Algunos autores equiparan la producción del resultado con la consumación del delito. No obstante, debe entenderse que cuando se hace referencia al resultado se parte de la constatación de una consecuencia jurídica en derecho penal, independientemente de la calidad que ésta pueda asumir. Una tentativa delictiva merece reproche penal y, como tal, puede servir de punto de partida para establecer el juez o funcionario competente. Ahora bien: algunos delitos tradicionalmente caracterizados como de mera actividad no presentan un resultado material concreto perceptible, por lo que en estos casos se impone la necesidad de considerar como resultado el previsto con significado delictivo.

c. TEORÍA DE LA UBICUIDAD

De conformidad con esta teoría, la competencia se fija en consideración del lugar donde hayan ocurrido la acción, la omisión o el resultado jurídico. Indistintamente se aceptan éstos como lugares de comisión del delito.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “la competencia territorial de los jueces, ha dicho la Sala de acuerdo con la preceptiva del artículo 14 del Código Penal, se determina legalmente [...] atendiendo la equivalencia de acción y resultado, indistintamente se acepta como lugar de comisión del delito, el de ejecución de la acción como el del resultado (teoría de la ubicuidad)”^{[4118](#)}.

d. COMPETENCIA A PREVENCIÓN

Las teorías mencionadas deben complementarse con el factor de la competencia a prevención que opera para aquellas situaciones en las cuales no existe certeza sobre el lugar de comisión del delito o cuando este fue cometido en varios lugares, en sitio incierto o en el extranjero, casos en los cuales la competencia se fija al combinar el factor objetivo y el lugar en donde primero fue formulada la acusación, para lo cual debe tenerse en cuenta el sitio donde se encuentren los

elementos materiales probatorios, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 906 del 2004. En otras palabras, se aplica la regla general según la cual el juez competente es el del lugar de la comisión delictiva, pero si el hecho tiene una dinámica especial debido a su comisión en varios lugares, se sigue la regla de la competencia territorial a prevención, siempre con base en los siguientes elementos o factores:

I. Fijación por el lugar de la formulación de la denuncia

Cuando se trate de delitos que no han sido investigados de oficio, sino a instancia de parte, puede acudir al juez del territorio en el cual haya sido formulada primero la denuncia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha sentado jurisprudencia frente a ciertos delitos, como la inasistencia alimentaria, en el que la denuncia no determina necesariamente el ámbito territorial de conocimiento, sino que se acude a otras variables como el interés del menor, en virtud del cual se sigue la regla de fijación del lugar donde la Fiscalía formule la acusación.

Si este juez ante quien se presenta el escrito de acusación no manifiesta su incompetencia en la audiencia dispuesta para el estudio de la acusación, opera la prórroga de competencia del artículo 55 cpp, salvo que, por el factor subjetivo, el conocimiento radique en un funcionario de superior jerarquía. Cabe precisar que, tras la presentación del escrito de acusación, si el titular del derecho a percibir alimentos o su representante legal cambian el lugar geográfico de su residencia, ese hecho no altera la competencia, ni genera ninguna variación para el juzgamiento^{119}.

2. Fijación por el lugar de concentración de los esfuerzos de investigación

Para el caso de delitos complejos que implican la participación de varias personas y la realización de varias acciones, como podría ser el caso del lavado de activos, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el lugar para fijar la competencia debe ser donde se hayan concentrado los esfuerzos investigativos.

Si existen varias conductas que comprendan la captación masiva y las operaciones financieras posteriores por medios electrónicos, la Fiscalía puede escoger de forma ponderada el lugar para la presentación del escrito de acusación. En ningún caso le está permitido al juez de control de garantías negarse a conocer la imputación una vez legalizada la captura, si la Fiscalía demuestra que los esfuerzos de investigación están concentrados en el lugar de aprehensión de uno de los autores, sin importar el ámbito territorial donde fueron consumadas las múltiples conductas que conforman el delito^{120}.

En el caso del delito de rebelión, la Corte Suprema de Justicia considera que, por la naturaleza del hecho punible, el ámbito de competencia se extiende a todo el territorio nacional. En consecuencia, no interesa el lugar de la aprehensión, ni el área donde opera el grupo subversivo, porque debe seguirse la regla de competencia general por la naturaleza del delito y, de esta manera, cualquier juez es competente para adelantar la actuación, en aplicación del factor de competencia objetiva. A este respecto dice la Corte Suprema de Justicia:

El ámbito territorial del delito de rebelión es todo el suelo patrio, pues es el gobierno el que pretende ser derrocado, o su régimen constitucional o legal suprimido o modificado, y en ese sentido las organizaciones armadas, como sucede en este caso con las FARC, responden a una sola acción nacional y no a la específica región donde adelantan operaciones sus frentes^{121}.

3. Fijación por el lugar donde primero se hubiere iniciado la investigación

En caso de haberse iniciado la investigación de forma simultánea en varios sitios, el funcionario competente será el juez del lugar en el cual es aprehendido el imputado y, si fueren varios los capturados, el del lugar en que se llevó a cabo la primera aprehensión. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia limita la regla del lugar de la captura del imputado cuando ésta ocurre en distrito judicial distinto de aquel en el cual está el proceso^{122}, lo cual significa que el proceso debe adelantarse donde se esté realizando la actividad procesal.

En materia de competencia territorial deben tenerse en cuenta los siguientes

supuestos complementarios fijados por la jurisprudencia:

a. Generalmente la competencia está determinada por el lugar donde el delito se consumó (en el sentido aquí explicado), si existen varios lugares de consumación, cualquiera de los funcionarios por el ámbito territorial resulta competente conforme a la aplicación de la regla de competencia a prevención.

b. En el caso de concurso se sigue la misma regla. Cualquiera de los lugares donde se haya consumado uno de los delitos permite radicar la acusación, pero sin olvidar los criterios de conexidad y de prevención.

c. La definición de competencia no puede desconocer los presupuestos de la unidad procesal. Por tal razón, cuando haya una pluralidad de delitos o de autores y partícipes debe adelantarse un solo proceso, aunque los imputados o capturados se encuentren en diferentes sitios. A estos efectos el uso de las tecnologías a distancia puede solucionar problemas de orden práctico, como el traslado de detenidos a distintos lugares.

B. FACTOR OBJETIVO

Responde a la materia del asunto sometido a la jurisdicción y, en consecuencia, es un aspecto de naturaleza esencialmente cualitativa que a su vez determina las jerarquías de conocimiento de conformidad con la gravedad de la conducta enjuiciada. Esto es lo que se conoce como *competencia por razón de la materia*^{123}. Como se afirmó, este factor es especialmente importante en los procesos penales por cuanto la naturaleza de algunos delitos define al funcionario de conocimiento.

Así por ejemplo, los delitos de genocidio o aquellos adelantados contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario son de competencia de los jueces penales del circuito especializados^{124}. Dicho en otras palabras, los nuevos tipos penales, que dan respuesta a las diferentes formas de criminalidad, son un claro ejemplo de la determinación de competencia por el factor objetivo.

Para la Corte Suprema de Justicia el factor objetivo está sustentado en la

naturaleza de la conducta y, por lo tanto, implica un examen de especialidad. Es decir: las conductas que no están asignadas a ningún funcionario deben otorgársele a aquel a quien, según la función, le corresponde la cláusula general de competencia. En palabras del alto tribunal,

depende de la naturaleza del delito por el cual se procede, es decir, pondera únicamente si el legislador asignó el conocimiento del comportamiento delictivo a determinada categoría de juzgadores o si, por el contrario, corresponde a los funcionarios que en virtud de la cláusula general de competencia deben de todos aquellos diligenciamientos que no hayan sido asignados a otra autoridad judicial^[125].

C. FACTOR SUBJETIVO

Como su nombre lo indica, se refiere a las condiciones del sujeto pasivo de la investigación y el juzgamiento penal. Normalmente implica considerar el fuero de la persona investigada por el cargo que ostenta en el momento de la comisión del delito, por ello la competencia se determina según la calidad o condición del que interviene como autor o partícipe. Desde este punto de vista, la doctrina generalmente tiene en cuenta dos variables que califican la fijación de competencia de conformidad con este factor: (1) la comisión del hecho por regla general (excepción hecha de los congresistas) debe haber tenido ocurrencia durante el ejercicio del cargo y (2) la naturaleza de la conducta debe estar en relación con la función asignada al autor del comportamiento ilícito.

La legislación procesal asigna a la Corte Suprema de Justicia la siguiente competencia especial de juzgamiento por razón del cargo:

I. FUNCIONARIOS CON FUERO CONSTITUCIONAL

El fuero es la condición personal que se adquiere por el ejercicio de un cargo o el cumplimiento de determinadas funciones, lo cual permite asignar competencias a ciertos funcionarios judiciales para la investigación y el juzgamiento de algunos servidores públicos. Tal asignación se hace a funcionarios judiciales de una

jerarquía superior de la que correspondería bajo las reglas generales de competencia para ese tipo de conductas.

El fuero opera desde dos perspectivas distintas: (1) como garantía del procesado, para que un funcionario de mayor jerarquía conozca de su causa; (2) como garantía para la sociedad y los fines del proceso, para que el resultado de la investigación y el juzgamiento sea lo más ajustado al principio de justicia. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema:

Partiendo del significado natural y obvio de dicho vocablo, la Sala en pretérita ocasión sostuvo que el fuero como institución jurídica tiene dos connotaciones fundamentales: De una parte, es una prerrogativa que la Constitución y las leyes reconocen a las personas que desempeñan ciertas funciones públicas, en atención a la naturaleza de la función o a la dignidad del cargo, para que únicamente puedan ser investigadas y juzgadas por funcionarios judiciales de determinada jerarquía o especialidad.

[...]

Desde otro punto de vista, el fuero materializa la facultad del Estado consagrada en la Constitución y en las leyes, de asignar exclusivamente a determinados funcionarios judiciales la competencia para la investigación y el juzgamiento de ciertos delitos, o de los ilícitos cometidos por algunos servidores públicos en ejercicio de sus funciones^[126].

Los funcionarios con fuero constitucional están enunciados o mencionados en los artículos constitucionales 174 y 235 numeral 2. La primera norma se refiere a los supuestos de ejercicio de funciones judiciales por parte del Congreso de la República, por ello debe entenderse que la competencia de la Corte queda supeditada a que el juicio político que adelanta el Senado, de conformidad con el artículo 175 de la Carta, determine que el aforado cometió delitos relacionados con ejercicio del cargo y merece otra pena distinta de la destitución o privación temporal o absoluta de los derechos políticos. Si se trata de delitos comunes que no tienen relación con el cargo, el Senado se limita a decidir sobre el aspecto de procedibilidad relacionado con la necesidad del seguimiento de causa, evento en

el cual adquiere competencia la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con la doctrina de la Corte Constitucional,

Para la Corte es evidente que el sentido de las anteriores normas constituye un requisito de procedibilidad para que pueda producirse la intervención de la Corte Suprema de Justicia, como lo señala en forma clarísima el artículo 235 que consagra la competencia de juzgamiento, en estos precisos términos: “Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.” Todas estas reglas procesales de forma y contenido constitucionales, están destinadas a preservar la autonomía y la dignidad de los cargos amparados con el fuero. En lo que concierne al Presidente de la República, anteriormente se ha reproducido lo que establece el artículo 199 de la C. P. [\[127\]](#).

2. INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LOS SENADORES Y REPRESENTANTES A LA CÁMARA

Los congresistas tienen fuero pleno, lo cual significa que durante del ejercicio del cargo los investigará y juzgará la Corte cualquiera sea el delito cometido. El fuero se extiende para los comportamientos ilícitos realizados antes de que hayan tomado posesión del respectivo cargo como senadores o representantes y siempre que no hayan sido juzgados. Cuando pierdan la condición de congresistas conserva competencia la Corte solamente para los delitos que guarden relación con la función, como se precisará a continuación.

Como ya se dijo, los miembros del Congreso de la República son investigados y juzgados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. No han sido pocas las discusiones que se han dado últimamente en este punto como consecuencia del número de procesos que tramita el alto tribunal. En verdad, el debate sobre el mantenimiento de competencia de la Corte a pesar de la renuncia al cargo se vincula al problema anotado que relaciona el fuero y la función.

La actual doctrina de la Corte está orientada en el sentido de mantener el fuero cuando se trate de delitos propios, esto es, los que tienen relación con el

servicio. Si el delito se realizó con ocasión de las funciones de congresista o en relación con ellas, el juez natural seguirá siendo la Corte Suprema aun cuando se renuncie a la investidura^{128}.

La Corte privilegia en este caso la interpretación procesal con fundamento en el artículo 235 superior, que prevé en su párrafo una competencia exclusiva de ese tribunal al afirmar que con el cese en el ejercicio de los cargos el fuero sólo se mantendrá para los delitos que tengan relación con las funciones desempeñadas.

Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance del fuero constitucional de los parlamentarios y su diferencia con la inmunidad. Dentro de dichas decisiones merece destacarse la Sentencia SU-047 de 1999^{129}.

3. INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS MENCIONADOS EN EL ARTÍCULO 235, NUMERAL 4, DE LA CONSTITUCIÓN (ACTO LEGISLATIVO 06 DEL 2011)

El numeral 4 del artículo 235 de la Constitución, tal y como fue modificado por el artículo i.º del Acto Legislativo 06 del 2011, estableció como atribución de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del fiscal general, el juzgamiento por los hechos punibles imputados a altos funcionarios del Estado.

Así mismo, el numeral i del artículo 251 de la Constitución, también modificado por el acto legislativo citado, le da facultades a la Fiscalía para investigar y acusar a los altos servidores que gocen de fuero constitucional. Estas competencias pueden delegarse en el vicefiscal o en los delegados ante la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo consagró el Acto Legislativo 06 del 2011.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia actúa a instancias de la Fiscalía General de la Nación. El fiscal general de la Nación (de conformidad con el Acto Legislativo 06 del 2011) debe acusar ante la Corte a ministros del despacho, al procurador general, al defensor del Pueblo, a los agentes del ministerio público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales,

a los directores de los departamentos administrativos, al contralor general de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen^{130}.

En estos casos la competencia de la Corte está limitada únicamente a la etapa de juzgamiento, de esta forma se aplican los lineamientos del sistema acusatorio.

4. OTROS ALTOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

Por disposición de la ley, la Corte Suprema de Justicia también adelanta el juzgamiento a instancias de la acusación de la Fiscalía en las actuaciones penales seguidas contra el viceprocurador general de la Nación, el vicefiscal general de la Nación, los magistrados de los consejos seccionales de la Judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y tribunales, los procuradores delegados, los procuradores judiciales grado II, el registrador nacional del estado civil, el director nacional de Fiscalías y los directores seccionales de Fiscalía.

5. COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES DE DISTRITO JUDICIAL POR RAZÓN DEL FUERO

Los tribunales de distrito judicial de la jurisdicción penal tienen competencia por el factor subjetivo para conocer de las actuaciones adelantadas a los jueces del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, municipales, de menores, de familia, penales militares, procuradores provinciales, procuradores grado I, personeros distritales y municipales cuando actúan como agentes del ministerio público en el trámite de procesos penales, y a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Así mismo el Tribunal Superior de Bogotá, por intermedio de uno de sus magistrados, cumple la función de juez de garantías, en los casos de competencias atribuidas a la Corte Suprema de Justicia y las decisiones que profiera carecen de recurso de apelación. En todos los demás casos la función de

juez de garantías la cumplen los jueces municipales.

E. FACTOR FUNCIONAL ^{131}

Este factor es reconocido como la competencia para definir determinados asuntos que hace la ley en virtud de la jerarquía de los jueces, a quienes corresponde resolver y revisar las decisiones de sus inferiores, o definir situaciones que expresamente dispone la normatividad procesal, como el cambio de radicación o la fijación de la propia competencia^{132}. Como afirma Peña Peña, “en este factor de la competencia el principio de la doble instancia se realiza plenamente”^{133}. Desde este punto de vista, la asignación funcional de competencia se distribuye de la siguiente manera:

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce funcionalmente:

- Del recurso de casación;
 - De la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriadas hayan sido proferidas en única o segunda instancia por esta corporación o por los tribunales;
 - De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores;
 - De la definición de competencia cuando se trate de aforados constitucionales y legales, de competencia de tribunales o de juzgados de diferentes distritos;
 - De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro durante el juzgamiento.

Los tribunales superiores del distrito judicial conocen funcionalmente:

- Del recurso de apelación de los autos y sentencias que sean proferidos en primera instancia por los jueces penales de circuito y los jueces especializados;
 - De la acción de revisión contra sentencias proferidas por los jueces penales

de circuito y los especializados, y preclusiones proferidas en investigaciones por delitos de su competencia;

- De las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo distrito;
- De la definición de competencia de los jueces del mismo distrito y del recurso de apelación interpuesto en contra la decisión del juez de ejecución de penas cuando se trate de condenados por delitos de competencia de los jueces penales de circuito o especializados.

Los jueces penales del circuito

Conocen del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales, o de las decisiones adoptadas cuando ejerzan la función de control de garantías. Asimismo, de la definición de competencia de los jueces penales o promiscuos municipales del mismo circuito.

II. OPORTUNIDAD PARA ALEGAR LA INCOMPETENCIA Y PRÓRROGA

Tradicionalmente se ha entendido que la prórroga de la competencia es la facultad que tienen las partes para convenir, expresa o tácitamente, en ser juzgadas por un tribunal diferente de aquel a quien conforme a la ley corresponda el conocimiento del asunto^{134}. No obstante, en materia penal y de acuerdo con la ley procesal, el artículo 55 cpp establece que si no se manifiesta o alega la incompetencia en la audiencia de acusación, salvo que ésta se origine por el factor subjetivo o esté radicada en funcionario de superior jerarquía, la competencia se entiende prorrogada. Pasado este término, si el juez de oficio o a petición de parte se encuentra frente a una causal de incompetencia sobreviniente (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral), remitirá el asunto al funcionario que deba definir la competencia para que éste, en el término de tres días, adopte de plano las decisiones a que hubiere lugar.

La lectura de la norma permitiría entender que la audiencia de acusación es el único escenario para impugnar la competencia del funcionario^{135}. No obstante,

la propia jurisprudencia aclaró que tanto en la imputación como en la acusación y en los momentos procesales “de solicitud de preclusión y de verificación del preacuerdo se puede impugnar la competencia. En el caso de los preacuerdos cuando éste ha sido realizado antes de la presentación del escrito de acusación [...], pues se trata de un aspecto que se debe resolver de manera previa a la continuación del trámite respectivo”^{136}. Lo anterior debe extenderse a cualquier audiencia preliminar para cuya validez la ley fija en un determinado funcionario dicha competencia (investigaciones de aforados).

En caso de presentarse la terminación anticipada por vía de la figura del allanamiento a los cargos (arts. 293 y 351.i, Ley 906 del 2004), la controversia sobre la competencia podrá plantearse en la audiencia de verificación de la aceptación. En este sentido se aplica la regla general según la cual, antes de la acusación es factible la variación de competencia, tanto en el trámite ordinario como en el trámite de terminación anticipada. Para efectos de definición de competencia, el juez que considere que carece de competencia o ésta se le impugna o cuestiona, debe enviar la actuación al superior jerárquico del juez de la causa para que en el término de tres días adopte la decisión a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 54 y 341 de la Ley 906 del 2004.

La Corte Suprema de Justicia ilustra las posibles consecuencias de la prórroga irregular de competencia, para efecto de determinar si constituye causal de nulidad. La corporación sienta la siguiente posición:

Sea aquí del caso examinar la incongruencia que existe entre los artículos 55 y 456, cuando el primero señala que la prórroga no comprende los casos en los cuales la competencia quede radicada en funcionario de superior jerarquía, mientras el segundo establece como causal de nulidad, en cuanto a ese aspecto, solamente la eventualidad de que el conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializado, de donde surge la paradoja según la cual en caso de variar la competencia de un juez municipal a uno de circuito, no se produce su prórroga y, sin embargo, no hay lugar a decretar la nulidad si el juez municipal continúa con el conocimiento del asunto.

Considera la Sala que esa incoherencia legislativa debe resolverse mediante una

interpretación sistemática, en el sentido de entender que se trata de dos disposiciones complementarias entre sí, en tanto solamente encuentran fundamento si se aplican simultáneamente, de manera que la imposibilidad de que se configure la prórroga en los casos referidos en el inciso primero del artículo 55 tiene explicación únicamente si se acepta que la no alegación de incompetencia genera nulidad.

Imperioso, por tanto, resulta concluir que si un juez municipal asume el conocimiento de asunto de competencia de un juez penal del circuito y esa irregularidad no se subsana por vía del trámite de incompetencia, tal situación constituye nulidad.

[...]

Es de anotar que la prórroga de competencia también puede presentarse cuando con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación el procesado acepta parcialmente los cargos o celebra algún preacuerdo con la fiscalía, de modo que si por esa circunstancia varía la competencia, tal eventualidad debe ser manifestada oportunamente, so pena de operar la comentada figura, salvo si se trata del factor subjetivo o si la competencia queda radicada en funcionario de superior jerarquía^[4137].

De conformidad con lo mencionado, la prórroga de competencia opera bajo las siguientes reglas: (1) si existe un proceso en el cual se varía la calificación jurídica del delito, y se convierte en una conducta asignada a un juez de menor jerarquía, puede operar la prórroga de competencias si no se alega oportunamente la incompetencia; (2) cuando existe concurso de delitos y desaparece el que corresponde conocer al juez de mayor jerarquía puede operar la prórroga de competencia en los términos explicados (ruptura de la unidad procesal); (3) en los casos de terminaciones anticipadas del proceso puede operar la prórroga de competencia aplicando las reglas anteriores, y teniendo en cuenta que esta situación (terminación anticipada) puede constituir una causal sobreviniente de variación de la competencia. No procede la prórroga en los siguientes casos: (4) si en un proceso en el cual se investiga un delito asignado a un juez de menor jerarquía se varía la calificación jurídica y éste es asignado a un juez de mayor jerarquía, no puede operar la prórroga de competencia; (5)

cuando existe una variación de competencia por causales subjetivas tampoco puede operar la prórroga de competencia; (5) finalmente, la prórroga irregular de competencia genera nulidad.

Debe anotarse de manera expresa que cuando se habla de prórroga se trata de casos que corresponden a la misma jurisdicción. Pero es imposible pretender prorrogar la competencia de una jurisdicción a otra porque sería ostensible una violación a la Constitución. Recuérdese que la Carta de manera concreta establece jurisdicciones especiales que no se pueden desconocer, y menos pretender validar una actuación procesal a través del mecanismo de la prórroga de competencia. La ley habla de *prórroga de competencia* y no de *prórroga de jurisdicciones*, que son instituciones totalmente diferentes.

III. CONCLUSIONES

Por medio de la competencia se asigna el conocimiento de una investigación penal o causa a un determinado funcionario, distribuyendo la jurisdicción entre diferentes autoridades de la rama jurisdiccional del poder público. El legislador determina la competencia conforme a cuatro factores: territorial, objetivo, subjetivo y funcional. El primero otorga competencia a los funcionarios según el lugar de ejercicio de la actividad delictiva (aquí se tienen en cuenta principalmente las teorías de la acción, del resultado y de la ubicuidad). El segundo tiene en cuenta la materia que se somete a la jurisdicción. El tercero determina la competencia por razón de particulares condiciones que concurren en el sujeto activo del hecho punible, especialmente su calidad de servidor público (fuero), y el criterio funcional precisa la competencia por la jerarquía de los funcionarios.

En el proceso penal debe tenerse en cuenta que la competencia opera tanto para la investigación como para el juzgamiento. Mientras que la Fiscalía General de la Nación tiene competencia en todo el territorio nacional, los jueces mantienen la distribución territorial, por ello el ente investigador debe reconocer dichas reglas.

Las excepciones a las reglas generales de competencia atienden, entre otras

cosas, a la dinámica del proceso en particular. Especial referencia merece la situación de captura en lugar distinto del de comisión del delito, en cuyo caso la jurisprudencia y la Ley 1142 del 2007, modificada por el artículo 48 de la Ley 1453 del 2011, entienden que el competente es el juez de control de garantías del lugar donde se realice la captura, o donde haya sido recluso el capturado, o el juez penal o promiscuo municipal, o, en su defecto, también el juez de otra especialidad resulta competente.

Cuando no sea posible la determinación del sitio geográfico de comisión del delito o éste se hubiere realizado en varios lugares o en el extranjero, el competente será el juez de conocimiento del lugar donde se hubiere formulado la acusación, siempre que no se altere la competencia por el factor objetivo. Aquí la Fiscalía podrá tener en cuenta otras circunstancias para la presentación del escrito de acusación -por ejemplo, el lugar donde se han concentrado los esfuerzos investigativos, entre otras.

El momento previsto por el estatuto procesal para alegar la incompetencia es la audiencia de acusación. No obstante, se ha entendido por parte de la jurisprudencia que la incompetencia puede alegarse en otros momentos procesales -por ejemplo, en la imputación-. Ahora bien: la misma ley prevé la posibilidad de que la competencia se prorrogue si aquélla no se alega, salvo que se haya definido la competencia por el factor subjetivo o esté radicada en funcionario de superior jerarquía. Si la incompetencia se advierte luego (incompetencia sobreviniente), la situación puede resolverse con la remisión de la actuación al funcionario que deba decidir al respecto.

Especial mención en materia de prórroga de la competencia han merecido los casos de actuaciones adelantadas por concurso de hechos punibles, donde el imputado se allana o realiza un preacuerdo por uno de los delitos concurrentes. En este caso debe tenerse en cuenta el delito objeto de la negociación o aceptación (corresponde a funcionario de mayor o menor jerarquía), porque el artículo 53 cpp permite la ruptura de la unidad procesal cuando se emite la decisión que pone fin de manera anticipada al proceso, sólo en ese momento podrá saberse si la prórroga de la competencia es factible o no.

Si ha operado la prórroga no habrá lugar a alegar nulidad por incompetencia

(principio de convalidación), salvo que se trate de las excepciones señaladas en las respectivas normas, esto es, que el factor subjetivo o la naturaleza del asunto obliguen a atribuir la competencia a funcionario de mayor jerarquía.

CAPÍTULO SEGUNDO

*Los intervinientes en el proceso penal
y su actividad en las diferentes audiencias*

I. LA AUDIENCIA: CONCEPTO Y CLASES

La audiencia es el acto procesal mediante el cual los jueces de conocimiento y de control de garantías resuelven de manera transitoria o definitiva las peticiones realizadas por las partes. El artículo 153 del ordenamiento procesal establece que las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar ante el juez de control de garantías.

La ley diferencia entre audiencias preliminares y audiencias de juzgamiento o de juicio. No obstante, debe aclararse que la expresión “audiencia preliminar” no significa que deba realizarse exclusivamente antes de la acusación, porque las audiencias preliminares son aquellas en las que no se discute el objeto del juicio oral o se afectan derechos fundamentales de manera media o intensa. En otros términos, son temas o materias que no pueden ser resueltos por el juez de conocimiento, porque comprometería su criterio, que solo puede exponer en el fallo definitivo o excepcionalmente en otras decisiones previas, como cuando resuelve el pedimento de preclusión. En consecuencia, es perfectamente posible que una audiencia preliminar se realice paralelamente a la audiencia de juzgamiento, precisamente cuando pretenda resolverse algo que no se refiera directamente al fondo del asunto sometido a juzgamiento y que afecte derechos fundamentales, siempre que el objeto o tema propuesto no pueda ser definido directamente por el fiscal respectivo (por ejemplo, algunos casos de restablecimiento del derecho).

En tal sentido, el catálogo del artículo 154 CPP no tiene carácter taxativo, sino simplemente enunciativo. Se tramitan por la vía de audiencia preliminar, entre otras, las siguientes actuaciones:

- Poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las 36 horas siguientes.

- La práctica de una prueba anticipada.
- La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos (en cuanto a los testigos, debe tenerse en cuenta lo establecido por la Ley 1453 del 2011 en sus artículos 66 y 67). La primera norma se refería a la protección de la información de testigos en la etapa de indagación e investigación (adiciona el artículo 212A CPP), y la segunda, a la protección de su imagen (adiciona el artículo 152A CPP).
- La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
- La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
- La formulación de la imputación.
- El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
- Las peticiones de libertad que se presenten antes del anuncio del sentido del fallo.
- Las que soliciten el restablecimiento del derecho y no esté atribuida la competencia a otra autoridad.
- Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores y que necesariamente puedan afectar derechos fundamentales.

Es necesario que tanto los fiscales y jueces como los demás intervinientes tengan claros dos aspectos fundamentales: (1) la afectación de derechos fundamentales permite establecer grados o niveles, con el fin de solicitar la intervención o no del juez de garantías para dar cumplimiento al principio de reserva judicial; en este sentido, el juez de garantías hace control anterior o posterior cuando se trata de injerencias medias o intensas en derechos fundamentales; (2) las limitaciones leves deben entenderse en la mayoría de casos como parte de la dinámica de la investigación -piénsese en ciertos exámenes corporales de alcoholemia que alteran de forma leve el derecho fundamental o en aquellas diligencias procesales que constituyen solamente impulso al trámite del proceso: por ejemplo, obtener un documento que no afecta de manera media o intensa la intimidad de una persona o informar parte de lo que ocurre en una investigación a otra autoridad (prejudicialidad). Las afectaciones leves no están sometidas a control judicial y pueden ser realizadas directamente por la Fiscalía, salvo que cualquiera de los intervinientes demuestre

que se trata de afectaciones medias o intensas y que resulta necesaria la intervención del juez de garantías.

Las audiencias preliminares, cualquiera que sea la etapa en la que se realizan, deben ser convocadas, presididas y decididas por el juez de control de garantías. Este funcionario, como se dijo, puede intervenir en todo el proceso, incluso paralelamente al juzgamiento, por ejemplo cuando ejerce el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad promovido durante el juicio (ya afirmamos que ello también es posible). El juez mencionado no está llamado a participar en el juicio oral, precisamente por la naturaleza de las audiencias que puede y debe realizar. En resumen, el juez de control de garantías tiene la facultad para intervenir, en la etapa del juicio oral, excepto en materias relacionadas con el objeto central del juicio (determinación de responsabilidad).

Por su parte, las audiencias de juzgamiento son presididas y decididas por el juez de conocimiento en la etapa de juicio. No obstante, dicho funcionario puede intervenir en la etapa de indagación y de instrucción exclusivamente para efectos de decidir la petición de preclusión, y en la de juzgamiento todo lo relacionado con el núcleo central del juicio.

Las audiencias fundamentales de la etapa de juzgamiento son: la de acusación, la preparatoria y la del juicio oral. La acusación tiene por objeto la lectura de cargos, la enunciación de los elementos materiales probatorios, por parte de la Fiscalía General de la Nación, incluyendo los que favorezcan al acusado y resolver todo lo relacionado con las nulidades. En la audiencia preparatoria se deben develar, por parte de quienes tienen esa facultad, los elementos materiales probatorios que se usarán en el juicio oral.

II. ROLES E INTERVENCIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

A. ASPECTOS GENERALES

Todos los intervinientes en la reconstrucción de un hecho delictivo, por razones constitucionales y legales, participan en las diferentes audiencias y cumplen

determinados roles. Los límites de estos roles estructuran la competencia funcional y también el ejercicio del derecho de defensa y del debido proceso.

El proceso penal se inicia con la audiencia de imputación, pero debe quedar claro que en la indagación previa existe (i) actividad investigativa; (2) posibilidad de afectación de derechos fundamentales; (3) ejercicio del derecho de las víctimas; (4) cumplimiento del derecho de defensa; (5) control de omisiones; (6) actuaciones de la Fiscalía y (7) decisiones judiciales sometidas a determinados controles, siempre sujetas a la intervención de quienes tienen interés en el proceso penal. Dicho de otra manera, consideramos perfectamente posible que los investigados o afectados con las labores de investigación intervengan en esta etapa de averiguación (antes de la audiencia de formulación de imputación), mediante la convocatoria a determinadas audiencias.

El principio acusatorio, según el cual la etapa de investigación está bajo el dominio de la Fiscalía con las actividades especiales de imputación y acusación (actos de postulación y presupuesto para el juicio oral), no puede convertirse en fundamento para limitar la participación de la defensa y restar importancia a la actividad de los jueces de control de garantías. El proceso penal está regido por la noción de Estado de derecho, y esto implica que al indagado, investigado, imputado o acusado se le debe dar el tratamiento de un sujeto procesal y no el de un objeto del procedimiento penal. Lo mismo vale para el juez de control de garantías, cuyo papel -y aquí lo reiteramos- no es simplemente notarial, sino que, por el contrario, es activo en la defensa de los derechos fundamentales de los intervinientes en todo momento procesal en que sea pertinente su participación.

Lo anterior quiere decir que el sujeto procesal investigado y la defensa deben tener las herramientas legales para controvertir legítimamente las decisiones que les sean adversas a lo largo del proceso, lo cual incluye aquellas que se toman en la investigación previa. La ley y la jurisprudencia han reconocido a la víctima oportunidades de intervención procesal para solicitar que se definan a su favor las decisiones judiciales, razón por la cual no es factible limitar la defensa en relación con solicitudes y pedimentos de la Fiscalía ante los jueces de garantías y los de conocimiento, cuando aquéllos afectan derechos de la persona a quien se le atribuye comportamiento delictuoso y está sometida a investigación.

Conforme a los lineamientos anteriores, el debido proceso, como valor constitucional, exige que la propia administración de justicia se responsabilice por la validez de sus actuaciones, porque el proceso penal no puede convertirse en un fin en sí mismo. La estructura del proceso debe permitir, en todas las etapas y actuaciones que lo conforman, el cumplimiento del rol funcional del juez constitucional de garantías, que no es cosa distinta de la protección de derechos fundamentales cuando se trata de afectaciones medias o intensas dentro del marco del debido proceso, responsabilidad también a cargo del juez de conocimiento.

B. CARACTERÍSTICAS DE LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

La realización de una investigación penal debe cumplir con las exigencias del Estado social de derecho, según las cuales el proceso penal no solo es un conjunto de formas instrumentales para decidir la responsabilidad penal, sino también el escenario adecuado para defenderse del poder punitivo estatal. Los principios que estructuran el Estado social de derecho suponen que el investigado, el imputado o el acusado no sean tratados como objetos del proceso, sino como sujetos procesales que pueden incidir legítimamente en los resultados del proceso, de tal forma que se haga valer la presunción de inocencia. Desde este punto de vista, consideramos que las audiencias preliminares no solo deben ser un instrumento para avanzar en la definición de responsabilidad, sino también un mecanismo para garantizar los derechos de todos los intervinientes, en especial del indiciado (audiencia judicial y contradicción). Esta razón nos permite decir que en todas las audiencias preliminares en las que participa el investigado, imputado o procesado deben cumplirse los siguientes supuestos:

I. DEVELACIÓN DE EVIDENCIAS NECESARIAS PARA LA AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera carga procesal que tienen las partes e intervinientes para fundamentar

la solicitud de afectación a un derecho fundamental en el marco del proceso penal es su adecuada justificación. Esto quiere decir que es deber de quien solicita la injerencia o, en algunos casos, de quien solicita el control posterior a la afectación de un derecho fundamental develar las evidencias que sustentan cada uno de los requisitos del juicio de proporcionalidad. En otros términos: es obligación del solicitante demostrar la idoneidad de la medida frente al fin constitucionalmente legítimo que se busca; asimismo, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. Esta carga procesal es especialmente relevante para la Fiscalía ya que el ente investigador es el titular de la acción penal y en consecuencia promueve las actuaciones que pueden afectar los derechos fundamentales en el proceso.

Desde luego, la develación de evidencias como requisito para realizar una injerencia implica autorizar la controversia sobre estos elementos. Esta controversia probatoria, por regla general, no puede extenderse de manera integral al fondo del proceso, sino al objeto de la respectiva audiencia. Por ejemplo, en la solicitud de una medida de aseguramiento el fiscal o la víctima deben indicar en qué se basan para solicitar la limitación del derecho a la libertad. En particular, deben justificar, mediante evidencias y elementos materiales probatorios, uno o varios de los requisitos subjetivos de la medida, como la posibilidad de fuga, la posible obstrucción a la justicia o el peligro para la sociedad o para la víctima. Lo anterior no obsta para que algunas afectaciones conlleven la presentación de pruebas sobre el fondo del proceso, como cuando es necesario acreditar una inferencia razonable de autoría y participación con el fin de determinar el sujeto sobre quien recae la afectación del respectivo derecho.

Un punto adicional y de gran importancia derivado de una interpretación conforme a la Constitución, en especial del principio de lealtad procesal, es el deber de la Fiscalía de develar no solo las pruebas que justifiquen la injerencia, sino también aquellas pruebas favorables al procesado que tengan relación con el objeto de la audiencia. Sólo así el juez que dirige la audiencia puede tomar una decisión informada por todos los elementos que realmente existen.

Por último, debe anotarse que las pruebas develadas en las audiencias preliminares en las cuales se va a afectar derechos fundamentales no tienen la

característica de permanencia, en tanto que deberán ser exhibidas en la correspondiente audiencia del juicio y someterse a su examen y contradicción.

2. TODA AUDIENCIA EN LA QUE SE AFECTEN DERECHOS

FUNDAMENTALES DEBE TENER CONTROVERSIA PROBATORIA

Es indiscutible que en la audiencia del juicio oral debe realizarse controversia probatoria, porque la Constitución impone cumplir los principios de concentración, inmediación, oralidad y publicidad (num. 4 art. 25o). En dicha audiencia tiene lugar un debate que desarrolla plenamente la controversia sobre todas las evidencias y los elementos probatorios que la Fiscalía y la defensa han develado en las audiencias de lectura de acusación y preparatoria. De hecho, la decisión del juez de conocimiento sólo puede fundamentarse en las pruebas practicadas en dicho momento procesal, donde se incluyen las pruebas anticipadas y de referencia. Se trata, en consecuencia, de un debate amplio, integral, porque en esa oportunidad se determinan todos los requisitos propios para condenar o absolver.

No obstante, esta precisión no implica impedir la controversia probatoria en las audiencias de imputación y preliminares: dichas actuaciones procesales no son sólo espacios previstos para resolver los pedimentos de la Fiscalía y excepcionalmente de las otras partes. Para dar cumplimiento a los derechos fundamentales de debido proceso y defensa, y en especial a las normas y la jurisprudencia que indican que la defensa ejerce su rol a partir del momento en que se tiene conocimiento de la existencia de investigación previa, es incuestionable que la controversia de elementos probatorios debe garantizarse en todas las audiencias en las que puedan afectarse derechos fundamentales.

Considerar que la afectación de un derecho puede realizarse con la sola argumentación por parte de la Fiscalía es simplemente dejar al arbitrio del ente acusador la afectación de derechos y desconocer las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Al respecto, afirma ALBARRACÍN DURÁN lo siguiente:

[...] como en las audiencias preliminares la decisión del juez de control de garantías también se traduce en un silogismo jurídico [...], entonces es imprescindible la prueba de los hechos necesarios para la explicación de la norma o normas generales que autorizan *ex ante* o *ex post* la vulneración de derechos fundamentales, luego es viable hablar de pruebas penales en sede de audiencias preliminares, con características, finalidades y contenidos significativamente diversos a las que se practican en el juicio oral^{138}.

El fundamento de derecho internacional de los derechos humanos con incidencia en el proceso penal que sustenta la tesis expuesta es el denominado *derecho de audiencia judicial*, según el cual la tutela judicial efectiva hace parte del debido proceso y, por lo tanto, implica el derecho a ser oído ante tribunal competente, independiente e imparcial.

Una acertada postura sobre el particular se encuentra en la Sentencia C-025 del 2009^{139}, por medio de la cual la Corte Constitucional sostuvo que en las audiencias posteriores de control de legalidad sobre las medidas que pueden afectar derechos fundamentales, el indiciado, si así lo solicita, puede intervenir incluso antes de adquirir la calidad de imputado, siempre y cuando tenga noticia de que es investigado por su posible participación en un hecho delictivo^{140}. Al respecto dice el juez constitucional:

Sobre este particular, lo primero es recordar que la audiencia de control de legalidad tiene como propósito específico ejercer un control posterior sobre las diligencias previstas en las normas acusadas, esto es, la revisión formal y material del procedimiento utilizado en la práctica de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuación de agentes en cubierta, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en base de datos y práctica de exámenes de ADN. Por su intermedio, se busca entonces que el juez de garantías verifique si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, e igualmente, que no hayan desconocido con su proceder garantías fundamentales.

Con base en lo anterior, la Corte no encuentra una razón jurídica válida para negar la participación activa del indiciado y de su defensor en la aludida audiencia (control posterior de legalidad), cuando las medidas previstas en las normas impugnadas se practican en la etapa de indagación. Por el contrario, la circunstancia de decidir en dicha diligencia asuntos de interés para el implicado, que pueden comprometer su futura responsabilidad y definir el curso del proceso -como es precisamente resolver sobre la validez de la evidencia o material probatorio recaudado-, hace imprescindible garantizar su presencia en la audiencia, con el fin de asegurarle el ejercicio de su derecho a la defensa, independientemente del momento en que aquella pueda llevarse a cabo.

Nadie más interesado que el propio indiciado en ser oído, en tener la oportunidad de demostrar, desde el inicio de la actuación penal, que no debe ser imputado de los delitos que se investigan, por lo menos a partir de la validez de la evidencia que hasta ese momento se ha recaudado, lo cual sólo es posible cuando se le asegura la asistencia a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias practicadas en la etapa de indagación y la posibilidad de controvertir lo que allí se aduzca en su contra. No puede perderse de vista que en dichas diligencias puede presentarse material probatorio o evidencia física para utilizarla en contra del investigado con el fin de iniciar formalmente el proceso y definir su vinculación en calidad de imputado.

3. NO PUEDEN AFECTARSE DERECHOS FUNDAMENTALES CON BASE EN PRUEBAS ILÍCITAS

Las decisiones judiciales sólo pueden fundamentarse en evidencias o pruebas obtenidas legalmente. La búsqueda de las evidencias impone la obligación, tanto a la Fiscalía como al defensor, de cumplir los requisitos que luego permitan predicar su licitud. Así mismo, las partes intervinientes en el proceso deberán garantizar la adecuada protección de las evidencias que pretendan hacer valer tanto en las audiencias preliminares como en el juicio oral, por cualquier medio de autenticación, como la denominada *cadena de custodia*¹⁴¹.

Sería contrario a derecho el pretender que un elemento probatorio obtenido

ilícitamente (por ejemplo, mediante la tortura a un testigo, la alteración de un documento, etc.) pudiera ser valorado por el juez sin que se permita determinar su validez. El estudio que debe hacer el funcionario judicial abarca dos aspectos fundamentales: (i) control de legalidad para determinar cómo se obtuvo el elemento probatorio o la evidencia y (2) control sobre el alcance probatorio, esto es, que los elementos materiales probatorios aducidos en la audiencia deben demostrar hechos relacionados con el objeto de dicha audiencia, su conducencia y pertinencia.

El Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado de manera sistemática con la Constitución Política (diríamos siempre *interpretación conforme a la Constitución*). Por tal razón, no puede afirmarse que la exclusión de evidencia o elementos probatorios sólo es posible a partir de la audiencia de lectura de acusación o en la audiencia preparatoria, porque implicaría o se permitiría imputar, privar de la libertad o acusar a alguien con base en un acto de prueba viciado, lo cual, sin duda, compromete el debido proceso y la presunción de inocencia^{142}.

4. LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES TAMBIÉN DEBEN PERMITIR DISCUSIÓN SOBRE PROHIBICIONES PROBATORIAS

Varias disposiciones de la ley procesal penal contienen la posibilidad de afectar derechos fundamentales a partir de información legalmente obtenida -por ejemplo, la formulación de la imputación (art. 287 CCP), la presentación de acusación (art. 336 CPP) o la imposición de medidas de aseguramiento (art. 308 CPP)-. La noción de información válidamente obtenida supone tener claro que los elementos materiales probatorios y la evidencia física obtenidos con violación de cualquier garantía fundamental no pueden producir efectos jurídicos ni en las audiencias preliminares ni en la audiencia de juicio oral.

Lo anterior nos lleva a considerar que el Código de Procedimiento Penal trae un modelo de prohibición probatoria que permite al juez evaluar la forma de obtención del medio de prueba, vale decir, adelantar, por ejemplo, el análisis de

si efectivamente se realizaron las advertencias que se desprenden del artículo 33 de la Constitución (prohibición de autoincriminación), si se respetó la prohibición de obtener información incriminante mediante engaños o aprovechamiento de información personal, etc. La decisión de excluir o no una evidencia o elemento probatorio considerado ilícito, por parte del juez de garantías, no impide que el juez de conocimiento cuando haga control sobre la acusación pueda pronunciarse en el mismo sentido o de manera diferente porque es el funcionario que en ese momento tiene competencia integral sobre todo el proceso.

5. LA AFECTACIÓN O DESAFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN AUDIENCIAS PRELIMINARES EXIGE EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

El proceso adversativo, por razón de su estructura y los límites que impone a los jueces de control de garantías y de conocimiento, exige que las peticiones que restringen derechos fundamentales cumplan el requisito de proporcionalidad, esto es, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Significa lo anterior que quien pretende que se afecte o desafecte un derecho fundamental no puede limitarse a enunciar la petición o reiterarla si ya fue negada, sino que, por el contrario, debe fundamentar la solicitud en las evidencias que considere pertinentes y conducentes y presentar al juez los juicios de razonabilidad que permitan adoptar o remover la decisión judicial que se cuestiona. De no ser así, el juez constitucional (de control de garantías o de conocimiento) puede rechazar de plano la petición por falta de argumentación.

6. LOS ACTOS DE POSTULACION NO SON VINCULANTES

Del anterior esquema se concluye que los actos de postulación que realiza la Fiscalía tienen como finalidad promover la actividad de los jueces de control de garantías y conocimiento, pero no obligan ni vinculan incondicionalmente a estos funcionarios. Los actos de parte no tienen poder vinculante para los jueces.

Al respecto debe considerarse lo siguiente:

a. La actividad de los jueces depende ordinariamente de las solicitudes que formula la Fiscalía. Sin embargo, en muchas ocasiones dichos funcionarios (jueces) pueden realizar actuaciones procesales de manera oficiosa -por ejemplo, control de omisiones del ente acusador, solicitar pruebas de oficio, etc.

b. Pueden rechazar solicitudes por improcedentes o por falta de fundamento probatorio.

c. Pueden modificar o rechazar las solicitudes formuladas por el fiscal. Por ejemplo, si el ente investigador propone la detención por un determinado delito, pero el juez considera la petición improcedente porque la adecuación legal debe hacerse en otro tipo penal cuya pena impide privar de la libertad al imputado, podrá negar la solicitud o aplicar una medida no privativa. Lo que importa es que la decisión que adopte el juez guarde relación con la materia objeto de la audiencia.

d. Las decisiones del juez de control de garantías ordinariamente pueden modificarse a lo largo del proceso de acuerdo con los fundamentos probatorios que se aporten, en tanto que sólo tienen ejecutoria formal, excepto el pronunciamiento mediante el cual el juez de control de garantías imparte aprobación a la imputación (procede sólo la nulidad). Por el contrario, las decisiones del juez de conocimiento sólo pueden removerse por nulidad porque ordinariamente tienen ejecutoria material o excepcionalmente a través de la acción de revisión.

C. COMPETENCIAS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA INDAGACIÓN PRELIMINAR. FACULTADES DE LA DEFENSA Y DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

I. ACTIVIDAD Y ROL DEL FISCAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN

Bajo el principio de investigación, corresponde a la Fiscalía la reconstrucción de los hechos delictuosos^{[143](#)}. En desarrollo de esta tarea, el fiscal controla las

facultades de policía judicial^{144}, puede excepcionalmente afectar derechos fundamentales conforme a la Constitución Política, realizar injerencias leves y promover la actividad de los jueces de control de garantías en varios eventos, como en los casos de controles anteriores o posteriores sobre limitaciones en derechos fundamentales y en los actos de impulso procesal, como la imputación y las medidas coercitivas que afectan la libertad.

La ley procesal atribuye a la Fiscalía las funciones de investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito. Esta doble función concreta el principio acusatorio conforme lo señala la Constitución. Las demás funciones catalogadas en el Código de Procedimiento Penal están íntimamente relacionadas con estos dos tópicos (investigar y acusar), que se desarrollan de la siguiente forma:

a. FACULTADES PROBATORIAS

La Constitución (artículo 250 inciso 3) y la ley otorgan a la Fiscalía la facultad de afectar derechos fundamentales para la obtención de evidencias o elementos materiales probatorios. Esta se concreta con las órdenes de registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones.

Por razón de la dinámica de la recolección de medios probatorios o evidencias, debe permitírsele a la Fiscalía directamente, sin control judicial anterior o posterior, la realización de ciertas actuaciones que puedan constituir afectaciones a derechos fundamentales que no impliquen limitaciones medias o intensas. Por ejemplo, la retención de documentos personales para identificación, la limitación del derecho de locomoción totalmente transitoria de un testigo, etc. Sin embargo, si el afectado considera que la injerencia a sus derechos llegó a un nivel medio o intenso, puede solicitar al juez de garantías su intervención. No resulta fácil determinar el grado de afectación de un derecho, por lo que el fiscal debe hacer uso adecuado del juicio de proporcionalidad, conforme a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La Fiscalía podrá, entre otras cosas, practicar entrevistas, interrogatorios y dictámenes. Así mismo, tiene facultad para recaudar todos los elementos

probatorios con base en los cuales fundamenta las peticiones que concretará en las audiencias preliminares. También es responsabilidad de la Fiscalía garantizar la cadena de custodia.

b. FACULTADES CON RESPECTO A LAS VÍCTIMAS

Es función de la Fiscalía velar por la protección de las víctimas, los testigos y peritos que presente como evidencia o elemento probatorio (cfr. arts. 66 y 67 de la Ley 1453 del 2011). Esta función no solo está encaminada a la protección efectiva de los bienes jurídicos de estas personas, sino también responde al papel protagónico que la jurisprudencia y la ley han reconocido a la víctima y al perjudicado en el proceso penal. Además, la efectividad del proceso y de la administración de justicia depende en gran medida de los aportes probatorios de quienes resultaron afectados por el ilícito. De esta manera la función de protección en cabeza de la Fiscalía tiene doble connotación: proteger bienes jurídicos y lograr la efectividad de la investigación penal.

C. FACULTADES DE INJERENCIA FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

Corresponde a la Fiscalía solicitar al juez de control de garantías las órdenes de captura, cuando sean necesarias para asegurar el desarrollo del proceso. También, ordenar las capturas excepcionales (artículo 250 numeral 1 C. N.) cuando no exista posibilidad de concurrir ante dicho funcionario y someter a examen la actuación de privación de libertad dentro las 36 horas siguientes. Así mismo, se le facultó para solicitar las medidas cautelares personales al juez de control de garantías.

d. FACULTADES DE SOLICITUD DE OTRAS AFECTACIONES

Además de las afectaciones al derecho a la libertad, la Fiscalía está facultada para realizar otras solicitudes que afectan los derechos fundamentales en el

proceso penal, como la suspensión o cancelación de derechos reales sobre bienes (art. 101 CPP).

Unido a lo anterior, el fiscal puede tomar decisiones provisionales de restablecimiento del derecho, mientras no afecte derechos fundamentales de manera media o intensa, o esté atribuida la competencia a otra autoridad (competencia residual).

E. FACULTADES DE DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Corresponde al fiscal dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejercen el Cuerpo Técnico de Investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señala la ley. Bajo el principio de exclusividad judicial, la Fiscalía dirige y coordina la policía judicial, pero es necesario anotar que las facultades de prevención de la fuerza pública también permiten la iniciación de la investigación penal cuando de dicha actividad se desprenden medios probatorios indicativos de la realización de un hecho que revista las características de delito.

F. FORMAS DE TERMINAR LA INDAGACIÓN PREVIA

Dentro del rol funcional de la Fiscalía, la Constitución y la ley le permiten agotar los actos de investigación sin formular imputación mediante las siguientes instituciones: (a) acto decisorio de archivo de las diligencias, providencia contra la cual no se pueden proponer recursos y no hace tránsito a cosa juzgada, permite su revocatoria en casos especiales (prueba sobreviniente, no haberse realizado investigación y por falta de competencia); (b) puede solicitar preclusión ante el juez de conocimiento y (c) solicitar control al juez de garantías sobre el principio de oportunidad.

2. ROL DE LA DEFENSA

a. GENERALIDADES

– Los artículos 267 a 272 del Código de Procedimiento Penal colombiano señalan una serie de actuaciones o facultades de investigación que puede llevar a cabo el indiciado (quien aún no ha sido imputado), siempre con asesoría de abogado^{145}, porque el rol de la defensa no puede entenderse activado sólo desde la imputación o la captura, sino desde el momento mismo en que el ciudadano conoce de la investigación en su contra. Dichas facultades consisten en identificar evidencias empíricamente y recolectar elementos materiales probatorios, solicitar el dictamen científico que se requiera, realizar entrevistas y obtener declaraciones juradas^{146}. De esta manera, la legislación establece un procedimiento en el que intervienen particulares y autoridades judiciales en la recolección probatoria, sin que pueda afirmarse que esta facultad se opone al principio de la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

Por el contrario, esta posición encuentra pleno respaldo en el artículo 29 de la Constitución, según el cual hace parte de los derechos al debido proceso y de defensa la posibilidad de pedir pruebas y controvertir las de cargo. Así mismo, las peticiones de la defensa y de la Fiscalía deben ser atendidas por las autoridades y los particulares a la mayor brevedad posible^{147}. Este aspecto constituye un presupuesto para afirmar que la reconstrucción de los hechos en el nuevo sistema no depende sólo de la actividad del fiscal, sino que es indispensable la colaboración de la defensa. En desarrollo de este derecho fundamental, la defensa tiene tres facultades específicas:

- Practicar y recoger directamente las evidencias y los medios probatorios durante la etapa de investigación (arts. 15, 267 a 272 CPP);
- Solicitar al juez de control de garantías que ordene la práctica de pruebas indispensables para determinar la procedencia de las limitaciones a los derechos fundamentales; y
- Solicitar pruebas al juez de conocimiento^{148}.

b. RECOLECCIÓN DE MATERIAL

PROBATORIO POR PARTE DE LA DEFENSA

El actual proceso penal otorga a la defensa la facultad para, por un lado, acceder al conocimiento de la evidencia recaudada por el ente investigador y, por otro, recolectar directamente elementos materiales probatorios para el ejercicio del derecho de defensa. Esta última facultad está prevista en el artículo 267 CPP, donde se establece que quien no sea imputado pero advierta que se adelanta una investigación en su contra podrá

[...] buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá realizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales.

La defensa puede, entonces, no solo llevar a cabo actividades investigativas por su cuenta, sino también acudir al Estado y sus entidades para que le proporcionen los medios que necesite en su iniciativa investigativa, porque en muchos casos el acostumbrado monopolio estatal de la investigación puede crear situaciones de desigualdad entre los intervinientes en el proceso. Esto ha sido puesto de presente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-536 del 2008, donde afirmó:

[...] la Sala concluye [que] dentro del marco del actual sistema penal acusatorio, se introdujeron cambios estructurales fundamentales respecto de la actividad probatoria por parte de la Fiscalía, del imputado, del acusado, del defensor y del juez, cambios que esta corporación ha encontrado como de los más relevantes dentro de las modificaciones introducidas por el nuevo esquema penal. En materia probatoria, pertinente para el presente proceso de constitucionalidad, estos elementos se refieren a que

(i) Tanto la Fiscalía como el imputado están facultados dentro del actual sistema penal de tendencia acusatoria para el recaudo de material probatorio, relativo a evidencia

física e información que permita esclarecer los elementos del delito, material que será decisivo para el posterior desarrollo del proceso penal, especialmente para el momento de la acusación y el descubrimiento de las pruebas de cargo por parte de la Fiscalía, como para que el imputado y su defensa hagan valer durante el juicio oral el material probatorio por ellos aportado.

(ii) Es fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba. Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público y, para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que corresponden al juez de control de garantía en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la Defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho.

En consecuencia, en el proceso penal el ejercicio del derecho de defensa se garantiza desde el mismo momento en que se conoce de la existencia de una investigación y se extiende hasta el último recurso establecido legalmente para cuestionar la sentencia. A este derecho es inherente la facultad consagrada en el citado artículo 267 cpp, porque valiéndose de la potestad de recaudar evidencias, material probatorio y su consecuente incorporación al proceso, el indiciado, imputado o acusado puede direccionar la forma de ejercer el derecho a defenderse.

- REGLAS PARA RECOLECTAR EVIDENCIA Y MATERIAL PROBATORIO POR PARTE DE LA DEFENSA

De igual forma, el numeral 9 del artículo 125 CPP y su interpretación constitucional^{[149](#)} ofrecen algunas reglas que deben tenerse en cuenta en el

proceso de recolección de evidencia y material probatorio por parte de la defensa, a la que le corresponde aplicar los mismos requisitos que utiliza la Fiscalía frente a la búsqueda de elementos materiales probatorios:

En primer lugar, tanto las entidades públicas como los particulares tienen el deber de colaboración en la realización de una investigación penal, más aún cuando se trate de la actividad de la defensa durante la indagación preliminar.

En segundo lugar, si la recolección de evidencia o pruebas por parte de la defensa implica algún grado de afectación a derechos fundamentales de terceros (por ejemplo, supuestos de afectación del derecho a la intimidad), es necesario que se obtenga para ello autorización previa y expresa del juez de control de garantías, quien, precisamente como garante de la legalidad dentro del proceso, debe valorar ponderadamente si los fines que se buscan con la medida restrictiva o de afectación de los derechos fundamentales resultan de importancia para considerar que dicha afectación es proporcional.

Lo dicho tiene otras consecuencias: debido al deber de colaboración, cuando la defensa haya obtenido autorización por parte del juez de garantías para realizar actos de investigación que pueden afectar derechos fundamentales, ningún funcionario o particular podrá negarse u oponerse a la entrega de dicha información. Como ha dicho la jurisprudencia constitucional en la decisión mencionada, una autorización semejante no implica que el juez de control de garantías decreta pruebas y mucho menos que se pronuncie sobre el valor que la afectación tenga en el transcurso del proceso. Lo único que hace es tomar una decisión razonable sobre las necesidades investigativas de la defensa y proteger derechos fundamentales.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, no puede pensarse, como se derivaba de la redacción originaria de la norma, que sólo el ente investigador puede emitir la certificación que acredite que el abogado actúa como defensor en la respectiva actuación procesal, para que pueda recolectar elementos materiales probatorios. También podrán expedir la constancia señalada en el numeral 9 del artículo 125 cpp^{[4150](#)} el juez de control de garantías o la Defensoría del Pueblo cuando actúa dentro dicha investigación.

Si la defensa, según el citado artículo 267 CPP, tiene la posibilidad de buscar y recaudar elementos materiales probatorios y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, es evidente que también está en absoluta libertad de elegir la entidad que cuente con los conocimientos técnico-científicos para emitir el concepto sobre el material probatorio recaudado. En consecuencia, el monopolio que al respecto se acostumbra endilgar al Instituto Nacional de Medicina Legal (en cuanto que sólo practica pruebas solicitadas por los servidores públicos) debe descartarse y, más bien, reconocerse al procesado absoluta libertad de acudir al experto que considere útil y necesario para el objeto de su investigación (Sentencia C-536 del 2008).

- RECOLECCIÓN DE PRUEBAS POR PARTE
DE LA DEFENSA, EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado, en concreto en el Código de Procedimiento Penal italiano, existe una figura similar a la recolección de evidencia por parte de la defensa. La interpretación realizada por algunos especialistas^{151} ha puesto como objeto de discusión los múltiples problemas que acompañan esta innovación. En efecto, la investigación del defensor comporta problemas cuyas dudas deben ser despejadas en un futuro no lejano.

En primer lugar, el tradicional entendimiento del derecho de defensa cambia sustancialmente, porque ya no se exige del defensor sólo la actividad de impugnación y de hacer valer la garantía de presunción de inocencia para la persona investigada, como bien lo expuso ROXIN^{152} en el texto de contribución al homenaje a HANACK, sino que el defensor asume el papel de “investigador”. Esta facultad tiene profunda incidencia en el plano probatorio y deontológico, debido a que una defensa no ética puede incidir en futuras declaraciones de los testigos, de los coimputados y obtener pruebas poco fiables e irrelevantes que contribuyan a formar un juicio desatinado por parte del juez de conocimiento, etc.

En segundo lugar, los italianos han analizado el controvertido fenómeno de

las investigaciones paralelas. Esto es, casos en los que una persona no imputada decide contratar los servicios de un profesional del derecho para investigar, existiendo simultáneamente una investigación oficial. Al respecto surgen problemas complejos, como aquel relativo a las personas entrevistadas por las autoridades de persecución penal y, al mismo tiempo, por el defensor, que pueden conducir a la formulación de hipótesis erróneas. También, en algunos casos, pueden presentarse versiones antagónicas que originan dificultades respecto del descubrimiento y la exclusión probatorios.

En tercer lugar, un punto íntimamente ligado al anterior es el relativo a la forma en que puede tratarse el tema de la prueba ilícitamente obtenida. Como se sabe, el modelo probatorio del Código de Procedimiento Penal hace una regulación exhaustiva de este instituto procesal, porque parte de la posibilidad de que las autoridades de persecución penal vulneren derechos fundamentales en la obtención de la prueba^{153}. Por lo tanto, es obligatorio cuestionarse lo siguiente: ¿los mismos supuestos resultan aplicables al investigador privado?^{154}

En nuestro concepto, debe responderse afirmativamente a este interrogante, porque el artículo 273 cpp exige la aplicación del principio de “legalidad”, independientemente de quien aporta la prueba, motivo por el cual puede aseverarse que las evidencias obtenidas irregularmente por la defensa deben someterse al mismo tratamiento que se da a las pruebas ilícitas presentadas por la Fiscalía.

C. FACULTAD DE CONTROVERTIR EN CUALQUIER MOMENTO LOS FUNDAMENTOS DE LA FISCALÍA

Un aspecto básico es la posibilidad que debe tener la defensa de controvertir los fundamentos de la imputación y solicitar que se profiera el archivo de conformidad con el artículo 79 cpp, para lo cual la Fiscalía es competente. En nuestro concepto, el fiscal debe atender todas las solicitudes que hagan el indiciado, el ministerio público y las víctimas que guarden relación con la actividad investigativa en la medida en que sea factible su intervención (solicitar

interrogatorio del indiciado) y no se obstruya o dificulte la labor investigativa - por ejemplo, no es factible pedir un descubrimiento probatorio anticipado de evidencias-. Puede en momento determinado solicitar que se tome la decisión de archivar o formular imputación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1 . Como se ha dicho, el ejercicio del derecho de defensa no se inicia con la imputación, toda vez que el propio ordenamiento procesal penal ha tomado de la legislación foránea la figura conocida como “investigaciones de la defensa”, prevista en el artículo 267 cpp. La disposición recalca que los elementos de prueba recaudados por el defensor o por quien no es imputado pueden utilizarse ante las autoridades judiciales.

El alcance de esta disposición no circunscribe a una actuación específica la posibilidad de usar dichos elementos. Por lo tanto, el fiscal, como autoridad judicial, puede y debe valorar la actividad probatoria del defensor con el fin de archivar las actuaciones cuando resulte claro que las evidencias que haya recaudado no permiten formular imputación, esto es, cuando los elementos de investigación penal indiquen que la conducta no es típica o es inexistente.

2. Si la defensa se activa con la investigación del fiscal, debe entenderse que el investigado no tiene la obligación de soportar una indagación ilimitada en el tiempo. Por lo tanto, atendiendo al principio de plazo razonable y su correlato constitucional de un proceso sin dilaciones injustificadas^{155}, la Fiscalía no puede mantener una persona *subjudice* mientras encuentra elementos probatorios para formular imputación. Si la defensa proporciona legítimamente materiales probatorios de descargo, éstos deben reconocerse con el objeto de tomar las decisiones correspondientes antes de la imputación dentro de un término razonable^{156}. El artículo 49 de la Ley 1453 del 2011 estableció términos de duración de la indagación, señalando que una vez transcurridos dos años -o tres en caso de concurso de delitos o de ser más de tres los imputados- el fiscal debe formular imputación u ordenar el archivo.

3. Considerar que la competencia para resolver sobre el archivo es autónoma y exclusiva del fiscal sin ninguna posible participación de quienes pueden ser

intervinientes constituye una clara vulneración del principio de audiencia judicial, previsto en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en el artículo 93 de la Carta. El artículo 8.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, referido a las garantías judiciales, establece con claridad que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido de antemano por la ley, en el trámite de cualquier acusación penal formulada contra ella.

4. También el derecho internacional de los derechos humanos hace exigible la comunicación a los investigados del ejercicio de las facultades de investigación penal por parte del Estado. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 14 el derecho de toda persona a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada contra ella. Esta disposición que hace parte del bloque de constitucionalidad no debe entenderse en el sentido de que el deber de comunicación y el derecho de información aparecen sólo con la acusación formal, sino que lo hacen necesariamente desde las primeras atribuciones de responsabilidad que surgen en una indagación.

3. ROL DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Una de las funciones de mayor importancia en la etapa de investigación penal es la de control de garantías^{157}. A diferencia de los anteriores ordenamientos procesales, la Ley 906 del 2004 incorpora un control judicial a la investigación penal del fiscal^{158}. En este sentido, se entiende que la Fiscalía no es autónoma en las actividades investigativas que adopte para efectos de limitación de derechos fundamentales, ni actúa *ex parte* en la conformación de la evidencia demostrativa de la conducta punible, sino que está sujeta al principio acusatorio y al principio de exclusividad judicial para la definición de la evidencia probatoria que debe hacer parte del juicio.

Dentro del marco de los respectivos roles debe precisarse: los jueces, y

especialmente el de garantías, que hace control sobre la afectación de derechos fundamentales, tienen competencia concreta para definir el objeto propuesto a debate en cualquier audiencia o, más exactamente, para definir lo solicitado en el acto de postulación de los intervinientes. Pero tienen así mismo, por lógica y necesidad de la dinámica del proceso, competencia extensiva para hacer pronunciamientos o solicitar a quienes participan en la audiencia que se refieran a todos aquellos temas conexos a la materia objeto del debate, para de esta forma hacer un control integral de todo lo que tenga incidencia en lo pedido y en lo que se pretenda resolver.

Por ejemplo, si se solicita medida de aseguramiento de detención intramural, es factible que en la misma audiencia se resuelva si es viable la sustitución por detención domiciliaria o por otra medida que no afecte de manera intensa un derecho fundamental. De esta manera se da cumplimiento al principio constitucional de concentración, que consideramos aplicable a pesar de que hace referencia al juicio oral.

En este sentido, la ley y la jurisprudencia reconocen el siguiente ámbito funcional en materia de control de garantías:

a. DEFINICIÓN SOBRE MEDIDAS

CAUTELARES PERSONALES

El nuevo régimen de procedimiento devuelve al juez el monopolio del pronunciamiento sobre la libertad del investigado en el proceso penal. En este sentido, el principio de reserva judicial adquiere particular importancia en la investigación penal, debido a que las decisiones fundamentales ya no están en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Además, tales decisiones están precedidas de la debida discusión por parte de la defensa, porque se trata de medidas restrictivas de la libertad.

b. CONTROL EX POST SOBRE LAS CAPTURAS,

REGISTROS, ALLANAMIENTOS, INCAUTACIONES

E INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

Una primera aproximación a esta función nos permite recalcar el modelo constitucionalizado de investigación penal. La afectación de los derechos fundamentales a la libertad (art. 28 C. N.), a la intimidad personal y familiar (art. 15 C. N.), a la inviolabilidad domiciliaria (art. 28 C. N.) y al secreto de las comunicaciones (art. 15 C. N.) está sometida al principio de legalidad, según el cual los límites de actuación de la Fiscalía se definen en la Constitución y en el ordenamiento procesal. En el momento en que la Fiscalía pretenda tomar una medida para la cual está facultada, podrá hacerlo siempre examinando los presupuestos que emanan del principio de proporcionalidad. Lo anterior significa que la Fiscalía está obligada a manejar adecuadamente todas las instituciones que se deben aplicar cuando se profieren decisiones que puedan afectar derechos fundamentales.

Conforme a la Constitución Política (artículo 250, inciso 3.º), la Fiscalía está facultada para afectar excepcionalmente ciertos derechos fundamentales por razones expresamente definidas en la normatividad, pero así mismo exige revisión o estudio por parte del juez de control de garantías durante las 36 horas siguientes contadas a partir del momento en que se haga realidad la afectación. El juez de control de garantías debe examinar los presupuestos formales y materiales de la medida de afectación para determinar así su legalidad.

C. CONTROL EX ANTE PARA AUTORIZAR MEDIDAS

QUE AFECTAN DERECHOS FUNDAMENTALES^{[159](#)}

La legislación procesal penal contiene una serie de actuaciones que pueden ser desarrolladas por la policía judicial pero deben someterse al examen previo del juez de control de garantías, porque se trata, dice el Código de Procedimiento Penal, de actividades que afectan derechos y garantías fundamentales. Esta petición debe evaluarse por el fiscal correspondiente con el fin de que se precise el grado de afectación para determinar si requiere la aplicación del principio de reserva judicial. En tal sentido, las afectaciones relacionadas con intervenciones corporales o búsquedas electrónicas selectivas también requieren examen de proporcionalidad y adecuación a los requerimientos legales.

La función del juez de control de garantías, por lo tanto, consiste en evaluar la admisibilidad constitucional de las actuaciones de la Fiscalía y convalidar las diligencias que luego se convertirán en prueba para el juicio oral. La Corte Constitucional reconoce así el trascendental contenido de la función de control de garantías al afirmar:

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 del 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima^[160].

La afirmación de la Corte Constitucional es correcta, de tal manera que una apreciación amplia de competencia permitiría afirmar que el control de garantías no solo es el estipulado en la Constitución y la ley, sino que toda controversia que implique afectación de derechos fundamentales entre Fiscalía e imputado, y eventualmente víctimas durante la etapa de investigación, debe ser resuelta por el juez de control de garantías. En esta línea, las competencias del juez de control de garantías en la investigación penal fueron precisadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia^[161].

El juez de control de garantías tiene asignada, además de la competencia para realizar el control de legalidad previo cuando se trate de afectaciones de derechos fundamentales en el marco de la recolección de evidencia y material probatorio por parte de la defensa^[162], la competencia para decretar pruebas de oficio a efecto de decidir sobre afectación de derechos fundamentales^[163]. Así mismo, cuentan también con las siguientes facultades:

- Competencia para integrar el contradictorio en todas las audiencias preliminares en las que se discute sobre injerencias en derechos fundamentales.

La Sentencia C-025 del 2009^[164] sostuvo:

Obsérvese que lo que se entiende por “controversia de la prueba” es la posibilidad que tiene el sindicado o imputado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y con base en ello sustentar la argumentación de la defensa. La distinción entre imputado y sindicado es relevante desde el punto de vista constitucional para muchos otros efectos jurídicos y su repercusión es amplia en el orden legal y principalmente en el procedimiento penal; empero, de la interpretación del artículo 29 de la Carta, se advierte con claridad que no es admisible el establecimiento de excepciones al principio de la contradicción de la prueba así en la etapa de investigación previa no exista sindicado de un posible delito; no puede el legislador señalar, como lo hace en la disposición acusada, que en la etapa de la investigación previa, existan excepciones al principio de la presentación y controversia de pruebas por el imputado, pues este también tiene derecho a su defensa y a controvertir las pruebas que se vayan acumulando.

– Competencia para controlar el principio de legalidad con el fin de proteger los derechos de las víctimas (Corte Constitucional, Sentencia C-209 del 2007).

– Competencia para examinar formal y materialmente las inferencias en derechos fundamentales con control posterior (Corte Suprema de Justicia, decisión 28535, del 9 de abril del 2008).

– Competencia a prevención cuando se trate de la protección del derecho a la libertad y eventualmente la imputación y medida de aseguramiento (Corte Suprema de Justicia, decisión 29904, del 12 junio del 2008).

La enumeración, por supuesto, no es taxativa y debe ampliarse según la dinámica que se imponga en el proceso conforme a las solicitudes que se formulen en la indagación previa o en cualquier otra etapa. Por ejemplo, la competencia sobre el pedimento de medidas preventivas o cautelares para el restablecimiento del derecho cuando dichas decisiones estén reglamentadas, de lo contrario, pueden ser adoptadas directamente por el fiscal. Así mismo, la competencia para resolver las solicitudes de desafectación de los derechos fundamentales en el juicio. Si se trata de causales estrictamente objetivas

propuestas en esta etapa procesal, corresponden al juez de conocimiento porque no implican juicios de responsabilidad penal.

d. CONTROL SOBRE LA SOLICITUD DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el artículo 250 inciso 1.º, la Constitución Política impone a la Fiscalía, como regla general, la obligación de investigar y acusar los hechos que revistan característica de delito, pero así mismo la faculta para interrumpir, suspender o renunciar a dicha persecución mediante la institución denominada *principio de oportunidad*.

El principio de oportunidad permite la terminación de la actividad procesal cuando el juez de garantías acepta dicha pretensión mediante decisión que admite recursos ordinarios. La petición debe contener los siguientes aspectos fundamentales: la causal que se invoca (art. 324 CPP); las razones jurídicas con base en las cuales se considera viable su aplicación; las pruebas que sean necesarias para tal fin; la existencia de una inferencia razonable de autoría y participación y las razones de política criminal para tal determinación. Varias de las causales para aplicar el principio de oportunidad requieren que se hagan juicios de proporcionalidad para poder determinar su procedencia.

Frente a una solicitud de esta naturaleza, el juez tiene diferentes alternativas, por ejemplo: aprobar la petición; devolverla para cualquier modificación o rechazarla por ser improcedente.

D. INTERVINIENTES EN LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

I. ACTUACIÓN DEL FISCAL

a. LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN COMO ACTO DE POSTULACIÓN

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el acto de imputación no permite la intervención de la defensa, ni el rechazo de la petición del fiscal por parte del juez de control de garantías. Así lo ha expresado el alto tribunal:

[...] la formulación de la imputación en el sistema procesal actual constituye además de un acto de formalización de la investigación, ante todo un acto de comunicación que se hace a una persona (capturada o no) de su calidad de imputada, sin que por tanto se pueda confundir y menos identificar este señalamiento delimitador preliminar del episodio fáctico y su fisonomía jurídico penal -o lo que es igual este marco fáctico jurídico de imputación-, con los cargos, que pertenecen a un ámbito de la actuación procesal posterior y que se viene a consolidar con la formulación de la acusación, dado no solamente su disímil contenido y alcance, sino la diversa fundamentación que la ley exige para la composición de uno y otro acto, pues como ya se vio, tratándose de la formulación de la imputación basta que existan elementos que posibiliten inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga, en tanto que para construir una acusación la ley exige que se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

[...]

De modo que la formulación de la imputación se presenta como un preliminar señalamiento fundado en una inferencia razonable sobre el eventual compromiso penal que le puede deparar a una persona y cuya valoración le corresponde a la defensa con miras a intuir en su capacidad de anticipación y estrategia el desenvolvimiento que pueda tener en orden a una posible atribución formal de cargos y decisión adversa consolidada en el fallo^[165].

Desde nuestro punto de vista, no puede sostenerse que un proceso penal, con principio acusatorio, permita actos de parte con poder vinculante al margen del control formal y sustancial de los jueces de garantías. La imputación constituye un acto esencial, porque es la primera atribución de responsabilidad al investigado, por esto es perfectamente posible que en dicha audiencia sean limitados derechos fundamentales (entre ellos, la presunción de inocencia). Así

las cosas, no solo es necesaria la intervención de la defensa sino indispensable, también, como ha venido afirmándose, la participación activa del juez de control de garantías en todo lo que concierne al objeto de la audiencia. Por lo tanto, debe surtirse el debate probatorio necesario para tomar medidas que afecten derechos fundamentales como la libertad.

Es bien sabido que la teoría general del proceso desde la antigüedad ha clasificado los actos procesales de las partes desde un punto de vista subjetivo (por los sujetos) y uno objetivo (por su contenido y finalidad). Según esta vieja clasificación, los actos pueden ser: (1) de postulación o de obtención y (2) procesales dispositivos, conocidos también como “actos de causación”.

Los actos de postulación buscan obtener una resolución judicial, por lo que no se trata de simples declaraciones de voluntad de las partes que surten el efecto deseado de modo inmediato. Se dirigen al juez, quien los admitirá sólo cuando resulten “legítimos y fundados”. El autor alemán Goldschmidt catalogaba dentro de los actos de postulación todos aquellos dirigidos al juez que requieren de un examen judicial de admisibilidad, idoneidad y fundamentación. En el proceso penal encontramos dentro de este grupo las peticiones de libertad, las calificaciones penales, los pedimentos de recursos y la solicitud de imputación como forma de iniciar formalmente el proceso mediante la atribución de un hecho delictuoso a una persona en condición de autor o partícipe.

Los actos procesales dispositivos son aquellos en los que predomina la voluntad de las partes para que surtan efectos, porque no están dirigidos directamente al juez. Se trata de aquellos actos procesales que crean, modifican o extinguen una situación jurídica. En el proceso penal colombiano son reconocidos como actos dispositivos la terminación anticipada del proceso por aceptación de cargos, la admisión de hechos o estipulaciones probatorias y el desistimiento de la querella.

Así las cosas, la audiencia de imputación no puede entenderse como un simple acto de parte; se trata de un acto de postulación sujeto a examen judicial^{[4166](#)}. No es una simple ritualidad de comunicación: es un acto reglado que contiene requisitos sustanciales y formales que comprometen a una persona

penalmente como sujeto activo de una infracción a la ley penal. La audiencia de formulación de la imputación es, entonces, una subetapa trascendental dentro de la fase de investigación, porque activa formalmente la pretensión natural de la Fiscalía de formular acusación para obtener condena de quien supone responsable de tales conductas^{[1167](#)}.

A partir de lo anterior, son diversas las competencias y obligaciones del fiscal en este momento procesal:

b. EL FISCAL DEBE PROMOVER EL RESPETO DEL DERECHO
AL DEBIDO PROCESO, PARA LO CUAL PRESENTA EVIDENCIA
SUFICIENTE, QUE INCLUYE LA QUE FAVOREZCA
AL IMPUTADO, Y EVITAR OMISIONES INVESTIGATIVAS

La imputación es un acto reglado sujeto a las exigencias del debido proceso. Si la labor del defensor se cifra en hacer valer la presunción de inocencia, es claro que una investigación deficiente del fiscal no puede ser fundamento para imputar un hecho delictuoso, de ahí la especial obligación del ente investigativo de solicitar la imputación sólo cuando cuente con suficiente sustento material para tal fin. La labor del juez de control de garantías, en caso de insuficiencia probatoria, consiste en el rechazo de la imputación con fundamento en el control de omisiones evidentes del fiscal durante la investigación. Por ejemplo, no puede permitirse la imputación cuando existen dudas sobre la identidad del imputado y la Fiscalía no ha practicado ninguna prueba relacionada con su identificación o la individualización.

c. EL FISCAL NO DEBE PRETENDER REALIZAR
UNA IMPUTACIÓN CON BASE EN PRUEBA ILÍCITA
O EN INFORMACIÓN ILEGALMENTE OBTENIDA

El fiscal puede formular actos de postulación o tomar decisiones únicamente con base en evidencia lícita y legalmente obtenida. Por tanto, si la defensa dispone de elementos para argumentar que el trabajo de investigación de la Fiscalía está

viciado, debe solicitarle al juez de control de garantías que no permita la imputación o, aún más, que practique prueba de oficio para reconocer los vicios que fundamentan probatoriamente la imputación (y esto con fundamento en la facultad que le reconoció la Corte Constitucional).

Es imperativo para la Fiscalía desarrollar su trabajo investigativo con sujeción al principio de Estado social de derecho y todas las garantías que en él son establecidas para las labores de investigación. Por tal motivo, toda evidencia ilegalmente obtenida debe ser excluida del proceso y nunca puede constituir fundamento para elevar petición de imputación por parte de la Fiscalía.

2. ACTUACIÓN DE LA DEFENSA

En relación con el acto procesal de vinculación, la defensa debe tener la posibilidad de participar en la audiencia de imputación para controvertir (1) los fundamentos probatorios presentados por el fiscal, (2) la inferencia razonable que este funcionario efectúa, (3) las nociones de autoría o participación que le sirven a la Fiscalía para realizar la imputación e incluso (4) para pedir la exclusión de las evidencias o material probatorio cuando la solicitud de imputación se fundamenta en recaudo ilícito de elementos probatorios. Así mismo, la defensa puede presentar material probatorio que permita llevar a cabo una adecuada controversia.

El contradictorio es un derecho fundamental, porque la Constitución y la jurisprudencia destacan la controversia probatoria como componente esencial del derecho de defensa. En consecuencia, si en la audiencia de imputación se hacen inferencias razonables sobre la responsabilidad penal y pueden tomarse decisiones con base en material probatorio, la defensa debe poder controvertir la respectiva prueba y los argumentos jurídicos presentados por la Fiscalía para oponerse a los actos de postulación. Ahora bien: si la imputación pretende hacerse con base en evidencia desconocida hasta ese momento por el defensor, resulta elemental que las solicitudes de la defensa deben ser atendidas cuidadosamente, con el fin de mantener el debido proceso y respetar la presunción de inocencia.

3. ACTUACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS (AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN)

Este funcionario tiene competencia para valorar la solicitud del fiscal y, si es del caso, rechazar u obligar que se corrija la imputación cuando no cumpla con los requisitos exigidos por el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal. Se insiste: la audiencia de formulación de imputación no puede ser entendida como un simple acto de comunicación. Por el contrario, dado que en ella es posible la afectación de derechos fundamentales, el papel del juez de control de garantías debe ser activo, precisamente por el respeto de los principios constitucionales y legales. Así mismo puede decretar pruebas de oficio si fuera necesario, para fundamentar adecuadamente la decisión de aceptar o no la imputación, providencia que no tiene recursos.

E. ROLES Y FACULTADES EN LA ACUSACIÓN COMO ACTOS DE POSTULACIÓN

I. LA FISCALÍA

La Carta exige que el ente fiscal presente el escrito de acusación. Igual facultad regula el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, donde se establece que el escrito de acusación sea presentado al juez de conocimiento competente cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es autor o partícipe. Como se observa, es una facultad exclusiva de la Fiscalía que presupone una actividad investigativa seria con un resultado concreto; esto es: que exista probabilidad de verdad sobre el hecho. La acusación permite estructurar los requisitos para que el proceso siga su curso y entre en la fase definitiva (juzgamiento) y más importante.

Ahora bien: la legislación procesal establece unos presupuestos que debe contener el escrito de acusación, por lo que la Fiscalía debe tenerlos en cuenta,

para evitar que se invalide esta actuación. Muy importante resulta el deber de entregar copia del escrito al acusado, al ministerio público y a las víctimas, porque de esa forma se garantizan plenamente los derechos de los intervinientes^{168}.

No cabe duda del papel protagónico del fiscal en este momento procesal, porque no solo está investido de la facultad de expresar causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, etc., sino que también es el encargado de formular la acusación en sentido estricto, y de realizar lo que la legislación procesal denomina “descubrimiento probatorio”. En este punto se prevé un especial intercambio argumentativo donde los que intervienen deben actuar con lealtad para que a partir de todo lo descubierto pueda estructurarse el desarrollo de la audiencia de juzgamiento y garantizar los derechos de los intervinientes, incluidas las pretensiones de la Fiscalía. Lo anterior porque, como lo establece el artículo 344 CPP, el ente investigador puede pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretende hacer valer en el juicio.

El fiscal está también facultado para solicitar las medidas que considere pertinentes con el fin de proteger a las víctimas o testigos (arts. 66 y 67 de la Ley 1453 del 2011). Además, debe explicar que ha dado cumplimiento a la cadena de custodia en relación con los elementos probatorios descubiertos.

Así mismo, puede solicitar preclusión cuando el juez de conocimiento rechaza la acusación por atipicidad absoluta. Finalmente, vale resaltar que el Acto Legislativo 06 del 2011 crea el acusador privado (art. 25 C. N.), por lo que desaparece el monopolio de la acción penal en cabeza de la Fiscalía.

2. EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

El juez de conocimiento adquiere competencia una vez se formula la acusación. El pliego de cargos (acusación) es un acto procesal igualmente reglado, que permite al juez de conocimiento definir sobre la solicitud del fiscal a efectos de proceder a un juicio oral con todas las garantías. Desde este punto de vista, debe

entenderse que el fiscal ejerce un acto de postulación para que el juez de conocimiento tome las decisiones pertinentes sobre la iniciación y continuación del juicio oral. En otras palabras, el juez de conocimiento tiene competencia de control (formal y material) sobre la acusación para ordenar su corrección, aclaración o rechazo cuando la conducta investigada es ostensiblemente atípica o el hecho considerado ilícito no ha tenido ocurrencia.

Así mismo, puede devolver la acusación y ordenar que se realice una investigación que cumpla verdaderamente las finalidades de la justicia, en especial cuando el fiscal no ha realizado adecuadamente las funciones constitucionales y legales. Esta es una forma de hacer control a las omisiones en que incurra el ente acusador.

Piénsese en los siguientes ejemplos: se acusa a un imputado por porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y en la audiencia de lectura de acusación la defensa presenta certificación del Ministerio de Defensa que acredita que el arma es de defensa personal. La pregunta obvia es: ¿el juez de conocimiento debe tramitar esta solicitud o, por el contrario, con el fin de mantener una pretendida estructura del proceso, está obligado a negar la petición de la defensa y continuar el trámite del juicio oral a sabiendas de que existen irregularidades que pueden, en caso extremo, afectar la libertad de la persona? La respuesta es elemental: el juez debe ordenar que se corrija el desafuero y, a su turno, la Fiscalía tiene la obligación de cumplir esta determinación, porque las decisiones de los jueces son vinculantes.

Por último, el juez de conocimiento puede resolver solicitudes sobre libertad provisional cuando se invocan causales objetivas que no alcanzan a comprometer su criterio sobre la responsabilidad. Tal rol debe entenderse de forma excepcional, condicionado a que se encuentre plenamente probada la causal propuesta y que implique una protección inmediata del derecho fundamental.

- FUNDAMENTOS PARA RECHAZAR LA ACUSACIÓN

En nuestro concepto, el juez de conocimiento puede rechazar la acusación con

base en los siguientes fundamentos: la acusación exige un umbral, relacionado con la probabilidad de verdad en cuanto a la existencia de la conducta, su tipicidad y determinación de autoría o participación. Por lo tanto, la exigencia del principio de legalidad y la vinculación de los jueces al artículo 230 de la Constitución impiden tramitar una acusación con violación de dicho principio, por razón de una calificación errónea de parte de la Fiscalía.

- Las competencias del fiscal en materia de investigación se entienden agotadas a partir de la formulación de acusación, porque la hipótesis delictiva por la cual se acusó ya debe encontrarse estructurada. Por tal razón, la audiencia de acusación es un escenario de control en el cual el juez de conocimiento puede definir situaciones que no están relacionadas con la responsabilidad, y valorar las pruebas que tiene la defensa en relación con los requisitos de la acusación. Si los defectos son de tal naturaleza que no pueden superarse con una simple corrección formal de la calificación, el juez puede rechazar la acusación.

- El rechazo de la acusación también es procedente de manera indiscutible cuando los hechos base de la formulación de cargos no constituyen infracción de la ley penal. Por ejemplo, formular la acusación por adulterio. En este caso, puede optarse por dos soluciones: devolver la actuación para que la Fiscalía solicite la preclusión o el juez oficiosamente ordena la terminación del proceso. Cuando existen causales estrictamente objetivas, podrá precluir la investigación. Desde el punto de vista de la economía procesal, no se justifica llevar a cabo un juicio por una conducta ostensiblemente atípica.

Debe decirse que el proceso penal, en especial el juicio, implica una afectación a los derechos fundamentales del procesado (buen nombre, libertad, etc.), lo cual sólo se justifica cuando elementos probatorios aportados legalmente permitan acusar. En otras palabras, en los eventos como los anunciados llevar a cabo un juicio implica una afectación desproporcionada a los derechos del procesado y, por lo tanto, sería inconstitucional someter a un ciudadano a tales irregularidades. El juicio debe realizarse bajo criterios de transparencia y razonabilidad, por lo que no puede estar precedido de irregularidades originadas por cualquiera de las partes, en especial por la Fiscalía.

3. EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

A este funcionario le corresponde, en la etapa del juzgamiento, resolver todo lo relacionado con la afectación o desafectación de derechos fundamentales, cuyo pronunciamiento por parte del juez de conocimiento pueda comprometer su criterio en lo referente a la responsabilidad del acusado.

4. ACTUACIÓN DE LA DEFENSA

Son variadas las facultades que tiene la defensa durante la audiencia de lectura de acusación. Por un lado -y esta es la facultad más importante-, puede presentar argumentos indicativos de la inexistencia del hecho o de su atipicidad, para desvirtuar lo pedido por el fiscal. También puede poner de presente errores que afecten un derecho fundamental -por ejemplo, la privación de la libertad-, para que sean tomados los correctivos del caso. Por otro lado, la defensa también tiene las facultades de expresar oralmente las posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, porque en este momento procesal cobra especial importancia el saneamiento de las irregularidades que pudieron presentarse. Para los fines anteriores, el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009, por medio del cual se reformó la Ley 270 de 1996, obliga a revisar la actuación procesal cada vez que finalice el trámite de una etapa procesal, con el fin de corregir cualquier irregularidad y evitar que el proceso continúe cuando exista alguna causal de nulidad.

Como en las audiencias de lectura de acusación y preparatoria se realiza el descubrimiento de prueba, la defensa tiene el derecho de conocer efectivamente lo que se pretenda hacer valer en su contra. Por tal motivo, la legislación le da la posibilidad a la defensa de que solicite al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía el descubrimiento de un elemento material probatorio específico del cual tenga conocimiento. Como se observa, aquí se parte de la total transparencia y lealtad entre las partes, lo cual refuerza nuestra tesis en el sentido de que la Fiscalía en todo el proceso, y no solo en esta audiencia, debe realizar una investigación integral donde busque y haga valer también lo favorable al

procesado. Ahora bien: la defensa, a diferencia de la Fiscalía, no está obligada a suministrar información que haya recaudado en la investigación y que le sea desfavorable, porque, como se sabe, constitucionalmente no está obligada a autoincriminarse^{169}.

F. COMPETENCIA DE LA FISCALÍA Y DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO EN LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ha resultado intensa la discusión sobre las facultades del juez de conocimiento en materia de preclusión de la investigación, debido a que la Constitución y la ley asignan al fiscal la legitimación activa para solicitarla (artículos 250 numeral 5 C. N. y 332 CPP). Por lo tanto, una de las preguntas que surgen en este punto es la siguiente: ¿el defensor puede formular una solicitud de preclusión con base en el ejercicio del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 constitucional?

El artículo 332 cpp permite que la defensa y el ministerio público soliciten la preclusión en la etapa de juicio. La interpretación de las altas cortes en este punto ha distribuido esa facultad con fundamento en la etapa en la que se encuentre el trámite procesal y en lo que se propone. Eso significa que la defensa puede presentar solicitud de preclusión antes de la audiencia de imputación o en cualquier tiempo del proceso por causales objetivas (v. gr. prescripción, muerte del indiciado, etc.), pero dicha solicitud está limitada cuando se invocan causales que requieren discusión probatoria en sede oral -por ejemplo, la demostración de una causal que excluya la responsabilidad penal.

Nuestra tesis está orientada a sostener que el juez de conocimiento puede tramitar las solicitudes de preclusión presentadas por el defensor o el fiscal, con base en las siguientes reglas:

1. De manera general, el fiscal puede solicitar la preclusión en cualquier etapa del proceso porque es quien está legitimado para el ejercicio de la acción penal.
2. El imputado y la defensa pueden invocar la preclusión por cualquier causal objetiva en todas las etapas del proceso.
3. Si la Fiscalía acusa habiendo mérito para precluir, la defensa puede invocar causales de preclusión en la audiencia de lectura de acusación y aportar

pruebas sobre la causal que invoca^{170}.

4. La Fiscalía, el ministerio público y la defensa pueden solicitar la preclusión, una vez iniciada la etapa de juicio, en la medida en que se invoquen causales objetivas o se compruebe la inexistencia del hecho.

Lo anterior está fundamentado en los argumentos que se exponen a continuación:

– La acusación y la solicitud de preclusión son actuaciones mediante las cuales el juez de conocimiento adquiere competencia para decidir sobre las peticiones del fiscal. Al estudiar la solicitud de preclusión, el funcionario debe reconocer que existe suficiente material probatorio para determinar que no hay responsabilidad penal, bien sea por causales de extinción objetivas: prescripción o muerte del indiciado, imputado o acusado, o por causales que pueden requerir debate con fundamento probatorio. El juez de conocimiento debe tramitar el pedimento de la defensa si ésta arguye que no existió ninguna intervención del imputado en el hecho porque, por ejemplo, se encontraba en el exterior y, por la misma razón, no era posible hacer atribuciones de responsabilidad a ningún título de autoría o participación.

La posibilidad de que la defensa pueda pedir la preclusión cuando ésta sea manifiesta -por ejemplo, si es claro de manera ostensible y evidente que no hay tipicidad- se justifica en lo siguiente:

1. De la Constitución puede inferirse una prohibición a la protección deficiente. Lo anterior quiere decir que los derechos fundamentales deben estar siempre garantizados y es necesario que existan mecanismos idóneos para su protección. La afirmación según la cual la defensa no puede pedir la preclusión implica desconocer tal prohibición, porque se incurriría en una protección deficiente del derecho fundamental a la defensa.

2. Por esta vía serán afectados también los principios de igualdad de armas y eficacia de la justicia. Mantener un proceso innecesariamente, cuando existe una causal de justificación o exoneración, implica permitir que permanezca una vulneración sobre derechos fundamentales -como podría ocurrir por ejemplo con el buen nombre-, lo cual resulta inconcebible.

3. El artículo 250.5 de la Constitución consagra que es función de la Fiscalía General de la Nación solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento. Esa norma constitucional no puede interpretarse restrictivamente, en el sentido de entender que sólo la Fiscalía puede pedir la preclusión. La disposición establece una facultad de la Fiscalía para pedir la preclusión cuando no existe mérito para acusar. No consagra una prohibición para que cualquier parte ilimitadamente dentro del proceso pueda pedir la preclusión. La Corte Constitucional ha sostenido que la defensa puede invocar causales distintas de las que ha propuesto la Fiscalía. El juez de conocimiento tampoco está limitado en su decisión a la causal propuesta: puede precluir por causal diferente, siempre que exista prueba que respalde la decisión^{171}.

– No cabe predicar, como suele decirse en la *praxis* judicial, que el juez actúa bajo los presupuestos de una justicia rogada, debido a que en el campo de la preclusión el juez de conocimiento actúa en el contexto de lo que se ha llamado “control judicial”. Recuérdese que el juez de conocimiento, al controlar los factores de preclusión, ejerce una labor fundamentada en el artículo 230 de la Constitución. Esto es: el juez en su providencia tiene que hacer cumplir el principio de legalidad. Por lo tanto, limitar su competencia equivale a privarlo de una función que le está constitucionalmente asignada.

En conclusión, no existe prohibición de que la defensa solicite la preclusión antes de la imputación o durante el trámite de las etapas procesales previas a la audiencia de juicio oral, según las reglas antes explicadas. En esta última etapa no es factible hacerlo, porque lo procedente es esperar la decisión adoptada mediante sentencia, salvo que se estructure causal que impida seguir el proceso (prescripción o muerte del procesado). No sobra advertir que esta posición no busca abrir espacios que permitan a los profesionales del derecho dilatar el proceso penal, sino que evita agotar toda la actividad procesal cuando se sabe que el proceso no puede terminar con sentencia que determine responsabilidad penal. De la misma manera, en el trámite de una audiencia de preclusión solicitada por el fiscal, la defensa puede, como ya se dijo, invocar causales diferentes, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional^{172}. En relación con

este tema, ALBARRACÍN DURÁN sostiene:

[...] si como producto de la investigación de la defensa se han obtenido información o elementos materiales probatorios o evidencia documental que pueden estructurar en mejor forma el sustento demostrativo de la solicitud de preclusión, es viable ponerlos a disposición del juez de conocimiento para que los aprecie al momento de tomar su decisión^[173].

Lo propio puede decirse de la facultad que tiene el ministerio público, o incluso la víctima, para solicitar la preclusión en los casos en que ha mediado una conciliación. Desde luego, esto está condicionado a que los bienes jurídicos objeto de la investigación sean de disposición de la víctima o a que el Estado haya perdido interés real en la persecución de la conducta.

La anterior postura jurídica apunta a controlar las omisiones en que pueda incurrir la Fiscalía cuando teniendo a disposición elementos probatorios que permiten estructurar una causal de preclusión, continúa la investigación o simplemente se produce una inactividad procesal injustificada. En ningún caso se pretende abrir espacios interpretativos para buscar que el juez de conocimiento comprometa su criterio al resolver una petición de esta naturaleza y de esta forma generar una causal de impedimento.

G. FACULTADES DE LA VÍCTIMA EN LOS DIFERENTES MOMENTOS PROCESALES Y AUDIENCIAS^[174]

No cabe duda de que el nuevo sistema procesal penal otorga especial relevancia a la participación de las víctimas. Como afirma SAMPEDRO ARRUBLA, se trata de fundamentar una nueva lectura que defina el conflicto penal como algo interpersonal y su solución a partir de sus propios protagonistas^[175]. El sistema procesal actual se entiende, entonces, como un espacio de diálogo (en el sentido aquí defendido), idóneo para llegar a la verdad y a la reconciliación social.

Las víctimas tienen reconocida la posibilidad de participación en la etapa de *indagación*, que, si bien es dirigida por la Fiscalía General de la Nación,

constituye el marco propicio para que el ente investigador ofrezca toda la información necesaria para el conocimiento de lo que se investiga. Además, las víctimas cuentan con las posibilidades de ayuda que otorgan, por ejemplo, entidades gubernamentales que las apoyen económica, psicológica, jurídicamente, etc. Ahora bien: de conformidad con los mecanismos procesales utilizados, se definirá el espacio concreto de participación de las víctimas. En consecuencia, si se pretende aplicar el principio de oportunidad o preclusión de la investigación, solo para citar unos ejemplos, las víctimas podrán exponer sus argumentos de derecho para oponerse a tales decisiones.

Lo mismo sucede durante la etapa de *investigación* en sentido estricto, ya que en ese momento procesal es el fiscal quien asume el papel protagónico, y será quien podrá adoptar o solicitar todas aquellas medidas que considere necesarias para garantizar los derechos de las víctimas. Cabe advertir que éstas pueden participar en los diferentes momentos procesales para promover directamente la garantía de sus derechos. Por ejemplo, la víctima puede estar presente en la audiencia de formulación de imputación. Se recalca la necesidad de armonizar el respeto de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación frente a la estructura del proceso penal conforme a la Ley 906 del 2004.

En las diferentes audiencias de *juzgamiento*, la intervención de la víctima es esencial. En primer lugar, la audiencia de acusación es el escenario donde el juez define la calidad de víctima, al tenor del artículo 34o cpp, reconocimiento requerido para poder actuar como tal en la audiencia de juicio oral. No obstante, y como hemos dicho, la víctima tiene participación desde la etapa de indagación, de manera que el citado artículo simplemente establece un reconocimiento formal para efectos de confrontación procesal y de acceso a beneficios en la etapa decisiva del proceso. Ahora bien: también en la audiencia preparatoria y en la de juicio oral (en lo que tiene que ver especialmente con la producción de la prueba^[176]) está perfectamente garantizada la participación de la víctima, en los términos de la jurisprudencia constitucional.

Estas y otras facultades de la víctima fueron recogidas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-209 del 2007^[177], donde se transformó el

cuadro participativo de las víctimas en el proceso penal regulado por la Ley 906 del 2004. Esta transformación fue una reacción al discurso más bien retórico de la legislación, que concretaba la participación de la víctima^{178}. En tal sentido, la decisión es trascendental si se tiene en cuenta que existen tres pilares que justifican esa participación, y que resumimos de la siguiente forma:

- La víctima es un sujeto procesal que conserva, en el marco del derecho internacional y, por ende, en el bloque de constitucionalidad, los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación^{179}. En consecuencia, es un interviniente especial en el proceso penal.

- La tendencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre la participación de las víctimas en el proceso penal se proyecta a la tutela judicial efectiva.

- La participación de la víctima en defensa de sus legítimos intereses en el marco de la verdad, la justicia y la reparación no afecta la estructura fundamental del proceso. Si bien el fiscal es el titular de la acción penal, al ejercer dicha acción no solo representa los intereses del Estado, sino también promueve los intereses de las víctimas, quienes pueden actuar sin sustituir ni desplazar al fiscal. Debe recordarse que el Acto Legislativo 06 del 2011 le permite actuar como acusador privado.

Las facultades generales de la víctima, de conformidad con la decisión constitucional comentada, son las siguientes:

I. SOLICITUD DE PRUEBA ANTICIPADA

La víctima puede solicitar la práctica de pruebas anticipadas para lograr el esclarecimiento de los hechos, de las circunstancias de su ocurrencia, la determinación de los responsables, la magnitud de los daños sufridos y la verdad. Es decir, el artículo 284 cpp puede ser utilizado por las víctimas, de tal forma que ellas tienen la posibilidad de solicitar que se practiquen pruebas anticipadas durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral, siempre y cuando se haga ante el juez de garantías y por

motivos fundados de extrema necesidad; de esta forma se garantizan los derechos de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación.

Para el caso de los delitos contra la administración pública o aquellas conductas que recaen sobre el patrimonio del Estado, la Ley 1474 del 2011 estableció una especial protección al derecho de solicitar pruebas anticipadas. En efecto, la adición al artículo 284 cpp (parágrafo) permite practicar como prueba anticipada el testimonio de las personas que han sido amenazas y que pueden servir como testigos en los procesos penales respectivos. De igual forma, se admite la prueba anticipada de testimonios rendidos por personas contra las cuales cursa trámite de extradición en el cual se haya rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2. PARTICIPACIÓN EN EL DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

El descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía y de la defensa se hace en la audiencia de acusación y en la preparatoria (también es posible hacerlo en la audiencia de imputación y en las audiencias preliminares). Según la Corte Constitucional^{180}, la víctima puede solicitar el descubrimiento de pruebas para asegurar su derecho constitucional a la verdad. Subraya ese tribunal que el derecho de las víctimas a aportar pruebas, consagrado en el literal D del artículo ii de la Ley 906 del 2004, no se ha proyectado en el artículo 344 cpp, como lo exige el goce efectivo del derecho de las víctimas a la verdad.

Este derecho a participar en el descubrimiento y presentación de pruebas debe entonces extenderse a todas las actuaciones procesales mediante las cuales puedan afectarse derechos fundamentales. Así las cosas, la intervención de la víctima en la audiencia de formulación de acusación no se limita a realizar observaciones al escrito de acusación o a manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades. Por el contrario, hace parte de un papel activo propio del conocimiento de las pruebas que servirán de fundamento a la decisión final.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que la víctima está habilitada para participar activamente, adelantando su propia investigación y recaudando

elementos materiales probatorios. Esa corporación ha precisado que el descubrimiento probatorio por parte de la víctima debe hacerse a través de la Fiscalía, “único interlocutor válido que puede allegarlas y controvertirlas en el debate oral”^{181}.

3. INTERVENCIÓN EN LA AUDIENCIA PREPARATORIA

La víctima puede participar en la audiencia preparatoria y hacer observaciones sobre el descubrimiento de los elementos probatorios y la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral “con fundamento en el derecho a *que se le facilite el aporte de pruebas*” (lit. d art. ii, Ley 906 del 2004). Puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios probatorios.

Si bien esta facultad no estaba prevista en los artículos 358 y 359 CPP, la Corte no encontró razón objetiva que justifique la exclusión de la víctima de esta facultad, ya que su participación en esta etapa permite determinar cuáles medios de prueba resultan admisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que no requieran prueba. Además, esta facultad le permite pronunciarse contra la práctica o admisión de pruebas que vulneren su dignidad o su intimidad.

4. FACULTAD DE CONTROVERSIA

PROBATORIA EN JUICIO ORAL

La víctima puede intervenir para debatir los materiales probatorios y la evidencia física presentados en la etapa del juicio oral, así como interrogar al testigo y oponerse a las preguntas que se formulen en ese momento procesal. No obstante, esta facultad se ejerce por intermedio del fiscal. A nuestro juicio, esta restricción resulta opuesta a todas las garantías otorgadas a la víctima antes de la actuación procesal mencionada. Si la víctima ha actuado a lo largo del proceso, es artificial restringir su participación en el juicio oral directamente y tener que hacerlo por intermedio del fiscal.

La víctima debe ser tratada como parte dentro del proceso, lo que le permite actuar plenamente. La sentencia de la Corte Constitucional C-209 del 2007^[182] define a la víctima como un *interviniente especial* en las actuaciones, concepto ajeno a la teoría procesal y, por lo tanto, indeterminado, lo que no permite materializar sus derechos. Como lo anota Gaviria Londoño^[183], este concepto no tiene asidero constitucional.

Si se entiende el proceso como un diálogo, la construcción de la verdad debe realizarse por medio de una interacción constante entre los intervinientes, lo cual implica una posición activa de la víctima dentro de la actuación.

5. FACULTAD PARA INTERVENIR EN SOLICITUDES DE PROTECCIÓN O IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

La Corte Constitucional, en la sentencia citada, adujo que la fórmula escogida por el legislador en la redacción original de la Ley 906 del 2004, artículo 306, según la cual sólo la Fiscalía tenía legitimidad para solicitar la medida de aseguramiento, dejaba desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal. Por ello consideró que como la víctima tiene información directa, es la primera llamada a solicitar una medida de protección y, en consecuencia, la medida de aseguramiento. Por tal razón, la víctima también puede acudir directamente ante el juez de control de garantías para solicitar la medida respectiva. Así lo establece el artículo 306 CPP, tal y como quedó modificado por el artículo 59 de la Ley 1453 del 2011, en donde se consagró que la víctima puede solicitar al juez de garantías la imposición de la medida de aseguramiento cuando la Fiscalía omite hacer dicha petición.

6. FACULTAD DE IMPUGNACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En la medida en que el principio de oportunidad es un instituto que permite al

fiscal abstenerse de ejercer la acción penal por razones de política criminal, es necesario aplicarlo sin menoscabar el derecho de las víctimas. Por esa razón, éstas no solo participan en su aplicación, sino que, en relación con la decisión que pone fin al proceso con base en el principio mencionado, tienen derecho a la impugnación.

7. FACULTADES FRENTE A LA PRECLUSIÓN DE INVESTIGACIÓN

Dado que la preclusión hace tránsito a cosa juzgada, la víctima no puede solicitar la reanudación de la investigación, ni aportar nuevos elementos probatorios que permitan reabrir la investigación contra el imputado favorecido con dicha decisión. Por lo tanto, la víctima puede allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión, y si ésta ya ha sido acogida, puede impugnar tal decisión. Como afirma la Corte Constitucional, el trámite de la preclusión debe estar rodeado de las mayores garantías posibles para los intervinientes.

La reciente Ley 1448 del 2011^{[\[184\]](#)} enumera, en sus artículos 35 a 46, los derechos de la víctima. En este contexto y por la especialidad de la ley, se recalcan las facultades probatorias de la víctima en los procesos penales: el derecho a ser oída siempre que lo considere necesario (art. 37), la garantía de comunicación de decisiones que la afecten para ejercer sus derechos (art. 36), así como las facultades especiales en los casos de delitos de agresión sexual y delitos internacionales.

8. FACULTADES DEL ACUSADOR PRIVADO

Recientemente se introdujo en el artículo 250 superior un párrafo por el cual se incorpora en el ordenamiento procesal penal la figura del acusador privado. La nueva normatividad constitucional consagra que el legislador podrá asignar el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas de la Fiscalía General. Es evidente que, tal y como quedó redactada la adición al

artículo 250 superior, la figura del acusador privado no es incompatible con la intervención que las víctimas puedan hacer en el proceso.

III. CONCLUSIONES

La audiencia es el acto procesal en que el funcionario judicial toma decisiones necesarias para el desarrollo del proceso y resuelve peticiones de las partes. El estatuto procesal clasifica las audiencias en dos clases: de juzgamiento y preliminares. Mientras que las primeras son en esencia la de acusación, la preparatoria y la de juicio oral, las segundas deben entenderse como aquellas donde no se discute el aspecto sustancial, ni se define por regla general el objeto del juicio, por lo cual pueden realizarse durante la etapa de investigación (audiencia de imputación, de legalización de captura y las del artículo 154 CPP que no tienen carácter taxativo) o durante el juicio (audiencia de control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, por ejemplo). Así mismo, son funcionarios judiciales diferentes los que presiden estas audiencias. Las de juzgamiento se realizan ante el juez de conocimiento y las preliminares, ante el juez de control de garantías.

La estructura del proceso penal condiciona el papel de los intervinientes en las diferentes audiencias y, en consecuencia, los roles que cumplen en cada una de ellas. Las partes en el proceso deben tener la posibilidad de desarrollar sus funciones y ejercer los derechos de defensa y debido proceso a cabalidad. Todas las audiencias, sean de juzgamiento o preliminares, deben permitir dicha posibilidad.

Las audiencias preliminares se desarrollan primordialmente en la fase investigativa, y pueden tener como finalidad el control a la afectación de derechos fundamentales. Por lo tanto, en esta clase de audiencias deben develarse las evidencias necesarias que tiene la Fiscalía para sustentar la solicitud de afectación o cualquier otro interviniente (piénsese en la imposición de medida de aseguramiento), con la finalidad de que puedan ser debatidas y controvertidas por la persona que es afectada con dicha medida.

Muy importante resulta la función que cumple el juez de control de garantías

en estas audiencias. Este funcionario no tiene un papel pasivo frente a las solicitudes del fiscal o de las demás partes. Como garante de la Constitución y la ley en el proceso penal, no está vinculado ni a los actos de postulación del fiscal, ni a los requerimientos de las víctimas o de cualquier otro interviniente.

Toda afectación de derechos fundamentales dentro del proceso penal, esto es, tanto la que se realice en audiencias preliminares como en las de juzgamiento, debe estar regida y ser decidida conforme a la teoría del principio de proporcionalidad. De la misma forma cuando se hacen pronunciamientos de esta naturaleza en la indagación previa.

La Fiscalía General de la Nación tiene un especial y protagónico rol dentro de las etapas de indagación e investigación. Para lograr la reconstrucción de los hechos, el ente acusador dirige la acción de los funcionarios de policía judicial, con el fin de obtener los medios probatorios que permitan sustentar las solicitudes ante las autoridades judiciales (actos de postulación, como la solicitud de imputación). La Fiscalía puede asimismo afectar derechos fundamentales directamente (artículo 25º inciso 3 C. N. o afectaciones estrictamente leves como parte de la dinámica de la investigación) o solicitar la autorización para ello dentro de los parámetros del principio de proporcionalidad (especial importancia en lo referente al derecho a la libertad). Pero quizás la función más emblemática dentro de un proceso de estas características es la de presentar el escrito de acusación cuando considere que se dan los presupuestos formales y materiales para tal pronunciamiento.

En cumplimiento de sus funciones, la Fiscalía está obligada a investigar tanto lo desfavorable como lo favorable al indiciado, conforme al debido proceso. Para cumplir tal finalidad procurará que el material probatorio recaudado sea pertinente, conducente para los fines de la investigación y libre de ilegalidades o ilicitudes en su obtención.

La defensa está facultada desde el estatuto procesal para realizar actividades de investigación (por ejemplo, recolectar evidencias o elementos materiales probatorios, realizar entrevistas, entre otras, actividades que deben someterse al mismo tratamiento previsto para la Fiscalía como también cuando se trata de pruebas ilícitas) y además debe cumplir con los requisitos de la cadena de

custodia; por tal motivo, su rol no queda limitado a la existencia formal de un proceso, sino que, por el contrario, su participación puede ejecutarse incluso desde el momento anterior a la imputación. En consecuencia, la defensa también puede realizar peticiones, ante los jueces (incluso de práctica de pruebas ante el juez de conocimiento o de control de garantías) y ante la Fiscalía (como la petición de archivo de las diligencias), que considere necesarias para el cabal ejercicio de sus derechos dentro del proceso, peticiones que deberán ser atendidas sin dilaciones. También podrá controvertir los argumentos que se presenten en contra de sus intereses en cualquier estado de la actuación procesal. Por ejemplo, en la audiencia de lectura de acusación, puede presentar argumentos indicativos de errores del fiscal frente a dicho acto de postulación. Las peticiones de la defensa y presentación de pruebas no pueden interrumpir la investigación realizada por la Fiscalía ni pueden exigir el descubrimiento probatorio integral de evidencias o elementos probatorios.

El juez de control de garantías, como uno de los principales garantes de la Constitución y la ley en el proceso penal, está investido de la facultad de hacer examen sobre la afectación de derechos fundamentales, bien sea antes de dicha afectación o después, cuando ésta ha sido realizada por la Fiscalía directamente por autorización de la propia Constitución o por el grado de afectación (leve). Por lo tanto, su papel es activo en las audiencias preliminares donde se resuelven las solicitudes que se hayan formulado, porque tiene la posibilidad incluso de tomar decisiones que vayan en contra de los actos de postulación presentados por el fiscal -por ejemplo, la facultad de rechazar la imputación cuando considere que no se cumplen los requisitos para tal fin-. Su papel no es simplemente notarial, sino precisamente de control sobre la legalidad del proceso.

De forma similar, el juez de conocimiento participa en el proceso para tomar las decisiones sobre el fondo de lo investigado o aquellas que ponen fin al proceso de forma definitiva. Por regla general, su actividad tiene desarrollo a partir de la presentación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía y de ahí en adelante tiene a su cargo la dirección de las demás audiencias de juzgamiento. Al igual que el de control de garantías, consideramos que este funcionario de

conocimiento no se encuentra sometido a los actos de postulación del fiscal; por esta razón, en el ejercicio de discrecionalidad judicial puede, por ejemplo, ordenar la corrección o aclaración de la acusación o su rechazo de plano, cuando considere que no se dan los requisitos para fundamentar dicha petición.

El juez de conocimiento tiene competencia para tramitar la solicitud de preclusión realizada por la defensa o el fiscal, en cualquier la etapa procesal. Así la defensa, por ejemplo, puede solicitar la preclusión a partir de la indagación preliminar y hasta antes de la audiencia de juicio oral, salvo que se trate de una causal de extinción de la acción penal (prescripción, muerte, etc). De lo contrario, resulta lógico esperar la decisión que dicte en dicho juicio.

El papel o rol de la víctima en el proceso penal resulta básico si se parte de la necesidad de establecer la verdad y se atiende a la naturaleza dialogal del procedimiento. El desarrollo jurisprudencial de la Ley 906 del 2004 ha potenciado dicho rol, por lo cual hoy es claro que la víctima tiene la posibilidad de participar en el proceso desde antes de la imputación, esto es, desde la indagación, con la exposición de todos los argumentos que considere necesarios para apoyar las solicitudes del fiscal (por ejemplo: quién más interesada que la víctima en lograr la formulación de imputación o la medida de aseguramiento), oponiéndose a las pretensiones de la defensa o a las decisiones que se tomen y que, en su concepto, afecten sus intereses dentro del proceso (estos intereses han sido definidos y enmarcados dentro de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación). Especial mención merece la facultad que ha otorgado la jurisprudencia y la Ley 1448 del 2011 a la víctima para solicitar pruebas anticipadas.

PARTE TERCERA

INJERENCIAS EN DERECHOS CONSTITUCIONALES DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL

CAPÍTULO PRIMERO

*La ponderación como instrumento legítimo para
definir límites a los derechos fundamentales*

I. ASPECTOS GENERALES

Como se desarrolló ampliamente en el tomo primero de esta obra, la teoría constitucional se ha visto enfrentada al establecimiento de límites al ejercicio legítimo de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, se parte del principio según el cual los derechos fundamentales no son absolutos, sino que su ejercicio puede estar limitado. Por ejemplo, la Constitución consagra el derecho fundamental a la libertad pero, a renglón seguido, la misma Carta establece límites para efectos de la persecución penal^{185}; estos límites sirven de fundamento a las medidas de restricción que pueden tomarse durante la investigación penal. Así mismo, permite la libertad de circulación (art. 24 C. N.), pero existen límites indirectos relacionados con el control de migración o el control de tránsito vial por parte de la policía.

Si se tiene en cuenta que todo derecho fundamental puede limitarse en su ejercicio, debe analizarse la posible extensión de las restricciones y la forma de abordar esta temática. A este respecto, los teóricos constitucionales han acuñado algunas teorías para determinar los alcances de la investigación penal cuando se trate de la posible injerencia de la indagación criminal en los derechos fundamentales del ciudadano^{186}.

A. TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN

I. TEORÍA DEL CONTENIDO O NÚCLEO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta tesis establece la existencia de un núcleo esencial de disfrute de todos los derechos fundamentales que no puede ser invadido por las actuaciones estatales, sino a condición de que la propia Constitución establezca los casos en que puede ocurrir la injerencia. Por ejemplo, frente a la inviolabilidad domiciliaria (art. 28 C. N.) se entendería que el legislador no podría permitir ningún tipo de

injerencia distinta de la necesaria para la investigación penal, toda vez que la propia Constitución establece el requisito de mandato escrito de autoridad judicial competente con las formalidades prescritas en la ley.

Pero esta postura puede llegar a extremos inaceptables. Si se exige siempre la orden judicial no se permitiría, por ejemplo, la entrada en las residencias de habitación privada por parte de autoridades administrativas para controlar instalaciones comunitarias del servicio de gas doméstico. Por esta razón, delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental resulta difícil con una interpretación exegética de la Constitución, de tal manera que los teóricos han recurrido a distintas herramientas para llegar a un concepto de “núcleo esencial”.

Para delimitar el contenido del núcleo esencial, HAMEL considera que la determinación de los límites inmanentes a todo derecho fundamental puede darse mediante la teoría de la “transferencia hacia el interior”, que consiste en incluir dentro del contenido esencial del derecho las limitaciones escritas y no escritas del derecho fundamental, con lo cual se dejan en un segundo plano la noción y los conceptos de valores que tienen prioridad en el ámbito de la comunidad.

Por ejemplo, el artículo 42 superior establece la libertad de formación familiar a partir de la voluntad de decisión de dos personas de contraer matrimonio o vincularse materialmente. Pero existe un límite inmanente que haría parte del núcleo esencial cuando se establece la prohibición matrimonial entre consanguíneos y la penalización de las relaciones sexuales entre personas que hacen parte del mencionado grupo a través del incesto. En materia penal, PETER HABERLE interpreta el contenido del núcleo esencial relacionado con “transferencias hacia el interior” de la siguiente forma:

Si se considera con atención este acercamiento a la determinación del contenido esencial, entonces ello significa, por ejemplo, que el derecho penal vigente es parte integrante del contenido esencial, es decir, no existe un derecho fundamental que no sea delimitado por el derecho penal según su contenido y sus características. Hasta la libertad de opinión encuentra límites en el derecho penal. También el derecho civil forma parte, en este sentido, del contenido esencial de los derechos fundamentales. Aquel que ve el derecho penal como un límite sustancial de la libertad puede seguir, sin

duda, este razonamiento. Por otra parte, él debería sorprender tan sólo a primera vista: el derecho penal protege constantemente uno o más bienes que son constitutivos para el conjunto de la Constitución, y por eso también para los derechos fundamentales. Tutela a menudo directamente aquellos valores que son objeto del derecho fundamental en cuestión. El derecho civil, por el contrario, es “ejecución” y delimitación de derechos fundamentales, como por ejemplo, la libertad general de acción. La libertad contractual, el matrimonio y la familia, forman parte de la esencia de estos derechos fundamentales^{187}.

2. TEORÍAS MIXTAS

La teoría del contenido esencial se ha visto morigerada, porque su aplicación irrestricta puede llevar a situaciones de difícil solución. Desde otra perspectiva, no se parte ya de la existencia de núcleos inexpugnables en los derechos fundamentales; por el contrario, una nueva óptica pretende definir los límites con fundamento no en una “transferencia hacia el interior del derecho”, sino a partir de la propia Constitución y de los desarrollos legales exteriores que permite la Carta.

Autores como ROBERT ALEXY clasifican las teorías sobre la limitación a los derechos fundamentales en subjetivas y objetivas, conforme al contenido esencial. Las objetivas determinan que la validez de un derecho fundamental no puede depender de las limitaciones legales, de tal forma que pierda su importancia para los individuos, para una parte significativa de ellos o en general para la vida social.

Las teorías subjetivas se dividen a su vez en absolutas y relativas. La relativa predica que el núcleo esencial es aquello que queda después de una ponderación, de tal manera que las restricciones acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran el contenido de la garantía esencial, aun cuando en un caso particular anulen el disfrute de una garantía que tenga el carácter de derecho fundamental. Desde este punto de vista, todo derecho fundamental está sujeto a un ejercicio de proporcionalidad, sin que ello afecte el núcleo esencial. Esta teoría subjetiva-relativa es una teoría mixta, porque aplica tanto la teoría de la

ponderación como la teoría del núcleo esencial.

La teoría absoluta, al igual que la ya explicada en el apartado anterior y cuya importancia decae conforme a los propios contenidos constitucionales, predica que ningún derecho fundamental puede ser afectado en su núcleo esencial.

El mismo ALEXY ha encontrado que no existe una línea clara para definir el contenido esencial de un derecho fundamental, por ello resalta la discusión sobre la importancia del principio de proporcionalidad^{188}. Para él, la teoría subjetiva sobre el núcleo esencial tiene importancia teórica en un enfoque caso por caso. A este respecto el autor, siguiendo las discusiones del Tribunal Constitucional Federal alemán, sostiene:

Numerosas manifestaciones del Tribunal Constitucional Federal hacen pensar que este Tribunal sostiene una teoría absoluta. Así, en la sentencia sobre la grabación con cintas magnetofónicas, se dice: ‘Ni siquiera los intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo con el criterio del principio de proporcionalidad’. En otras decisiones, habla de un ‘límite absoluto cuyo traspaso afectaría el contenido esencial de este derecho fundamental’, de un ‘límite extremo’ y de los ‘últimos ámbitos intangibles’. Sin embargo, existen también decisiones del tribunal que pueden interpretarse sólo en el sentido de una teoría relativa^{189}.

Así mismo, este autor hace referencia al criterio adoptado por el tribunal alemán en otros casos en los que se prefiere el tratamiento de la ponderación. Así ocurre con ciertas disposiciones de la ley federal de asistencia social que permite el ingreso obligatorio a instituciones especializadas de personas que padecen especial debilidad de la voluntad o corren peligro de quedar abandonadas.

En este caso, el tribunal realiza una reflexión sobre la libertad como derecho fundamental del individuo y trata la libertad como un principio. En segundo lugar, se refieren a los casos que se han dado sobre la limitación del principio mencionado con fundamento en otros principios o valores constitucionales y, por último, recalca que por encima de la protección a la comunidad o la protección del afectado aparece el derecho fundamental con un contenido de mejoría o

recuperación del necesitado, como valor constitucional.

3. TEORÍA DE LA PONDERACIÓN

La situación colombiana no es diferente de la discusión germana si se tiene en cuenta que existen dificultades al asumir posiciones sobre la restricción de los derechos fundamentales que ponderen el ejercicio de una eficiente administración de justicia, contra el núcleo esencial de ciertos derechos que además tienen el carácter de garantías procesales. Por ejemplo, aceptar una tesis absoluta del núcleo esencial en el caso de las interceptaciones telefónicas implicaría imposibilitar que la fuerza pública cuente con herramientas de inteligencia para prevenir atentados graves de la criminalidad organizada contra la población civil. Acoger una teoría relativa frente a la inviolabilidad domiciliaria podría significar un abuso cuando no se cuente con mandato escrito de autoridad judicial. Por estas razones, en este capítulo consideramos algunos puntos esenciales sobre la tensión entre derechos fundamentales y el funcionamiento de la administración de justicia con sus debidas consecuencias.

En el tomo primero de esta obra se abordaron *in extenso* los presupuestos y alcances de la teoría de la ponderación en el proceso penal. Sin embargo, resulta ahora pertinente observar esta teoría aplicada a cada una de las principales injerencias en los derechos fundamentales dentro del proceso penal y sus límites. Por esta razón, a continuación se presentan varias hipótesis de análisis en las cuales se utiliza la teoría de la ponderación para solucionar los conflictos entre los derechos y principios que rigen el *ius puniendi* estatal.

B. SITUACIONES EN LAS QUE NO RESULTA ACEPTABLE LA PONDERACIÓN

El problema de la tensión entre derechos fundamentales e investigación penal no se agota en las teorías ya expuestas. Por el contrario, existen situaciones límite en las que resulta complejo asumir un examen de ponderación frente al derecho fundamental conculcado debido a que el sistema de valores que soporta la

Constitución y la noción de Estado de derecho pueden verse severamente afectados. Un ejemplo para ilustrar la situación de casos límite es la utilización de métodos de investigación penal que pueden ser caracterizados como actos de tortura o situaciones que afectan el principal valor de la Constitución: la dignidad humana^{190}.

ROXIN anota a este respecto que, por ejemplo, la lectura de un diario personal por razones de investigación penal vulnera el núcleo intangible de la dignidad humana y, por lo mismo, no es factible hacer una ponderación, debido a que la dignidad humana está constituida por aquel núcleo esencial interno de la individualidad. De conformidad con este autor, el diario personal representa una confrontación íntima y sin reserva consigo mismo, prototipo de una autorreflexión de carácter absolutamente personal, de tal manera que su protección debe ser lo suficientemente intensa como para no permitir que la investigación penal interfiera en este campo, ni siquiera bajo la indicación relativa a la gravedad del delito^{191}. Esta posición parte de una concepción de los derechos fundamentales basada en el núcleo esencial. Posteriormente desarrollaremos el tema desde la teoría de la ponderación.

Igual situación se presenta en relación con la tortura. Como se sabe, la prohibición de la tortura, como medio para obtener prueba, está refrendada por el derecho internacional, porque la tortura constituye una grave violación de los derechos humanos. Sin embargo, se pregunta si en casos extremos la obtención de información bajo coacción para evitar los resultados lesivos de la comisión de un delito grave, como la existencia de un auto con explosivos en un centro comercial, puede convertirse en prueba de cargo.

Esta situación en ninguna circunstancia permitiría que el material probatorio en contra de quien fue obligado a suministrar la información se utilizara como prueba. La doctrina mayoritaria opta por la imposibilidad de utilizar la prueba por la violación de la dignidad humana, teniendo en cuenta además que su introducción en el proceso penal podría desconocer convenciones internacionales y la misma Constitución, de tal manera que no se acepta bajo ningún supuesto que este tipo de coacción se presente como medio de

investigación penal.

Bien ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que

[...] entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo^[192].

Incluso la Corte Constitucional ha considerado que la utilización de evidencias que implican graves violaciones a derechos humanos invalida no solo el acto probatorio sino también toda la actuación.

Durante la etapa de investigación pueden resultar afectados varios derechos fundamentales específicos por la acción de la Fiscalía y la policía judicial. Por esta razón, para evaluar la legitimidad constitucional de las actuaciones de estos organismos es necesario tener presente el contenido de dichos derechos o, para decirlo de forma más adecuada, saber cuál es su ámbito de protección y sus límites. Entre tales derechos deben mencionarse la intimidad, la honra, el buen nombre, la inviolabilidad domiciliaria, el *habeas data*, la propiedad y la libertad.

C. AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE TERCEROS CON LA INVESTIGACIÓN PENAL

La afectación de derechos fundamentales a *terceros* con la investigación penal puede presentarse de la siguiente manera: se parte de la premisa de que sólo el investigado penalmente debe soportar la limitación de los derechos fundamentales, por lo cual se asume que una persona diferente del investigado no tiene que someterse a determinadas pruebas. Por ejemplo, el posible afectado en sus derechos que no es indiciado, imputado o acusado puede oponerse a la práctica de una prueba que implique intervención corporal.

En este punto, será el juez de control de garantías quien con base en el test de

proporcionalidad, y a la luz de los deberes de solidaridad y colaboración para con la administración de justicia, ponderará los derechos involucrados y decidirá sobre la procedencia de la injerencia de la medida.

Es factible que se presente la discusión de la afectación de derechos de terceros a través de las solicitudes probatorias de la defensa con fundamento en el modelo de investigación actual, según el cual la defensa está autorizada para obtener prueba. Al estudiar la constitucionalidad de la expresión “sin que puedan oponer reserva” contenida en el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1142 del 2007, la Corte Constitucional manifestó:

[...] tendría sentido la prohibición que contiene el segmento normativo impugnado, según la cual las entidades públicas o privadas y los particulares no pueden oponer reserva al defensor cuando éste solicita su colaboración para recoger elementos de prueba, toda vez que gracias a esa medida el imputado tendría mejores posibilidades en el diseño de su programa de defensa, dirigido a controvertir los cargos que le ha formulado el fiscal, lo cual además incidiría en la eficiencia del proceso penal acusatorio, siendo esa determinación expresión del principio de solidaridad y del deber de colaboración con la administración de justicia (arts. 1º y 95-2-7 Const.).

Sin embargo, como bien lo advierten el demandante, algunos intervinientes y el Procurador, esa prohibición de oponer reserva está formulada en términos tan amplios, que en la práctica puede acarrear que entidades públicas o privadas y los particulares se vean obligados a revelar al defensor *toda clase de información, incluyendo aquella que está protegida constitucionalmente* por hallarse relacionada con el derecho a la intimidad personal o familiar, el ejercicio de las profesiones o referirse a documentos públicos cuyo acceso ha sido restringido por mandato legal, sin que para ello medie *ordenjudicial previa* en los términos señalados en la Constitución Política^{[193](#)}.

En tal evento, ciertamente se produciría una intervención indebida de la defensa en los derechos fundamentales de terceros (sin orden judicial previa), actuación que ni siquiera le está permitida al ente investigador, que, conforme al artículo 250.3 superior, debe sujetar el recaudo de evidencias a la previa

autorización del juez de control de garantías cuando al llevar a cabo la actividad investigativa afecte derechos fundamentales. Sobre este particular la jurisprudencia ha señalado:

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas -adicionales- que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado.

Los preceptos superiores que amparan las mencionadas garantías constituyen límites a la actuación de las autoridades y de los particulares, quienes no pueden rebasarlos *sino obteniendo la debida autorización judicial*, en los casos en los que haya lugar a ella, exigencia que no puede ser desconocida ni aún con la loable intención de procurar equilibrios, toda vez que al tenor del artículo 250 superior, el permiso del juez de control de garantías constituye presupuesto para legitimar intervenciones en los derechos fundamentales, en particular aquellas medidas que impliquen injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal^[194].

En esta línea argumentativa se entiende que la eficacia de la protección de derechos fundamentales entre particulares opera también en el proceso penal, de tal forma que los derechos de terceros tienen la misma protección constitucional durante la investigación penal.

II. CONCLUSIONES

Existen tres grandes teorías para determinar la afectación de derechos

fundamentales en el proceso penal: la teoría del núcleo esencial, la teoría mixta y la teoría de la ponderación.

En el proceso penal toda afectación de derechos fundamentales requiere un examen sobre la legitimidad constitucional de la medida que pretende adoptarse; tal examen debe ser realizado por parte del servidor judicial con la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad. Se parte de la existencia de una tensión entre principios constitucionales legítimos en un caso concreto y de la solución de esa tensión conforme a la técnica de la ponderación.

En desarrollo de la investigación penal pueden afectarse derechos no solo del procesado, sino también de terceros ajenos al proceso, quienes, en principio, no tienen deber alguno de soportar la investigación penal. En estos casos también es necesario un juicio de proporcionalidad entre el deber de solidaridad y colaboración con la administración de justicia y el derecho fundamental del tercero que se pretende afectar. Esto es aplicable asimismo cuando la injerencia en los derechos fundamentales provenga de un particular en desarrollo de sus actividades investigativas, como es perfectamente posible en el sistema procesal colombiano.

La jurisprudencia constitucional considera que la utilización de evidencias obtenidas con graves violaciones de derechos humanos invalida no solo el acto probatorio sino también toda la actuación.

CAPÍTULO SEGUNDO

Derecho a la intimidad

I. CONCEPTO

El derecho fundamental a la intimidad está consagrado en el artículo 15 constitucional en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

La Corte Constitucional ha precisado, en diferentes sentencias, entre otras la T-220 del 2004^{[1951](#)}, que la calificación de este derecho como fundamental se deriva de su consagración expresa en el artículo 15 superior y de su especial vínculo con la dignidad humana. En palabras de este tribunal, la intimidad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación funcional con la dignidad humana y con otros derechos por cuanto

[...] su ámbito específico de protección (la reserva), constituye un medio idóneo para la protección de la autonomía individual (libertad), para proteger ciertas condiciones materiales de existencia en los espacios privados (bienestar), y para garantizar la posibilidad de incardinación social y de no discriminación (igualdad).

Así mismo, en la Sentencia T-414 de 1992M la alta corporación señaló que la Constitución protege la intimidad, “como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad”^{196}.

En cuanto a la estructura general del derecho a la intimidad, la Corte dijo que este derecho tiene la típica estructura de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, determinada por la concurrencia de tres elementos definitorios: un titular, un destinatario y un objeto. En el caso del derecho a la intimidad, estos elementos se especifican del siguiente modo:

Un titular universal: la persona natural; un objeto debido: la interdicción de las conductas que interfieran el ámbito de su protección (reserva de información, no intromisión en espacios reservados, no intromisión en el cuerpo); y un destinatario universal de la prestación: toda persona pública o privada^{197}.

Al respecto ha indicado el juez de la Corte Interamericana sergio García Ramírez que

[a]l lado de la vida, la integridad, la libertad, entre otros bienes de entidad mayor, se halla el extenso ámbito de la intimidad, región de la existencia que el orden jurídico de los derechos humanos -tanto el interno, desenvuelto en la preceptiva constitucional, como el internacional, depositado en el derecho internacional de los derechos humanos- pone a cubierto de injerencias indebidas. Se trata de un espacio que sólo gobierna el individuo, en el que éste asegura -o confía- su desenvolvimiento, labra su destino, cultiva sus libertades. Constituye una “zona reservada”, personalísima, solo transitable para su titular, que la preserva y gobierna. Este ámbito -dice la Corte- “se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (párrafo 113 de la Sentencia)^{198}.

II. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD

La Corte Constitucional ha definido el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad en múltiples sentencias. Entre ellas merece ser citada la SU-056 de 1995^{199}, donde la Corte estableció:

El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido el dominio de la opinión pública.

De conformidad con la anterior jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad tiene las siguientes características:

- I. El derecho está compuesto, en general, por el ámbito personalísimo de cada individuo o familia.
2. En concreto, este ámbito personalísimo está conformado por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están reservados, sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños.
3. Los comportamientos, datos y situaciones no deben trascender al ámbito de lo conocido, lo sabido, lo promulgado, a menos que sea por la voluntad del titular del derecho.
4. Por último, no puede decirse que pertenezca a la intimidad un dato que ya ha trascendido al dominio de la opinión pública.

A. ALCANCES CONCRETOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado los alcances

concretos del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. En la Sentencia T- 34o de 1993^[200], el tribunal estableció que este derecho abarca también la inviolabilidad del domicilio, el *habeas data*, la inviolabilidad de la correspondencia y la reserva de los libros de contabilidad y demás documentos particulares. Desde una perspectiva complementaria, la Corte sostuvo en la Sentencia T-220 del 2004^[201] que el derecho fundamental a la intimidad está determinado por tres ámbitos de protección, según circunstancias sociales y normativas, a saber:

(i) la no divulgación o conocimiento, por parte de terceros, de los hechos, situaciones, comportamientos e informaciones que la persona desea mantener reservadas para sí o para el núcleo familiar; (ii) la no intromisión en los ámbitos físicos o espaciales donde la persona desenvuelve su existencia (residencia, lugar de trabajo, cuartos de hotel, etc.), y la no intromisión en el cuerpo físico como ámbito propio y exclusivo de existencia.

Si se suman estas consideraciones se concluye que el derecho a la intimidad abarca la protección reservada del cuerpo de la persona, de su espacio físico, de la correspondencia, los libros de contabilidad, los demás documentos particulares, las informaciones que le atañen y que el titular quiere mantener fuera del conocimiento ajeno.

B. DIMENSIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Ahora bien: según lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-489 de 1995^[202], el ámbito de protección de la intimidad comprende dos dimensiones: como secreto y como libertad. Según el tribunal,

el derecho fundamental a la intimidad se proyecta en dos dimensiones: como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados, o como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

La primera de estas perspectivas se conoce en la dogmática de los derechos fundamentales como la dimensión de estatus negativo o de defensa. La segunda, en cambio, se refiere a la dimensión positiva. En relación con estas dos dimensiones, en la sentencia mencionada la Corte especifica:

El derecho a la intimidad es un derecho de *status* negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de *status* positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia. Mediante este derecho se asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, en el que es posible encontrar el recogimiento necesario para proyectar libremente la personalidad, sin las intromisiones propias de la vida en sociedad.

En la misma dirección, en la Sentencia C-053 del 2001^[203] la Corte Constitucional sostuvo que existen distintos grados de intimidad, a saber:

(i) la personal, la cual alude a la salvaguarda del derecho del individuo a ser dejado sólo y a reservarse los aspectos íntimos de su vida únicamente para sí mismo, salvo su propia voluntad de divulgarlos o publicarlos; (ii) la familiar, que responde al secreto y a la privacidad de lo que acontece en el núcleo familiar; (iii) la social, que involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, como por ejemplo los vínculos laborales, cuya protección -aunque restringida- se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos fundamentales como la dignidad humana y, por último (iv) la gremial, la cual se relaciona con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse la explotación de cierta información.

III. LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

Es bien conocida la afirmación general de la Corte Constitucional según la cual no existen derechos fundamentales absolutos en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto quiere decir que es legítimo introducir limitaciones a los derechos fundamentales siempre y cuando sean proporcionadas. En otros términos: siempre y cuando respeten las exigencias del principio de

proporcionalidad^{204}. Esta afirmación general no solo constituye uno de los pilares fundamentales del sistema colombiano de derechos, sino que a su vez representa un *leitmotiv* (orientación razonable) que debe aplicarse en todos los juicios relativos a las afectaciones de derechos fundamentales. Todos los derechos fundamentales específicos admiten límites, siempre y cuando estos sean proporcionados.

El proceso penal supone, por definición, una intromisión en la intimidad personal, si se tiene en cuenta que necesariamente se investigan hechos y situaciones personales relacionados con el comportamiento punible: lo anterior significa que en principio es legítima esta intervención estatal en el derecho mencionado. Sin embargo, no puede afirmarse que toda intervención en la intimidad personal esté autorizada; en el plano teórico existen dificultades en el momento de determinar la legitimidad de la intervención estatal en este ámbito. ROXIN^{205} señala que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido una “doctrina de los niveles o esferas”^{206}, a las cuales hicimos mención en el tomo primero, según la cual “existe una diferencia entre ‘el área nuclear de un estilo personal de vida’ y la privacidad de la persona. La evolución de esta teoría distingue actualmente entre el ámbito social, la esfera meramente privada y la esfera íntima. Cualquier prueba resultante del rango del núcleo esencial de la personalidad debe ser tenida automáticamente como inadmisibile mientras que en el problema relativo a la admisión de prueba que comprometa el resto del área de la privacidad, el tribunal debe ponderar el interés estatal en la persecución penal contra la protección de la individualidad”^{207}.

A. DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMACIÓN INCRIMINANTE

Algo más complejo es lo relativo a la información que de manera directa o indirecta pueda resultar incriminante. ROXIN, en la obra citada, reseña el caso de una persona que fue condenada por homicidio con base en documentos íntimos - diario personal- en que se describían “sus problemas con mujeres y su

predisposición a cometer un crimen por motivos sexuales”. El Tribunal Constitucional Federal^{208} -en una apretada decisión- validó la decisión del juez penal sobre la base de que “las notas ‘no constituían parte del área del estilo de vida protegida absolutamente contra cualquier intromisión’ debido a que el acusado había escrito sus pensamientos profundos ‘liberándolos de la esfera interna de control’ ”^{209} y también porque tales notas afectan intereses generales. Quienes se opusieron a la decisión alegaron que “debería existir una protección equivalente irrestricta contra cualquier intento de confrontarlo a él en un juicio y contra de su voluntad con hechos que conciernen a los aspectos más personales de su privacidad”^{210}.

Lo anterior es el reflejo de la tesis general ya estudiada y denominada “absoluta”, relacionada con la posibilidad de establecer un área intangible, conocida como *núcleo esencial*, libre de toda interferencia estatal. En términos prácticos, frente a esta área no cabe siquiera un juicio de proporcionalidad. Pero en otra perspectiva, como la de ROBERT ALEXY, tratándose de conflictos entre derechos o entre derechos e intereses constitucionalmente protegidos, debe hacerse un juicio de proporcionalidad^{211}.

La Corte Constitucional, por su parte, parece acoger la tesis del Tribunal Constitucional alemán, porque en no pocas ocasiones se ha manifestado en el siguiente sentido:

No le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental o sea a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental, vulnerar la esencia de este tipo de derechos. El núcleo esencial de un Derecho Fundamental no puede ser afectado por el legislador^{212}.

Sin embargo, también es claro que en otras decisiones, en lugar de comenzar por establecer el núcleo esencial del derecho, se limita a un juicio de proporcionalidad o, en su defecto, demanda que una autoridad determinada lo considere. En la Sentencia T-453 del 2005^{213}, al analizar la invasión de la

intimidad de una víctima de acceso carnal violento, la Corte señaló:

En esa medida, las limitaciones al derecho a la intimidad, al igual que la de cualquier otro derecho fundamental, deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en el contexto de un sistema democrático. Estos principios han sido aplicados por esta corporación para examinar las limitaciones a los derechos que haga el legislador, pero también al ponderar el enfrentamiento de derechos^{214}.

B. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS LÍMITES AL DERECHO A LA INTIMIDAD

En relación con el derecho fundamental a la intimidad, la Corte Constitucional ha admitido la legitimidad constitucional de diversos límites. En la Sentencia T-158A del 2008^{215}, el tribunal sostuvo que el derecho a la intimidad puede verse sujeto a limitaciones fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, “Cuando el interés general^{216} se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada”. Y, en segundo lugar, “[...] En determinadas circunstancias, cuando se presente una colisión con otros derechos individuales que compartan el carácter de fundamental como, por ejemplo, el derecho a la información, la dignidad humana y la libertad”.

En esta misma sentencia, y haciendo eco de la famosa doctrina de las esferas del Tribunal Constitucional Federal alemán^{217}, la Corte Constitucional recordó que para resolver esta tensión entre el derecho a la intimidad y otros derechos fundamentales debe aplicarse la doctrina que categoriza o clasifica la información, elaborada por la propia Corte. Esta doctrina clasifica los tipos de información según la cercanía que tienen con la intimidad del individuo, a fin de establecer la intensidad de la protección que debe brindarse a dicha intimidad.

- CLASES DE INFORMACIÓN

Esta doctrina de la categorización de la información fue expuesta en la Sentencia T-729 del 2002^[1218]. En esta decisión, la Corte Constitucional sostuvo que existen fundamentalmente cuatro clases de información, a saber: la pública, la semiprivada, la privada y la reservada, que se definen de la siguiente forma:

- La información *pública* es aquella que “puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal”. Se refiere entonces, por ejemplo, a los documentos públicos de que trata el artículo 74 constitucional, los actos normativos de carácter general, los datos sobre el estado civil de las personas, etc. Esta información puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

- La información *semiprivada* es aquella que recoge información personal o impersonal, para cuyo acceso y conocimiento existen grados mínimos de limitación, de tal forma que ella sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de la información relativa al comportamiento financiero de las personas.

- La información *privada* se refiere a aquellos datos personales o impersonales que por encontrarse en un ámbito privado sólo pueden ser obtenidos y ofrecidos por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

- Por último, la información *reservada* está compuesta por datos personales, estrechamente relacionados con los derechos fundamentales del titular, por lo cual se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.

Además de lo anterior, es preciso señalar que algunos de los límites al derecho a la intimidad resultan de gran relevancia en el proceso penal. El más importante de dichos límites es quizás aquel que aparece reconocido en la Sentencia C-489 de 1995^[219], referido al ejercicio de *ius puniendi* del Estado. Para la Corte, el ejercicio del *ius puniendi* tiene como objetivo “la persecución y sanción de las conductas que atentan contra los bienes jurídicos tutelados y esto constituye razón suficiente para limitar el derecho a la intimidad”.

Por esta razón resulta legítimo, por ejemplo, que la administración suministre a la autoridad judicial las declaraciones tributarias presentadas por particulares. En este sentido, las afectaciones de la intimidad previstas en el Código de Procedimiento Penal, dirigidas a la sanción de conductas punibles, tienen una finalidad legítima que les concede, en principio, un fundamento constitucional. No obstante, tales afectaciones tienen que respetar el principio de proporcionalidad para ser consideradas acordes con la Constitución. Su finalidad legítima no las justifica de plano o de manera integral; es necesario que su aplicación concreta sean proporcionada a los objetivos específicos que persiguen. Sólo así son compatibles con la Constitución.

IV. EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD PARA LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD SEXUAL EN EL PROCESO PENAL

La Corte Constitucional se ha manifestado sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad en el contexto del decreto y práctica de pruebas dentro del proceso penal cuando se trata de delitos de agresión sexual^[220]. De conformidad con la doctrina sentada por el juez constitucional, pueden existir eventos en los que se enfrenta el derecho fundamental a la defensa y, por ende, al ejercicio del contradictorio, por una parte, y el derecho fundamental a la intimidad de la víctima, por otra.

Por tratarse de dos derechos fundamentales de igual rango, la Corte recurre al sistema de ponderación para solucionar el siguiente problema: ¿Resulta razonable y proporcional para garantizar el derecho de defensa del procesado

introducir una prueba relativa al comportamiento sexual o social previo de una víctima de un delito sexual? De conformidad con el juez constitucional, la respuesta a este problema implica un examen de cuatro pasos.

1. Análisis sobre el fin buscado por la defensa con la solicitud de prueba;
2. Examen de legitimidad del medio para llegar a un fin constitucionalmente legítimo;
3. Relación entre el medio y el fin soportado en el principio de necesidad;
4. Examen de proporcionalidad en sentido estricto con el objeto de determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado frente a las exigencias propias del derecho de defensa.

Las premisas de este examen determinan que en el análisis del fin que busca la defensa, la injerencia de la administración de justicia en una dimensión tan compleja como lo es el comportamiento sexual de la víctima debe ser absolutamente imperiosa. En tal sentido, el análisis del fin buscado por la defensa al solicitar una prueba que haga referencia al comportamiento sexual previo de la víctima puede ser admisible de manera absolutamente restringida en los siguientes casos:

[...] si (i) tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; (ii) o si como consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente el derecho de defensa del procesado, por ejemplo, porque un examen de la vida íntima común y anterior de la víctima y del acusado permitiría demostrar que hubo consentimiento. Por lo tanto, si la intromisión en la vida íntima de la víctima sólo está orientada a deducir un supuesto consentimiento a partir de inferencias basadas en relaciones privadas anteriores o posteriores y distintas de la investigada, tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada^[221].

En consecuencia, la Corte asume que la investigación penal puede invadir la intimidad de la víctima siempre que se trate de la relación sexual que es materia del proceso, pero experiencias íntimas distintas quedan en el ámbito exclusivo de la víctima y resultan protegidas frente a las intervenciones irrazonables o desproporcionadas. El resultado del examen de idoneidad realizado por la Corte

encuentra que el escrutinio de la vida íntima de la afectada es admisible en tanto el medio escogido no es de los que la ley incluiría en el contexto de las llamadas “prohibiciones de prueba”, de tal manera que si la prueba sobre el comportamiento anterior de la víctima se refiere, por ejemplo, a comunicaciones privadas, resulta admisible traerlas al proceso.

Esta parte del examen de proporcionalidad se diferencia fundamentalmente de la consideración que sobre el mismo punto ha realizado la dogmática procesal penal alemana, según la cual, si el documento se refiere a un aspecto tan íntimo como el comportamiento sexual del remitente o del destinatario, no hay lugar a utilizarlo, por tratarse de un documento que toca la dignidad humana. En consecuencia, el contenido mismo de una misiva puede inscribir el documento dentro de las llamadas “prohibiciones probatorias”. Nuestro juez constitucional opina, a este respecto, en la citada Sentencia T-453 del 2005:

En cuanto a la inclusión de la carta que xx envió a su ex-novio, en la que supuestamente se muestra que la accionante había tenido otras relaciones sexuales, tal prueba supone una intromisión irrazonable y desproporcionada en el derecho a la intimidad de la víctima. Su inclusión dentro del acervo probatorio no asegura ningún fin imperioso para la defensa del procesado. Tal como ya se señaló, de la experiencia sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones en que ella pudiere haber consentido a tener contactos sexuales con personas diferentes al acusado. Tal prueba fue expresamente solicitada para demostrar “el comportamiento libertino” de la víctima, lo cual reafirma que estaba orientada a un fin distinto al del esclarecimiento de los hechos, con lo cual dicha intromisión en la vida privada de la víctima resultaba desproporcionada. Adicionalmente, su obtención se hizo mediante el empleo de un medio ilícito, comoquiera que su práctica se realizó con desconocimiento de la protección constitucional de las comunicaciones privadas, las cuales sólo pueden ser registradas o interceptadas previa orden judicial y con el cumplimiento de los requisitos legales para su obtención. En este caso, la carta fue aportada por un tercero, que afirmó que dicha carta se encontraba dentro de las pertenencias de la víctima. Por esta razón esta prueba debe ser excluida del acervo probatorio y no podrá ser valorada por el juez penal.

En ese sentido, si la prueba del consentimiento de la víctima puede obtenerse sin invadir su esfera privada, o mediante una restricción menos gravosa que la solicitada, la prueba pedida resulta innecesaria y su práctica debe negarse. Del mismo modo, una indagación general sobre la vida de la víctima, no relativa a hechos específicos y directamente relacionados con el caso que se investiga, o indeterminada en el tiempo, resulta desproporcionada. No existe una clara relación de medio-fin que justifique su práctica.

Finalmente, el examen de proporcionalidad en sentido estricto vincula el grado de afectación de la intimidad, por un lado, y el nivel de efectividad del derecho de defensa, por otro lado, en el caso concreto. A este respecto, la Corte entiende que indagar la vida íntima demerita la búsqueda de la verdad y los fines constitucionales de la administración de justicia, debido a que la indagación del comportamiento pasado de la persona afectada transforma el proceso penal en un juicio sobre la conducta de una persona, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Tal comportamiento por parte de la administración de justicia penal viola el derecho fundamental al debido proceso de la víctima y, obviamente, el derecho a la intimidad. En tales circunstancias, las pruebas solicitadas o recaudadas son constitucionalmente inadmisibles y deben padecer la sanción de exclusión.

V. AFECTACIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD CON RELEVANCIA EN EL PROCESO PENAL

En relación con el derecho fundamental a la intimidad, es imprescindible analizar las siguientes afectaciones previstas en el Código de Procedimiento Penal:

A. LA ENTRADA Y EL REGISTRO DOMICILIARIO

I. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

El registro domiciliario está previsto en el artículo 14 CPP. Esta disposición parte de la protección del derecho fundamental constitucional a la intimidad y lo reconoce expresamente como objeto de respeto por parte de las autoridades en el momento de llevar a cabo procedimientos de investigación penal. Sin embargo, el legislador incluyó unas excepciones al principio de inviolabilidad del domicilio o residencia^[222]. El principio rector debe ser interpretado en concordancia con los artículos 230, 231 y 233 del mismo estatuto.

El artículo 230 CPP consagra un límite a la intimidad, precisamente al desarrollar los requisitos constitucionales para que sea procedente la injerencia. La Carta define como requisito esencial la orden escrita de autoridad competente. No obstante, el ordenamiento procesal penal establece excepciones a dicho requisito, a saber:

- a. Cuando medie consentimiento expreso del propietario o tenedor;
- b. Cuando no exista una expectativa razonable de intimidad y
- c. Cuando se trate de situaciones de emergencia.

Este artículo estipulaba una cuarta excepción que se presentaba en el evento de llevarse a cabo un registro con ocasión de la captura del imputado, excepción que fue declarada inexecutable. En efecto, la Sentencia C-519 del 2007^[223] declaró inconstitucional el numeral cuarto del artículo 230 CPP porque excedía las hipótesis permitidas en la Carta como excepciones al mandamiento escrito de autoridad competente para la afectación al derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria.

El artículo 51 de la Ley 1453 del 2011, que modifica el artículo 230 de la Ley 906 del 2004, es claro al afirmar que en las excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y al allanamiento (consentimiento expreso del morador, inexistencia de expectativa razonable de intimidad y situaciones de emergencia), la actuación realizada siempre debe someterse al control posterior de legalidad en los términos del artículo 237 del estatuto procesal.

El artículo 231 CPP, por su parte, consagra otro límite al establecer una condición (o legitimación en la causa) para reclamar la expectativa razonable de

intimidad en relación con los registros y allanamientos. En virtud de esta disposición, quien pretenda la protección del derecho afectado deberá acreditar su interés legítimo en ella. Este artículo señala:

Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

El derecho a reclamar respeto a la intimidad se presume en los casos de una relación de dominio, posesión o tenencia entre el individuo y el bien. En el caso del dominio se presume la posesión, y de ésta se presume la existencia de un “ánimo de señor y dueño” (art. 762 C. C.). Dicho ánimo refleja una relación entre la vida personal del individuo y el bien objeto de registro. De igual manera ocurre con el titular de la tenencia de un bien determinado, por cuanto su vida íntima gira alrededor del espacio en que se desenvuelve.

Pero dicha presunción no se predica de igual manera frente a los visitantes. Por esta razón la disposición condicionó la protección a favor de los visitantes a la prueba de una “expectativa razonable” de respeto a su intimidad. De esta forma, corresponde al visitante interesado en la protección del derecho a la intimidad probar si en cabeza suya se ha consolidado, al momento del registro o allanamiento, la confianza legítima en que su derecho a la intimidad no será vulnerado.

Debe ponerse de presente que si bien es factible que exista una limitación en cuanto a la legitimidad para solicitar la exclusión de evidencia desde el punto de vista del derecho a la intimidad, cosa distinta sucede cuando se tiene en cuenta el derecho fundamental al debido proceso. Frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia, en una acertada decisión, realizó una interpretación del artículo 231 CPP,

en la cual expresó:

Esta forma de exigir personería para plantear la ilegalidad del registro y la consecuente exclusión de los hallazgos obtenidos dejaría por fuera de tal posibilidad al indiciado o imputado que no tuviera ningún tipo de relación con el espacio invadido ilegalmente.

Sin embargo, por fuera del entorno geográfico consultado, observa la Corte que debe darse respuesta a la tensión surgida entre el derecho del procesado a escudriñar y cuestionar la legalidad de los procedimientos con que fueron adelantadas las labores de investigación, así la titularidad del derecho vulnerado no se encuentre en cabeza suya, como ejercicio de su defensa técnica, frente a la expectativa general de la efectividad del derecho material.

Encuentra la Corte que el debido proceso exigido constitucionalmente para la producción de la prueba no está limitado por una expresión que lo condicione a los procedimientos relacionados de manera directa y exclusiva con el justiciable.

De ahí que el quebranto al debido proceso en la producción de la prueba pueda ser alegado y discutido por el procesado, así sólo se haya afectado una fase del proceso de producción de la prueba que no tenga como directo perjudicado al imputado, quien a la postre, de todas maneras, se verá afectado.

Razonar de otra manera conduciría a situaciones francamente contrarias al sentido de la disposición constitucional contenida en el inciso final del artículo 29. Podría pensarse, a modo de ejemplo, que el testigo de cargo fue obligado a declarar por medio de tortura, o que la consulta en la base de datos, legalmente ordenada y controlada judicialmente, se realizó de manera subrepticia, o que la interceptación con fundamento en la cual se obtuvo información relevante contra un tercero es ilegal. En estos eventos no podría negarse el “*standing*” al imputado para discutir su violación al debido proceso, con el argumento de que él no fue el torturado, o no es el propietario de la institución cuya base de datos fue asaltada, o que no fue uno de los participantes en la conversación interceptada ilegalmente^{224}.

2. REQUISITOS PARA LA LIMITACIÓN Y ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD

Todas estas posibilidades de registro domiciliario deben respetar los ámbitos de protección de la intimidad en general y de la inviolabilidad del domicilio en particular, conforme a lo que prevén los artículos 15 y 28 superiores.

Como la Corte Constitucional ha señalado en múltiples sentencias, el derecho fundamental a la intimidad asegura a la persona y a su familia un espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros. En este espacio puede resguardarse, aislándose del desarrollo de la vida moderna y proyectar tranquilamente su personalidad, alejada y libre de las intromisiones que el sistema social normalmente permite. Por esta razón, el registro domiciliario no puede hacerse de una forma arbitraria sino sujeto a los estrictos límites que establecen la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la ley.

El más relevante de estos límites es el siguiente: la imposibilidad de adelantar el registro domiciliario si no es “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley”, tal como lo especifica el artículo 28 de la Carta. Como es bien sabido, este límite infranqueable intentó ser modificado por el Acto Legislativo 02 del 2003. Esta reforma a la Constitución introducía la posibilidad de llevar a cabo registros domiciliarios sin orden judicial previa, al disponer:

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale pueden realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Esta reforma a la Constitución, como era de esperarse, fue declarada inexecutable

por la Corte, mediante la Sentencia C-816 del 2004^[225]. Del derecho a la intimidad y al amparo domiciliario (requisitos de allanamiento y registro) la Corte Constitucional se ocupó ampliamente, haciendo énfasis en aspectos de trascendental importancia que se analizarán a continuación:

a. REQUISITOS PARA PROCEDER A LA INJERENCIA

EN EL DOMICILIO (SENTENCIA C-591 DEL 2005^[226])

De conformidad con la decisión mencionada, la diligencia de allanamiento y registro debe practicarse bajo las siguientes condiciones:

- Fin determinado: consecución probatoria.
- Motivos razonablemente fundados.
- Respaldo probatorio de los motivos fundados.
- Determinación de los lugares que se han de registrar.
- Prohibición de afectar objetos no susceptibles de registro.
- Cumplimiento de los plazos para realizar la diligencia.
- Cumplimiento de las reglas particulares para casos especiales.
- Determinación de flagrancia para los casos establecidos en la Constitución.

La Corte recalca que si la orden de registro y allanamiento expedida por el fiscal está viciada por ausencia de algunos de los elementos esenciales antes señalados, se genera invalidez de la actuación (inexistencia). Al respecto el tribunal afirma:

De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados se genera invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de la ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

B. EXTENSIÓN DEL CONTROL DE GARANTÍAS

A LOS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE

RESPALDEN LA NECESIDAD DE LA INJERENCIA

(SENTENCIAS C-673 DEL 2005^[227] Y C-806 DEL 2009^[228])

Con el fin de proteger de manera concreta el derecho fundamental de amparo domiciliario, la Corte Constitucional consideró que era indispensable extender el control de garantías a todos los elementos probatorios que sirvan para respaldar la motivación fundada y que justificarían legalmente la injerencia. A este respecto dijo:

Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad.

En relación con el numeral i del artículo 23o del Código de Procedimiento Penal, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los allanamientos y registros sin orden judicial, pero con consentimiento del morador. En todo caso, se resalta que el alto tribunal obliga al juez de control de garantías a manifestarse sobre el consentimiento, para que la injerencia adquiera validez. La Corte dice a este respecto:

En esta medida, no resulta irrazonable ni desproporcionado que cuando la autorización para la realización del allanamiento provenga directamente del propietario o morador del domicilio objeto de registro que pueda verse afectado con su realización, no se exija la orden escrita de la Fiscalía. Si quien se ve afectado con la diligencia autoriza su realización, se supera la sospecha de arbitrariedad que tendría un allanamiento realizado sin orden escrita y contra la voluntad del morador. La autorización libre y expresa del titular de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, deriva esta forma de allanamiento en un acto razonable y proporcionado siempre que el consentimiento haya sido manifestado de manera libre y expresa.

No obstante lo anterior, dado que la excepción planteada sólo lo es frente a la exigencia de una orden escrita de autoridad judicial, pero no frente al requisito del control judicial posterior que establece el numeral 2 del artículo 250 de la Carta, el allanamiento excepcional previsto en el numeral i del artículo 230 de la Ley 906 del 2003, debe someterse al examen del juez de control de garantías, quien valorará en cada caso si el consentimiento dado por el afectado para la diligencia de allanamiento fue libre y expreso, o si por el contrario fue fruto de un acto arbitrario o abusivo.

Por lo tanto, la Corte Constitucional declarará exequible por los cargos analizados en esta sentencia, el numeral I del artículo 230 de la Ley 906 del 2004, en el entendido de que el allanamiento realizado en las circunstancias previstas en la norma, se debe someter en todo caso a control posterior del juez de control de garantías.

C. EXCLUSIÓN PROBATORIA DERIVADA

DE UN ALLANAMIENTO O REGISTRO VICIADO

(SENTENCIAS C-591 DEL 2005^{229} Y C-2 10 DEL 2007^{230})

La Corte ha establecido las consecuencias de la exclusión en los siguientes términos:

Pero, la disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera directa y exclusiva de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación, con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 superior, cuando se efectúe allanamiento y registro, con fundamento en una orden viciada, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente^{231}.

Así mismo, la Corte precisó que carece de toda validez jurídica la prueba

obtenida en diligencia de registro y allanamiento realizado con base en orden ilegal, y para tal efecto consideró que no puede utilizarse ni siquiera para supuestos de impugnación^{232}.

d. EXIGENCIA DE LA ORDEN

La Corte Constitucional declaró inexecutable la excepción al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, para proceder a los registros y allanamientos en los eventos, del numeral 4 del artículo 230 cpp^{4º}. En la nueva redacción de ese artículo, introducida por la Ley 1453 del 2011, se suprime definitivamente ese numeral. Con fundamento en la decisión de inexecutable, la Corte expresó:

Esa autoridad judicial, durante la fase de investigación del proceso penal será el juez de control de garantías como regla general y sólo de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, cuando existan motivos específicos, previstos por la ley, para que pueda hacer uso de esa atribución; no “para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento”, omitiendo la “obtención de la orden escrita de la Fiscalía”, como anuncia el inciso I.º del artículo 230 cuyo numeral 4 se ha demandado.

Ello significa, entonces, que autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o *con posterioridad* ^{233} a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud para interpretar su procedencia pretextando que se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional [énfasis original].

Ello es así, por cuanto la protección de los derechos fundamentales, como principio democrático, preside el ordenamiento constitucional colombiano, emergiendo la

inviolabilidad del domicilio como extensión de la libertad personal y rodeándola de un cúmulo de requisitos para que excepcionalmente se pueda afectar con la práctica de un registro o allanamiento, más allá del evento que la Constitución prevé cuando se persigue al sorprendido en flagrante delito^[234].

e. ALCANCE DE LA ORDEN

El artículo 222 de la Ley 906 del 2004 establecía que la orden expedida por el fiscal debería determinar “con precisión” los lugares que serían registrados. La disposición fue modificada por la Ley 1142 del 2007, que suprimió la expresión “con precisión”. En la Sentencia C-131 del 2009 la Corte declaró exequible la modificación del artículo al considerar que la exigencia de que la orden de allanamiento determine los lugares que van a ser objeto de registro era compatible con la protección constitucional del domicilio. Dijo entonces el tribunal:

[...] no se conculca el respeto exigido a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 28 de la Constitución, toda vez que en la orden de registro o allanamiento el fiscal deberá *determinar* los lugares donde será efectiva la medida y de no poder hacerlo la descripción exacta de aquéllos. A su vez, se guarda la reserva judicial que debe existir para esa clase de irrupción en los bienes sujetos a esa clase de medida, pues acorde con la norma constitucional debe mediar mandamiento escrito de autoridad competente, en este caso la Fiscalía, con las formalidades legales ya señaladas y por motivos previamente definidos en la ley (principio de reserva legal, art. 220 L. 906 del 2004).

Por ende se salvaguarda la inviolabilidad del domicilio, la mayor preocupación de los ponentes de la propuesta en la Cámara de Representantes que abogaban por esa garantía, pues se evitan las eventuales arbitrariedades en que pudiera incurrir la autoridad^[235].

Lo anterior implica que el fiscal debe determinar el espacio en el cual va a

realizarse la injerencia. Ahora bien: la eliminación de la expresión “con precisión” del artículo 222 CPP no quiere decir que la Fiscalía tiene vía libre para efectuar injerencias abstractas y amplias a los derechos fundamentales. Esta norma debe ser interpretada en su conjunto, en particular con su inciso segundo, donde se establece que de no ser posible la descripción exacta del lugar del registro, el fiscal debe fundamentar la razón por la cual dicha injerencia se torna necesaria, lo que incluye, desde luego, una justificación desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la modificación hecha por la Ley 1142 a esta norma tiene por objeto no limitar en exceso las facultades investigativas de la Fiscalía, porque los jueces de control de garantías exigían una descripción demasiado detallada en la orden de registro para impartir su legalidad. En efecto, la sentencia de casación 28535, del 9 de abril del 2008, afirmó:

En relación con la queja por haberse extendido la diligencia a las distintas habitaciones y dependencias del inmueble objeto de allanamiento y registro, basta decir, retomando las argumentaciones presentadas por el fiscal delegado ante la Corte en la audiencia de sustentación del recurso, que cuando el inmueble se halla debidamente identificado, y la orden no presenta vicios en su expedición, como ocurría en el presente caso, quien la ejecuta goza de libertad para allanar y registrar las diferentes partes que lo conforman^[1236].

Antes de la Ley 906 del 2004 ya la Corte Suprema de Justicia había enfatizado que el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de domicilio, consagrados en los artículos 15 y 28 constitucionales, así como en el artículo 17 de la Ley 74 de 1968, por cuyo medio se adoptó como legislación interna el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo ii de la Ley 16 de 1972, mediante la cual se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (normas que forman parte integral del bloque de constitucionalidad), no tienen un carácter absoluto, menos aun cuando son contrapuestos frente a bienes jurídicos colectivos. Por esto, desde la misma Constitución se prevén limitaciones legítimas a este derecho al autorizar que, por medio de orden escrita de autoridad

competente, pueda afectarse la inviolabilidad de domicilio para adelantar una investigación judicial.

3. EXCEPCIONES PERMITIDAS FRENTE A LA ORDEN DE REGISTRO Y SITUACIONES DE FLAGRANCIA

Pero, además, la Corte señala que existe excepcionalmente la posibilidad de que funcionarios con facultades de policía judicial, o incluso particulares, restrinjan el derecho fundamental a la intimidad sin la previa orden antes mencionada, cuando se presentan las siguientes hipótesis:

- Cuando el delincuente sorprendido en flagrancia se oculta en su domicilio o en uno ajeno, caso en el cual las autoridades pueden ingresar al recinto exclusivamente para la aprehensión de aquél (art. 32 C. N.);
- Cuando exista orden de captura vigente se aplican las reglas establecidas para los casos de flagrancia (art. 32 C. N.);
- En casos en que se esté cometiendo un delito en el domicilio propio o ajeno y se deba ingresar a él para impedir que siga ejecutándose.

Afirma la Sala Penal de la Corte Suprema que ahora el sistema penal acusatorio desarrollado por la Ley 906 del 2004 prevé un *mayor* control a este tipo de actos que pueden afectar derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad, con la inclusión de la figura de la expectativa razonable de intimidad, común en el derecho anglosajón y que puede ser alegada por el afectado como una violación del debido proceso en procura de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento^{[1237](#)}.

Existen excepciones a la reserva judicial en casos de actuaciones de la policía catalogadas como de “imperiosa necesidad”. No se hace exigible la orden de ingreso para realizar o ejecutar las siguientes actividades de la policía, siempre y cuando dichas autoridades consideren el evento urgente, extremo e indispensable para proteger derechos fundamentales:

- a. Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio;
- b. Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o

conjurar cualquier otra situación similar de peligro;

c. Para dar caza a animal rabioso o feroz;

d. Para proteger los bienes de personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas;

e. Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por una vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos^{238}.

4. SITUACIONES RELACIONADAS CON EL CONSENTIMIENTO DEL MORADOR

Como excepción a la orden de autoridad, aparece el consentimiento expreso del propietario, tenedor o quien resulte afectado con la injerencia. De conformidad con la disposición (artículos 32 superior y 230 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 51 de la Ley 1453 del 2011), no se considerará suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que debe acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

La discusión a este respecto desde el punto de vista constitucional está relacionada con el hecho de que en materia de derechos fundamentales *prima facie* su carácter subjetivo los hace irrenunciables. No obstante, cuando se habla del amparo domiciliario, la legislación internacional (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos) brinda la posibilidad de obviar la resolución judicial autorizante cuando exista previa constancia del consentimiento del titular. La interpretación internacional precisa que el ámbito domiciliario puede ser registrado únicamente a efecto de la consecución de material probatorio y no debe permitirse que esta circunstancia *constituya hostigamiento* (observación general n.º 16 del Comité de Derechos Humanos), lo cual indica que ni siquiera las autoridades podrían sugerir al afectado que otorgue el consentimiento para proceder a la entrada.

La doctrina nacional^{239} ha criticado estas posturas de conformidad con el carácter irrenunciable del derecho fundamental. El problema gira en torno de la

pregunta de si el consentimiento del agredido permite prescindir de las formalidades que la ley exige (decisión fundada, orden escrita, horario, etc.) o si, por el contrario, éste carece de ese efecto legitimante. El profesor argentino JULIO MAIER se expresa a este respecto de la siguiente manera:

La Constitución declara inviolable[s] el domicilio, la correspondencia, las comunicaciones y los documentos privados, tolerando que la ley, sin desnaturalizar su sentido de garantía individual, establezca los casos en los cuales se pueda proceder al allanamiento y ocupación, las exigencias para la justificación de la injerencia y las formalidades bajo las cuales se debe proceder [...]. De esta manera, la ley aclara que el consentimiento carece de valor legitimante, que no es cuestión de pedirle permiso al interesado para eludir la decisión y la orden judicial, sino por el contrario, recabar previamente la autorización del juez, como regla, antes de visitar o molestar los particulares^[240].

La reciente Ley 1453 del 2011, en su artículo 51, modifica el artículo 230 CPP para aclarar puntos complejos de la anterior legislación, entre otros la obligación de someter a control posterior la legalidad de las diligencias que están amparadas en la excepción al requisito de la orden escrita. Así mismo, esta norma delimita el tema de la expectativa razonable de intimidad, negándolo cuando “el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado”. En conclusión, el consentimiento del morador constituye una excepción a la orden escrita para efectos de la diligencia de allanamiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales, sean respetados los derechos constitucionales del morador o de quien tenga la expectativa razonable de intimidad y exista un control posterior del juez de garantías.

5. EL AMPARO DOMICILIARIO EN EL CONTEXTO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Un problema no menos complejo frente a la reserva judicial es el caso de injerencias en el amparo domiciliario de las personas jurídicas y especialmente

aquellas que deben resguardar el secreto industrial como base de su éxito empresarial. Como premisa debe aceptarse que las personas jurídicas también tienen derechos fundamentales, pero su ejercicio debe ser compatible con las propias restricciones que la Constitución impone en relación con la libertad de empresa. Desde este punto de vista, la jurisprudencia alemana ha encontrado con fundamento en el principio de proporcionalidad los siguientes argumentos para permitir injerencias en el ámbito domiciliario de la empresa:

A. EL AMPARO DOMICILIARIO TAMBIÉN PROTEGE
A LA PERSONA JURÍDICA, PERO NO EN LA MISMA
EXTENSIÓN QUE A LAS PERSONAS NATURALES

La salvaguarda de la intimidad implica la reserva judicial prevista en la Constitución para proceder a una injerencia. En el caso de la empresa existe el concepto de “espacio negocial y empresarial”, que, a efectos de vigilancia de las autoridades administrativas en el marco de la inspección tributaria, laboral y económica, requiere una interpretación diferenciada, frente a la temática de la exigencia de orden escrita y judicial para la entrada y registro.

b. EL LLAMADO “ESPACIO NEGOCIAL” ESTÁ PROTEGIDO

Este concepto de “espacio negocial”, tan importante para el ejercicio de la actividad empresarial, es objeto de protección. Por lo tanto, todo lo que signifique “registros” de estos espacios debe ser ordenado por el juez, porque existe, en principio, la misma necesidad de protección que para el domicilio de habitación personal y su justificación es el principio de Estado democrático de derecho.

C. LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO NO SE
APLICA A “LAS INTERVENCIONES Y RESTRICCIONES”
QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE “INSPECCIONES”

Cuando no se trata de inspecciones en sentido estricto, no se está ante el problema medular de una injerencia, porque no existe propiamente la necesidad de respetar incondicionalmente la esfera privada del ciudadano. Por ejemplo, si se permite la entrada en domicilio sin orden como parte de la llamada “lucha contra el peligro de contagio” (problemas sanitarios) o en los casos de protección de menores que pueden ser explotados en su trabajo juvenil, con mayor razón debe habilitarse constitucionalmente el ingreso de las autoridades competentes a las empresas y a los lugares de trabajo en situaciones de control administrativo necesario y obligatorio.

6. ASPECTOS DE DERECHO COMPARADO

SOBRE ENTRADA Y REGISTRO DOMICILIARIO^{241}

Resulta interesante dar un vistazo a la protección de la inviolabilidad domiciliaria en el derecho español. La garantía judicial como presupuesto para adelantar el registro domiciliario tiene origen en la Constitución de 1869 y sigue vigente. Esta garantía evolucionó con el artículo 31 de la Constitución de 1931 porque extendió la protección a nacionales y extranjeros residentes en España y consagró que “el domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable”.

En la actual Constitución de 1978, dicha protección fue reiterada en el artículo 18.2, al establecer que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

El Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, mediante sentencia del 28 de octubre de 1997^{242} en el caso “Filesa”, ratificó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del 17 de octubre de 1985^{243}. En esta ocasión los tribunales expusieron que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental cuya defensa no está circunscrita a las personas físicas sino que se extiende asimismo a las personas jurídicas, que “también pueden ser titulares legítimas de viviendas, sin que puedan perder su carácter por el hecho de que el

titular sea uno y otro”.

Esta misma postura fue defendida en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del 19 de diciembre de 1986, en la cual se establece que “la Constitución no circunscribe el derecho [solamente] a las personas físicas”. Esta doctrina se extiende a los registros empresariales, tal como fue reconocido mediante auto del 19 de julio de 1997^{244}.

7. TEST DE PROPORCIONALIDAD EN CASO DE INJERENCIAS EN EL AMPARO DOMICILIARIO

La doctrina establece que el juicio de proporcionalidad está definido por las siguientes variables:

a. EXAMEN DE IDONEIDAD

La inviolabilidad domiciliaria sólo se puede afectar en el proceso penal con dos finalidades, esto es (1) la captura de una persona solicitada y (2) la preconstitución probatoria que se refiere al hallazgo de evidencia de cargo apta para el proceso de investigación penal. Por lo tanto, la fundamentación que se haga en la orden expedida por el fiscal debe ser clara, porque ello determina la idoneidad de la medida. Si durante la diligencia se encuentra otro material de evidencia para delito distinto del investigado, debe hacerse aplicación de la teoría de los hallazgos casuales, caso en el cual el examen de idoneidad es más exigente.

En cuanto a la prohibición de exceso, debe recalcar que es la propia ley la que establece los lugares por registrar, el deber de firmar el acta y las horas para su realización (conforme al artículo 50 de la nueva Ley 1453 del 2011, el cual adicionó el artículo 225 CPP, en el sentido de señalar que si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m., debe contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, que garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias. Sin embargo, en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la

Nación). Aunque no se establezca nada en relación con la ejecución moderada de la injerencia domiciliaria, resulta claro que los principios generales de la actuación procesal señalados en el artículo 27 CPP no autorizan la destrucción de una vivienda so pretexto de cumplir las finalidades permitidas con el registro domiciliario.

b EXAMEN DE NECESIDAD

El examen sobre la orden debe explorar las alternativas menos gravosas, de manera que cuando se opte por la injerencia es porque los motivos para ejecutarla son fundados. La doctrina establece que en caso de injerencias a la intimidad, el examen debe concluir con un pronóstico claro o presunción de hallazgo de elementos probatorios.

C. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Los intereses en juego para el examen de ponderación deben considerar la gravedad del delito, porque no se puede aceptar una injerencia cuando se está ante delitos menores o de poca significancia social. También debe ser un punto de partida la construcción indiciaria sobre autoría o participación, para que no se disponga la injerencia frente a terceros, quienes por esta calidad no deben soportar la afectación de derechos fundamentales, por ejemplo cuando el registro se realiza en las casas de inquilinato.

No obstante, pueden darse casos en los que el allanamiento y registro de una persona que no está investigada sea factible, pero debe someterse a claras restricciones, como demostrar que el inculpado ha ocultado un objeto de evidencia sin consentimiento del morador y sin que este tenga la calidad de encubridor.

B. FORMAS DE INFILTRACIÓN Y AFECTACIÓN DE LA CONFIANZA

I. GENERALIDADES

Existen varias instituciones que tienen por finalidad luchar contra la criminalidad organizada y que, en su ejecución, pueden afectar derechos fundamentales. En este sentido, las diferentes legislaciones utilizan especialmente las siguientes instituciones:

- a. Agente encubierto;
- b. Agente provocador;
- c. Seguimiento pasivo;
- d.; Entrega vigilada y
- e. Vigilancia de cosas.

Todas las formas mencionadas, excepto el agente provocador, están reguladas y permitidas en nuestra legislación.

a. AGENTE ENCUBIERTO. DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES

En este apartado sólo se precisarán algunos mínimos aspectos para diferenciar esta institución de otras que buscan la misma finalidad. Más adelante se profundizará sobre esta temática. En términos generales, el agente encubierto es un funcionario de policía judicial o un particular, quien, con identidad alterada o con su propia identidad, se infiltra en la organización criminal para buscar medios probatorios o para provocar la producción de esos medios (art. 242 CPP). A diferencia del agente provocador, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (inc. 2.º, art. 243 CPP), la actuación del agente encubierto está limitada a la producción probatoria y en ningún momento tiene la facultad de determinar o instigar la comisión de un comportamiento ilícito.

No obstante, con la aprobación de la reciente Ley 1474 del 12 de julio del 2011 se introduce una figura similar que se acerca más al denominado “agente provocador” que a la del agente encubierto. Esta normatividad debe ser interpretada conforme con la Constitución, que prohíbe en la investigación penal la comisión de delitos simulados para lograr el esclarecimiento de los hechos y

la responsabilidad de cualquier persona. En efecto, la nueva disposición establece:

Artículo 36. *Operaciones encubiertas contra la corrupción.* La Ley 906 del 2004 tendrá un artículo 242 A, el cual quedará así:

Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la administración pública en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la administración pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente.

b. ENTREGA VIGILADA

Por su parte, la entrega vigilada corresponde a un procedimiento policial para el seguimiento al objeto material del ilícito y lograr la identificación de quienes hacen parte de la organización delictiva (243 CPP). No guarda identidad con los seguimientos ocasionales o intensos que tienen como finalidad la recolección de información probatoria relacionada con un comportamiento criminal que está en fase de ejecución (240 CPP).

C. SEGUIMIENTO PASIVO

Las figuras mencionadas se diferencian del llamado “seguimiento pasivo” regulado por el artículo 239 CPP, entendido como una vigilancia realizada a un indiciado o imputado, cuando existen motivos fundados para inferir razonablemente que a través del seguimiento puede obtenerse información útil para la investigación. Este seguimiento tiene un límite temporal de máximo un año y puede ser ordenado por el fiscal que dirige la investigación, previa

autorización del director nacional o seccional de Fiscalías. Esta injerencia debe basarse en motivos razonablemente fundados, que indiquen que la persona puede ser autor o partícipe de la conducta investigada, lo cual debe inferirse de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida en poder de la Fiscalía.

La Corte Constitucional se ocupó del tema del seguimiento, en la Sentencia C-431 del 2003^[1245], donde declaró que esta forma de infiltración se ajusta a la Constitución, siempre y cuando tales labores no se efectúen sobre sospechosos. Para la Corte, en el caso objeto de análisis resultaba indispensable asegurar la existencia de “circunstancias objetivas, externas, que constituyan indicios concretos sobre el particular o la existencia de a lo menos un principio de prueba”. Este punto es fundamental para nuestro análisis, porque define un límite inicial (que quedó recogido en la Ley 906 del 2004) y uno final sobre la admisibilidad del seguimiento pasivo. A partir de tales límites, es claro que la afectación de la intimidad sólo se inicia o autoriza cuando existen *motivos razonablemente fundados* y debe finalizar cuando tales motivos desaparezcan.

2. LÍMITES A LAS INJERENCIAS ANTERIORES

a. CONTROL JUDICIAL

Las injerencias antes mencionadas exigen examen del juez de control de garantías. Tanto la vigilancia de cosas como el seguimiento de personas requieren un control judicial dentro las 36 horas siguientes a la expedición de la orden por parte del fiscal. Además, estas injerencias están sometidas al control posterior, dentro de las 36 horas siguientes a la realización de la labor, para determinar la legalidad respecto de la forma de ejecución (cfr. el artículo 54 de la Ley 1453 del 2011, que modifica el artículo 239 del estatuto procesal).

En otros términos, la ley regula un doble examen de legalidad por parte del juez de garantías: el primero, sobre la orden que expide el fiscal y el segundo, sobre su ejecución.

Por su parte, como ya se dijo, la entrega vigilada y la operación de agentes

encubiertos tienen, según la Ley 906 del 2004, un control posterior por parte del juez de control de garantías, que debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes contadas a partir de la terminación de la actividad investigativa.

b. LÍMITES TEMPORALES

Dado que no puede haber injerencias por tiempo indeterminado, cada una de estas figuras está limitada temporalmente, porque de lo contrario se estaría ante una afectación desproporcionada a los derechos involucrados. Es indispensable que en todos los casos haya una determinación del lapso en el cual se pueden utilizar los mecanismos mencionados. Para estos efectos es necesario precisar los siguientes aspectos: (a) se puede emplear el término máximo previsto por el legislador, salvo que los resultados que persigue la utilización de estas instituciones se produzca antes de su vencimiento; (b) el fiscal, teniendo en cuenta las necesidades de la investigación y bajo el principio de proporcionalidad y en especial del subprincipio de necesidad, puede fijar un término que en ningún caso deberá exceder el máximo establecido en la ley; y (c) la naturaleza de la actuación (por ejemplo, entrega vigilada) es la que permite que se emplee el término necesario que guarde relación con la ejecución de la actividad investigativa, porque en este caso el legislador no fijó un término legal.

La Ley 906 del 2004 establece que dentro del año siguiente o cumplida la prórroga para el caso del agente encubierto, las órdenes deben ser canceladas. Tal mandato legal no es obstáculo para que se pueda cancelar la orden cuando se han conseguido los resultados obtenidos con la utilización de los mencionados mecanismos de afectación de la confianza.

Lo anterior permite preguntar si de ser favorables los resultados para la investigación y vencido los términos antes mencionados, el fiscal está habilitado para mantener la afectación indefinidamente. En estos caso el fiscal no puede *motu proprio* ampliar términos de afectación de derechos. Para ello debe solicitar oportunamente al juez de garantías la extensión del término; con este fin, presentará los elementos probatorios necesarios que justifiquen continuar con la afectación. El funcionario judicial determinará si es viable dicha prórroga

para lograr el éxito de la investigación y en este caso fijará un término bajo criterios de razonabilidad y especialmente de necesidad.

C. LÍMITES MATERIALES

Existen asimismo límites materiales frente a estos procedimientos. El primero de ellos está dado por el principio de proporcionalidad, ya que, al tratarse de afectaciones por lo general medias o intensas de los derechos fundamentales, estas técnicas de investigación no pueden ser utilizadas en delitos de poco impacto social. El otro límite material tiene que ver con la aptitud o importancia de la evidencia para determinar responsabilidades. La existencia de información legalmente obtenida, los elementos materiales probatorios o la evidencia física obrante en el proceso deben no solo demostrar que la medida es idónea, necesaria y proporcionada, sino ser aptos para indicar que se está ante un posible delito y que las personas cuyos derechos se afectan pueden ser autores o partícipes del hecho.

Hay también límites materiales que no están circunscritos a la existencia de tal información -motivos serios y fundados-, sino que también tienen en cuenta el contenido de la información recolectada, porque es claro que sólo es admisible aquella información relativa al objeto de la investigación. Por ejemplo, en caso de haber infiltrado una organización que se presume criminal y que se dedica, realmente o como fachada, a una actividad lícita; frente a tal actividad que se realiza conforme a la ley los funcionarios de investigación deben respetar y salvaguardar la información empresarial -secretos industriales, documentos, etc.- protegida constitucionalmente. Lo mismo se extiende a la información personal y reservada de los integrantes de la organización criminal objeto de la actividad investigativa que afecta el derecho a la confianza.

d. OTRAS LIMITACIONES

En cuanto a la información incriminante que se obtenga, pero que no guarde relación con el objeto de la investigación, estimamos que no puede ser aportada

directamente al proceso; pero eventualmente ella puede constituir una *notitia criminis* diferente. Esto es así por cuanto la actividad estatal es reglada y la afectación de los derechos fundamentales se autoriza sólo en función del caso concreto. Es decir, no se faculta a las autoridades de investigación para que recauden información de manera indiscriminada.

Otra limitación, que se refiere específicamente a las actividades de infiltración mediante los agentes encubiertos, ha sido recogida de alguna manera en las normas vigentes (arts. 241 y 242 CPP) y tiene que ver con el ámbito en el cual pueden desplegarse. Tratándose de agentes encubiertos, el legislador limitó su utilización a organizaciones criminales, a los casos de continuación de actividades delictivas y a las previsiones legislativas mencionadas en el artículo 242A (Estatuto para combatir la corrupción). Esto significa que otros casos, como la utilización de agentes para lograr la confesión (en el sentido coloquial) del imputado, son inadmisibles. Además, actuar de esa manera es ya ilegal. Consideramos que esta clase de actuaciones resulta claramente inconstitucional, por cuanto la confianza es un elemento integrante de la intimidad, que genera deberes correlativos de respeto y que el Estado no puede afectar desproporcionadamente. El aprovechamiento de la fragilidad humana y de los sentimientos de empatía en el fondo supone apelar a la idea, claramente inconstitucional, de que “el fin justifica los medios”.

Por otro lado, tal proceder pone en serio riesgo los derechos a la no autoincriminación y a la autodeterminación -que no son más que especiales emanaciones del derecho a la intimidad-, que tienen como base la libre disposición de la información. El engaño es otra forma de violencia sobre la persona, inadmisibile constitucionalmente.

Por último, dentro de las diferentes técnicas de investigación que afectan la confianza consideramos que la que mayores consecuencias tiene sobre el derecho fundamental a la intimidad es el agente encubierto, razón por la cual en el siguiente apartado se tratarán sus principales características.

3. AGENTE ENCUBIERTO. CARACTERÍSTICAS

a. CONCEPTO

La noción de agente encubierto que consagró nuestro ordenamiento procesal está orientada a enfrentar la criminalidad organizada. Mediante esta figura, un agente con facultades de policía judicial, con una identidad alterada, o incluso un particular obtienen información útil para la consecución de pruebas e información relevante para la persecución penal, en tanto que se considera la única forma de garantizar el éxito de una investigación penal^{246}. Como afirma PERDOMO TORRES,

Las investigaciones encubiertas se pueden definir como aquellas actuaciones investigativas en las cuales los órganos encargados de la legislación penal obtienen datos e informaciones relevantes para el proceso por medio de la colaboración de funcionarios de policía judicial, quienes por regla general, conservan en secreto su identidad^{247}.

La ley establece un control posterior, siguiendo la regla general del artículo 250 de la Constitución. En este juicio el funcionario debe señalar en qué casos está legitimada la restricción del derecho a la intimidad (fin de la medida), así como la duración (en la adecuación estudiará la intensidad) y la proporcionalidad en sentido estricto. Los requisitos que exige la figura son:

1. La introducción de un agente encubierto debe estar precedida de un estudio que haga factible la infiltración y

2. La Fiscalía debe tener motivos razonablemente fundados, provenientes de la indagación, que le permitan reconocer que el caso investigado involucra al crimen organizado y que el indiciado o imputado está relacionado con la organización.

Como puede observarse, el artículo 241 CPP precisa que debe haber una investigación en curso de la cual se infiera que se trata de un caso de criminalidad organizada. La indagación adelantada debe permitir a la Fiscalía deducir que el indiciado o imputado tienen alguna relación con el crimen organizado. Cumplido el supuesto anterior, el ente acusador debe ordenar un

análisis que permita la planificación, preparación y el manejo de la operación encubierta, cuyo objeto es la recaudación de información útil para la investigación.

Para proceder a una operación con agente encubierto la Fiscalía debe realizar dos análisis distintos: (1) que el indiciado o imputado pertenece o está relacionado con el crimen organizado y (2) que el imputado continúa desarrollando actividades delictivas. Lógicamente, aquí, más que el sujeto, es el tipo de delito investigado el que permitirá saber si se agota el primer requisito, por lo cual la indagación de la Fiscalía debe estar lo suficientemente adelantada y la información recolectada al respecto debe ser necesariamente fiable.

El segundo análisis se relaciona con la existencia de motivos razonablemente fundados por parte de la Fiscalía, que le permitan inferir que el indiciado o imputado continúa desarrollando una actividad criminal. Justamente aquí se suscita un problema de interpretación, porque si el imputado ya ha cometido un delito o aun siendo parte de la organización criminal se prepara a perpetrar otros, lo más lógico es que se proceda a su captura, imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

b. REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO SOBRE EL AGENTE ENCUBIERTO

En el derecho español, la Ley Orgánica 5.^a, del 13 de enero de 1999^{[\[248\]](#)}, modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Tal como lo anuncia su exposición de motivos, la Ley Orgánica 5/1999 introdujo un nuevo artículo (*282bis*) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habilita legalmente la figura del “agente encubierto” en las investigaciones relacionadas con “delincuencia organizada”. De esta forma, posibilitó la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la policía judicial, la cual puede incluso mantenerse en un eventual proceso judicial posterior.

Con ello se completa el régimen de protección que prevé la Ley Orgánica

19/1994, del 23 de diciembre, respecto de peritos y testigos de causas criminales, y se delimita el concepto de “delincuencia organizada”, mediante la determinación de las figuras delictivas que comprende. La mencionada Ley 5.a de 1999 faculta también al agente encubierto para utilizar, bajo estricto control judicial y fiscal, medios complementarios de investigación¹²⁴⁹.

C. TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA AGENCIAS ENCUBIERTAS

— EXAMEN DE IDONEIDAD

La agencia encubierta es un medio apto para captar información de cargo con efectos penales. Dadas las condiciones y las facultades del infiltrado, el examen de adecuación debe asegurar que el internamiento en la organización criminal reduce al máximo la posibilidad de participación directa del infiltrado en la comisión de un delito. En efecto, se sabe que el infiltrado aparece amparado por el cumplimiento de deberes legales, pero no puede llegarse al extremo de entender idónea la injerencia cuando se sabe de antemano que el infiltrado colaborará en la comisión de crímenes graves -por ejemplo, de lesa humanidad como torturas o desapariciones forzadas.

En nuestro caso es importante resaltar que para la consecución de los fines de información la conducta del agente encubierto aparece regulada por los tratados internacionales ratificados por Colombia y, además, el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal establece claramente que la realización de los actos simulados debe tener carácter extrapenal, con lo que se faculta al agente para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones, etc. En suma, el examen de medios y fines aparece regulado legalmente por los artículos 241 y 242 CPP.

— EXAMEN DE NECESIDAD

Por tratarse de una injerencia intensa, el examen de necesidad requiere de un

análisis detallado sobre varios puntos, entre los que se encuentran: (1) que se trate de una organización criminal y (2) que por sus características represente una verdadera amenaza. También hace parte del examen de necesidad el comprobar que no existe otra forma exitosa de búsqueda de información y, por lo tanto, la motivación que de la medida se haga debe demostrar el agotamiento de otras injerencias igualmente medias o intensas, como la interceptación de comunicaciones o la entrega vigilada, o que el agente encubierto tenga un mayor grado de efectividad para la obtención de evidencias.

— PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El test debe tener en cuenta, como se dijo, que la injerencia en sí misma puede resultar lesiva de derechos fundamentales por la posible comisión de los delitos de la organización y, por lo tanto, el examen de ponderación en estricto sentido debe considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, la intensidad de ciertas injerencias que normalmente requieren autorización como la interceptación de comunicaciones o el registro de documentos del investigado por cuenta del agente encubierto^[250].

La actividad desarrollada por el agente encubierto se someterá al análisis correspondiente, conforme a las reglas que se aplican para los informes o los testimonios según el caso.

4. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

a. GENERALIDADES

Uno de los derechos fundamentales que pueden resultar más afectados dentro del proceso penal es el llamado *secreto de las comunicaciones*, que está garantizado específicamente por el artículo 15 de la Constitución, en el que se consagra la protección al derecho a la intimidad y, correlativamente, la privacidad de las comunicaciones. La disposición de la Carta es clara cuando afirma que tanto la correspondencia como las demás formas de comunicación privada son

inviolables y sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Por lo tanto, aquí resulta obligado el análisis de esta injerencia en relación con la reserva judicial y legal^[251].

El artículo 250 de la Carta autoriza a la Fiscalía para proceder a la interceptación con examen posterior del juez de control de garantías. Se entiende en principio que el fiscal debe expedir la orden debidamente motivada, tal y como lo establece el artículo 235 CPP reformado por la Ley 1453 del 2011.

- RESERVA LEGAL PARA REGULAR LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

En cuanto a la reserva legal, la a normatividad colombiana, con la orientación de diferentes legislaciones y con la claridad de que la interceptación de las comunicaciones afecta el derecho fundamental de la intimidad, estableció requisitos perentorios, de tal forma que de no cumplirse con ellos la evidencia que se obtenga tendrá la característica de ilícita, razón por la cual debe excluirse de cualquier audiencia y no podrá constituir prueba orientada a acreditar la responsabilidad, como tampoco prueba para impugnar la credibilidad de testigos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 906 del 2004 (modificado por el artículo 52 de la Ley 1453 del 2011), el fiscal puede emitir órdenes con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, para que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se transmitan por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación investigativa.

La reserva judicial en cabeza de la Fiscalía es limitada, de conformidad con decisiones recientes de la Corte Constitucional, especialmente si se trata de prorrogar la injerencia en el tiempo. El juez constitucional, en referencia a la posibilidad de mantener la interceptación de comunicaciones durante un lapso determinado, afirmó:

Con esa apreciación de la norma superior, frente al artículo 15 de la Ley 1142 del 2007, encuentra la Corte que la expresión “*ajuicio del fiscal*”, objeto del presente pronunciamiento, para determinar quien tiene el criterio de prorrogar una orden de registro o allanamiento, contraviene el numeral 3.º del artículo 250 superior, como quiera que por tratarse de una medida adicional que implica la afectación de derechos fundamentales con la prolongación de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, se conculca el principio de reserva judicial en la protección del derecho a la intimidad.

Por las razones expuestas, se procederá a declarar la exequibilidad de la expresión “*a juicio del fiscal*”, contenida en el inciso 4.º del artículo 15 de la Ley 1142 del 2007, que modificó el artículo 235 de la Ley 906 del 2004, bajo el entendido de que en todo caso, la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá ser sometida al control previo de legalidad por parte del juez de control de garantías^[4252].

Estos planteamientos jurisprudenciales fueron acogidos en la Ley 1453 del 2011, donde se dejó claro que la orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares que cursen por cualquier red de comunicación debe someterse al examen previo de legalidad por parte del juez de control de garantías. Esta ley además estableció que la orden de interceptación tendrá una vigencia máxima de seis meses, prorrogables en los términos expuestos, esto es, siempre que subsistan los motivos fundados que la originaron.

En resumen, la orden para interceptar comunicaciones puede ser expedida por el fiscal (art. 250 C. N.) por el término mencionado (seis meses), pero su prórroga tiene que estar sometida al control previo del juez de garantías porque en ese momento deben realizarse dos exámenes sobre la actuación: por una parte, cómo se ejecutó la orden del fiscal (control posterior) y, por otra, la necesidad de su prórroga.

DE COMUNICACIONES

De conformidad con el ordenamiento procesal penal (artículo 235 CPP, reformado por el artículo 52 de la Ley 1453 del 2011), la interceptación de comunicaciones requiere:

- Orden del fiscal con fines determinados de búsqueda probatoria, ubicación del indiciado, imputado o condenado;
- Fundamentación escrita de la orden;
- Intervención mediante grabación magnetofónica o similar que utilice cualquier red de comunicaciones;
- Relevancia de la información para los fines de la actuación;
- Notificación de la orden a las entidades de operación técnica;
- Vigencia máxima de la orden por seis meses prorrogables a condición de que subsistan los motivos fundados y al control previo de legalidad de la prórroga por parte del juez de garantías;
- Control posterior del juez de control de garantías sobre la orden, su ejecución y los hallazgos, en el que puede participar el defensor o el indiciado si así lo solicitan^{[\[253\]](#)}.

– PROHIBICIONES A LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES Y AL REGISTRO DE INFORMACIÓN

El Código de Procedimiento Penal enuncia taxativamente en su artículo 223 los casos en que está prohibido el registro de información, así como los objetos y personas amparados con esta protección. Dentro de los objetos de protección consagra:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados;
2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar;
3. Los archivos de comunicaciones del imputado o acusado con sus abogados o con las personas excluidas legalmente del deber de testificar; y, finalmente,

4. Los demás documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier imagen que contenga información derivada de la relación antes protegida (imputado y defensor o personas excluidas del deber de testificar).

— EXCEPCIONES A LAS PROHIBICIONES
DE REGISTRO DE INFORMACIÓN

Las prohibiciones de registro de comunicaciones no se aplican en los siguientes casos, conforme lo establece el parágrafo del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. En otras palabras, será válido el registro de información realizado en los eventos analizados cuando:

1. El afectado consiente el registro de la información;
2. El afectado con la información se convierte en auxiliador, partícipe o coautor del delito investigado o de uno conexo o en curso;
3. Se trata de situaciones que constituyen una obstrucción a la justicia.

— TRÁMITE

Los artículos 154 (numeral 1) y 155 CPP establecen que los elementos recogidos en las interceptaciones de comunicaciones^[254], así como en los registros y allanamientos, se pondrán a disposición del juez de control de garantías para llevar a cabo el examen de legalidad dentro de las 36 horas siguientes, mediante audiencias preliminares de naturaleza reservada.

El ejercicio de estas facultades de interceptación telefónica debe justificarse y respetar las exigencias del principio de proporcionalidad (por ejemplo, no podría ordenarse una interceptación telefónica para investigar un delito insignificante, porque afecta en exceso la intimidad). Dicho en sentido contrario, la Constitución no avala la práctica de interceptaciones arbitrarias. Así se ha pronunciado con toda contundencia la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-159 del 2002^[255]. El alto tribunal señaló que

La interceptación arbitraria de comunicaciones es, a todas luces, una práctica contraria a

los principios democráticos que protegen a los individuos de la arbitrariedad de los agentes estatales. Por ello, la interceptación de comunicaciones sólo puede ser realizada bajo las condiciones y procedimientos expresamente señalados en la Carta y en la ley, como garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho a la intimidad.

Y no es sólo el Estado el que debe omitir todo tipo de interceptación de comunicaciones arbitraria: también los particulares tienen prohibición constitucional. En esta dirección, la Corte apuntó que el derecho a la intimidad garantiza a los asociados una esfera o espacio de su vida privada

immune a la interferencia arbitraria de otros, en especial si la interceptación es realizada por agentes del Estado, pero también cuando esa interferencia es realizada por personas privadas, como cuando, por ejemplo, se divulgan a través de los medios de comunicación situaciones o circunstancias que sean de exclusivo interés de la persona o sus allegados.

— NECESIDAD DE ORDEN JUDICIAL DE LA
FISCALÍA PARA INTERVENIR COMUNICACIONES

El desarrollo de la injerencia debe seguir los derroteros trazados en la Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, en la que se puntualizó que las intromisiones en las comunicaciones de los particulares sólo pueden adelantarse previa orden de la autoridad judicial o excepcionalmente de la Fiscalía conforme al artículo 250 superior, dentro de un proceso, y con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley. Al respecto, el referido fallo explicó:

La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, aprobada mediante Ley 16 de 1992, artículo ii; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 78 de 1968, artículo 17), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni

privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radioteléfonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, *a menos que exista previa y específica orden judicial y que ella se haya impartido en el curso de procesos, en los casos y con las formalidades que establezca la ley*, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política [énfasis nuestro].

b. DISCUSIONES SOBRE LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES Y EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

El espectro electromagnético, de conformidad con la Sentencia C-151 del 2004 reiterada en la Sentencia C-540 del 2012, es una franja de espacio alrededor de la Tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Las características del espectro, según la Corte Constitucional, son: (1) el espectro electromagnético es uno de los componentes del territorio colombiano (art. 101 C. N.); (2) pertenece a la Nación (art. 102 C. N.); (3) tiene el carácter de bien público inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y el control del Estado (art. 75 C. N.).

La Sentencia C-081 de 1993 estableció que el control y la gestión del espectro electromagnético corresponden a las autoridades administrativas, y dicho control resulta necesario ya que el espectro electromagnético puede utilizarse de forma perjudicial y contraria a los fines constitucionales. Justamente en este punto se pregunta si la vigilancia sobre la posible utilización ilegal implica un monitoreo continuo de todas la comunicaciones que pasen por el espectro electromagnético sin ninguna discriminación, porque esto se enfrentaría a la prohibición de una *inquisitio generalis* en el proceso penal, constituyéndose en vía apta para intervenir de forma desproporcionada e irrazonable los derechos fundamentales.

La respuesta al interrogante debe ser negativa. La vigilancia del espectro no autoriza a interceptar ilegalmente las comunicaciones con motivo de la

investigación de un delito. Cuando el rastreo de comunicaciones del espectro arroje datos que tengan incidencia penal, la labor de la policía consistirá en poner a disposición de la Fiscalía la información para que proceda a expedir las órdenes de interceptación. Ahora bien: en el control de legalidad sobre los hallazgos y los motivos fundados que se tuvieron para desarrollar la injerencia, el juez debe extremar el examen de proporcionalidad relacionado con la actividad policial anterior. Cuando se trata de situaciones de flagrancia, es decir, cuando de la vigilancia del espectro electromagnético la fuerza pública establezca que se está ejecutando un delito, podrá proceder directamente, claro está, si se cumplen todos los requisitos de la flagrancia, lo que incluye los supuestos legales y fácticos para su aplicación y, sobre todo, sus límites.

- INTERCEPTACIONES QUE SE REPUTAN LEGALES

Lo anterior quiere decir que sólo se reputan legales las interceptaciones realizadas a través de plataformas autorizadas por el Estado. En el desarrollo legal también aparecen las leyes 62 de 1993 y 180 de 1995, relacionadas con las facultades policiales para el manejo de la información necesaria con el fin de garantizar la seguridad y convivencia ciudadana, de tal forma que a la Policía le corresponde planear, recolectar, procesar y evaluar la información relevante para determinar los factores que afectan la seguridad.

En esa tarea, puede valerse de métodos tendientes a detectar y prevenir amenazas y desafíos generados por personas, grupos u organizaciones que atenten contra cualquier ciudadano o el Estado, entre otras, como herramientas para la prevención del delito e instrumentos útiles para la conservación y el restablecimiento del orden público^{256}.

El Decreto 1404 del 2012 regula la interceptación de los servicios de telecomunicaciones como un mecanismo de seguridad nacional que busca optimizar la labor investigativa, propender a su eficaz y oportuna realización y garantizar la ejecución de los fines del Estado, todo lo cual pretende lograrse con el uso de modernas herramientas de captación y monitoreo de comunicaciones de las redes públicas de telecomunicaciones.

La reciente ley de inteligencia y contrainteligencia consagra la regla general de conformidad con la cual las interceptaciones telefónicas sólo podrán hacerse con orden judicial previa. Esta disposición autoriza los llamados “barridos” a espacios electromagnéticos con base en las necesidades de la fuerza pública. Dichas operaciones deben ser ordenadas por un superior, quien debe responder por los resultados obtenidos y, si es del caso, por las irregularidades que ocurran en el desarrollo de la operación. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-540 del 2012, donde estudió la exequibilidad de esa ley, señaló lo siguiente:

[...] el monitoreo del espectro electromagnético significa rastrear de manera aleatoria e indiscriminada un bien del Estado, sin que involucre seguimiento individual. Esto es, constituye un rastreo indeterminado o la captación incidental de comunicaciones (ondas radioeléctricas que portan mensajes sonoros o visuales) en las que se revelan circunstancias que permitan evitar atentados contra la población y riesgos para la defensa y seguridad de la Nación. Por tanto, no es una actividad de investigación criminal. Así mismo, expuso este Tribunal que en la generalidad de la definición no puede implicar vigilancia, seguimiento o control de las personas, ni la fiscalización de aspectos de la vida privada, toda vez que ello llevaría al desconocimiento del derecho fundamental a la intimidad (arts. 15 de la C. Po., ii de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), esto es, implicaría interceptar o registrar comunicaciones de alguien en particular, para lo cual se requiere ineludiblemente orden de autoridad judicial, dentro de un proceso (individualización del presunto infractor o participe de conductas punibles), en los casos y bajo las formalidades establecidas en la ley^[257].

C. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA

La figura de la interceptación de comunicaciones ha sido desarrollada de un modo interesante por el derecho español. Por una parte, la Constitución de ese país consagró el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho

fundamental (art. 18.3) y, por otra, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrolló la figura mediante múltiples sentencias. El Tribunal condicionó la interceptación de comunicaciones al respeto del principio de proporcionalidad. En este sentido, ha expuesto algunas consideraciones que constituyen la evolución jurídica de esta figura y son de importante mención. Dentro de ellas encontramos las siguientes:

- El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental^{258}.
- Su intervención sólo será constitucionalmente legítima si (1) está expresamente prevista por la ley; (2) está autorizada por la autoridad judicial competente en el curso de un proceso y (3) se ha ejecutado con observancia del principio de proporcionalidad^{259}.
- La intervención en las comunicaciones respeta el principio de proporcionalidad si “se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de ellos”^{260}. El Tribunal ha señalado que es indispensable valorar la aplicación del principio de proporcionalidad, a partir de un análisis previo de las circunstancias concurrentes en el momento de la adopción de la medida^{261}.
- El órgano judicial competente para autorizar la medida de intervención de comunicaciones debe motivar adecuadamente la decisión, para lo cual tiene que hacer mención expresa y exteriorizada de: (i) los presupuestos materiales de la intervención: con lo cual el Tribunal hace referencia a la prueba suficiente de la existencia de los datos objetivos que conduzcan hacia la sospecha de la existencia de un delito grave, su individualización y la conexión existente entre los sujetos usuarios de los teléfonos intervenidos y los hechos^{262}; y (2) la necesidad y adecuación de la medida para conseguir el fin perseguido (“razones y finalidad perseguida”)^{263}.
- Toda medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones está sujeta a control judicial en su ejecución, con fundamento en el artículo constitucional que lo consagra como derecho fundamental^{264}.

– La finalidad de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones no es solamente preventiva. En palabras del Tribunal, “el secreto de las comunicaciones no puede ser develado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional”. De esta manera, es necesaria la prueba previa de existencia de condiciones objetivas que permitan deducir que se cometió un delito y por tal motivo se justifica la medida limitativa^{[1265](#)}.

d. TEST DE PROPORCIONALIDAD PARA LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES

– EXAMEN DE IDONEIDAD

Las interceptaciones de comunicaciones permiten obtener información para el proceso penal. No obstante, por tratarse de una injerencia que pone en riesgo el principio de no autoincriminación y el derecho fundamental a la intimidad, es necesario establecer algunas precisiones.

Debe usarse en delitos graves y cuando ya se hayan agotado otras injerencias o medios de investigación que permitan construir una presunción de hallazgo. La concurrencia de indicios es esencial para justificar la injerencia, de tal manera que para estimar cumplido el test de proporcionalidad debe indagarse si no ha existido otra forma de investigación más exitosa que la intervención de las comunicaciones.

– EXAMEN DE NECESIDAD

El examen de necesidad se acerca al de idoneidad o adecuación, si se tiene en cuenta que la concurrencia de indicios y la utilización de métodos alternativos de la investigación determinan que es la última opción que tiene el fiscal para obtener información o es la más eficaz. Previamente debe indagarse si se agotaron otras actividades, como la observación de comunicaciones.

Este es un tema de la mayor importancia, debido a que mantiene la injerencia en sus justos límites a través de pasos previos a la orden de interceptación.

— EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

EN SENTIDO ESTRICTO

La intervención de comunicaciones debe estar limitada temporalmente, por lo cual resulta acertado que el control por parte del juez de garantías se realice sobre los hallazgos y sobre la prórroga de la orden. Pero, igualmente, la prohibición de exceso se cumple con el examen de fines y medios, por ejemplo al verificar el número de líneas intervenidas. Más aún: resultaría desproporcionado interceptar las líneas de aquellas personas vinculadas con el investigado que no tienen la obligación de declarar. A ello sumamos que debe existir algún medio que permita la exclusión de información obtenida que afecte la intimidad y que, evidentemente, no debe ser utilizada en el proceso.

e. CAPTACIÓN DE CONVERSACIONES

ENTRE PRESENTES (ESPIONAJE ACÚSTICO)

Una de las modalidades de investigación es la colocación de micrófonos en sitios estratégicos, bien sea dentro de inmuebles o por fuera de éstos. Se trata de un caso distinto de interceptación de comunicaciones, porque no se utilizan elementos técnicos para acceder al canal o medio tecnológico de comunicación -teléfono, correo, correo electrónico, etc.-, sino que se “escucha” la conversación de viva voz.

En relación con esta modalidad investigativa cabe preguntarse cuál es la intensidad de la intervención admisible o, en otras palabras, qué puede hacer la autoridad. Desde la perspectiva de la eficacia de la investigación, parecería ideal instalar micrófonos en todos los rincones de un inmueble o disponerlos de manera tal que cualquier conversación quede registrada. Así, la persona sujeto de investigación no tendría cómo evadir la acción estatal. Sin embargo, en nuestra opinión, sea por vía de la teoría de las esferas o a partir del juicio de

proporcionalidad, esta clase de medidas exige un previo juicio estricto de proporcionalidad por parte del juez de garantías que verifique la constitucionalidad de la medida por las siguientes razones:

Con esta clase de medidas el derecho a la intimidad queda claramente restringido, lo cual implica que el examen realizado por el juez de garantías sea mucho más exigente para evitar menoscabar de modo integral el derecho a la intimidad. Como se sabe, este derecho ha sido definido como “el espacio intangible, inmune a intromisiones externas sin el consentimiento de su titular, del que se deduce un derecho a no ser visto o escuchado cuando no se desea”^[266]. Sin embargo éste puede ser limitado por vía de proporcionalidad.

Debe prestarse especial atención, en el juicio de proporcionalidad, al subprincipio de necesidad, porque debe verificarse si existen otros medios idóneos para lograr el fin. Sobre este último punto cabe precisar que una medida como la indicada no solo implica recoger información pertinente para el proceso, sino también conocer los secretos reservados de la persona, como sus gustos, conversaciones íntimas, etc., cuyo conocimiento no reporta beneficio alguno a la sociedad. Por lo tanto, corresponderá al juez de control de garantías examinar y excluir del proceso la información recolectada de esta manera que no sea pertinente para la investigación.

5. AFECTACIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD MEDIANTE EL REGISTRO DE CORRESPONDENCIA

Finalmente, en relación con los límites del derecho a la intimidad establecidos por el Código de Procedimiento Penal, el artículo 233 CPP consagra el mecanismo de retención de correspondencia, así:

El fiscal general o su delegado podrá ordenar a la policía judicial la retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que reciba o remita el indiciado o imputado, cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que existe información útil para la investigación.

La inviolabilidad de la correspondencia está garantizada en el artículo 15 de la Constitución al expresar que “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”. Además, este derecho encuentra protección en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo II, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 8.º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Sin embargo, como se desprende de la misma redacción de la norma constitucional, este derecho no es absoluto y, por lo tanto, admite limitaciones. La intromisión en el derecho a la intimidad es justificada por el legislador en virtud de la utilidad de la información para la investigación penal. No obstante, consagra como garantía un límite temporal máximo para ejercer el registro de correspondencia: un año.

Es evidente que el registro de correspondencia afecta el derecho a la intimidad. Sin embargo, el derecho a la protección de los ámbitos privados debe ceder frente a la competencia de las autoridades con el fin de garantizar el interés general de sancionar conductas tipificadas como delitos. De ello es posible deducir que el legislador llevó a cabo un juicio de proporcionalidad, en virtud del cual, dada la existencia de una colisión de principios dignos de protección (intimidad *vs.* competencia investigativa para garantizar el interés general), decidió inclinar la balanza hacia la protección de la investigación penal.

La protección derivada de la inviolabilidad de correspondencia implica, entonces, una salvaguarda no solo a la intimidad sino también a la libertad de las comunicaciones y el derecho a la autodeterminación informativa.

En cuanto al objeto frente al cual recae la injerencia (la correspondencia), debe ser entendido de manera amplia, porque protege no solo las cartas, sino también cualquier cosa que pueda ser entendida como correspondencia postal, como los paquetes enviados a través de los servicios de mensajería. Sin embargo, la jurisprudencia española ha distinguido entre correspondencia amparada y correspondencia no amparada por el secreto de las comunicaciones.

Se entiende por “correspondencia amparada” los paquetes y cartas cerrados, mientras que las otras formas de correspondencia no se encuentran protegidas por la inviolabilidad mencionada.

Según esta distinción, no gozarían de esta protección aquellos elementos cuya revisión es permitida por reglamentación internacional, como las maletas, los paquetes en los que el remitente consigna su contenido, porque se entiende que existe una renuncia al secreto del contenido y, en general, los elementos que por sus características puedan ser objeto de revisión por parte de las autoridades aduaneras. Sin embargo, estas excepciones no dejan de plantear serias dudas desde el punto de vista constitucional, ya que, por ejemplo, frente a las maletas y los maletines, si bien podría argumentarse que no hacen parte de lo que se entiende por correspondencia, dentro de ellos podrían encontrarse elementos que ameritan protección, como documentos o diarios. Lo mismo sucede con los paquetes en los que el remitente ha anunciado su contenido, porque entender la descripción del contenido del paquete como una manifestación de renuncia a un derecho fundamental parece algo exagerado^{267}.

Para solucionar estos inconvenientes, el juez de control de garantías debe realizar un juicio estricto de proporcionalidad y determinar el grado de la afectación al derecho, sus posibles consecuencias y los beneficios procesales.

Por su parte, el artículo 234 CPP establece que la policía judicial, una vez examine la correspondencia objeto de la injerencia, debe informar de los hallazgos relevantes al fiscal que ordenó la intervención en un plazo máximo de 12 horas, excepto cuando se trate de documentos en otro idioma o encriptados, en cuyo caso debe disponer su traducción o desciframiento por los peritos.

Bajo el entendido de que no puede haber injerencias permanentes en los derechos fundamentales, el artículo 233 CPP dispone que una vez agotado el término de un año o formalizada la imputación, debe devolverse la correspondencia que no tenga utilidad para la investigación, en concordancia con el artículo 234 CPP.

Finalmente, con respecto a las injerencias que tienen por objeto los correos electrónicos, el Código de Procedimiento no las trata como afectaciones al

secreto de la correspondencia, sino como afectaciones generales a la intimidad. Esto se deduce de la lectura del artículo 236 CPP, que regula esta clase de actuaciones a través de la recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos que producen efectos equivalentes. En este caso, por expresa remisión normativa, se aplican los criterios pertinentes de los registros y allanamientos.

VI. CONCLUSIONES

La protección del derecho a la intimidad tiene como referencia y punto de partida los diferentes ámbitos y límites reconocidos por la jurisprudencia. Así (1) en general, el ámbito personalísimo de cada individuo o familia; (2) en concreto, este ámbito personalísimo está conformado por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están reservados y sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños; (3) los comportamientos, datos y situaciones no deben trascender al ámbito de lo conocido, lo sabido, lo promulgado, a menos que sea por la voluntad del titular del derecho; (4) por último, no puede decirse que pertenezca a la intimidad un dato que ya ha trascendido al dominio de la opinión pública.

También integran el derecho a la intimidad, según la jurisprudencia, la inviolabilidad del domicilio, el *habeas data*, la inviolabilidad de la correspondencia y la reserva de los libros de contabilidad y demás documentos particulares.

La Corte Constitucional, apoyada en la doctrina de las esferas del Tribunal Constitucional alemán, ha categorizado la información, respecto del derecho a la intimidad, en cuatro tipologías: pública, semiprivada, privada y reservada.

Una de las principales afectaciones al derecho a la intimidad se presenta con la entrada y el registro domiciliario, como excepción constitucional al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Constitucionalmente se exige orden escrita de autoridad judicial competente para proceder a esta injerencia, salvo tres casos: (1) cuando medie consentimiento expreso del propietario o tenedor; (2) cuando no exista una expectativa razonable de intimidad; (3) cuando se trate de

situaciones de emergencia.

La Corte Constitucional ha condicionado el registro domiciliario a la existencia de: (1) un fin determinado (consecución probatoria); (2) motivos razonablemente fundados; (3) respaldo probatorio de los motivos fundados (sobre los cuales también existe un control por parte de juez de control de garantías); (4) determinación de los lugares por registrar; (5) prohibición de afectar objetos no susceptibles de registro; (6) cumplimiento de los plazos de diligenciamiento; (7) cumplimiento de las reglas particulares para eventos especiales; (8) determinación de flagrancia para los casos establecidos en la Constitución.

El incumplimiento de alguno de los requisitos constitucionales, legales o jurisprudenciales para limitar el derecho a la intimidad invalida la actuación.

El examen de proporcionalidad del registro o allanamiento requiere, desde luego, que la medida resulte idónea y necesaria. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que la inviolabilidad domiciliaria sólo se puede afectar en el proceso penal para dos fines: (1) la captura de una persona solicitada y (2) la preconstitución probatoria. Además, debe resultar necesaria, es decir, debe haberse explorado todas las alternativas y escogido la menos gravosa, y la medida debe ser proporcional en sentido estricto.

Dentro de las técnicas de investigación que pueden afectar la intimidad están las denominadas *formas de afectación e infiltración de la confianza*. Entre ellas se encuentran: el agente encubierto, el seguimiento pasivo y la entrega vigilada.

Tanto la vigilancia de cosas como el seguimiento de personas exigen doble control: el primero, de legalidad, dentro las 36 horas siguientes contadas a partir de la expedición de la orden del fiscal; y el segundo dentro de las 36 horas siguientes a la realización de la labor o cumplimiento de la diligencia judicial.

La entrega vigilada y la operación de agentes encubiertos tienen, según la Ley 906 del 2004, un control posterior por parte del juez de control de garantías, que debe realizarse dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la actuación investigativa.

Las injerencias relacionadas con la afectación de la confianza tienen límites temporales y materiales. Los primeros son dados, en la mayoría de los casos, por

el mismo legislador, mientras que los segundos tienen relación con la aplicación del principio de proporcionalidad y la existencia de motivos serios y fundados que soporten la necesidad de la injerencia.

Otra de las formas de limitar el derecho a la intimidad es la interceptación de comunicaciones, como afectación específica del derecho al secreto de las comunicaciones. Esta injerencia conlleva un control de legalidad posterior por parte del juez de control de garantías, por disposición expresa del artículo 250 constitucional. Sin embargo, la prolongación de la medida sí exige control judicial previo.

La interceptación de comunicaciones requiere: (1) orden emitida por el fiscal con fines determinados de búsqueda probatoria; (2) ubicación del indiciado o los imputados; (3) fundamentación escrita de la orden; (4) intervención mediante grabación magnetofónica o similar que utilice cualquier red de comunicaciones; (5) relevancia de la información para los fines de la actuación; (6) notificación de la orden a las entidades de operación técnica; (7) vigencia máxima de la orden de tres o seis meses prorrogables a condición de que subsistan los motivos fundados que la hacen necesaria; (8) examen posterior por parte del juez de control de garantías sobre la ejecución de la orden y los hallazgos; en esta diligencia podrá participar el defensor o el indiciado si así lo solicitan.

Las prohibiciones anteriores no se aplican cuando (1) el afectado consiente el registro de la información; (2) el afectado con la información se convierte en auxiliador, partícipe o coautor del delito investigado o de uno conexo o en curso; (3) se trata de situaciones que constituyen una obstrucción a la justicia.

Existen excepciones a la posibilidad de interceptación de comunicaciones; ellas son: (1) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados; (2) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar; (3) los archivos de comunicaciones del imputado o acusado con sus abogados o con las personas excluidas legalmente del deber de testificar; (4) los demás documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier imagen que contenga información derivada de la relación antes mencionada.

La práctica de escuchas entre presentes es posible siempre y cuando exista un

previo control estricto de proporcionalidad.

Finalmente, como forma de afectación a la intimidad dentro del proceso penal está la retención de correspondencia, en tanto que restringe el derecho a su inviolabilidad. El concepto de “correspondencia” debe ser entendido de manera amplia, porque el derecho afectado protege no solo las cartas, sino también cualquier cosa entendida como correspondencia postal -por ejemplo, los paquetes enviados a través de los servicios de mensajería.

Frente a la retención de correspondencia, el juez de control de garantías debe realizar un juicio estricto de ponderación para determinar el grado de la afectación al derecho y sus posibles consecuencias y beneficios procesales.

CAPÍTULO TERCERO

Habeas data e intervenciones corporales

I. HABEAS DATA

Al igual que el derecho fundamental a la intimidad, el derecho al *habeas data*, también llamado *derecho a la autodeterminación informática o informativa*, está consagrado en el artículo 15 de la Carta, en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

El derecho fundamental al *habeas data* tiene un nexo estrecho con el derecho a la intimidad, y así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde sus inicios. Por ejemplo, en la Sentencia T-414 de 1992^{268} la Corte Constitucional señaló que debía tutelar indistintamente el derecho a la intimidad y el *habeas data* o derecho a la autodeterminación informática cuando se comprometían datos personales. En la misma dirección, en la Sentencia SU-082 de 1995^{269}, al resolver un caso de vulneración de derechos a partir de divulgación de datos personales incompletos, la Corte estudió el derecho a la autodeterminación informática en materia de contenidos crediticios representados en datos personales y el derecho a la intimidad, y concluyó que no se vulneraba éste derecho, debido a que la información crediticia no integraba su ámbito de protección.

En la Sentencia T-176 de 1995^{270}, la Corte afirmó que el derecho a la autodeterminación informática se encuentra “claramente diferenciado del derecho a la intimidad y el buen nombre”. En el mismo sentido se pronunció esa corporación en la Sentencia T-261 de 1995^{271}, al resolver sobre la legitimidad de la conducta de un depositario de datos personales que los cedió a un tercero

sin la debida autorización del titular. Con base en la interpretación de los derechos a la autodeterminación informática y a la intimidad y, dado que en ese caso se observó que los datos personales suministrados (nombre, dirección y teléfono) eran de dominio público, la Sala de Revisión no encontró violación del derecho a la intimidad.

Aun cuando en el caso concreto la Sentencia T-022 de 1993^{272} concedió el amparo impetrado, la providencia trató indistintamente los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática. Concluyó que “no aparece probado que se obtuvo el consentimiento expreso y escrito del peticionario para el reporte, procesamiento y consulta de la información almacenada en la Central de la Asociación Bancaria -tal como lo establece el literal (a) del artículo octavo de su reglamento-, es claro que se le vulneró su intimidad y el debido proceso en el ámbito de las relaciones entre particulares y entidades financieras”. Aspectos específicos del *habeas data* fueron regulados en la Ley Estatutaria 1266 del 2008, que recogió muchos de los criterios jurisprudenciales sobre la materia^{273}.

A. DISTINCIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA

En la Sentencia T-552 de 1997^{274} la Corte Constitucional precisó el alcance de los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informática. Al resolver un caso sobre la divulgación de datos personales en materia crediticia, afirmó que si bien no vulneraba el derecho a la intimidad, podría afectar el derecho a la “autodeterminación informativa” siempre y cuando los datos divulgados no fueran completos, reales o actuales. Dijo la Corte que “el derecho al *habeas data* es, entonces, un derecho claramente diferenciado del derecho a la intimidad, cuyo núcleo esencial está integrado por el derecho a la autodeterminación informativa”. Y frente al caso concreto, la Corte afirmó:

[...] aunque el actor considerara que el demandado atropelló su derecho a la intimidad, lo cierto es que según lo visto, no es este derecho, sino el del *habeas data*, el que podría

resultar vulnerado, de llegarse a comprobar que la entidad de crédito divulgó información errónea.

Esta línea jurisprudencial fue consolidada y reiterada en decisiones posteriores, tales como la Sentencia T-307 de 1999^[1275], donde la Sala de Revisión dijo:

[...] el *habeas data* es un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo.

En la Sentencia T-527 del 2000^[1276] la Corte diferenció este derecho de aquellos que se sitúan en sus linderos, así:

[...] la corporación debe reiterar, una vez más, su doctrina jurisprudencial, en el sentido de que el artículo 15 superior establece tres derechos con sus dimensiones específicas a saber: el derecho a la intimidad, al buen nombre y al *habeas data*, este último relacionado, en buena medida, con los datos de carácter crediticio o económico.

Dicha declaración no tuvo sólo el carácter de una afirmación de principio, porque la sentencia decidió tutelar el derecho al *habeas data* por haber ocurrido la caducidad del dato adverso. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia T-578 del 2001^[1277]. Conforme a la Sentencia T-729 del 2002^[1278], esta delimitación de los derechos consagrados en el artículo 15 no es superflua, en tanto que cobra especial importancia por tres razones:

(i) por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente; (ii) por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y (iii) por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información.

B. HABEAS DATA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Consideramos importante recordar que aunque la Corte Interamericana no se ha pronunciado acerca del *habeas data*, la Comisión Interamericana sí ha tenido la oportunidad de referirse al tema en sus informes relativos particularmente a la situación de los defensores de derechos humanos en Colombia. En dichos informes ha plasmado su preocupación por el derecho que tienen todas las personas a conocer la información de inteligencia que se haya recogido y que las involucre; a este respecto sostuvo:

Una acción de hábeas data tiene que ver con el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma y a modificar, anular o rectificar esta información cuando sea necesario.

La Comisión reitera que *toda persona tiene el derecho a conocer la información de inteligencia que se haya recogido a su respecto, inclusive y sobre todo cuando no existe un proceso penal basado en esa información*. Precisamente, el artículo xxiv de la Declaración Americana garantiza a todo individuo el derecho de petición y el Artículo 25 de la Convención Americana garantiza el derecho a un recurso fácil y rápido contra actos que atenten contra sus libertades fundamentales.

Por otro lado, la Comisión considera que *el derecho a la vida privada también garantiza a las personas el derecho a saber sin demora que el Estado decidió recoger información sobre ellas, inclusive para evitar que esa información contenga errores*. En este sentido, la cidh ha establecido que cada persona tiene derecho a conocer la información que se tiene sobre sí, mediante el ejercicio de una acción rápida, sencilla y eficaz. La acción de “hábeas data”, como ha sido definida antes, se erige sobre la base de tres premisas: i) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en bases de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensible, falsos, tendenciosos o discriminatorios; y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización. En años recientes, el recurso de acción de hábeas data se ha tornado en un instrumento fundamental para la investigación de violaciones de derechos humanos [...]. Esas acciones, por ende, constituyen un medio importante para garantizar el “derecho a la

verdad”.

Tanto para el acceso a la información pública como para el ejercicio de la acción de hábeas data, la Comisión entiende que podrían existir ciertos casos específicos en que las fuerzas de seguridad del Estado no tendrían que revelar la información, por ejemplo, cuando la divulgación de esa información pueda poner en peligro la seguridad nacional. Pero *las fuerzas de seguridad no pueden decidir discrecionalmente si divulgan o no la información, sin ningún control externo* [énfasis nuestro]^{279}.

C. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HABEAS DATA

El derecho a “conocer, actualizar y rectificar las informaciones recogidas en archivos y bancos de datos”, regulado en el artículo 15 constitucional, está asociado al contenido del derecho al *habeas data* y ha sido definido por la Corte Constitucional con pluralidad de conceptos. Por ejemplo, en la Sentencia T-414 de 1992^{280} el tribunal lo denominó derecho a la “libertad informática”, al paso que en la Sentencia SU-082 de 1995^{281} lo llamó derecho a la “autodeterminación informática” y en la Sentencia T-552 de 1997^{282}, derecho a la “autodeterminación informativa”. Por último, la Sentencia T-284 del 2008^{283} sostuvo que el núcleo esencial del derecho fundamental al *habeas data* está constituido por el derecho a la autodeterminación informática, entendido como “la facultad que tienen las personas a las cuales se refieren los datos personales, de autorizar su conservación, uso, circulación y permanencia, de conformidad con las regulaciones legales”.

Sin entrar a precisar cuál de estas denominaciones se perfila como la más adecuada, lo cierto es que también la Corte ha intentado delimitar con precisión cuál es el ámbito de protección de este derecho fundamental. En las primeras providencias, por ejemplo en la Sentencia T-414 de 1992^{284}, la Corte sostuvo que la libertad informática consiste “en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir,

controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás”.

Un sentido similar atribuyó la Sentencia SU-082 de 1995^{285} a la autodeterminación informática, al indicar que ésta “es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales”. Casi en los mismos términos, la Sentencia T-552 de 1997^{286} definió el derecho a la autodeterminación informativa como la facultad que tienen todas las personas de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

Después, la Sentencia T-464 del 2002^{287} reiteró esa misma formulación para definir el ámbito de protección del derecho al *habeas data*. Sin embargo, en esta sentencia la Corte precisó que la autodeterminación informática es un

[...] derecho fundamental autónomo que busca equilibrar las condiciones entre el sujeto de quien se informa y aquel que tiene la capacidad de recolectar (el dato), almacenarlo, usarlo y transmitirlo.

[...] así como los usuarios tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que de ellos se tienen sobre el cumplimiento de sus obligaciones, también las instituciones financieras tienen el derecho a conocer la solvencia económica de sus clientes.

I. EL REQUISITO DE VERACIDAD

Según esta sentencia, las entidades tienen en sus actuaciones un límite en cuanto al uso de los datos. Este límite consiste en que “sólo pueden transmitir información veraz y completa sobre sus deudores y clientes”. Salta a la vista que este límite no solo se extiende a las autoridades financieras, sino que, con mayor razón, a él están ligadas las autoridades estatales que obran dentro del proceso penal^{288}. El derecho fundamental a la autodeterminación informativa las obliga a transmitir únicamente información veraz y completa en relación con cualquier

persona. De una circulación que no sea veraz y completa se pueden derivar múltiples afectaciones a otros derechos fundamentales de la persona, como la defensa, la libertad o derechos de contenido económico.

Muy importante en cuanto a las razones que justifican la existencia del derecho al *habeas data* resulta la Sentencia T-433 de 1994^[4289]. La Corte explica que el derecho al *habeas data* es un derecho fundamental concebido para

contrarrestar los peligros del desarrollo de la informática que, junto con la electrónica y las telecomunicaciones, hace posible la difusión ilimitada de datos de la persona. El sistema centralizado de manejo de datos, con su creciente capacidad de recoger, almacenar, relacionar, transmitir información personal, familiar, comercial y de otra índole, potencia los riesgos de manipulación de los datos.

Por esta razón, la finalidad principal del derecho al *habeas data* “consiste en preservar la información individual ante su utilización incontrolada”. Dicho de forma más específica,

[...] este derecho otorga a la persona la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados y desvirtúen así su identidad o abusen del derecho a informar. El titular del derecho fundamental al *habeas data* goza del derecho a acceder al conocimiento de la información recogida sobre él en bancos de datos o archivos, controlar razonablemente su transmisión, limitar el periodo de tiempo en el que puede conservarse, definir los objetivos para los que puede ser utilizada, actualizar su vigencia o rectificar su contenido.

Finalmente, cabe señalar que la Sentencia T-729 del 2002^[4290] fue especialmente explícita a la hora de precisar el concepto y el ámbito de protección del derecho fundamental al *habeas data*. La Corte sostuvo que el *habeas data*

[...] otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación,

publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales.

Así mismo, esta sentencia aclaró que el radio de acción del derecho al *habeas data* o derecho a la autodeterminación informativa no se limita sólo a las instituciones financieras, sino que “está dado por el entorno en el cual se desarrollan los procesos de administración de bases de datos personales”. Entonces, es claro que los destinatarios son todas las entidades administradoras de bases de datos. En consecuencia, su objeto, sus actividades, regulaciones internas, mecanismos técnicos para la recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos personales y la reglamentación sobre usuarios de los servicios deben acomodarse a las exigencias de este derecho fundamental.

2. PRINCIPIOS DE ADMINISTRACIÓN DE DATOS PERSONALES

Las entidades administradoras de datos no son sólo privadas, porque dentro de esta categoría están comprendidas todas las entidades públicas o privadas que adelantan prácticas con el fin de conformar, organizar y depurar bases de datos personales, así como la divulgación de estos últimos en un contexto claramente delimitado y con sujeción a ciertas reglas. En la Sentencia T-729 del 2002^[1291] la Corte denominó a estas reglas “principios de la administración de datos personales”, que conforman el contenido concreto del derecho al *habeas data*. Dichos principios son los siguientes: libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad.

Sin ninguna vacilación, afirmamos que las autoridades públicas que administran datos relativos a personas dentro del proceso penal deben respetar las exigencias de estos principios. Por consiguiente, cualquier actuación que se aparte de ellos y que no esté justificada por las exigencias del principio de proporcionalidad debe considerarse inconstitucional, de ahí que la actuación

puede ser nula, o la prueba inexistente y, por eso, debe ser excluida de cualquier actuación judicial.

D. LÍMITES DEL DERECHO AL HABEAS DATA

Sin lugar a dudas, el derecho al *habeas data* tampoco es un derecho absoluto y, al igual que el derecho a la intimidad, tiene límites claros y precisos, como aquellos impuestos en razón de la necesidad de proteger otros derechos fundamentales, sobre todo el derecho a la información.

En relación con los límites a este derecho, lo primero que debe decirse es que el principal límite está dado por su ámbito de protección. El *habeas data* protege exclusivamente los datos personales, lo cual implica que la protección de otro tipo de datos debe considerarse excluida. Sobre este aspecto, la Sentencia T-414 de 1992^[292] señaló como características del dato personal las siguientes:

- I. Se refiere a aspectos exclusivos y propios de una persona natural;
2. Permite identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con éste y con otros datos;
3. La propiedad del dato reside exclusivamente en su titular, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita; y
4. Su captación, su administración y divulgación están sometidas a reglas especiales (principios).

Ahora bien: los datos personales son recogidos por lo general en los llamados “bancos de datos”, que han sido definidos como el “conjunto de informaciones que se refieren a un sector particular del conocimiento, las cuales pueden articularse en varias bases de datos y ser distribuidas a los usuarios de una entidad (administradora) que se ocupa de su constante actualización y ampliación”^[293]. Desde luego, la propia existencia de bancos de datos es otro límite al derecho al *habeas data*, cuya legitimidad es irrefutable, si se tiene en cuenta que estos bancos representan un mecanismo indispensable para el acceso a la información y su circulación en el mundo moderno.

Con todo, los principales límites que el derecho al *habeas data* debe soportar,

en razón de la protección del derecho a la información, se derivan de la conocida tipología de informaciones que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional en sentencias como la citada T-729 del 2002^{294}. Para la Corte, los límites que el derecho a la información impone al derecho al *habeas data* deben provenir de una “tipología de la información que, mediante el manejo de criterios más o menos estables, facilite la unificación de la jurisprudencia constitucional y la seguridad jurídica entre los actores más usuales de los mismos”.

La primera de las tipologías distingue entre la “información impersonal y la información personal”. A su vez, en esta última es importante diferenciar la información personal contenida en bases de datos computarizadas o no y la información personal contenida en otros medios, como videos, fotografías, etc. La Corte aclaró que en función del régimen aplicable al *habeas data*, esta diferenciación es útil principalmente por tres razones^{295}:

[...] la primera, es la que permite afirmar que en el caso de la información impersonal no existe un límite constitucional fuerte al derecho a la información, sobre todo teniendo en cuenta la expresa prohibición constitucional de la censura (inc. 2.º art. 20), sumada en algunos casos a los principios de publicidad, transparencia y eficiencia en lo relativo al funcionamiento de la administración pública (art. 209) o de la administración de justicia (art. 228).

Esto quiere decir que cuando se trata de información impersonal, el derecho al *habeas data* se encuentra limitado, hasta tal punto que difícilmente puede ser fuente de prohibiciones frente al ejercicio del derecho a la información. Además de la primera razón, la Corte sostiene:

[...] una segunda razón está asociada con la reconocida diferencia entre los derechos a la intimidad, al buen nombre y al *habeas data*, lo cual implica reconocer igualmente las diferencias entre su relación con la llamada información personal y su posible colisión con el derecho a la información. La tercera razón guarda relación con el régimen jurídico aplicable a los llamados procesos de administración de datos inspirado por principios especiales y en el cual opera, con sus particularidades, el derecho al *habeas*

data.

A lo anterior se suma una segunda tipología dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo, en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a ella. Cabe recordar que, también en relación con el derecho fundamental al *habeas data*, la Corte divide la información en cuatro grandes tipos: la información pública o de dominio público, la información semiprivada, la información privada y la información reservada o secreta. Por su relevancia en relación con el *habeas data*, conviene reiterar los conceptos ya mencionados de estos tipos de información^{296}:

I. LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Según la Sentencia T-729 del 2002, la información calificada de pública por la ley o la Carta puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna, sin que sea relevante si es general, privada o personal. Por ejemplo, la información es pública cuando se trata de actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas. Serán asimismo públicos los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia, información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin tener que satisfacer requisito alguno por su obtención. Al respecto, la Corte Interamericana señaló en el caso *Claude Reyes y otros*^{297}:

[...] existe un consenso regional de los estados que integran la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. Dicho derecho ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA^{298}. En la última resolución de 3 de junio del 2006 la Asamblea General de la OEA “inst[ó] a los estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y [a] promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva” ^{299}.

2. LA INFORMACIÓN SEMIPRIVADA

También en los términos de la Sentencia T-729 del 2002, esta clase de información se relaciona con los datos personales o impersonales que no están comprendidos en la regla general anterior, por lo cual “presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas”.

3. LA INFORMACIÓN PRIVADA

La sentencia citada se refiere también a la información privada, como “aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio”.

4. LA INFORMACIÓN RESERVADA

Por versar también sobre información personal y, sobre todo, por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular -dignidad, intimidad y libertad-, “se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética y los llamados ‘datos sensibles’ o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.”^{300}.

Coincidimos con la Corte Constitucional al concluir que la clasificación

resulta relevante para el análisis de las afectaciones del derecho fundamental al *habeas data* que surjan dentro del proceso penal, porque (1) permite delimitar la información que puede publicarse sin afectar el derecho constitucional a la información y aquella que constitucionalmente estaría prohibido publicar como consecuencia de la defensa de los derechos a la intimidad y al *habeas data* y (2) contribuye a la delimitación e identificación de las personas y autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información. Es decir: marca los límites hasta donde pueden llegar los funcionarios encargados de la investigación penal (por ejemplo, la Fiscalía y los cuerpos de inteligencia), quienes no pueden invadir ciertos ámbitos privados (desde luego, todo sometido a las reglas de la ponderación).

Expuesto lo anterior, es preciso aclarar que el derecho fundamental al *habeas data* no tiene carácter absoluto, por lo cual puede verse restringido en determinadas situaciones. Esta limitación dependerá de las circunstancias específicas del caso concreto y del test de proporcionalidad, porque la ponderación evita medidas ilegítimas e inconstitucionales. En cada caso concreto se utilizarán los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida para solucionar la colisión que existe entre el derecho fundamental al *habeas data* y otro derecho o principio. Conforme a ello se determinará el alcance de la afectación permitida.

La regulación más reciente en materia de *habeas data* en nuestro país es la Ley Estatutaria 1266 del 2008. En el control constitucional sobre la clasificación de la información que trae dicha ley, frente a las investigaciones penales, la Corte Constitucional identificó la tipología de los datos personales, sobre la que volveremos cuando analicemos los límites y requisitos de la búsqueda selectiva en base de datos.

E. NOCIÓN DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA^{[1301](#)}

Este concepto proviene de los años setenta a propósito de las regulaciones legales parciales en la recolección de datos que se llevaron a cabo en la

República Federal de Alemania^{302}. Después, la llamada “ley de los censos” de 1983 generó una jurisprudencia de repercusiones internacionales emanada del Tribunal Constitucional alemán. En la sentencia del 15 de diciembre de 1983, el máximo tribunal alemán acuñó la noción de “derecho a una autodeterminación informativa” como una forma de protección frente a las modernas tecnologías de tratamiento, recolección y automatización de datos, dado que la tecnología también puede significar una proyección de riesgos para la individualidad. Esto ha permitido al Estado evolucionar hacia nuevas potestades o injerencias frente al ciudadano que puede ver amenazada su intimidad y libertad por la opinión que puedan formarse las autoridades a partir de la recolección y el otorgamiento de información.

La jurisprudencia garantiza que el ciudadano esté informado de lo que el Estado conoce acerca de él, a fin de tener una efectiva capacidad de controlar la automatización de datos que le implicarían restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales, o la posibilidad de corregir información desactualizada o errónea que generaría similares efectos. Por lo demás, resulta de la mayor importancia la exigencia del principio de proporcionalidad para justificar las restricciones a la libertad informativa.

Desde este punto de vista, HASSEMER^{303} enumera los siguientes avances legales en Alemania en torno de la autodeterminación informativa:

1. La ley señala que la utilización de los datos está habilitada sólo para los fines señalados en la normatividad (principio de legalidad y principio de vinculación a la ley).

2. La noción de protección implica la prohibición de entrega y utilización para otros fines diferentes de los previstos en la ley, la obligación y el deber de aclaración al afectado sobre su tratamiento, la facultad de corregir la vulneración mediante acciones judiciales y la destrucción de los datos cuando se cumplan plazos determinados.

3. Creación de comisiones e instituciones encargadas de la vigilancia y protección.

Sin embargo, en épocas recientes el concepto de “autodeterminación

informativa” se ha ampliado considerablemente para asumir los nuevos retos jurídicos que se desprenden de las diversas injerencias a los derechos fundamentales, que pueden provenir del proceso penal. Las nuevas concepciones del derecho a la autodeterminación informativa tienen que ver con la facultad que se tiene de decidir qué información y qué uso se puede dar a ella. Es decir, implica la discrecionalidad de elegir sobre el manejo que puedan darle otras personas a la información propia. Por ejemplo, este concepto resulta de especial utilidad para delimitar la posibilidad de crear perfiles de las personas en bases de datos.

Pero incluso bajo este criterio, el derecho a la autodeterminación informativa llega a ámbitos más amplios que la simple protección de la información en bases de datos. Éste también implica el derecho a determinar los destinatarios de la información que emitida por cualquier medio y el uso que se haga de dicha información. La nueva interpretación tiene especial trascendencia en materia de injerencias en el proceso penal como la escucha entre presentes o la utilización de agentes encubiertos, ya que estas técnicas de investigación implican que el emisor de la información no tiene un manejo o control del destinatario de ella. Incluso, el emisor de la información la emite bajo un conocimiento errado de la identidad del receptor y del uso que de aquella va a hacer.

Desde luego, tal como sucede con el derecho a la intimidad o al *habeas data*, la autodeterminación informativa no es un derecho absoluto, sino que admite restricciones basadas principalmente en la posibilidad de investigar conductas punibles y siempre bajo el principio constitucional de proporcionalidad.

F. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

El cruce de información contenido en diversas bases de datos, públicas y privadas, es uno de los principales mecanismos de investigación. Lo anterior genera dificultades frente al criterio de “finalidad”, analizado antes y definido en la Sentencia T-729 del 2002, dado que las organizaciones privadas o los entes públicos que han recogido información sólo la pueden destinar al objeto de la base de datos. Podría concluirse que si se destinan esos datos a investigaciones

penales, se desconocería dicha limitación.

Sin embargo, consideramos que esa restricción no opera frente al proceso penal, porque las limitaciones definidas en la Sentencia T-729 del 2002 tienen como destinatarios a los organizadores de las bases de datos, pero no afectan el desarrollo del principio de colaboración con la justicia (num. 7 art. 95 C. N.).

De todas maneras, sobre el alcance de la competencia estatal en relación con este aspecto, debe tenerse presente que no existe libertad plena para cruzar dicha información, porque el artículo 375 de la Ley 906 del 2004 se refiere al principio de pertinencia, como límite al recaudo de material probatorio o cualquier otra forma de evidencia. La pertinencia se relaciona con el deber de asegurar que la recolección (cruce de datos, en este caso) sea necesaria para efectos del proceso de investigación. En consecuencia, debe considerarse una intromisión incompatible el cruce de datos irrelevantes para el proceso. La Corte dejó claro este punto al indicar que

[...] conforme al principio de *utilidad y circulación restringida*^[304], se debe destacar la pertinencia de la medida, su utilidad clara o determinada a los fines de la investigación, y la prohibición de solicitar datos en forma indiscriminada^[305].

La iniciación y el desarrollo del proceso penal autorizan al Estado a realizar diversas labores de investigación que implican la recolección, el almacenamiento y la transmisión de información relacionada tanto con la persona que es investigada como con terceros. Frente a estas actividades el Estado, en general, y las autoridades de investigación y de juzgamiento, en particular, están en el deber de respetar el derecho fundamental al *habeas data*.

La búsqueda selectiva en bases de datos que prevé el artículo 244 CPP es una injerencia que permite en ejercicio de la persecución penal el rastreo de información confidencial referida al indiciado o imputado, de manera focalizada, y que tiene entidad para afectar la intimidad y la confidencialidad de los datos recolectados. La confidencialidad de la información se relaciona con el carácter personalísimo de los datos, de tal manera que la difusión de éstos constituye una invasión a la intimidad personal o familiar del titular y, por tal razón, quienes

intervengan en la recolección están obligados a garantizar la reserva de la información recaudada.

La jurisprudencia distingue las injerencias que afectan la autodeterminación informativa en la investigación penal de la siguiente forma: mientras la búsqueda selectiva en bases de datos es una injerencia específicamente autorizada en la ley procesal penal para captar datos informatizados de manera institucional, existen otras búsquedas de información automatizada, como las relacionadas con datos que se encuentran en computadores personales. En este último caso, el rastreo a sistemas de información creados por un usuario de manera personal requiere el allanamiento y registro, de tal manera que, una vez aprehendidos por la máquina o los dispositivos electrónicos, lo que procede es su escrutinio interno a efecto de hallar información con incidencia penal.

La búsqueda selectiva en bases de datos es distinta y se refiere a los casos de escrutinio de información contenida en bancos de datos o centrales de información, sobre las cuales puede determinarse la existencia de un poder informático y tiene como característica general el sometimiento a régimen de divulgación restringido, ya sea porque se trata de materias que el Estado debe preservar para la protección del interés general y la seguridad nacional o por razones de similar naturaleza. Mientras los datos de computadores personales pueden alterarse a gusto del usuario, la información que reposa en bases de datos tiene vocación de permanencia.

G. LÍMITES Y REQUISITOS DE LA BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse frente a esta modalidad de afectaciones a la intimidad. En uno de los pronunciamientos más significativos, la Sentencia C-1490 del 2000^[306], sostuvo sin vacilación:

[...] en el caso de investigaciones de carácter judicial, dirigidas a verificar la existencia de conductas punibles, el acceso a sistemas de información por parte de las respectivas autoridades se legitima, pues el objetivo de dichas investigaciones no es otro que

salvaguardar el interés general, en la medida en que pretenden frenar y sancionar conductas tipificadas como delitos dados los nefastos efectos sociales que ellas producen.

Con todo, la legitimidad está condicionada por el principio de proporcionalidad y de ningún modo se extiende al uso abusivo de la información a que se accede por este medio. Su uso debe respetar siempre los propósitos de la investigación penal.

El artículo 244 CPP preveía la injerencia autorizada por el fiscal, con control posterior por parte del juez de garantías, pero en una decisión la Corte Constitucional ha sentado los siguientes criterios para que por esta vía se restrinja el derecho fundamental a la intimidad.

– Cuando se trate de afectación al derecho fundamental al *habeas data* por medio de las facultades del artículo 244 CPP, es indispensable la autorización previa del juez de control de garantías. La Corte dijo textualmente:

[...] de acuerdo con el marco conceptual establecido en los anteriores apartes: (i) Reitera la Corte su jurisprudencia acerca de la regla general sobre la necesidad de autorización previa por parte del juez que ejerce funciones de control de garantías para la adopción de medidas de investigación que afecten derechos fundamentales; (ii) constata que las medidas de intervención a que se refieren los artículos 14 y 244 de la Ley 906 afectan los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data* o a la autodeterminación informática; (iii) establece que sólo de manera excepcional, y en los precisos eventos establecidos en la Constitución (art. 250.2) puede la Fiscalía General de la Nación adoptar medidas que afectan derechos fundamentales, sometidas éstas al control posterior por parte del juez de control de garantías; (iv) determina que la búsqueda selectiva de información personal o confidencial en bases de datos que no sean de libre acceso, administradas por instituciones o entidades públicas o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, no se encuentra contemplada, ni es asimilable, a ninguna de las excepciones previstas en la Constitución (art. 25o núm. 2), y en consecuencia requieren autorización previa por parte del juez de control de garantías^{[307](#)}.

– La tipología de datos confidenciales a que hace referencia el artículo 244 CPP corresponde a la categoría de información privada. Sobre el particular, manifestó el alto tribunal:

La información privada contiene datos personales o impersonales, “pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

[...]

Considera la Corte que las expresiones “*información que no sea de libre acceso*” (art. 14), e “*información confidencial, referida al indiciado o imputado*” (art. 244), describen supuestos que corresponden al rango de información “*privada*”, lo que implica que solamente pueda ser obtenida mediante orden de autoridad judicial competente en cumplimiento de sus funciones^{308}.

– El artículo 244 establece control posterior a la injerencia, con el fin de realizar un examen sobre los resultados de la afectación (por ejemplo, datos que no corresponden a la persona indiciada). El examen sobre los resultados dentro del marco de control judicial no excluye la necesidad de autorización previa para proceder a la búsqueda selectiva en una base de datos porque dicha búsqueda es el inicio de la injerencia mencionada. La Corte Constitucional, al interpretar el derecho fundamental del *habeas data*, consideró presupuesto de validez en la búsqueda de datos la necesidad de obtener autorización previa por parte del juez de control de garantías. No obstante, dicho control previo no excluye el control posterior, simplemente se trata de una injerencia que requiere doble control: previo para iniciar la búsqueda de dichos datos y posterior respecto de los resultados.

H PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

DERIVADOS DEL MANEJO DE DATOS

Al proceso penal llega información recolectada por los órganos de investigación estatales. Muchas situaciones procesales dependen de tal información, y el pleno respeto por el derecho al *habeas data* puede ser determinante en el resultado del proceso.

Dentro del proceso es normal que las decisiones se basen en la información aportada legalmente. Sin embargo, surgen dificultades cuando tales decisiones se basan en información desactualizada o incompleta. La Corte Constitucional tuvo oportunidad de analizar una de tales situaciones en la Sentencia SU-014 del 2001^[309]. En este caso una persona fue declarada reo ausente, procesada y condenada, cuando en realidad se encontraba recluida en un centro carcelario. Para la Corte, la violación del derecho de defensa del procesado se derivó de la violación del derecho al *habeas data* en el sentido de que éste comprende el derecho a que “la información que [...] resulte vital para el ejercicio de sus derechos fundamentales, realmente circule y efectivamente llegue a las personas o a las autoridades que, en caso de desconocer la información, puedan vulnerar los derechos fundamentales de la persona”.

En el caso en cuestión, la Corte declaró la nulidad de lo actuado a partir de la declaración de reo ausente, lo que se explica por el contexto procesal. En el sistema acusatorio, estimamos que esta decisión es correcta, salvo que ello pueda afectar la igualdad de armas. En ese caso, debe analizarse si basta la nulidad de la declaración de persona ausente -que, de paso, implica necesariamente la nulidad de la imputación- o si también debe ordenarse la reapertura de la indagación, habida consideración de la información que pueda aportar la persona y su trascendencia en el proceso.

Circunstancias similares pueden ocurrir con los requisitos para la adopción de medidas de aseguramiento. La Ley 1142 del 2007 estableció un criterio adicional para adoptar la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención durante al año anterior y “siempre y cuando no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”. Este término, no obstante, fue modificado por el artículo 6o de la Ley 1453 del 2011, y ampliado a tres años.

Al margen de los problemas de constitucionalidad que dicha causal implica, es absolutamente claro que la libertad de la persona depende del registro oportuno de la información sobre preclusión o absolución en el proceso precedente.

En casos en que la decisión está basada en error por la falta de actualización de los datos -registro sobre procesos-, es indiscutible que el juez de control de garantías sería el juez competente para ordenar la libertad, trámite que, en todo caso, debe ser tan diligente como el del *habeas corpus*^{[310](#)}.

I. ASPECTOS DE DERECHO COMPARADO

Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional españolas han conocido el derecho fundamental al *habeas data* bajo las siguientes denominaciones: la “autodeterminación informativa”, la “libertad informática”: *habeas scriptum* o la propia “identidad informática”. Este derecho fue reconocido por el Tribunal Constitucional como fundamental, entre otras, en la sentencia 290 del 2000. Allí afirmó que aun cuando éste no gozaba de consagración expresa en la Constitución de 1978, sí tenía asidero en ella con base en los artículos 10.1, 18.1 y 20.1 CE.

En el derecho español se ha reglamentado la interceptación y el registro de datos personales como un elemento integrante del derecho a la intimidad. La Constitución de 1978 estableció en su artículo 18.4 que la protección de los datos es indispensable dentro del marco de un Estado democrático. El tenor literal del artículo es el siguiente:

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

La finalidad de la disposición transcrita no es limitar el derecho a la información sino regular la utilización de los datos personales, bajo el entendido de que ningún dato puede ser utilizado en contra de la voluntad de la persona ni para vulnerar sus libertades y derechos fundamentales. El inciso 4.º que se comenta simplemente introduce una garantía que impide el abuso de los datos

denominados “informativos”, por cuanto versan sobre la vida personal y familiar y su utilización puede desviarse para fines distintos de la investigación penal.

La jurisprudencia constitucional española ha desarrollado la materia mediante diversas decisiones, dentro de las cuales encontramos las sentencias 292 del 2000, 290 del 2000 y 254 de 1993. En estos fallos, el Tribunal delimitó el ámbito de protección del derecho al *habeas data*, así:

[...] que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho al *habeas data* tiene también un contenido negativo, en virtud del cual se “[...] confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”^{[311](#)}.

Como es bien sabido, este contenido negativo implica además una carga de protección en cabeza del Estado, que está obligado a garantizar el derecho en un aspecto formal y material. Este deber de garantía consiste en proteger el derecho que tiene el ciudadano a controlar sus propios datos personales, con la imposición a los demás no solo de deberes de abstención sino también de deberes de acción o de prestación. Este derecho de control es denominado por el Tribunal “el poder de disposición sobre los datos personales”^{[312](#)}.

La Agencia Española de Protección de Datos ha señalado^{[313](#)} que el requisito indispensable de procedencia de la figura de cesión de datos es la acreditación de la necesidad de la medida. Esto con el fin de evitar afectaciones graves a derechos fundamentales.

II. LAS INTERVENCIONES CORPORALES

El Código de Procedimiento Penal desarrolla el tema de las intervenciones corporales en sus artículos 245 a 249, referentes a los exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado y la obtención de muestras, respectivamente. El artículo 245 CPP establece:

Cuando la policía judicial requiera la realización de exámenes de ADN, en virtud de la presencia de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, semen, sangre u otro vestigio que permita determinar datos como la raza, el tipo de sangre y, en especial, la huella dactilar genética, se requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación.

Si se requiere cotejo de los exámenes de ADN con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, deberá adelantarse la revisión de legalidad, ante el juez de control de garantías (*dentro de las 36 horas siguientes a la terminación del examen respectivo*), con el fin de establecer su legalidad formal y

El apartado entre paréntesis fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-334 del 2010, para lo cual señaló este tribunal que “la revisión de legalidad que corresponde al juez de garantías, debe hacerse de manera previa”. Así mismo, la Corte había declarado en la Sentencia C-025 del 2009 la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 245 CPP. Precisó que esa disposición debe interpretarse en el siguiente sentido:

[...] siempre que se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita.

Desde el punto de vista de la clasificación doctrinal, se distingue:

- *Inspección corporal*: se trata del examen médico ocular de la persona sin ninguna clase de auscultación.

– *Registro corporal*: este examen trasciende la observación e implica la auscultación por parte del galeno con tocamientos médicos e instrumentos que no implican una invasión corporal.

– *Intervención corporal*: corresponde a los casos de invasión corporal con instrumental médico o sin él. GONZÁLEZ-CUÉLLAR^{314} ha definido la intervención corporal como “aquellas medidas de investigación que dentro del proceso tienen por objeto el cuerpo de una persona, y cuya finalidad puede ser tanto la búsqueda del cuerpo del delito como la concreción de aspectos relativos a la salud física o psíquica de una persona”. En este caso el cuerpo humano constituye un medio de prueba, como lo sostiene JAIRÓ PARRA QUIJANO^{315}.

El artículo 245 CPP establece dos requisitos, que se convierten en garantías para el indiciado o imputado al momento de llevarse a cabo exámenes corporales: *previa* orden expresa de la autoridad que dirige la investigación (fiscal) y *posterior* revisión de legalidad ante el juez de control de garantías. La Corte Constitucional condicionó el inciso segundo de ese artículo “en el entendido de que la revisión de legalidad que corresponde al juez de garantías, debe hacerse de manera previa”^{316}.

Cuando se trata del cotejo de estos exámenes con la información genética del imputado, se requiere autorización previa del juez de control de garantías (num. 3 art. 250 C. N.).

Por su parte, el numeral 2 del artículo 249 CPP establece:

Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la Policía Judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes: [...]

2. Para obtener muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Parágrafo. De la misma manera procederá la Policía Judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245.

Esta norma brinda la posibilidad de practicar pruebas para obtener muestras corporales del indiciado o imputado cuando sea necesario para la investigación. Con este fin el Código de Procedimiento Penal establece dos tipos de garantías: (1) la realización de una audiencia previa de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías cuando no se cuenta con el consentimiento del afectado y (2) la presencia del defensor del imputado. El incumplimiento de estos requisitos puede generar la ilicitud de la prueba, de ahí que pueda ser excluida o bien ser declarada inexistente. Aunado a esto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 del 2005^[317], al examinar el tema, impuso una serie de condiciones para esta clase de prácticas, que se analizarán a continuación.

A. COLISIÓN DE PRINCIPIOS EN MATERIA DE
INTERVENCIONES CORPORALES: INTERÉS ESTATAL
DE SANCIONAR LOS DELITOS VS.
DERECHOS FUNDAMENTALES DEL IMPUTADO

En materia de práctica de pruebas y obtención de muestras corporales mediante intervención en la persona, se presenta claramente una colisión de principios: por un lado se encuentra el interés punitivo del Estado en reducir la criminalidad y garantizar el orden público en la sociedad; por otro, el conjunto de derechos fundamentales del indiciado o imputado.

Esta tensión no tiene una solución clara para todos los eventos que se presenten, lo cual constituye un aspecto complejo que dificulta una respuesta única. Sin embargo, se han establecido reglas aplicables a los diferentes casos para ayudar a dilucidar dicha problemática. En la actualidad es evidente que la protección del orden público y el interés general no es justificación suficiente e incuestionable para la afectación de derechos fundamentales individuales, sino

que toda actuación dirigida a limitar los mencionados derechos debe adecuarse a los postulados del principio de proporcionalidad. Con lo anterior se pretende que, como consecuencia de la aplicación del test de proporcionalidad en cada caso concreto, pueda determinarse cuándo cualquier restricción a un derecho fundamental del indiciado o imputado es legítima y acorde con la Constitución y el orden jurídico existente.

Para DÍAZ CABIALE^{318}, la colisión entre los principios mencionados “se acrecienta en las intervenciones corporales, ya que el objeto de ese acto de investigación no es otro que el propio cuerpo de la persona, por lo que entran en juego derechos como la libertad, la intimidad, la integridad física, el derecho de defensa y a no declarar contra uno mismo”.

Dada la importancia de las muestras corporales para la investigación penal en determinados delitos, no es posible descartar la obtención o toma de ellas bajo el argumento de protección absoluta de derechos fundamentales. Por el contrario, la solución aplicable a dicha problemática no es otra que realizar una ponderación que permita determinar cuál medida resulta más benéfica para la protección de un derecho y cuál implica menor afectación del otro.

B. CLASIFICACIÓN DE LAS INTERVENCIONES CORPORALES

VARELA AGRELO^{319} ha clasificado las intervenciones corporales de la siguiente manera:

I. PRUEBAS QUE RECAEN SOBRE EL CUERPO

Las pruebas que implican inspección y registro corporal son conocidas por la jurisprudencia foránea como “cacheos”. Estas pruebas están dirigidas hacia el reconocimiento superficial del cuerpo del indiciado o imputado y sólo alcanzan “al perímetro corporal y a las ropas del sujeto”^{320} (dentro de ellas encontramos las diligencias de reconocimiento en rueda de personas, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos). Dichas pruebas apuntan al descubrimiento

de circunstancias relacionadas con la comisión de la conducta tipificada (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o al descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.). Tal como lo ha señalado MAGRO SERVET^{321}, este tipo de medidas no afecta la integridad física “al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal”. El caso de la intimidad corporal fue analizado por el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 37 de 1989^{322}.

2. PRUEBAS QUE IMPLICAN INTERVENCIÓN CORPORAL

Las pruebas que implican una intervención corporal propiamente dicha se relacionan con “la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos x, tac, resonancias magnéticas, etc.), con el objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado”^{323}. En estos casos, el derecho que puede resultar vulnerado es el de la integridad física^{324} y el grado de afectación se determinará según las circunstancias particulares que acompañen la prueba en un determinado caso concreto (estas circunstancias son las que permiten la ponderación).

C. PRESUPUESTOS PARA LA INSPECCIÓN CORPORAL Y EXTRACCIÓN DE MUESTRAS DEL IMPUTADO

En la Sentencia C-822 del 2005^{325}, la Corte Constitucional estudió si el artículo 247 CPP resulta contrario a la dignidad humana (art. i.º C. N.), a la intimidad (art. 15 C.N.), a la presunción de inocencia (art. 29 C. N.) y a la no autoincriminación (art. 33 C. N.). Las reglas elaboradas por la Corte fueron las siguientes:

- I. La inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de

garantías. El juez debe ponderar la solicitud del fiscal o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, con el fin de determinar si la medida específica es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso.

2. Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias para oponerse a la inspección corporal, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, debe acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida. Éste debe definir las condiciones en las cuales podrá practicarse o no.

3. La inspección corporal se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y respeto por la dignidad humana del indiciado, imputado o de cualquier otra persona en relación con la cual sea necesaria tal inspección.

La Corte concluyó que la norma constituía una limitación razonable y proporcionada de los derechos fundamentales del imputado. En el curso de las investigaciones puede ser conducente la intervención corporal para obtener elementos materiales y evidencias indispensables en el esclarecimiento de los hechos; por ello, la norma fue declarada ajustada a la Constitución. No obstante, la Corte estimó necesario introducir algunos condicionamientos para excluir interpretaciones contrarias al texto constitucional.

El alto tribunal precisó que las intervenciones corporales implican afectación de derechos fundamentales y amenazan el principio de la dignidad humana (art. 1º C. N.). Por lo tanto, es necesario acudir al juez de control de garantías para que autorice la práctica de estas medidas, tal como lo ordena el artículo 250 superior, de esta manera se garantiza el principio de reserva judicial.

Además, la Corte subrayó que el juez puede autorizar la medida o negar la solicitud, y esta determinación puede obedecer a varias razones. Las primeras tienen que ver con la pertinencia en el caso concreto. Las segundas resultan de analizar si la medida solicitada reúne tres requisitos: (1) ser adecuada para alcanzar los fines de la investigación (idoneidad); (2) que no exista un medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante (necesidad) y (3) que al ponderar la gravedad del delito investigado y el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se le realizaría la intervención corporal se concluya que la medida no es desproporcionada

(proporcionalidad en sentido escrito). Este análisis debe ser efectuado por el juez de control de garantías al aplicar la norma en el caso concreto.

La Corte consideró que la intervención en el cuerpo del imputado debe respetar los principios de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad. Tales principios exigen que la intervención corporal sea realizada en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para el imputado. Se trata de parámetros que obligan a las personas responsables de practicar la intervención corporal.

Después de que el juez de control de garantías autorice la práctica de una inspección corporal, puede suceder que el imputado se niegue a permitirla. En este caso es preciso distinguir dos situaciones:

La primera se presenta cuando la negativa del imputado se funda en circunstancias conocidas, tenidas en cuenta por el juez al momento de conferir la autorización. En este caso, las autoridades podrán proseguir con la diligencia, aun en contra de la voluntad del imputado, pero ciñéndose a los principios señalados antes para garantizar su dignidad humana y a la prohibición de incurrir en tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otras garantías.

La segunda situación es aquella en la cual el imputado invoca hechos extraordinarios que no fueron tenidos en cuenta por el juez al conceder la autorización. Esta circunstancia puede presentarse, por ejemplo, cuando después de expedir la autorización judicial han sobrevenido aspectos que puedan conducir a que la intervención corporal se realice con afectación grave de los derechos del imputado o cuando las características de la medida resulten violatorias de sus convicciones religiosas. En este caso debe acudir de nuevo al juez de control de garantías para que defina las condiciones bajo las cuales se puede practicar la inspección corporal o, sencillamente, la niegue.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si bien no ha diferenciado las intervenciones corporales, en referencia al tema ha señalado que las

[...] inspecciones corporales de tipo invasivo deben ser realizadas por personal médico acreditado [...]

y ha precisado que

[...] para establecer la legitimidad de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se verifiquen estos requisitos: i) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico; 2) no debe existir medida alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud^{326}.

D. OBTENCIÓN DE MUESTRAS CORPORALES.
CONSENTIMIENTO, DIGNIDAD Y PROPORCIONALIDAD:
UNA ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ESPAÑOL

En España se ha considerado que la obtención de muestras corporales tiene relación directa con la afectación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Dentro de ellos pueden nombrarse principalmente:

I. DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVIMIENTOS
(ART. 17.1 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

El derecho a la libertad de movimientos, también conocido como “la libertad deambulatoria”, ha sido objeto de discusión cuando se trata de realizar intervenciones corporales. El debate radica en el hecho de la aprehensión para la práctica de la prueba. La jurisprudencia ibérica^{327} encontró que la afectación de la libertad se conoce como *inmovilización del sospechoso*, indispensable para realizar la diligencia judicial, por lo que dicha restricción se encuentra justificada en la levedad de la afectación, en la escasa duración (hasta conseguir pruebas que demuestren los indicios existentes) y en los objetivos de la investigación penal.

El Tribunal Supremo español^{328} respaldó esta postura y afirmó que “el derecho a la libertad no se conculca por el cacheo, aunque se inmovilice al ciudadano y se le conduzca a dependencias policiales para practicarlo, ya que la detención se justifica por racionales motivos para creer en la existencia de un

hecho con perfiles delictivos y la participación de la persona detenida”.

El Tribunal Constitucional español también se pronunció en la misma línea del Tribunal Supremo. Argumentó estar en desacuerdo con la Directiva 8278 de 1978 de la Comisión Europea^{329}, que consagró el siguiente criterio: “la ejecución forzosa de exámenes de sangre a una persona constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración”. Para el Tribunal Constitucional, la detención orientada a la práctica de una prueba como la alcoholemia o la obtención de muestra corporal semejante no anula de ningún modo el derecho a la libertad.

M. LORENTE ACOSTA, J. A. LORENTE ACOSTA y E. VILLANUEVA CAÑADAS^{330} han sostenido “que si existen los indicios y elementos suficientes como para plantearnos la realización de una prueba en contra de la voluntad del sospechoso, estos serán suficientes para poder establecer una privación de libertad como fase previa a la recogida de la muestra”.

2. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA (ART. 15 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece claramente la prohibición de realizar cualquier intervención corporal en contra de la voluntad del afectado. Sin embargo, un sector de la doctrina (M. LORENTE ACOSTA, J. A. LORENTE ACOSTA y E. VILLANUEVA CAÑADAS^{331}) no comparte esta postura, porque considera que el derecho a la integridad física puede verse levemente vulnerado con la práctica de pruebas corporales como el análisis de sangre, la muestra de orina o la alcoholemia, en tanto que, aun cuando su práctica afecta “el derecho a la integridad física, no parece vulnerar su contenido esencial”^{332}.

Esta preocupación por garantizar derechos como la integridad física ha llevado a descubrir caminos alternativos para efectuar la investigación penal. Por ejemplo, se han establecido nuevos mecanismos de análisis de ADN en medicina legal, que no exigen ni siquiera la obtención de una muestra de sangre. Puede obtenerse el ADN del indiciado o imputado tanto de una muestra sanguínea como

de una muestra de saliva o pelo, obtenidas mediante inspección de sábanas, boquillas, cepillos de dientes, cigarrillos, orina, etc. La consecución de muestras de esa forma no implica vulneración alguna del derecho a la integridad física ni a la dignidad humana.

Esta búsqueda de mecanismos de investigación alternativos que no afecten el derecho a la integridad física ha sido un propósito de la jurisprudencia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia de 1989^[333], condenó a unos agentes de la autoridad por haber obligado a un detenido a realizar desnudo flexiones de piernas, con el propósito de averiguar si llevaba drogas en su interior. El Tribunal concluyó que dicha actuación era una forma de coacción, violatoria del principio de proporcionalidad y del derecho a la integridad física. Para el mismo fin (detectar si llevaba drogas en su interior) existen otros mecanismos más idóneos y con menos capacidad de afectación al detenido, tales como la práctica de una prueba de radiología, entre otros.

En este fallo, el Tribunal condicionó la procedencia de las intervenciones corporales al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Consentimiento para su práctica o necesidad de autorización judicial en caso de oposición;
- b. Respeto a la dignidad de la persona en la forma de practicarla;
- c. Respeto del derecho a la salud, ya que la prueba debe ser practicada por personal sanitario, aunque no se exige que sea un médico, sino que puede realizarse por otro profesional cualificado; y, finalmente,
- d. Que no exista contraindicación médica respecto de esta medida.

El mismo año, el Tribunal Constitucional español reiteró^[334] lo dicho por la sentencia 5/89 en materia de intervenciones corporales con incidencia en la investigación penal. Estableció que dichas intervenciones sólo podrán practicarse mediante orden judicial previa, suficientemente motivada y con respeto por el principio de proporcionalidad.

En caso de no cumplirse con los requisitos antes mencionados, de conformidad con el artículo 5.º de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la intervención corporal podría constituirse en una prueba

“inhumana o degradante”^{335}.

3. DERECHO A LA INTIMIDAD

La capacidad de afectación del derecho a la intimidad mediante la realización de “cacheos” o registros corporales fue estudiada por la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 1999^{336}. En este fallo, frente al caso concreto de registro de viajeros por funcionarios de la aduana, la Audiencia consideró que estos comportamientos no constituyen violación alguna del derecho fundamental a la intimidad, en tanto que no afectan el “recato o pudor, máxime cuando no consta que se hiciese de una forma pública o atentatoria de la dignidad y cumple los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español^{337} confirmó esta postura y aseveró que el derecho a la intimidad no es afectado con la simple práctica de “cacheos” y registros corporales. Sin embargo, señaló que la vulneración puede existir si a las mujeres se les exige el registro de la vagina para comprobar si lleva droga en su interior, caso en el cual se exige autorización judicial en caso de renuencia de la detenida.

La jurisprudencia provincial^{338} recordó que la sentencia del Tribunal Constitucional 207 de 1996^{339} sostuvo que la práctica de las inspecciones corporales exige los siguientes presupuestos: “la necesidad de ponderar razonablemente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de otra, la imprescindibilidad de la intromisión para asegurar la defensa del interés público que pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi*”^{340}.

De lo anterior puede concluirse que, según la jurisprudencia española, la legalidad y constitucionalidad de una inspección corporal dependerá del respeto al principio de proporcionalidad y de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4. DERECHOS A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

(ART. 17.3 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA), A NO DECLARARSE
CULPABLE (ART. 24.2 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)
YALA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
(ART. 24 CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA)

La afectación de estos tres derechos ha sido objeto de gran debate en el derecho español, especialmente en relación con la práctica de la prueba de alcoholemia. Al respecto pueden mencionarse distintas posturas en colisión. La posición en contra sostiene que las pruebas de alcoholemia constituyen una autoincriminación, a todas luces contraria a las disposiciones de los artículos 17.3 y 24.2 CE. La postura a favor sostiene que la prueba de alcoholemia no afecta los derechos a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia porque no obliga al examinado a emitir una declaración que exteriorice su contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 CE.

La Comisión Europea ha manifestado, sobre el mismo aspecto, lo siguiente:

[...] la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpa no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado^[341].

Las últimas posturas consolidan una clara tendencia hacia la defensa de la constitucionalidad de obtención de muestras corporales que no afectan la integridad física ni la dignidad humana, tal como ocurre con la prueba de alcoholemia. Sin embargo, es claro que su práctica debe sujetarse a requisitos como la orden judicial previa y motivada, adecuación al principio de proporcionalidad y garantía de la salud para el afectado. Sólo se puede prescindir

de la orden previa cuando se trate de afectaciones leves a la intimidad.

— IDONEIDAD Y NECESIDAD DE LA PRUEBA

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 207 de 1996^[342], se pronunció respecto de los subprincipios de necesidad e idoneidad de la prueba. Este fallo versa sobre la incidencia de las intervenciones corporales en el derecho a la presunción de inocencia, al estudiar el caso concreto de una intervención corporal recurrida mediante amparo, consistente en la extracción de pelo del acusado con el fin de comprobar si éste consumía droga o no. Para el Tribunal dicha intervención vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando su realización no significa la acreditación de los

[...] hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario, el cual, como este Tribunal ha podido declarar en repetidas ocasiones (v. gr., SSTCI74 y 175/1985), es insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia, por lo que no es posible admitir que aquella medida sea necesaria -a los fines del aseguramiento del ejercicio del *iuspuniendi*-, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal.

En síntesis, el Tribunal defiende la siguiente tesis: si la práctica de inspección corporal no aporta prueba considerable de hechos constitutivos de delitos, resulta inconstitucional e ilegítima por falta de uno de los subprincipios de la proporcionalidad: el de adecuación.

Para M. LORENTE ACOSTA, J. A. LORENTE ACOSTA y E. VILLANUEVA CAÑADAS^[343],

[...] el sometimiento a la toma de una muestra en concreto que no cause lesión alguna puede ser perfectamente lícito, salvando mediante ciertas condiciones los posibles

quebrantos de determinados derechos fundamentales [...] Las garantías de proporcionalidad y legalidad, y el establecimiento de los límites de los derechos de la persona corresponde hacerlo al juez, para lo cual valorará las circunstancias del caso y los elementos que indiquen la necesidad de llevar a cabo la toma de las muestras.

En todo caso, es pertinente señalar que el artículo 15 de la Constitución española prohíbe el empleo de la fuerza física en la investigación, lo que no excluye adoptar medidas leves de coerción -por ejemplo, advertir sobre las consecuencias sancionatorias que recaen para quien obstaculice la práctica de una muestra corporal.

III. CONCLUSIONES

El derecho fundamental al *habeas data* consiste en la facultad para conocer, actualizar y rectificar las informaciones recogidas en archivos y bancos de datos. Tiene un nexo estrecho con el derecho a la intimidad y en un primer momento fue tratado de esta manera por la jurisprudencia, pero en los posteriores desarrollos se entendió como un derecho fundamental independiente o autónomo.

El *habeas data* protege exclusivamente los datos personales, que, según la jurisprudencia, se caracterizan porque (1) se refieren a aspectos exclusivos y propios de una persona natural; (2) permiten identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con determinados datos; (3) la propiedad reside exclusivamente en su titular, situación que no se altera por la obtención lícita o ilícita por parte de un tercero, y (4) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

Para definir el ámbito de protección del *habeas data* es necesario distinguir entre información pública, semiprivada, privada y reservada o secreta.

La búsqueda selectiva en bases de datos es una de las principales formas de limitar el derecho al *habeas data* en el marco del proceso penal. Para que esta afectación sea procedente, (1) se requiere examen previo del juez de control de

garantías; (2) la tipología de datos confidenciales a que hace referencia esta injerencia debe corresponder a la categoría de información privada y (3) se debe realizar además un control judicial posterior.

Una problemática especial se presenta con las intervenciones corporales. Son requisitos de los exámenes corporales: *orden previa* y expresa de la autoridad que dirige la investigación (fiscal) y *revisión posterior* de legalidad ante el juez de control de garantías. Sin embargo, cuando se trate del cotejo de estos exámenes con la información genética del imputado, se requiere autorización previa del juez de control de garantías.

Cuando se trate de la obtención de muestras corporales del imputado o acusado, se requiere la realización de una audiencia previa de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías cuando no se cuenta con el consentimiento del afectado y la presencia del defensor del imputado, además de los condicionamientos exigidos por la Sentencia C-822 del 2005.

CAPÍTULO CUARTO

Derechos al buen nombre y a la honra

I. DERECHO FUNDAMENTAL AL BUEN NOMBRE

Al igual que los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*, el derecho al buen nombre aparece consagrado en el artículo 15 de la Carta en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho a [...] su buen nombre, y el Estado debe respetarlo(s) y hacerlo(s) respetar.

A. CONCEPTO Y ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

A pesar del carácter abierto del derecho al buen nombre en la Carta Política, la Corte Constitucional, desde su jurisprudencia inicial, se ha esforzado en delimitar su concepto y ámbito de protección^{344}. Por ejemplo, en la Sentencia T- 063 de 1992^{345} el tribunal señaló que el buen nombre consiste en “la opinión que los demás seres se han formado de un individuo, y son el reflejo adecuado y equitativo de sus ejecuciones y logros en la esfera social donde ha convivido”.

Se trata de un derecho fundamental personalísimo dirigido a proteger la imagen de la persona^{346}, que, como se apuntó en sentencias ulteriores, como T-412 de 1992M, T- 512 de 1992M, T-047 de 1993^{347}, T-097 de 1994^{348}, T-335 de 1995^{349}, T-411 de 1995^{350}, T-129 del 2010^{351} y T-168 del 2010^{352}, entre muchas otras, se refiere a la reputación de la persona en la sociedad en relación con su comportamiento, su honestidad y decoro, sus calidades y condiciones humanas y profesionales. En este sentido, el derecho al buen nombre está relacionado con el concepto que los demás individuos tienen de una persona natural o jurídica, ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas e injuriosas. Como aclaran las sentencias T-412 de 1992^{353} y T-213 de 1993^{354}, en el caso de las personas jurídicas el buen nombre se centra en la protección del denominado *goodwill*, que puede ser estimado pecuniariamente^{355}. De este modo, tanto el derecho a la reputación (personas naturales) como la protección

del *goodwill* de las personas jurídicas representan un valioso elemento del patrimonio moral y social de la persona y constituyen factor indispensable de la dignidad que a cada uno debe ser reconocida^{356}.

I. DISTINCIÓN ENTRE BUEN NOMBRE Y HONRA

Debe aclararse que es precisamente el patrimonio ético de la persona y la posibilidad de valoración económica lo que diferencia el buen nombre del derecho fundamental a la honra. Conforme a la Sentencia T-404 de 1996^{357}, la independencia y contenido propio del buen nombre frente a la honra no solo surge de su consagración autónoma en el artículo 15 superior, sino de una particular circunstancia: en algunos casos los efectos de su violación “pueden establecerse en términos económicos, situación que jamás podrá considerarse para el caso de la honra”. En este sentido, la sentencia diferencia “aquel reconocimiento que la sociedad hace de los valores intrínsecos de las personas - que de por sí son incorpóreas-, del usufructo que se pueda obtener y que se pueda materializar como consecuencia de esas atribuciones”. Como sostiene la Corte, “es en ese momento cuando surge el concepto del *buen nombre*; concepto que si bien algunas veces resulta inescindible de la honra, en otras puede diferenciarse, por cuanto abarca una valoración pecuniaria o económica”.

Desde otro punto de vista, la Sentencia T-697 de 1996^{358} también ha intentado delimitar los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Según lo expuesto por la Corte Constitucional, ambos derechos “protegen a la persona de interferencias arbitrarias en el proceso de formación de la imagen que busca proyectar en la sociedad”. Sin embargo, el buen nombre ha sido entendido por el mismo tribunal como “la reputación o aprecio social de que goza una persona, mientras que la honra ha sido definida como la imagen que de sí misma tiene la persona”.

2. AFECTACIONES AL BUEN NOMBRE

La anterior definición del ámbito de protección del derecho fundamental al buen nombre implica que su afectación se produce por la propagación de información falsa por parte de las autoridades o los particulares^{359}. En este sentido, en las sentencias T-228 de 1994 y T- 296 de 1996^{360} (algo similar establece la Sentencia T- 921 del 2002^{361}) la Corte reconoció que se atenta contra este derecho en las siguientes circunstancias:

[...] cuando, sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen.

Por el contrario, como se especifica en estas mismas sentencias, no puede predicarse una violación del derecho al buen nombre cuando, en relación con una persona, se publica una falta que es cierta. Así lo explicó la Corte Constitucional:

[...] el derecho al buen nombre no es gratuito. Por su misma naturaleza, exige como presupuesto indispensable el mérito, esto es, la conducta irreprochable de quien aspira a ser su titular y el reconocimiento social del mismo. En otros términos, el buen nombre se adquiere gracias al adecuado comportamiento del individuo, debidamente apreciado en sus manifestaciones externas por la colectividad. Lo anterior implica que no está en posición de reclamar respeto y consideración a su buen nombre quien ha incurrido en actos u omisiones que de suyo generan el deterioro del concepto general en que se tiene al interesado. Así, el que incumple sus obligaciones y persiste en el incumplimiento se encarga él mismo de ocasionar la pérdida de la aceptación de la que gozaba en sociedad y no puede, por tanto, aspirar a que se lo reconozca públicamente como persona digna de crédito.

Esto mismo expresó la Sentencia SU-056 de 1995, al aclarar que el derecho al

buen nombre es esencialmente un derecho de valor,

[...] porque se construye por el merecimiento de la aceptación social, esto es, gira alrededor de la conducta que observe la persona en su desempeño dentro de la sociedad. La persona es juzgada por la sociedad que la rodea, la cual evalúa su comportamiento y sus actuaciones de acuerdo con unos patrones de admisión de conductas en el medio social y al calificar aquellos reconoce su proceder honesto y correcto.

Como afirma la Sentencia T-411 de 1995^{362}, “difícilmente se puede considerar violado el derecho a la honra de una persona, cuando es ella misma quien le ha imprimido el desvalor a sus conductas y ha perturbado su imagen ante la colectividad”.

La Corte señaló, además, “que no se viola el derecho al buen nombre y a la honra si es la misma persona la que con sus acciones lo está pisoteando y, por consiguiente, perdiendo el prestigio que hubiera conservado” si hubiera realizado el más severo cumplimiento de sus deberes respecto del prójimo y respecto de sí mismo. En la misma dirección la alta corporación se pronunció en las sentencias T-465 de 1990^{363}, T- 220 del 2004^{364} y T- 527 del 2000^{365}. La Corte explícitamente sostiene que conservar el buen nombre es responsabilidad del titular.

De manera paralela, la Sentencia T-094 del 2000^{366} estableció que se desconoce el derecho al buen nombre cuando sin consentimiento de la persona, en forma oculta y fraudulenta, se publican en un programa, una revista o un periódico imágenes e informaciones que atentan contra esos derechos (en la mayoría de los casos, a través de cámaras escondidas o mediante cámaras fotográficas con teleobjetivo y otros medios electrónicos). Pero en estos casos no se afecta solo la imagen, porque el buen nombre y el honor también se desconocen cuando las informaciones que acompañan las imágenes son falsas, erróneas, inexactas e indebidamente obtenidas (casi en los mismos términos define la Sentencia T-437 del 2004^{367} las vulneraciones del derecho al buen nombre).

En un sentido muy similar se pronunció la Corte Constitucional en la

Sentencia T-405 del 2007^[368]. En esta providencia consideró que la divulgación de información íntima de una persona con fines de descalificación constituye una vulneración del derecho fundamental al buen nombre.

3. derecho a la rectificación

Además de lo anterior, debe decirse que la manera idónea para reparar las vulneraciones al buen nombre es la utilización del derecho a la rectificación en condiciones de equidad. Así lo ha apuntado la Corte en la Sentencia T-1202 del 2000^[369], al decir que

[...] el afectado por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas, que lesionen su honra o su buen nombre, tiene un derecho, que hoy es de rango constitucional, a obtener del medio que las haya difundido la correspondiente rectificación en condiciones de equidad (art. 20 C. N.).

El derecho de rectificación es, según esta misma sentencia, “un derecho de la misma naturaleza fundamental del que tiene el sujeto activo a informar y de los derechos a la honra y al buen nombre, que por su conducto se protegen”.

Del mismo modo, la Sentencia T-634 del 2001^[370] especifica que el derecho a la rectificación es un mecanismo de protección frente a los posibles abusos en el ejercicio de los derechos de información y de expresión (como se desprende del artículo 20 y se reitera en el artículo 15 constitucionales), lo cual busca garantizar no solo el derecho al buen nombre sino también el derecho a la intimidad personal y familiar. De manera más general, la Corte afirma que la rectificación es considerada una garantía constitucional orientada a la “verdad en la comunicación pública o como un procedimiento de protección de la libertad de expresión y los derechos de la personalidad”.

Desde la perspectiva de la verdad en la comunicación pública, el derecho a la rectificación puede ser visto en una doble óptica: (1) “como garantía del derecho a la información pasiva” y (2) “como garantía de la veracidad del objeto del derecho a la información, y consiste en el ejercicio de la facultad de difusión para establecer la verdad”.

Análogamente, desde la perspectiva de procedimiento de protección de otros

derechos fundamentales, tiene también una doble vertiente: (i) “la defensa de la persona aludida y su satisfacción moral (elemento subjetivo)” y (2) “la veracidad y pluralidad de la información para una correcta formación de la opinión pública libre (elemento objetivo)”.

Por último, el derecho al buen nombre tiene como destinatarios a las autoridades estatales y a los particulares. Sin embargo, como lo estableció la Sentencia T-494 del 2002^{371}, al Estado corresponde la función de garante de este derecho. En esta sentencia la Corte sostuvo que el derecho al buen nombre “está instituido como fundamental por el artículo 15 de la Carta Política, según el cual el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar, de lo que se deduce que obliga a todos y en toda clase de relaciones, tanto oficiales como particulares y sean ellas públicas o privadas”.

B. LÍMITES AL CONTENIDO DEL DERECHO

Como se ha dicho, el derecho al buen nombre no es un derecho absoluto. De conformidad con la doctrina, éste puede ser limitado para garantizar otros derechos fundamentales.

En cuanto al proceso penal, es evidente que la difusión de información relativa al proceso penal es algo que el imputado debe soportar, siempre y cuando dicha información sea veraz. Como lo ha señalado la Corte en la Sentencia T-1225 del 2003^{31} en relación con la función de la prensa en una democracia, los medios masivos de comunicación pueden mantener informada a la población sobre las más diversas materias, incluso sobre las investigaciones, los procesos y decisiones judiciales. Sin embargo, todas esas informaciones deben cumplir con la exigencia de veracidad (el Tribunal Constitucional Federal alemán también ha exigido la actualidad de la noticia, para ponderar el derecho a la información con los derechos del imputado, como aconteció en el conocido caso Lebach^{372}). Si no es así, entonces no será la libertad de información la que limite al buen nombre, sino el buen nombre el que restrinja a la libertad de información, tal como el mismo tribunal lo señaló en la Sentencia T-512 de

1992^{373}.

Ahora bien: según esa sentencia, nunca puede dejar de tenerse en cuenta “el impacto que causa en el conglomerado una noticia, en especial cuando ella alude a la comisión de actos delictivos o al trámite de procesos penales en curso, y el incalculable perjuicio que se ocasiona al individuo involucrado si después resulta que las informaciones difundidas chocaban con la verdad de los hechos o que el medio -de comunicación- se precipitó a presentar públicamente piezas cobijadas por la reserva del sumario, o a confundir una investigación con una condena”.

El buen nombre no ostenta esta prioridad si la información que se transmite es veraz. Así lo declaró la Corte en la Sentencia T-578 del 2001^{374}, en la que afirmó categóricamente el siguiente postulado: mientras las informaciones “sean fidedignas, verídicas y completas, no se puede afirmar que el suministro y la circulación de los datos vulnera el buen nombre de su titular”. El titular del derecho al buen nombre no puede demandar su protección cuando ha dado lugar a que existan y se transmitan informaciones ciertas que lo demeritan frente a la opinión pública. Como sostiene la Corte en la Sentencia T-977 de 1999,

[...] difícilmente puede considerarse violado el derecho al buen nombre o a la honra -entendida ésta como la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida en atención a su valor intrínseco y a su propia imagen- cuando es la persona directamente quien le ha impuesto el desvalor a sus conductas y ha perturbado su propia imagen ante la colectividad. En esos casos, es claro que “no se viola el derecho al buen nombre y a la honra si es la misma persona la que con sus acciones lo está pisoteando y por consiguiente perdiendo el prestigio que hubiera conservado” si hubiera advertido un severo cumplimiento de sus deberes respecto del prójimo y respecto de sí mismo^{375}.

— EVENTUALES LESIONES AL BUEN NOMBRE EN EL PROCESO PENAL

Es preciso indagar de qué manera puede resultar específicamente lesionado el derecho al buen nombre en el proceso penal. Sobre este particular puede analizarse el artículo 287 CPP, en virtud del cual el legislador enunció aquellas

situaciones determinantes para la formulación de la imputación. El tenor de esa disposición es el siguiente:

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

Como puede observarse, esta disposición concede al fiscal la potestad de hacer una imputación fáctica en contra de una persona determinada. Sin embargo, el ejercicio de esta potestad debe realizarse dentro del marco de la protección del derecho fundamental al buen nombre. De ninguna manera podría el fiscal llevar a cabo la imputación fáctica cuando la información que ha obtenido no permite inferir claramente que el imputado es autor o partícipe del delito que investiga.

La función de efectuar imputaciones no puede ser ejercida en un sentido preventivo. Es decir: no podrá fundarse en simples indicios, porque la afectación de un derecho fundamental, como lo es el derecho al buen nombre, debe adecuarse a los postulados del principio de proporcionalidad y de razonabilidad. De esta manera, si la imputación fáctica no es razonablemente idónea, necesaria y proporcional para demostrar que el imputado es autor o partícipe de un delito, la autoridad competente debe abstenerse de llevarla a cabo. El juez de garantías debe rechazarla cuando el fiscal ha presentado la imputación sin cumplir los requisitos antes mencionados.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en este sentido y ha afirmado que toda persona goza del buen nombre, de tal forma que no puede ser difamada ni descalificado su comportamiento “mientras no se le pruebe lo contrario”^[376]. Esto indica que el fiscal debe abstenerse de hacer la imputación si los indicios y pruebas no son suficientes para desvirtuar la presunción de buen nombre que ostenta todo ciudadano, o el juez de garantías, rechazarla.

C. PROYECCIÓN DEL DERECHO AL BUEN

El proceso penal supone la afectación del buen nombre de la persona sometida a la investigación, en tanto que ordinariamente se identifica investigación con responsabilidad. La Corte Constitucional^{[13771](#)} ha señalado que el hecho de iniciar un proceso penal en contra de una persona no constituye afectación inconstitucional de este derecho. Aquí no abordaremos este tema, sino que consideraremos casos dentro del proceso que pueden generar controversia en relación con la garantía de este derecho.

I. INFORMACIÓN PERIODÍSTICA

Se reconoce como parte integrante del derecho a la libertad de información la facultad de los medios de comunicación a informar sobre los procesos judiciales que se adelanten. De hecho, esta es una práctica cotidiana. Esto contribuye al conocimiento generalizado de las actuaciones públicas, razón adicional para no cuestionar su legitimidad. Situación distinta es si existe el deber de informar, además de la iniciación de un proceso penal, su resultado. Salvo que se trate de procesos notorios, los medios de comunicación, así hayan publicado la noticia de la iniciación de éstos, no suelen informar sobre el resultado, mucho menos si se trata de decisión absolutoria. Dado que la sociedad sólo recibe la información sobre la iniciación del proceso penal, tal circunstancia afecta el buen nombre del investigado, en especial si se trata de un delito que por su naturaleza o por las circunstancias en que se ejecutó genera impacto en la sociedad.

Ante esta circunstancia cabe preguntarse si los medios de comunicación tienen algún deber de informar sobre el resultado del proceso. La cuestión es compleja si se considera que el derecho a la información comporta libertad para seleccionar lo que se quiera publicar, de manera que si se obliga al medio de comunicación a dar cuenta de un determinado hecho, reduciría tal libertad. A lo anterior se suma el que existe una suerte de primacía de protección a la libertad de expresión (en sentido amplio).

Mediante la práctica de un juicio de proporcionalidad es posible resolver si es

viable la medida consistente en ordenar a un medio de comunicación que informe sobre el resultado de un proceso penal cuando haya publicado su iniciación o existencia. Lo anterior perseguiría, en este caso, el interés constitucional legítimo de proteger el derecho al buen nombre. Así mismo, es claro que informar sobre el resultado del proceso es idóneo para lograr el fin, en caso de tratarse de sentencias absolutorias. También puede estimarse necesario, porque la comunicación oficial de las sentencias nunca tiene la difusión que permita restituir el buen nombre de la persona. Debe tenerse en cuenta que salvo los medios de comunicación no habrá otras formas igualmente idóneas para lograr el mismo fin.

En cuanto al tema de estricta proporcionalidad, habría que sopesar la restricción a la libertad de información -y el correlativo derecho a decidir qué se publica- con el derecho al buen nombre. A primera vista, la imposición implicaría una restricción inadmisibile. Con todo, dado el deber de informar contenidos veraces y objetivos, resulta claro que la información sería incompleta (y, por lo mismo, no veraz) cuando sólo se publica el inicio del hecho noticioso y no su desenlace.

Demandar la publicación completa de la información no implica sacrificio excesivo de la libertad de información, sino, antes bien, un correlativo deber derivado de las funciones de garante que, dada su condición de sujetos con poder social, surgen en cabeza de los medios de comunicación.

Consideramos que los medios de comunicación sí tienen el deber constitucional de informar que una persona fue absuelta por la justicia, cuando hicieron público el inicio de la averiguación penal.

Debe aclararse que no toda información emitida por los medios de comunicación opuesta a la realidad puede constituir delitos de injuria o calumnia, siempre y cuando se demuestre que el medio de comunicación ha tenido una mínima diligencia para verificar los hechos obtenidos por una fuente de información, en particular si se trata de informaciones de carácter investigativo. No puede perderse de vista que tanto la injuria como la calumnia son delitos de carácter doloso.

2. INFORMACIÓN NEGATIVA, PUBLICIDAD Y MEDIOS

Estudiada la necesidad de comunicar el resultado de un proceso penal cuando la decisión exonera de responsabilidad, es necesario preguntar: ¿merece el mismo tratamiento la publicidad de la decisión negativa o de condena? En esta materia adquiere relevancia el aspecto temporal. El hecho de publicar que una persona fue condenada por un delito no afecta su derecho al buen nombre porque la decisión es la consecuencia derivada del comportamiento reprochable del mismo sentenciado. De hecho, este derecho, en cuanto a la apreciación social de la persona, se ha visto restringido.

Con todo, a efectos de garantizar la efectividad de la función resocializadora de la pena, debe existir alguna suerte de “caducidad del dato negativo”, tal como opera en materia de *habeas data*. Publicar al momento de recobrar la libertad y luego de cumplida la condena un informe que reviva las causas de la condena y el fenómeno criminógeno que rodeó el hecho implica revivir algo ya decidido y frustrar el efecto resocializante, máxime cuando destruye el buen nombre de la persona que, precisamente por el cumplimiento de la pena, debe entenderse que está en condiciones de vivir adecuadamente en sociedad.

Este supuesto fue abordado por el Tribunal Constitucional alemán en el famoso caso Lebach (ya citado)^{[1378](#)}: por televisión se decidió publicar un informativo luego de que el condenado había cumplido la pena. Para el Tribunal Constitucional, se debe proteger los derechos del autor del hecho grave (homicidio), prohibiéndose dicha publicación teniendo en cuenta lo siguiente: “1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor”^{[1379](#)}. Para nuestro análisis resulta importante destacar que, en últimas, la medida de prohibir la emisión del programa no resulta desproporcionada y, de esta manera, no constituye censura, porque permite la realización de otro derecho: la resocialización (que, necesariamente, implica recuperación del buen nombre).

Situación similar es la decisión de publicar en vallas publicitarias o en medios masivos de comunicación fotografías de personas que han incurrido en

determinados delitos. En estos casos, además de los discutibles fines que se persigue -eficientismo- y la violación del principio de legalidad, es claro que la medida es absolutamente desproporcionada, habida consideración de que impide la resocialización del condenado, porque no existe oportunidad alguna de que su buen nombre se recobre. En efecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-060 del 2008^[380], realizó un estudio del tema mencionado, a propósito de la declaratoria de inconstitucionalidad del segundo inciso del artículo 48 de la Ley 1098 del 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), que establecía respecto de los medios masivos de comunicación que

En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título iv, Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales, cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Después de aplicar el principio de proporcionalidad, la Corte determinó que esta medida era contraria a la Carta y desconocía el principio mencionado frente a los fines propuestos. Concluyó el tribunal^[381]:

Del análisis precedente se observa que existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación no es una medida idónea para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario frente a la búsqueda de dichos objetivos.

Entonces, al revelarse claramente ineficaz como mecanismo de protección de la niñez, es necesario concluir que la medida estudiada vulnera el artículo 44 superior, lo que

conduce a su declaratoria de inexecutable, sin que para arribar a esta conclusión resulte necesario analizar en detalle las demás objeciones planteadas por la demandante y por otros intervinientes que fueron relacionadas páginas atrás.

3. TRATO DIGNO DURANTE EL PROCESO PENAL

Otra situación problemática tiene que ver con el trato que durante el proceso penal se brinda al imputado o indiciado. No es extraño que las autoridades consideren a estas personas como si fuesen delincuentes, cuando, precisamente, el objeto del proceso es establecer tal condición^[382].

Esta forma de trato, que suele estar acompañada de expresiones injuriosas (lo que de por sí constituye delito), no es más que reflejo de la creencia de la culpabilidad del procesado (lo que entraña violación del principio de presunción de inocencia) y, además, es un mecanismo de presión que, en algunos casos, puede constituir tortura. Tal tratamiento en ningún caso persigue un fin constitucional legítimo, razón por la cual es procedente que se demande la corrección del lenguaje e, inclusive, la nulidad de la actuación o se separe del conocimiento de dicho proceso al funcionario porque con tal comportamiento está emitiendo juicios de responsabilidad. De hecho, existe una razón adicional para apoyar esta solución: dado que el maltrato hacia un ciudadano es una falta disciplinaria, la actuación del servidor público debe estimarse antijurídica.

Directamente relacionado con lo anterior es el caso de imputaciones manifiestamente injustas. Si bien la iniciación de un proceso penal no implica la violación del buen nombre, debe estimarse violatoria del derecho en cuestión cuando se basa en una imputación absolutamente carente de fundamento. La razón de la afirmación anterior es que así como es obligatorio imputar cuando existe evidencia sobre la comisión de un hecho punible, también está prohibido imputar si tal evidencia es inexistente. Cuando tal evento ocurra, en realidad el poder punitivo estatal es instrumentalizado y afecta el buen nombre (al igual que otros derechos) de la persona sometida a imputación. Claramente en este caso no se persigue un fin constitucional legítimo y el objetivo es el uso arbitrario del poder público.

4. INFORMES DE INTELIGENCIA

Los informes de inteligencia, que no necesariamente son elementos probatorios propios de los procesos judiciales y, por lo tanto, en sí mismos no constituyen prueba, pueden afectar el buen nombre de las personas cuando son revelados o publicados. Desde 1992^[383], la Corte Constitucional precisó algunos parámetros en esta materia, así:

[...] b) La presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado en el inciso cuarto del artículo 29 y en el artículo 248 de la Constitución Nacional. En consecuencia, toda información relativa a personas no sancionadas judicialmente debe adoptar formas lingüísticas condicionales o dubitativas, que denoten la falta de seguridad sobre la culpabilidad.

Como corolario de lo anterior, la Corte indicó que tales informes no pueden difundirse, salvo que se trate de antecedentes judiciales^[384]. Además, dijo que debe distinguirse entre informes de inteligencia que son reservados y aquellos que deban darse al público. En el último caso, “su divulgación no debe afectar los derechos fundamentales de las personas. Los datos de que disponen los organismos de inteligencia no pueden ser divulgados con criterios de mera información periodística”^[385].

Esto implica que la persona afectada por la utilización de informes de inteligencia en el proceso (que no cumplan con los requisitos normativos en materia probatoria), o por su divulgación, tendrá derecho a solicitar su remoción, que estará a cargo del juez de control de garantías o de conocimiento en el primer caso o del juez de tutela en el segundo.

Tal afectación se deriva no solo del uso irresponsable^[386] de los informes, sino del tipo de lenguaje utilizado en ellos. En la Sentencia T-066 de 1998, la Corte Constitucional observó cómo el informe de inteligencia que sirvió de base a la publicación “no había superado la primera fase de toda investigación, consistente en reunir todo tipo de informaciones -sean ellas rumores, chismes, consejas, indicios, afirmaciones sueltas, documentos o testimonios- con el objeto

de pasar luego a estudiarlas, valorarlas y corroborarlas o descartarlas”.

Lo anterior sirvió de fundamento para conceder la tutela y, dentro del proceso penal, para demandar la exclusión del material (informes) y ordenar la protección del buen nombre.

II. DERECHO A LA HONRA

El derecho fundamental a la honra⁴³⁸⁷ puede verse afectado en el proceso penal. Además de las disposiciones del Código Penal que amparan este derecho contra toda clase de ataques, su garantía está protegida por varias disposiciones de orden constitucional e internacional.

La Constitución Política consagra el derecho fundamental a la honra, por una parte, en el artículo 2.º y, por otra, en el artículo 21. El artículo 2.º establece:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Por su parte, el artículo 21 de la Constitución “garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”.

Dado que el artículo 93 de la Carta les confiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos el carácter de norma prevalente en el orden interno, siempre que se ajusten al ordenamiento jurídico, estos adquieren la calidad de criterios de interpretación constitucional para buscar el sentido de los derechos y deberes consagrados.

Los artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado mediante la Ley 74 de 1968) y ii de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, consagran el derecho a la honra. Estas normas, al hacer parte de tratados internacionales de derechos humanos, son aplicables en el derecho interno por integrar el denominado “bloque de constitucionalidad”, y adquieren la característica de criterios de interpretación de derechos fundamentales, según lo establece el artículo 93 superior.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 -aprobado, como ya se recordó, mediante la Ley 74 de 1968-, estableció en su artículo 17:

- I. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Así mismo, el artículo ii de la Convención Americana sobre Derechos Humanos^{[388](#)}, “Pacto de San José de Costa Rica” -aprobado también mediante la Ley 16 de 1974-, consagra:

- I. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Sobre la interpretación de esa norma, la Corte Interamericana ha expuesto:

[e]l artículo II de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto a su honor, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra y reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona^[389].

A. CONCEPTO Y ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA HONRA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha caracterizado de forma específica el concepto y el ámbito de protección del derecho fundamental a la honra. En relación con el concepto, dicha jurisprudencia ha señalado que se trata de un derecho “personalísimo”, que sólo se predica de los individuos en su condición de seres sociales^[390]. La honra, ha establecido el tribunal en las sentencias T-412 de 1992^[391], T-213 de 1993^[392], T-494 del 2002^[393] y T-263 del 2010^[394], es un derecho de la esfera personal y se expresa en la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Es el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

En estas mismas sentencias, la Corte ha indicado que aunque con frecuencia honra y honor sean considerados sinónimos, existe una diferencia muy clara entre ellos:

Honor se refiere a un valor propio que de sí mismo tiene la persona, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-. Es de advertir que el derecho fundamental a la honra es de aplicación inmediata, por lo tanto no requiere para su aplicación la mediación de otra norma jurídica.

En un sentido análogo, la Sentencia T-585 de 1992^[395] ha precisado que la honra, como la fama, es una valoración externa de la manera como cada persona vende su imagen. De este modo, la honra también guarda cierto paralelismo con el derecho al buen nombre, por cuanto

[...] las actuaciones buenas o malas son el termómetro positivo o negativo que se irradia para que la comunidad se forme un criterio objetivo respecto de la honorabilidad de cada ser. Por ello así como las buenas acciones acrecientan la honra, las malas decrecen su valoración y cada quien en particular, como se dijo, es responsable de sus actuaciones.

Visto desde esta perspectiva, el derecho a la honra protege un atributo esencial e inmanente de la persona, que se deriva de su condición y dignidad^[396]. Es manifiesto que el deber de respeto a este derecho incluye a los particulares que transmiten información. Sin embargo, también las autoridades estatales -y dentro de ellas las autoridades que intervienen en el proceso penal- son destinatarios de este derecho. Así lo dijo contundentemente la Corte Constitucional en la Sentencia C-427 de 1994^[397]:

El artículo 209 de la Carta dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la administración. Pero no solo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a “la moralidad”, concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución; así por ejemplo, será contrario a esa moral, el irrespeto a la autoridad jerárquica, o las faltas contra la honra de las personas, o su intimidad, o un trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, o la traición del interés nacional en beneficio del exterior, o las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, o los elementos justificativos de las inhabilidades, incompatibilidades y requisitos o calidades para el desempeño de la función pública.

De lo anterior se sigue que el derecho a la honra, al igual que el derecho al buen nombre, se afecta por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas. Así lo expresó el tribunal en la Sentencia T-066 de 1998^{398}:

La Corte ha señalado que los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre son vulnerados, cuando informaciones falsas o erróneas “distorsionan el concepto público que se tiene del individuo” o cuando por medio de los datos publicados se imputan acciones inculpativas sin ningún sustento fáctico. Debe apreciarse por tanto que la afectación del nombre no se da únicamente porque un medio de comunicación publique informaciones que se apartan de la realidad, sino además porque éstas, por sí mismas, tienen la potencialidad de desvalorizar la imagen que otras personas se hacen de sí.

De una manera similar se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-1202 del 2000 ^{399}:

El afectado por informaciones falsas, erróneas, inexactas o incompletas, que lesionen su honra o su buen nombre, tiene un derecho, que hoy es de rango constitucional, a obtener del medio que las haya difundido la correspondiente rectificación en condiciones de equidad (art. 20 C. N.).

Además de lo anterior, cabe señalar que al igual que ocurre en el caso del derecho al buen nombre y como ya lo anticipa la sentencia antes citada, el derecho de rectificación en condiciones de equidad es el mecanismo idóneo para reparar las vulneraciones del derecho a la honra. Así lo establece la Constitución en su artículo 20 y lo ha reconocido la Corte Constitucional en diferentes decisiones, entre las cuales merece ser citada la Sentencia T-563 de 1993^{400}, donde sostuvo:

[...] el Estado social de derecho al fundarse en el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 1.º C. N.), protege de manera especial la honra como derecho (arts. 2.º y 21 C. N.). Por ello, el inciso 2.º artículo 20 otorga a los afectados por el ejercicio indebido de la libertad de prensa, el derecho a la rectificación. Es éste, justamente, el derecho a través del cual se busca garantizar de modo más efectivo los derechos a la

honra y al buen nombre. La rectificación debe hacerse, al tenor del precepto constitucional, en condiciones de equidad.

B. LÍMITES AL CONTENIDO DEL DERECHO A LA HONRA

Desde luego que el derecho a la honra tampoco es un derecho absoluto. Su límite más relevante está dado por la necesidad de proteger el derecho a la información, que se perfila como uno de los derechos más importantes en cualquier sistema democrático.

Por esta razón, las sentencias T-1202 del 2000^[401] y T-066 de 1998^[402], entre otras, señalaron que en caso de conflicto entre los derechos a la información y a la honra, el primero tiene una prioridad *prima facie*. En palabras de la Corte,

Cuando se presentan conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina *prima facie* el primero. En estos eventos, el derecho de información debe ser preferido, en principio, en razón del papel de control del poder que se asigna socialmente a los medios de comunicación. Del reconocimiento de que los medios cumplen en este campo una función importantísima para la vigencia del sistema democrático se deriva que ellos deben gozar de amplia libertad en la tarea de supervisión de las entidades estatales -y de los poderes privados-. Si se impusieran fuertes restricciones sobre la prensa en estas áreas se perjudicaría en medida notable su capacidad de vigilancia sobre el correcto desempeño de estos poderes. No desconoce la Corte que la referida amplitud de la libertad de prensa en estos campos puede llegar a afectar los derechos de las personas que se desempeñan en posiciones de notoriedad e interés público. No obstante, en principio habrá de responderse que estas personas, al aceptar su situación social, han consentido tácitamente en una cierta restricción de esos derechos. En efecto, su papel de figuras públicas las convierte en objeto del interés general, por lo cual es de esperar que tanto sus actividades públicas como su vida privada sean observadas de manera minuciosa por parte de la sociedad.

No obstante, la legitimación de las informaciones que afectan el derecho a la honra no puede entenderse tampoco como absoluta, y menos cuando se trata de la transmisión de informaciones atinentes al proceso penal. Es así como en la Sentencia T-066 de 1998^{403} la Corte impone a los periodistas una carga especial de verificación frente a todas las informaciones que tengan que ver con el proceso penal, para efecto de que estas puedan ser consideradas. Señala la Corte:

[...] la aplicación del principio de veracidad difiere según la situación de que se trate. Así, si bien en algunos casos se puede ser muy estricto en la exigencia de la verdad - puesto que se advierte que lo publicado difiere notoriamente de los hechos reales-, en otros casos lo que se puede exigir es que el medio precise su información, y en otros, en los que es imposible determinar la total veracidad de un suceso, que el medio demuestre que ha sido suficientemente diligente en la búsqueda de la verdad. Es, fundamentalmente, en estos dos últimos eventos en los que el medio debe dar muestras de su imparcialidad. De acuerdo con este principio, el periodista debe guardar cierta distancia respecto de sus fuentes y no aceptar de plano, de manera irreflexiva, todas sus afirmaciones o incriminaciones.

En consecuencia, debe decirse que el derecho fundamental a la honra puede ser objeto de múltiples afectaciones dentro del proceso penal, sobre todo en virtud de la colisión con otros derechos o principios. Es el caso de la Sentencia T- 213 de 1993^{404}, en la cual la Corte negó la protección del derecho a la honra, entre otras razones porque consideró que la información divulgada reunía los requisitos de “veracidad, objetividad y exactitud”^{405}.

En este mismo sentido se había pronunciado el alto tribunal en la Sentencia T- 480 de 1992^{406}, donde afirmó:

[...] la honra es, igualmente, un derecho fundamental [...] toda persona tiene derecho a que lo que se exprese, sienta y piense de él por los demás corresponda a una estricta realidad de sus conductas y condiciones personales, especialmente de sus bondades y virtudes, de manera que la imagen no sufra detrimento por informaciones falsas,

malintencionadas o inoportunas.

De esta manera, la Corte restringe la posibilidad de afectar el derecho a la honra, en el ámbito penal, al hecho de que la información que se pretende divulgar sea veraz y adecuada a la realidad.

III. CONCLUSIONES

El derecho al buen nombre es un derecho fundamental personalísimo, dirigido a proteger la imagen de la persona natural o jurídica (*goodwill*); es decir, se refiere a la reputación del individuo en la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades y condiciones humanas y profesionales.

El derecho al buen nombre se diferencia del derecho a la honra, en tanto que el primero es entendido como la reputación o aprecio social de que goza una persona, mientras que la honra ha sido definida como un derecho de la esfera personal, cuyo respeto corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. La honra es el derecho de toda persona a ser respetada ante sí misma y ante los demás.

El derecho al buen nombre tiene como destinatarios a las autoridades estatales y a los particulares. Sin embargo, al Estado corresponde la función de garante de este derecho.

La difusión de información relativa al proceso penal es algo que la persona procesada debe soportar, en tanto que constituye un límite razonable al derecho al buen nombre. No obstante, esa restricción únicamente es válida si la información transmitida es veraz.

Si la determinación fáctica que se realiza en el proceso penal y que es sustento de la imputación no es razonablemente idónea, necesaria y proporcional para demostrar que el imputado es autor o partícipe de un delito, la autoridad competente (juez de garantías) debe abstenerse de llevarla a cabo (rechazarla), ya que de lo contrario se afecta injustificadamente el buen nombre del ciudadano. El juez puede rechazar la imputación cuando carece de fundamento probatorio.

Una de las más usuales formas de afectación del derecho al buen nombre se da con la cobertura que los medios de comunicación realizan de algunos procesos penales. Es usual que se registre el inicio del proceso pero no su finalización, en especial si la sentencia es absolutoria. En aplicación del principio de proporcionalidad y la técnica de la ponderación entre el derecho al buen nombre y el derecho a la libertad de información, consideramos que es posible ordenar a un medio de comunicación publicar la noticia de la sentencia absolutoria, siempre y cuando ese mismo medio haya emitido la noticia del inicio del proceso.

Frente a la publicación de la sentencia condenatoria o información negativa es necesario tener en cuenta, para efectos del juicio de ponderación, el aspecto temporal. Es decir: debe evaluarse la oportunidad en la cual se publica la información, si es al momento de proferirse la sentencia condenatoria o cuando la persona ha cumplido la pena. Si la publicación se realizó después de que la persona cumplió la pena y pudo haberse resocializado es factible que se afecten ciertos derechos de quien quiere reincorporarse a la sociedad de manera adecuada, para lo que debe limitarse en este caso el derecho a la información.

Otra proyección del derecho a la honra y al buen nombre en el proceso penal es la necesidad de un trato digno al procesado, lo cual se refleja en la proscripción de la utilización de expresiones injuriosas (que lesionan la presunción de inocencia y además pueden ser un medio de presión ilegítimo al procesado).

La utilización y la divulgación de informes de inteligencia en el proceso penal pueden afectar el derecho al buen nombre. En estos casos es necesario que tales informes utilicen un lenguaje adecuado que preserve la presunción de inocencia, de tal manera que se abstenga de hacer juicios de valor sobre la responsabilidad penal de la persona investigada.

CAPÍTULO QUINTO

Derecho a la propiedad privada

I. LA PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO: CONCEPTO Y ÁMBITO DE PROTECCIÓN

La propiedad privada es un derecho del individuo, que goza de garantía constitucional (artículo 58 C. N.). Si bien este derecho no siempre tiene el carácter de fundamental, debe ser mencionado en este apartado debido a las posibles afectaciones que sobre él recaen en el proceso penal. El texto original del artículo 58 fue modificado por el artículo i.º del Acto Legislativo 01 de 1999, con el siguiente contenido:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto del precio.

El derecho a la propiedad privada ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, desde su entrada en vigencia, mediante elaboraciones dogmáticas contenidas en múltiples jurisprudencias, que han precisado hasta dónde se extiende su protección. Así mismo, en el ámbito interamericano se reconoce el derecho en los siguientes términos:

El primer párrafo del artículo 21 de la Convención Americana consagra el derecho a la propiedad privada, y señala como atributos de la propiedad el uso y goce del bien. Incluye a su vez una limitación a dichos atributos de la propiedad en razón del interés social. Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad^{407} que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor^{408}. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas^{409}.

El concepto original del derecho a la propiedad privada que se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano partió de una concepción de la propiedad desde la óptica del derecho civil, que, a su vez, fue una derivación de la posición o estructura individualista del derecho cuyo fundamento ideológico se aprecia en la Revolución francesa.

El Código Civil colombiano definió el derecho a la propiedad privada como “el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno” (art. 669)⁴. Según la doctrina constitucional^{410}, esta definición comprende “las facultades de uso (*usus*), goce o disfrute (*fructus*) y disposición (*abusus*)”, que han sido elementos constitutivos de la propiedad desde sus orígenes en el derecho romano.

A. ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA “LIBERTAD PROPIEDAD”

La noción de derecho a la “libertad propiedad”^{411} rigió en un comienzo exclusivamente las relaciones existentes entre la propiedad y el contrato, visión individualista que entró en vigencia con la Constitución de 1886 y fue aplicada hasta 1936. En el año 1936, la ideología individualista cedió frente a una nueva

concepción del derecho.

Tal como lo recuerda la jurisprudencia constitucional^{412}, bajo la inspiración del autor francés LEÓN DUGUIT se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la función social de la propiedad^{413}, específicamente mediante el Acto Legislativo 01 de 1936. Esta nueva concepción implicó un replanteamiento del ámbito de protección de los derechos.

Esta postura ideológica se plasmó con mayor fuerza en la Constitución de 1991. Su artículo 58 refleja claramente la introducción del concepto de “función social” en el ámbito de protección del derecho a la propiedad privada. Este concepto de “función social”, según la jurisprudencia constitucional, tiene su origen en la necesidad de dar una respuesta a las demandas sociales que “clamaban por la transformación del Estado liberal, en una entidad que se encargara de garantizar patrones mínimos dentro de los que fuera posible vivir dignamente: el salario, la alimentación, la salud y la educación serían asegurados para todos los ciudadanos, bajo la idea de derecho y no simplemente de beneficencia”^{414}. Precisamente, la adopción de la fórmula del Estado social de derecho con fundamento en una ideología democrática pretendió dar respuesta a las necesidades colectivas.

A partir de este momento se consolidó el abandono de la concepción subjetiva, propia del Código Civil originario, para acoger los criterios de interés general y función social, orientadores de la nueva visión. Así, se redimensionó el ámbito de protección de los derechos bajo la concepción “solidarista”^{415} y se estableció que su ejercicio en el escenario social implicaría la restricción de su ámbito de protección, manteniéndose el reconocimiento del aspecto subjetivo de cada derecho y las prerrogativas que él contiene a favor de la persona titular.

Se concretó entonces un concepto de “propiedad privada” modulado o “por módulos”^{416}: el privado y el social, que según la Corte, se encuentran integrados. Estos se explican independientemente de la siguiente manera:

1. Módulo social: “corresponde a la función social y coincide con el momento comunitario y solidario de la propiedad”.

2. Módulo privado: “se orienta a la satisfacción del interés individual y

contiene, por tanto, además de la titularidad del derecho, los poderes y facultades en que se vierte la relación de pertenencia”.

La nueva concepción del derecho a la propiedad privada se adecuó no solo a un Estado constitucional, sino al surgimiento de un Estado social. A partir de este momento el Estado se convirtió en garante, tanto del interés particular, en el sentido de proteger la titularidad del derecho y su libre ejercicio sin incidencia y perturbación externa, como del interés general, con la introducción del concepto de la función social de la propiedad^[417].

- “PROPIEDAD” COMO DERECHO ECONÓMICO Y SOCIAL

Por su parte, el concepto de “propiedad” como “derecho económico y social” fue reconocido por la Corte Constitucional por primera vez en la Sentencia T-506 de 1992^[418], donde dejó en claro que el derecho a la propiedad privada tiene dos ámbitos de protección, tal como lo señalamos en los párrafos anteriores: uno individual y otro social. Sin embargo, en consideración de que la Corte debía definir para el caso concreto qué clase de protección correspondía al Estado garantizar, hizo una valoración adicional referente a la categoría del derecho a la propiedad privada y concluyó que, según las circunstancias propias del caso concreto, siempre que exista una relación de conexidad entre el derecho a la propiedad privada y otros derechos fundamentales se reconocerá para el primero el sistema de garantía previsto para los segundos.

La Corte determinó en este fallo y, en sentencias posteriores, como la T-125 de 1994^[419], que el reconocimiento de la propiedad privada como derecho fundamental se efectuará en los casos en que su desconocimiento “conduzca a la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, éste adquiere el carácter de derecho fundamental”.

En virtud de que el carácter de derecho fundamental reconocido a la propiedad privada no tuvo naturaleza abstracta sino concreta y, por tanto, se analizaría según las circunstancias específicas del caso concreto, la Corte procedió a establecer unos lineamientos que debe seguir el juez de tutela. En este

sentido, el tribunal introdujo la obligación para todo juez constitucional de hacer un análisis sistemático de la Carta en el caso concreto. Dicho en otras palabras, para determinar si a un determinado derecho le es aplicable la protección propia de los derechos fundamentales, el criterio de valoración debe ser principalmente la Constitución, entendida en conjunto y no solo las disposiciones de ley referentes a la materia. En palabras de la Corte,

[...] el juez de tutela debe mirar el caso concreto bajo la óptica de los principios, valores y derechos constitucionales, de tal manera que ellos sean respetados. Sólo en el evento que ocurra una violación del derecho a la propiedad que conlleve para su titular un desconocimiento evidente de los principios y valores constitucionales que consagran el derecho a la vida, a la dignidad y a la igualdad, la propiedad adquiere naturaleza de derecho fundamental y, en consecuencia, procede la acción de tutela. Dicho en otros términos, la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna.

Como vemos, a partir del año 1992 la jurisprudencia de la Corte introdujo el carácter obligatorio de aplicación de los principios y valores constitucionales, como inspiradores de todo el ordenamiento jurídico, y aceptó la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho a la propiedad privada, con fundamento en su conexidad con otros derechos de carácter fundamental.

En el año 1993 la Corte se pronunció sobre el alcance constitucional del concepto de “derecho a la propiedad”, en la Sentencia C-006^[420], donde aclara que el derecho a la propiedad privada es una especie del género derecho de propiedad y que este último “es un elemento fundamental del sistema social que sirve para organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico y permite satisfacer las necesidades de la población”.

En este fallo la Corte reconoce tres aspectos fundamentales referidos al contenido mismo del derecho: (1) que existe consagración formal en el artículo

58 superior; (2) que el Estado es el garante de la protección del derecho y, finalmente, (3) que la materialización del derecho se consolida con una actuación “en función del lucro monetario directo”, con lo cual queda claro el carácter patrimonial del derecho.

Con esta sentencia proferida por la Sala Plena, la Corte corrobora la noción social del derecho a la propiedad y, además, subordina a ésta la visión individual de tal derecho. Además, establece que la propiedad como derecho “se proyecta en variados regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y en una pluralidad de titularidades privada, solidaria, estatal”.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

Así las cosas, es claro que la Corte Constitucional restringió el ámbito de aplicación del derecho de propiedad al concepto de “función social”, de ahí que se hizo manifiesta la necesidad de definir este último concepto. Al respecto, la Corte lo definió como

[...] una expresión del principio de solidaridad y ecuación de los varios intereses en conflicto, es una cláusula general que sólo puede especificarse en el contexto histórico de las relaciones económicas y sociales, y por el legislador como máximo mediador del conflicto social, sobre todo si se tiene en cuenta que la fórmula interviene entre los intereses de la producción y los que se derivan de la justicia social y la igualdad.

En síntesis, en el fallo comentado la Corte señala que la propiedad privada es una especie del derecho de propiedad, cuyo género se determina por la “función social”. Y para la protección del derecho se establecerá su contenido en cada caso concreto, según el contexto histórico, las necesidades colectivas, las relaciones económicas y sociales, el interés general y, finalmente, por el legislador, quien se convierte en “máximo mediador del conflicto social”.

La evolución jurisprudencial del concepto no se detuvo. En la Sentencia T-301 de 1994^[421], la Corte indicó las consecuencias del respeto a la propiedad

privada y los procedimientos que la garantizan ante el Estado. Nos permitimos citar en extenso esa decisión:

- i. Que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todos los ciudadanos en su vida, honra y bienes [...]
- ii. Que al propietario se le puede expropiar, previa indemnización, por motivos de conveniencia pública o interés social [...]
- iii. Que al propietario se le puede expropiar, sin indemnización, por motivos de equidad definidos por el legislador, con el voto favorable de la mayoría absoluta de una y otra cámara [...]
- iv. Que a la propiedad le puede señalar la ley una función social, inherente a su propia naturaleza, la que exija el beneficio general de la comunidad. Y además, el legislador puede condicionar la extinción del derecho al cumplimiento de la función social, porque el derecho individual de propiedad existe y se reconoce en función de las obligaciones sociales del titular del derecho para con la comunidad [...]
- v. Que en desarrollo del principio constitucional de que la propiedad privada debe ceder ante el interés público o social, aquella es susceptible de las limitaciones o restricciones que le imponga la ley, entre otras, por motivos de higiene, de urbanismo, tranquilidad y bienestar públicos, por servidumbres legales y para la preservación del medio ambiente [...]
- vi. Que son garantías constitucionales de la propiedad privada, los siguientes principios:
 - a. El derecho a la propiedad privada no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores;
 - b. Sólo por motivos de utilidad pública o de interés social, definidos por el legislador, podrá haber expropiación;
 - c. La expropiación requiere sentencia judicial e indemnización previa, y en los casos que determine la ley, podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción

contencioso administrativa, incluso respecto del precio;

d. La indemnización se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado;

e. La función social de la propiedad debe definirla el legislador en atención a manifiestos intereses públicos que se expresen fundamentalmente en su explotación económica o en su utilización, en armonía con el bien público.

Los numerales ii, iii, iv y v contenidos en este fallo son la manifestación clara del reconocimiento de límites al derecho a la propiedad privada, por cuanto autorizan al Estado a establecer restricciones a dicho derecho, a expropiar bienes de propiedad privada y a hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular. Por su parte, los numerales i y iv, referentes al deber de las autoridades de proteger los derechos de los ciudadanos sobre los bienes y a restringir en algunos casos ese derecho, son el reflejo de garantía al ejercicio del derecho a la propiedad privada dentro de nuestro Estado constitucional. Esta sentencia fue determinante para la delimitación del ámbito de protección del derecho a la propiedad privada y consolidó el precedente jurisprudencial aplicado luego por la Corte. Las sentencias que precedieron este fallo son el reflejo de las orientaciones contenidas en él.

— PROPIEDAD PRIVADA E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

En el año 2002, la Sentencia C-488^{422} reconoció una nueva garantía del derecho a la propiedad privada: la irretroactividad de la ley. En este fallo la Corte señaló que en materia de derechos de contenido patrimonial, dentro de los cuales encontramos el derecho a la propiedad privada, la “inmutabilidad de los derechos adquiridos frente a la seguridad que demandan los procesos económicos” es un elemento de garantía indispensable, dado que “los operadores del mercado requieren reglas claras y medianamente estables en todos los elementos que estructuran y confluyen con la actividad económica, como son las libertades de empresa y de escoger profesión y oficio, el derecho al salario y a disfrutar del mismo y el acceso y permanencia en la propiedad en sus diferentes

manifestaciones”.

Esta sentencia impone al legislador una restricción en el ejercicio de su poder legislativo con fundamento en su deber de garante frente a los derechos de los particulares, dentro de los cuales encontramos el derecho patrimonial a la propiedad privada. De esta manera, el legislador deberá adecuar su potestad legislativa a las exigencias de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe de los destinatarios de sus disposiciones, por cuanto un ejercicio irresponsable de su potestad derivaría, indiscutiblemente, en una vulneración al derecho a la propiedad privada.

Esta sentencia es fundamental por cuanto a partir de ella la Corte reconoce que la función social no se configura sólo como una limitación a cargo del particular titular del derecho, sino también como una limitación a cargo del Estado en el ejercicio de sus potestades públicas. En palabras de la Corte,

[...] la propiedad implica obligaciones, para el Estado en cuanto a éste le corresponde hacer prevalecer el interés público y social, sin desconocer los intereses subjetivos involucrados en la decisión. Y respecto de los particulares, habida cuenta que todo aquel que se encuentre en relación jurídica con los bienes debe propender porque éstos realicen fines de interés general.

En este mismo sentido, dos años más tarde, la Corte se pronunció mediante la Sentencia C-864 del 2004^[423], en la cual fortalece la idea de que las autoridades públicas, al igual que los particulares, tienen el deber constitucional de respetar el derecho a la propiedad privada de los ciudadanos. Ese tribunal aclara que el deber de protección recae sobre “toda clase de bienes” y que, por lo tanto, en el ejercicio de sus funciones públicas,

[...] cuando requieran bienes inmuebles para cumplir los fines del Estado consagrados en el artículo 2.º de la Constitución deben obrar con sujeción al principio de legalidad y garantizando el derecho al debido proceso contemplado en el artículo 29 ibídem, o sea, deben adquirir el derecho de propiedad sobre ellos en virtud de enajenación voluntaria o de expropiación si aquella no es posible, en las condiciones contempladas en la ley, y

no pueden obtenerlos mediante su ocupación por la vía de los hechos.

Esta sentencia reconoce, entonces, que el deber de respetar el derecho a la propiedad privada también recae sobre las autoridades públicas constituidas a favor de los titulares del derecho. Así mismo, resalta que cuando el Estado vulnere el derecho a la propiedad privada^{424} habrá incurrido en un daño y que, por tanto, “con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución[,] debe responder patrimonialmente e indemnizar en forma plena y completa al titular del derecho de propiedad privada, por el daño antijurídico causado, es decir, por el daño que no tenía el deber de soportar”.

El contenido de la Sentencia C-488 del 2002 también recuerda que el derecho a la propiedad privada cuenta con el reconocimiento de dos ámbitos: el privado y el social. La Corte recuerda el módulo privado del derecho a la propiedad privada y, en virtud de él, señala que este derecho

[...] es el prototipo de los derechos patrimoniales y, junto con la libertad de contratación, constituye la expresión más notable de la libertad económica del individuo en el Estado liberal o democrático, que permite a aquel obtener los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades.

Esta expresión resulta relevante por cuanto recuerda que aun cuando nos encontremos en el contexto de un Estado social de derecho las orientaciones liberales y democráticas no han sido abolidas, por lo cual deberán tenerse en cuenta al momento de establecer la protección al derecho a la propiedad privada. Sin embargo, la Corte también aclara que con esta posición no se abandona la defensa del módulo social, porque el término “social”, introducido por la Constitución, no puede ser desconocido.

Concluimos que la sentencia integra los conceptos de propiedad privada y función social dentro del Estado social y democrático de derecho.

C. LÍMITES AL CONTENIDO DEL DERECHO

La noción actual de “propiedad privada”, y especialmente la que la jurisprudencia constitucional ha reconocido, muestra su carácter de derecho relativo^{425} y no absoluto:

[...] como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios^{426}.

El carácter relativo del derecho tiene su fundamento en las facultades conferidas a algunas autoridades para imponer límites a su ejercicio. De esta manera, la Corte, en las sentencias C-428 de 1994 y T-431 de 1994, reconoció que la Constitución habilitó al legislador y excepcionalmente a las autoridades administrativas para establecer restricciones al derecho de propiedad privada “cuando medien razones de interés general que razonablemente las justifiquen”.

Sin embargo, después aclaró, mediante la Sentencia C-427 de 1998^{427}, que esta facultad restrictiva en cabeza del Estado no puede ejercerse arbitrariamente, sino que ella debe respetar el denominado “núcleo del derecho”, definido como aquel “relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”.

Por tal motivo, como lo entendió la Corte, la potestad restrictiva de los derechos atribuida al legislador y eventualmente a la administración deberá ejercerse mediante la supresión de ciertas facultades, o con el condicionamiento del ejercicio libre del derecho, o con la imposición de obligaciones al titular, sin afectar el núcleo conceptual del derecho^{428}. Las primeras restricciones al ámbito de protección del derecho de propiedad las encontramos en la Constitución, si se tienen en cuenta las siguientes reglas:

I. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Como se recordó, en la Sentencia T-506 de 1992^{429} dijo la Corte que un límite fundamental del derecho a la propiedad privada se deriva de la propia concepción social del Estado de derecho que regula la Constitución de 1991, por lo cual este derecho tiene un ámbito individual o económico y otro social. La exigencia de adecuación a las finalidades del Estado social y a las necesidades colectivas se configura como límite principal al derecho de propiedad. En el mismo sentido, la Sentencia C-370 de 1994^{430} recordó que el carácter no absoluto del derecho a la propiedad privada hace parte del modelo republicano del Estado colombiano, que contiene “la idea de la prevalencia de los intereses públicos y sociales en dicha relación”.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El inciso 1.º del artículo 58 establece que se garantizará este derecho con “arreglo a las leyes civiles”, lo cual indica que no podrá invocarse la protección de este derecho en forma absoluta, sino que éste deberá adecuarse a las disposiciones de ley. En la Sentencia T-569 de 1995^{431} la Corte señaló que una de las restricciones al derecho a la propiedad privada está en la exigencia de su sujeción a la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos de orden local, “en beneficio del interés general”. Un ejemplo de ello es la aplicación de la legalidad en materia de derecho urbanístico^{432}.

En la Sentencia T-259 de 1996^{433} la Corte añade que “ni el derecho a la propiedad, ni ningún otro derecho que se adquiriera puede configurarse legítimamente como tal, *si se ha originado en actos ilícitos contrarios al ordenamiento superior o a las leyes vigentes*” (énfasis nuestro). Con esta afirmación se tiene claro que de ninguna manera podrá invocarse la protección al derecho a la propiedad privada cuando el comportamiento del particular no se adecue a las exigencias normativas y, por tanto, sea catalogado como acto ilícito, contrario al ordenamiento jurídico.

Dado que la licitud de los actos es un asunto de competencia del juez en los casos en que se invoca la protección del derecho a la propiedad privada, la Corte

ha señalado que este funcionario debe tener en cuenta “la Constitución y específicamente los principios, valores y derechos que ella misma consagra, siendo su obligación velar por que ellos sean respetados”.

3. PREVALENCIA DE LA UTILIDAD PÚBLICA Y EL INTERÉS SOCIAL

Con fundamento en el concepto de “interés social”, se materializaron múltiples restricciones al derecho de propiedad y se legitiman intromisiones legales en el ámbito individual de ejercicio del derecho. Esta restricción apunta a que en los casos en que se presente un conflicto entre derechos deberá prevalecer el interés general sobre el particular, es decir, aquél sobre el derecho a la propiedad privada^[434]. Por ejemplo, la Sentencia T-547 de 1992^[435] corroboró la tesis del derecho relativo y estableció que uno de los casos en los cuales el derecho carecerá de protección será el que se configure con fundamento en la prevalencia del interés de la colectividad.

4. FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA

El artículo 58 constitucional dispone que “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. Este criterio se refleja en la Sentencia C-006 de 1993^[436], en la cual la Corte estableció que la función social “inherente a la propiedad se orienta a realizar el interés de la comunidad y, por ello, busca atraer al sujeto de manera que, sin dejar de perseguir la satisfacción de sus propios móviles, se logre la realización de intereses que trascienden la esfera meramente individual, bajo la amenaza en caso de carencia de cooperación del titular de dar por extinguido el derecho, al decaer el presupuesto social de la atribución”.

Para la Corte, la propiedad privada no es un derecho absoluto. Tal como lo expresó en la Sentencia C-491 del 2002^[437], el artículo 58 superior debe entenderse en consonancia con el artículo 95, en tanto que “el ejercicio de los

derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, toda vez que las decisiones humanas no repercuten exclusivamente en la órbita personal del individuo sino que afectan, de manera directa o indirecta, el espectro jurídico de los demás”.

La Corte reconoce que la propia Constitución pone restricciones al ejercicio del derecho y, por tanto, debe entenderse limitado por la función social, expresada bajo los términos “implica responsabilidades” del artículo en mención.

Finalmente, en este fallo la Corte reconoce que dentro del contenido de “función social” se encuentra la facultad del Estado de gravar la propiedad privada, siempre que se haga con

[...] criterios de justicia y equidad [...], dado que todo ciudadano tiene el deber de contribuir con el financiamiento de los gastos e inversiones del aparato estatal, tal como lo dispone el artículo 95.9 de la Carta y visto que aquella “no es en modo alguno de carácter absoluto y su reconocimiento constitucional no comporta la inmunidad del dueño ante la potestad del Estado de imponer tributos que tomen por base la propiedad”.

5. EXPROPIACIÓN JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Puede hacerse por motivos de utilidad pública o interés social con sentencia judicial e indemnización previa, lo cual constituye un límite al derecho de propiedad en el sentido de la pérdida del derecho de disponer del bien. Tal como lo sostuvo la Corte^[1438], se

[...] ha permitido sustentar medidas expropiatorias tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva. Por su parte, en términos generales, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y de la generación de riqueza.

La Sentencia C-370 de 1994 señala que el carácter no absoluto del derecho a la propiedad se refleja en el mantenimiento de la “institución jurídica de la expropiación, como límite del derecho a la propiedad, condicionada por motivos de utilidad pública y en defensa del interés general”.

Sin embargo, el tribunal también ha reconocido, tal como lo indica la Sentencia C-488 del 2002^{439}, que dicha potestad expropiatoria a favor del Estado no puede ser ejercida arbitrariamente, “porque a la par que la Constitución Política admite la expropiación por motivos de utilidad pública o social, definidos por el legislador, dispone que el afectado debe ser previamente indemnizado”. De esta manera, toda restricción del derecho por disposición estatal debe contar con su correspondiente indemnización previa.

La Constitución facultó al legislador para definir el régimen de expropiación por vía administrativa.

En síntesis, lo expuesto constituye las principales restricciones al derecho de propiedad privada sobre las cuales la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en aras del desarrollo constitucional. Pero, además de las situaciones explicadas, encontramos dos límites más estructurados por la jurisprudencia constitucional.

a. Toda restricción del derecho de propiedad en relación con la propiedad inmueble debe obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (Sentencia C-491 del 2002^{440}). En efecto, todas las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad tienen a su vez unas restricciones, que se derivan de la aplicación del principio de proporcionalidad y que llevan a delimitar el núcleo esencial de este derecho^{441}.

b. El legislador tiene la facultad general para reglamentar el ejercicio del derecho a la propiedad privada. En palabras de la Corte, “la facultad conferida al legislador por la Carta Política frente al tema hace parte de la cláusula general de competencia atribuida al cuerpo colegiado para que, en ejercicio de la deliberación democrática, establezca las reglas que considere necesarias al organizar el desarrollo de la vida en sociedad”^{442}.

III. PROYECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL PROCESO PENAL

Como se ha explicado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha limitado el carácter fundamental del derecho a la propiedad a aquellas circunstancias en que, por razones de conexidad, su afectación pone en riesgo derechos fundamentales, en particular el mínimo vital de la persona. No obstante lo anterior, el carácter limitado del derecho no significa que el Estado, a través del proceso penal, pueda desconocer el derecho a la propiedad del imputado o de las víctimas, razón por lo cual procedemos a estudiar los casos en los que el juez de control de garantías, en especial, y el juez de conocimiento, en general, deben ser cuidadosos con la protección constitucional del derecho a la propiedad:

A. MEDIDAS CAUTELARES

La ley autoriza la adopción de medidas cautelares dirigidas a proteger los derechos económicos de las víctimas. En este punto, uno de los aspectos más delicados tiene que ver con el monto de la medida cautelar. El artículo 92 de la Ley 906 señala que “el embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado”.

De lo anterior, surgen dudas sobre el concepto de “cuantía suficiente” al que alude la disposición. Para resolver tales dificultades, los artículos 93 y 94 CPP dejaron en claro que el juez debe evaluar la necesidad de las medidas a fin de que puedan “sustituirlas por otras menos gravosas o reducirlas cuando resulten excesivas” (art. 93) y la prohibición de adoptar medidas cautelares cuando “aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o tasación de perjuicios” (art. 94).

A partir de lo anterior, es evidente que cuando existen suficientes recursos difícilmente se afectará el núcleo fundamental del derecho a la propiedad del imputado. Cosa distinta ocurre cuando se está frente a una persona de escasos recursos o cuando, siendo éstos suficientes para garantizarle una cómoda

subsistencia, cualquier limitación a la propiedad afectaría derechos de terceros, en particular de personas menores de edad. Aquí se analizarán algunas situaciones:

I. PRIMER CASO: RELACIÓN ENTRE LA MEDIDA CAUTELAR Y EL DAÑO

El primer punto que debe considerarse es el caso en que la víctima, por ejemplo, reclama un daño que asciende a 100 salarios mínimos legales mensuales y se ordena el embargo de un bien por la suma de 1.000 salarios mínimos legales mensuales. En este caso es absolutamente claro que la orden judicial es desproporcionada, porque no existe razón alguna que justifique sacar del comercio un bien que supera en un 1.000% el valor que se debe asegurar en caso de una eventual condena. Estimamos que en este caso debe procederse a una revisión de la decisión.

En consecuencia, cuando el daño es cierto, el embargo debe limitarse a cubrir el valor de dicho daño. Cualquier afectación superior a dicho valor implica, en el fondo, la expropiación *de facto* de ese valor. Este concepto muestra que aunque la persona no es despojada de la titularidad del bien, se ve limitada en el ejercicio de uno de los atributos propios del derecho de la propiedad privada, que, salvo que exista razón suficiente -por ejemplo, la necesidad de asegurar el pago de la indemnización-, no puede ser ilimitado. Eventualmente cabría reclamar los daños y perjuicios derivados de la exclusión del comercio del valor limitado en exceso.

2. SEGUNDO CASO: EXISTENCIA DE ALTERNATIVAS

Una situación peculiar y bastante usual es que el imputado cuente con varios medios para asegurar el cumplimiento de la indemnización en caso de fallo de responsabilidad. En este caso, el juez debe adoptar la decisión que satisfaga plenamente el objeto de la medida cautelar y que, a la vez, resulte menos lesiva de los derechos del imputado. Por ejemplo, es razonable que un imputado que es propietario de varios bienes muebles e inmuebles que generen renta sea quien

proponga el medio (bien) mediante el cual puede satisfacer el aseguramiento del pago de la eventual indemnización, porque, en términos racionales, se espera que esta persona tenga claridad sobre cuál medio sería menos gravoso para sus derechos o los de terceros. Esta opción, además, es exigible habida consideración de que mientras no se dicte sentencia se presume la inocencia del imputado. Lo propio puede decirse respecto de la posibilidad que tiene el procesado de garantizar el pago de los posibles perjuicios mediante una póliza de seguros, opción perfectamente viable en el proceso penal.

Si el imputado no ofrece alternativas, el juez debe adoptar la medida cautelar que, de manera razonable, afecte en menor grado los intereses de aquél. Verbigracia, en lugar de gravar los ingresos básicos del imputado -como el sueldo o los honorarios-, puede imponer la medida cautelar sobre la renta que genere un determinado bien mueble (por ejemplo, la renta generada por un título de ahorro, una acción, etc.) o un inmueble de su propiedad.

3. TERCER CASO: DERECHOS DE MENORES DE EDAD

Una situación compleja ocurre cuando con la medida cautelar se pueden afectar derechos de los menores de edad.

Si la medida cautelar implica impedir la satisfacción de las necesidades básicas de menores bajo protección del imputado, el juez de control de garantías tiene la obligación de asegurar que tales menores no queden en situación de desprotección. En nuestro concepto, lo anterior incluye el deber del juez, como garante de los derechos fundamentales de quienes se vean afectados por el proceso penal, de ordenar, si fuere indispensable, que el Estado entre a suplir, ante incapacidad material del padre o madre de familia, las necesidades de los menores a través de los sistemas de asistencia social.

B. COMISO

El artículo 82 de la Ley 906 del 2004 reguló lo atinente a la procedencia del comiso. Esta norma establece:

Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con tal conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de estos no sea posible su localización, identificación o afectación material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferente.

Parágrafo. Para los efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

Esta norma plantea varias dificultades:

I. PRIMER CASO: PROTECCIÓN DE DERECHOS MORALES

En materia de derechos de autor se distingue entre el valor patrimonial de la obra y el derecho moral sobre ella. Si el Estado opta por imponer comiso sobre el

componente económico de una obra, no le es dable desconocer su derecho moral. En tal caso, se imponen al Estado las obligaciones reguladas en las normas pertinentes sobre la intangibilidad de los derechos morales.

2. SEGUNDO CASO: COMISO DE MEDIOS DE SUBSISTENCIA

Según el artículo 82 de la Ley 906 del 2004, el comiso procede sobre los bienes “utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo”. Lo anterior permite que el Estado imponga comiso sobre bienes necesarios para la subsistencia de la persona. Común es el caso de quien dolosamente transporta droga, por ejemplo, y el medio de transporte que se utiliza para tal fin es objeto de comiso. Si, dadas las circunstancias particulares, no es procedente la limitación de la libertad de la persona investigada y dicho medio de transporte es elemento necesario para el ejercicio de su oficio, cabría la pregunta de si procede el comiso.

En nuestro concepto, en tales circunstancias la autoridad debe ponderar entre el objetivo de la regla jurídica que autoriza el comiso, los requerimientos vitales de la persona y la no necesidad de una medida restrictiva de la libertad. En principio, resulta desproporcionado, por no decir irracional, el que, por ejemplo, se deje en libertad a una persona para que pueda mantener a su familia mientras dura el proceso y, a la vez, se le despoje de aquellos elementos necesarios para lograr dicho objetivo. El otorgamiento de la libertad para asistir a los menores de edad debe ser garantizado en condiciones tales que ésta sea real y efectiva, lo cual implica proteger la propiedad afectada para dicho objetivo.

3. TERCER CASO: ACCIÓN DE REVISIÓN

Y ADMINISTRACIÓN DE BIENES

El artículo 86 de la Ley 906 del 2004 (modificado por Ley 1142 del 2007) ordena que los bienes “que sean objeto de medidas con fines de comiso” sean puestos a disposición del Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación. En relación con la administración de tales bienes

y la eventualidad de que prospere una acción de revisión, es necesario precisar que, en caso de que dicha acción proceda, la persona injustamente condenada tiene derecho no solo a que su buen nombre sea restablecido, sino a que se restituyan integralmente las cosas al estado anterior al comiso.

Esto significa que la persona tiene derecho a recibir los bienes afectados, en condiciones tales que mantengan el valor patrimonial, lo cual, tratándose de bienes fungibles o consumibles, implica restituir el valor que corresponda al momento en que son devueltos. Sin embargo, cuando se trata de ciertos bienes especiales, existen deberes de conservación; por ejemplo, si se impone medida de comiso sobre una plantación de flores exóticas que constituyen el proyecto de vida de la persona injustamente condenada, el Estado tiene el deber de asegurar que, si prospera la acción de revisión, la persona recobre dicha plantación. La reparación integral supone que el Estado no solo restablece las condiciones patrimoniales, sino que debe asegurar que el proyecto de vida de la persona no quede permanentemente frustrado.

C. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR BIENES SUJETOS A REGISTRO

Una de las más importantes limitaciones al derecho a la propiedad en el marco del proceso penal es la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro. Esta restricción, contenida en el artículo 97 CPP, tiene como fundamento la protección de la víctima, en particular de su derecho a la reparación, porque evita que la persona sobre quien recae la inferencia razonable de autoría o participación se insolvente patrimonialmente y defraude de esta manera una posible indemnización.

Esta limitación opera a partir de la imputación y tiene un término máximo de duración de seis meses, tiempo que, comparado con los términos del proceso, se entiende razonable para que la actuación llegue a su fin y se resuelva de fondo el objeto de la investigación. Sin embargo, si la actuación no ha llegado a su fin en ese período, la prohibición para enajenar los bienes sujetos a registro desaparece, ya que la prolongación de este tiempo resultaría una afectación

desproporcionada del derecho a la propiedad.

Una vez impuesta la obligación en la audiencia de imputación, corresponde al juez de control de garantías, ante quien se realizó dicha audiencia, informar a las oficinas de registro correspondientes la existencia de esta limitación. Lo anterior quiere decir que si se vende un bien afectado por la prohibición de enajenar sobre el cual no se haya hecho tal aviso a registro (por ejemplo, porque el imputado ocultó su verdadero número de matrícula inmobiliaria), el negocio es inválido. En efecto, la compraventa será nula, salvo que se esté frente a alguna de las excepciones que el Código de Procedimiento Penal señala, las cuales habilitan a realizar la enajenación de los bienes afectados por la prohibición.

En conclusión, la venta efectuada dentro del término de seis meses a que hace referencia el artículo 97 CPP se reputa válida en tres hipótesis:

- Cuando la obligación de enajenar se haya adquirido antes de la imputación. Esta excepción debe interpretarse de tal manera que la obligación se hubiere contraído antes de que la persona conociera de la imputación, por ejemplo, antes de la notificación de la realización de la audiencia. De lo contrario, no serían pocos los casos en que, una vez enterado el procesado de la convocatoria a audiencia de imputación, realice varias transferencias de propiedad simuladas o reales entre el momento de la notificación y el momento de la efectiva celebración de la audiencia para evitar el pago de una posible indemnización.

- Cuando el adquirente es un tercero de buena fe, debemos preguntarnos: ¿qué clase de buena fe se requiere: simple o cualificada? Consideramos que para evitar la nulidad de la venta es necesario que el adquirente pruebe ser un tercero que actuó con buena fe exenta de culpa. Lo anterior debido a que sólo la buena fe cualificada tiene la potencialidad de crear derechos. Entonces, es deber del tercero demostrar no solo su falta de conocimiento de la existencia de la prohibición de enajenar, sino también el despliegue de deberes positivos de autoinformación sobre el estado del bien, que deben ser idóneos y suficientes para probar su diligencia.

- Cuando la enajenación del bien se realice con autorización del juez de control de garantías; existen dos hipótesis posibles en las cuales el juez puede dar válidamente dicha autorización:

En primer lugar, cuando la venta del bien esté destinada al pago de los perjuicios causados por el delito. Para estos efectos, el imputado podrá solicitar en audiencia preliminar -a la que deberá ser convocada y en ella escuchada la víctima- que se le permita enajenar uno o varios bienes sujetos a registro. Para evitar posibles defraudaciones a los derechos de las víctimas, el dinero producto de la venta debe ser consignado a órdenes del juzgado en la cuantía que se haya determinado como monto de perjuicio.

En segundo lugar, el imputado puede solicitar la autorización si prueba que la enajenación hace parte del giro ordinario de sus negocios, cuestión que debe acreditarse ante el juez de control de garantías en audiencia preliminar en la que será parte la víctima. La autorización del juez está condicionada a que existan bienes suficientes para el pago de los posibles perjuicios. El inciso segundo del artículo 98 CPP no puede interpretarse de tal forma que sea suficiente acreditar que la venta es parte del giro ordinario de los negocios del imputado, porque tal circunstancia dejaría desprotegida a la víctima. Es necesario que se garantice el pago de los posibles perjuicios.

La consecuencia de realizar una enajenación por fuera de estas excepciones y efectuada dentro de los seis meses siguientes a la imputación es la nulidad del negocio jurídico, que puede ser decretada por el juez de control de garantías. En la audiencia preliminar en la que se solicite la anulación de la venta se debe integrar el contradictorio respectivo -por ejemplo, citar al imputado y los posibles terceros afectados con la decisión-. En la Sentencia C-210 del 2007^[38] la Corte realizó un estudio de constitucionalidad de esta limitación, bajo la óptica del principio de ponderación.

IV. COMPETENCIA PARA AFECTAR EL DERECHO A LA PROPIEDAD EN EL PROCESO PENAL

Si bien existen diversas normas en el Código de Procedimiento Penal que atribuyen competencia para afectar el derecho a la propiedad, deben aplicarse algunas reglas generales similares a las establecidas para el restablecimiento del derecho, que indican quiénes son competentes para decretar las injerencias sobre

el derecho a la propiedad. Estos criterios son los siguientes:

- Por regla general, los únicos autorizados para afectar el derecho a la propiedad son los jueces, bien sea de conocimiento o de control de garantías, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

- Las medidas tomadas por los jueces de control de garantías respecto del derecho de propiedad tienen carácter provisional, en tanto las decisiones definitivas son tomadas por el juez de conocimiento en la sentencia respectiva. Así sucede, por ejemplo, con la suspensión del poder dispositivo de los bienes objeto de comiso (art. 85 CPP), con la suspensión y cancelación de la personería jurídica (art. 91 CPP) o con la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente (art. 101 CPP). En estos casos, la suspensión corresponde al juez de control de garantías, pero la afectación definitiva del derecho que se presenta con la cancelación sólo se da con la sentencia proferida por el juez de conocimiento.

- La Fiscalía General de la Nación no tiene facultades para realizar afectaciones medias o intensas al derecho a la propiedad y tampoco puede hacerlo cuando la competencia esté asignada a otro funcionario.

- Sin embargo, en desarrollo del principio rector de restablecimiento del derecho y de la dinámica propia de la investigación y para evitar que frente a ciertos comportamientos permanentes se siga ejecutando conducta que admita reproche penal, puede tomar medidas preliminares, que deberán ser legalizadas por el juez de control de garantías. Ejemplo de lo anterior se presenta con la figura del comiso, en la cual el fiscal puede ordenar la incautación u ocupación de los bienes, pero dentro de las 36 horas siguientes debe acudir ante el juez de control de garantías para el efectivo control de legalidad (art. 84 CPP). Así mismo, puede tomar medidas directamente (sin control judicial), que no impliquen afectación media o intensa del derecho fundamental y que estén orientadas a proteger a la víctima. Piénsese en la usurpación de tierras e inmuebles, caso en el cual el comportamiento es permanente y necesita de medidas urgentes que aminoren las consecuencias del delito. En este sentido la Fiscalía puede impedir u ordenar que no se realicen actos que modifiquen la naturaleza o el destino del inmueble que constituya prueba para poder demostrar

la validez de una irregular o ilícita posesión.

– Una notable excepción a las reglas anteriores se presenta con la facultad que tiene la Fiscalía -y aun la policía judicial- para destruir el objeto material del ilícito (art. 87 CPP), incluso sin acudir al juez de control de garantías, cuando se trata de conductas que atentan contra la salud pública, derechos de autor, falsificación de moneda y en los delitos de ofrecimiento de producto engañoso (art. 300 CP), usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306 CP) y uso ilegítimo de patentes (307 CP).

V. CONCLUSIONES

El concepto actual de derecho a la propiedad, que implica el reconocimiento de un módulo privado y de un módulo social, atiende a la concepción de Estado social de derecho. La función social de la propiedad otorga facultades a las autoridades, por razones previamente fijadas en las normas, para limitar este derecho. Algunas de estas limitaciones pueden darse en virtud del proceso penal.

La primera gran limitación al derecho de propiedad en el proceso penal se concreta con las medidas cautelares de embargo y secuestro, dirigidas a proteger los derechos económicos de las víctimas. Para determinar la proporcionalidad de esta medida debe tenerse en cuenta: el daño supuestamente causado, la existencia de otras alternativas que permitan garantizar un posible resarcimiento de perjuicios (constitución de pólizas de seguros, por ejemplo) y la existencia de otros derechos, como el de los menores de edad que dependen del procesado.

Otra de las limitaciones a la propiedad que se originan en la investigación o proceso penal es el comiso, que procede contra los bienes de quien haya sido encontrado penalmente responsable y que provengan del ilícito o sobre los bienes utilizados como instrumento en un delito doloso. La decisión de comiso no puede desconocer algunos derechos como aquellos de terceros de buena fe o los derechos morales de autor.

En el proceso penal puede limitarse el derecho a la propiedad mediante la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro por un lapso de seis meses a

partir de la imputación. La enajenación realizada pese a la prohibición es motivo de nulidad del negocio jurídico, salvo las excepciones de ley: (i) que la obligación de enajenar se haya adquirido antes de la imputación y deba perfeccionarse después de dicha audiencia; (2) que se trate de un tercero de buena fe exenta de culpa; o (3) que la enajenación se realice con autorización del juez.

Frente a la competencia para llevar a cabo la afectación a la propiedad se deben tener en cuenta algunas reglas generales: (i) la limitación del derecho generalmente se rige por el principio de reserva judicial; (2) las medidas tomadas por los jueces de control de garantías son de carácter provisional, mientras que las decisiones definitivas las toman los jueces de conocimiento en las respectivas sentencias; (3) excepcionalmente la Fiscalía General de la Nación tiene competencia residual para limitar el derecho a la propiedad cuando sean afectaciones leves, caso en el cual no se requiere control del juez de garantías.

La Fiscalía puede tomar medidas preliminares para asegurar la indemnización o el restablecimiento del derecho en casos de urgencia y someterlas inmediatamente al juez de control de garantías.

CAPÍTULO SEXTO

*Ejemplos de injerencias en derechos fundamentales dentro
del proceso penal en la jurisprudencia alemana*

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se precisó cuáles son los principales derechos fundamentales que se pueden ver afectados en el proceso penal. Se examinó su contenido y su alcance, así como las principales formas de injerencia que pueden afectarlos.

En este capítulo se estudiarán, desde un punto de vista eminentemente práctico, esas afectaciones y su incidencia en el desarrollo del proceso penal. Para lograr este propósito nos hemos valido de algunos ejemplos de la jurisprudencia alemana, en los cuales el Tribunal Supremo Federal resolvió casos en que se han visto afectados derechos fundamentales de los procesados y las consecuencias que de estas afectaciones pueden derivarse, particularmente en el ámbito probatorio.

Desde luego, la existencia de una base normativa relativamente distinta entre el derecho germano y el nuestro implica que algunos de los argumentos del Tribunal Supremo Federal deban ser interpretados de manera diversa en nuestra propia realidad, razón por la cual, además de indicar las principales consideraciones del Tribunal para solucionar las situaciones problemáticas que llegaron a su conocimiento, se incluye un análisis de cada caso bajo nuestra normatividad constitucional y legal.

II. PROHIBICIONES PROBATORIAS

A. CONCEPTO

Uno de los conceptos que es necesario aclarar antes de abordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán es el de *prohibiciones probatorias*. A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, las irregularidades jurídicamente relevantes en cuanto a la obtención, aducción o valoración de las pruebas en el proceso penal no se tratan en Alemania por medio de la figura de nulidad o la exclusión (artículos 29 constitucional y 23, 232, 539, 455, 457 CPP,

entre otros) sino que son solucionados conforme a las reglas derivadas de ciertas prohibiciones probatorias.

La teoría de las prohibiciones probatorias fue introducida por ERNEST VON BELING, en su conocida conferencia de 1903^[443]. Allí, de forma magistral, esbozó la estructura y los problemas derivados de esta teoría, que mantienen su actualidad, en especial tras la constitucionalización del derecho procesal penal y todos los demás desarrollos que esta rama ha tenido frente al modelo del Estado de derecho.

Según BELING, las prohibiciones probatorias se caracterizan por ser limitaciones que el mismo ordenamiento impone a los entes de investigación para llegar a la verdad de lo ocurrido. En concreto, este autor las define como “normas jurídicas que o prescriben dejar de lado un determinado hecho (prohibiciones de prueba absolutas) o declaran inadmisibles ciertos medios de prueba (prohibiciones de prueba relativa)”^[444]. De ahí que la gran clasificación que existe frente a las prohibiciones probatorias diferencia entre las denominadas prohibiciones absolutas y las prohibiciones relativas.

Las primeras, como su nombre lo indica, implican una limitación infranqueable a la averiguación de la verdad en el proceso penal, como puede suceder con asuntos de seguridad nacional. El segundo tipo de prohibiciones, esto es, las prohibiciones relativas, constituye una limitación de prueba sólo en la medida en que no se cumplan ciertos requisitos establecidos por la ley o, en su defecto, la actuación sea convalidada por el titular del derecho amenazado con la práctica irregular mientras el ordenamiento jurídico así lo permita^[445], como sucede con las violaciones al *nemo tenetur se ipsum accusare* derivadas de la omisión de información de los agentes del Estado sobre esta garantía a quien no está obligado a declarar al momento de tomar dicha declaración.

Sin embargo, la clasificación más difundida y, por lo tanto, la más aceptada en cuanto a prohibiciones probatorias es aquella según la cual existen prohibiciones de producción de prueba y prohibiciones de valoración de prueba.

I. PROHIBICIONES DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA

Las prohibiciones de producción de prueba implican limitaciones a la obtención o adquisición del material probatorio. Tal como lo explica GUARIGLIA^{446}, frente a las prohibiciones de producción, el desarrollo de la dogmática procesal alemana actualmente distingue entre prohibiciones de temas probatorios (*Beweisthemaverbote*), prohibiciones de medios de prueba (*Beweismittelverbote*) y prohibiciones de métodos de prueba (*Beweismethodenverboten*). Las primeras tienen que ver con casos en los cuales no está permitida la averiguación de la verdad -por ejemplo, los temas que son considerados secretos de Estado-. La segunda hipótesis de prohibiciones probatorias, esto es, las prohibiciones de medios probatorios, se basa en la inadmisibilidad de medios de prueba específicos -por ejemplo, las declaraciones de personas que no están obligadas a testificar cuando no se hacen las debidas advertencias-. Por último, las prohibiciones de métodos probatorios proscriben la utilización de determinadas formas a efectos de obtener la evidencia -como sucede, por ejemplo, con la prohibición de tortura^{447}.

2. PROHIBICIONES DE VALORACIÓN PROBATORIA

Las prohibiciones de valoración probatoria se basan fundamentalmente en limitaciones, ya no a la obtención de la prueba (porque la prueba ya ha sido obtenida), sino a restricciones de su uso judicial^{448}. Éstas a su vez comprenden dos grupos de casos con características disímiles: las prohibiciones de valoración dependientes (*unselbständige Verwertungsverbote*), que están “intrincadamente vinculadas a una actividad estatal irregular o ilícita en el contexto de la adquisición de la prueba”^{449}, es decir, dependen de una prohibición probatoria anterior relacionada con la adquisición de la prueba (frutos del árbol envenenado), y, por otro lado, las prohibiciones de valoración independientes (*selbständige Verwertungsverbote*), que “se refieren a casos de incorporación regular de medios de prueba, que resultan excluidos del ámbito de prueba valorable debido a la existencia de intereses superiores que se verían lesionados si la prueba fuera valorada en el procedimiento penal”^{450}, como puede suceder,

por ejemplo, con la valoración de documentos personalísimos, adquiridos en una diligencia de allanamiento que ha cumplido todos los requisitos legales y constitucionales.

Con base en estas categorías, el Tribunal Supremo Federal alemán interpreta la mayoría de las cuestiones relacionadas con la admisibilidad y valoración probatoria en el proceso penal. Como se verá en los casos aquí analizados, estos temas, pese a ser tratados bajo una interpretación poco difundida en Colombia, tienen en su problemática y sus posibles soluciones fundamentos cercanos a los desarrollos que la normatividad y la jurisprudencia nacionales han dado para la solución de problemas similares.

B. PROHIBICIONES PROBATORIAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Tal como lo reconocía BELING, la presencia de las prohibiciones probatorias en los ordenamientos procesales implica una tensión evidente: por un lado, existe un deber estatal de investigación, cuyo fin último es la justicia, de ahí que cuando se trata “de incriminar al culpable o absolver al inocente, todo el reino natural puede ser procesalmente significativo”^[451], de lo cual se deriva que “desde hace tiempo se ha establecido como regla el principio según el cual cualquier hecho relevante puede ser investigado y desde luego con todos los medios disponibles”^[452]. Por otro lado, también es evidente que existen limitaciones que están presentes en prácticamente todos los ordenamientos, y son consideradas necesarias para proteger a los ciudadanos que tienen que soportar el *ius puniendi* del Estado.

Si se revisa nuestra legislación procesal y constitucional, es posible identificar claramente toda una estructura de prohibiciones probatorias que, en la mayoría de los casos, se han solucionado mediante la figura de la exclusión o la nulidad, lo cual no es del todo correcto en algunos casos, porque las consecuencias de estas figuras pueden variar frente a la admisibilidad de las evidencias. De ahí que la teoría de las prohibiciones probatorias sea perfectamente aplicable al ámbito

colombiano, sobre todo a la hora de solucionar “zonas grises”, en las que al aplicar la regla de exclusión, por lo menos en su concepción originaria, se obtienen soluciones que no resultan satisfactorias a la luz de los presupuestos del Estado de derecho^{453}.

Los principales desarrollos de la teoría de las prohibiciones probatorias en el derecho alemán se han presentado al momento de solucionar problemas relacionados con los derechos a la intimidad, la autodeterminación informativa, la garantía de no autoincriminación y en particular en materia de técnicas de investigación no regladas. Similares situaciones se presentan en el sistema procesal colombiano al momento de establecer límites a las injerencias de la acción estatal frente los derechos fundamentales^{454}, no solo en cuanto a las técnicas de investigación que no han sido expresamente reguladas, sino también para determinar el alcance constitucionalmente legítimo de esas injerencias.

Por otro lado, cabe señalar que las prohibiciones probatorias son una limitación al principio de libertad probatoria. Como todo principio, el de libertad de prueba no es absoluto y, por tanto, admite restricciones de orden constitucional y legal, especialmente cuando se enfrentan con otros derechos e intereses constitucionalmente relevantes. Incluso, existen limitaciones que han sido impuestas por el mismo constituyente y el legislador, para lo cual se presume el ejercicio de un juicio de ponderación previo.

III. CASOS DE INJERENCIAS A DERECHOS FUNDAMENTALES

A. PRIMER CASO. INTERROGATORIOS POR ARDID FRENTE A LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD, GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El Senado Mayor del Tribunal Supremo Federal alemán, en la sentencia BGHSt 42, 139 del 13 de mayo de 1996, estudió los siguientes supuestos fácticos:

I. HECHOS

- El Tribunal Federal de Hamburgo condenó al acusado por robo agravado a una pena privativa de la libertad de seis años.
 - El día 11 de febrero de 1994, el acusado, en compañía de otras personas, asaltó a la víctima S en su apartamento. Los delincuentes lograron apoderarse de aproximadamente 80.000 marcos alemanes valiéndose del uso de armas.
 - El Tribunal Federal consideró responsable al acusado, con fundamento principalmente en el contenido de una conversación telefónica. En efecto, el testigo E informó a la policía que el acusado le había confesado la autoría del hecho durante una llamada telefónica. Por esta razón, la policía organizó una nueva conversación telefónica entre el testigo E y el acusado, ordenó que fuese interceptada por el intérprete F y un segundo oyente. El informe del contenido de esta conversación telefónica elaborado por el intérprete F fue el material probatorio fundamental para emitir el fallo.
 - El acusado interpuso recurso de revisión alegando un error en el procedimiento. Argumentó que las declaraciones dadas por el testigo e intérprete F no podían ser valoradas por el juez.
 - El Senado Quinto para Asuntos Penales del Tribunal Supremo Federal fue asignado para resolver dicho recurso. No obstante, debido a la falta de claridad en la interpretación jurisprudencial de las normas procesales aplicables para el caso, el Senado Quinto convocó al Senado Mayor para que se pronunciara al respecto^{[455](#)}.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Los llamados *interrogatorios por ardid*, es decir, las declaraciones obtenidas por el Estado mediante terceras personas quienes inducen al investigado a una declaración de culpabilidad a través de omisiones o engaños, son prueba válida de responsabilidad penal o, por el contrario, deben ser excluidas por afectar injustificadamente derechos fundamentales, en particular los derechos de la intimidad, garantía de no autoincriminación y la autodeterminación informativa?

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

El tema de los interrogatorios por ardid ha sido uno de los puntos más problemáticos en cuanto a la obtención y valoración probatoria se refiere. De ahí que el Tribunal Supremo Federal haya emitido varios pronunciamientos, muchos de ellos contradictorios, acerca de la validez de este tipo de procedimientos.

El fallo que aquí se analiza es precisamente una respuesta a la necesidad de establecer una línea clara de interpretación de las normas del Ordenamiento Procesal Penal (stpo) implicadas dentro de esta problemática. Se trata, por lo tanto, del pronunciamiento del Senado Mayor del Tribunal Federal, que había sido convocado por el Senado Quinto para Asuntos Penales con el fin de obtener una fórmula jurídica definitiva para la solución de estos casos. También se hará una referencia a los lineamientos establecidos en otros fallos del Tribunal Supremo Federal sobre este mismo problema jurídico. De esta forma se encontrarán tanto conclusiones que difieren del fallo del Senado Mayor como otras que le son semejantes pero que surgen de fundamentos distintos.

4. CONSIDERACIONES DEL SENADO QUINTO PARA ASUNTOS PENALES (BGHST 42, 139)

La primera opinión que se mencionará corresponde a la del Senado Quinto para Asuntos Penales, que, conforme a lo narrado en los hechos, había sido asignado para resolver el recurso de revisión interpuesto por el condenado. El Senado sostuvo que si bien los interrogatorios ocultos no están prohibidos de antemano, existen límites respecto de la valoración de los conocimientos que hayan sido obtenidos por personas de confianza de la policía.

De este modo, aclara que la libertad de la voluntad del inculcado, protegida por la prohibición de ciertas prácticas que lleven a su disminución (§ 136 stpo^{456}), no se ve afectada en el caso concreto, esto es, mediante el engaño respecto del rol que juega el particular que ha sido utilizado para lograr la obtención o producción de la prueba. No obstante, existe una prohibición de valorar este tipo de pruebas, conforme a los parágrafos 163a y 136 stpo, preceptos que contienen el deber de informarle al sindicado (indiciado) los motivos de la investigación que se adelanta en su contra, normas penales

aplicables en el caso concreto y que tienen por finalidad proteger derechos fundamentales de la persona sometida a investigación^[457].

La prohibición que plantea el Senado Quinto surge de la idea de entender que la vigencia de estos derechos del sindicado (indiciado) no puede restringirse al ámbito de una indagación en un sentido formal y, por consiguiente, es preciso comprender su verdadero alcance a la luz de principios constitucionales. De esta forma, en caso de no contar con un fundamento legal al respecto, deberá protegerse el derecho constitucional del sindicado (indiciado) a guardar silencio siempre que se practique una diligencia en presencia de una autoridad de investigación.

En el caso bajo estudio, entiende el Senado que las declaraciones del inculcado no se efectuaron realmente frente a un particular, lo cual impediría la aplicación del derecho a guardar silencio. En su opinión, lo que ocurrió en este caso fue que la policía obró por intermedio de una persona de confianza que trabajó siguiendo sus instrucciones y, por lo tanto, las declaraciones que realizó el inculcado se dieron ante una autoridad de investigación. Por consiguiente, los derechos que tiene todo inculcado durante la práctica de una indagación regían también para el caso:

No se comparte la opinión por la cual se dice que el derecho a guardar silencio del inculcado no es vulnerado mediante un proceder secreto de la policía, puesto que el inculcado no puede tener dudas acerca de la voluntariedad de sus declaraciones frente a un particular. Decisivo es si el inculcado puede hacer ejercicio de su derecho a callar ante un reproche penal frente a las autoridades de investigación. En un interrogatorio organizado por iniciativa y con vigilancia de la policía a través de una persona de confianza no existe esta posibilidad. Dicha audiencia se diferencia también considerablemente de una simple conversación privada, puesto que la persona que interroga al inculcado puede estar dotada de informaciones y con ello estar en condiciones de, por ejemplo, hacerle reproches y llevar la conversación en una dirección determinada, tal como sucede en un interrogatorio^[458].

Finalmente, el Senado Quinto explica que otros senados del Tribunal Supremo

Federal han fallado con opiniones contrarias a la que defiende, hecho que no impide que este caso se resuelva de esta manera, dado que se trata de un supuesto fáctico diferente.

5. ANTECEDENTES DEL CASO EN LA SENTENCIA DEL SENADO SEGUNDO PARA ASUNTOS PENALES DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (BGHSt 39, 335)

Tal como lo señaló el Senado Quinto en la sentencia de instancia, este tema había sido recurrentemente tratado en los diferentes senados del Tribunal Superior, con disímiles resultados. Uno de estos casos fue la sentencia BGHSt 39, 335 del 8 de octubre de 1993, en la cual el Senado Segundo para Asuntos Penales del Tribunal Supremo conoció un caso muy similar sobre interrogatorios por ardid. En esa oportunidad, el Senado Segundo consideró -en contra de lo decidido en el caso bajo estudio por el Senado Quinto- que la prueba podía ser valorada con base en la autorización de uno de los intervinientes en la conversación. En esa ocasión concluyó el Senado segundo:

Un funcionario de la policía quien en el marco de un procedimiento de investigación sigue una llamada telefónica a través de un segundo oyente no actúa en principio antijurídicamente si cuenta con la autorización del interlocutor que le ha ofrecido la posibilidad de escuchar; esto regirá igualmente si escucha la conversación sin que el otro participante tenga conocimiento de ello^[459].

Para llegar a esta solución, el Senado Segundo estudió la posible transgresión a los derechos fundamentales de los acusados al aplicar esta clase de procedimientos, en particular sobre los derechos a la intimidad en las telecomunicaciones y a la no autoincriminación. Además, se pronunció frente al principio de lealtad procesal en este tipo de actuaciones, temas que se precisarán a continuación.

A. PRIVACIDAD DE LAS TELECOMUNICACIONES

Frente al derecho a la privacidad de las telecomunicaciones, el Senado Segundo argumentó en favor de la validez de la prueba en el caso concreto. Para el Senado, esta práctica no infringió las disposiciones que regulan lo referente a las interceptaciones telefónicas por parte del Estado con fines de persecución penal (§§ 100a, 100b StPO), sencillamente porque esta normatividad no era aplicable al caso. Conforme a estas normas, el Estado puede vigilar y documentar secretamente las telecomunicaciones del sospechoso y otras personas^[460]. Por consiguiente, argumenta el Senado que en esta ocasión no se trató de una vigilancia secreta del tráfico de telecomunicaciones por parte de las autoridades de investigación, en tanto que uno de los participantes de la comunicación telefónica había consentido que el funcionario de la policía escuchara la conversación que sostuvo con el sospechoso. De ahí que en ese pronunciamiento se formulara la siguiente regla: “la privacidad del tráfico telefónico no tiene vigencia entre las partes de la comunicación”^[461].

Según lo anterior, para el Senado Segundo no hay exigencia alguna de confidencialidad de la información entre los participantes de una comunicación. Esto es así incluso cuando uno de los intervinientes avala que un tercero la escuche sin el consentimiento del otro interlocutor, independientemente de que el tercero sea un agente de policía:

De lo anterior se deriva [...] que el hecho de que el agente de policía se valga de la autorización de uno de los participantes de la comunicación telefónica para escucharla no viola el derecho del otro participante a la salvaguardia de la privacidad de la telecomunicación^[462].

Por las mismas razones expuestas, esto es, la ausencia de un carácter confidencial de la conversación, el Senado Segundo consideró que tampoco resultaba aplicable el tipo penal consagrado en parágrafo 201, inciso 2.º, numeral i del Código Penal (StGB). Conforme a esta norma penal, se sanciona a quien escuche la conversación de otro de manera ilícita, esto es, con la utilización de un dispositivo interceptor sin el consentimiento del emisor^[463]. El Senado Segundo acogió la opinión de la Senado Octavo para Asuntos Civiles del

Tribunal Supremo Federado, según la cual las personas que intervienen en las comunicaciones telefónicas deben partir del supuesto de que los aparatos telefónicos en la actualidad tienen dispositivos que permiten que terceros accedan a la comunicación -por ejemplo, los altavoces^{464}-. Por lo tanto, no se puede esperar que un interlocutor advierta al otro que ha activado este tipo de dispositivos, razón por la cual quien participa en la conversación debe considerar posible que esta situación se presente. Para el caso estudiado, en nada varía si la tercera persona que escucha la conversación es un agente policial.

De esta forma se retorna al tema de la violación del principio de no autoincriminación (*nemo tenetur*) teniendo en cuenta el alcance de los parágrafos 136 y 136a del Ordenamiento Procesal Penal (stpo). La prohibición de la obtención de pruebas por medio de las prácticas previstas en estas normas y, en consecuencia, su prohibición de utilización en juicio incluyen, como se dijo, el engaño como medio ilícito, que en los llamados “interrogatorios por ardid” parece ser su nota distintiva. Pese a esto, el Senado Segundo entendió que en estos casos no se estaba en presencia de un engaño.

En efecto, el Senado Segundo del Tribunal Supremo sostuvo en aquella sentencia que para que se entiendan violados los derechos fundamentales del acusado con este tipo de procedimientos, en desarrollo del § 136a, debe mediar un engaño a uno de los interlocutores sobre la confidencialidad de la comunicación, pero aclaró que la simple omisión de informar que otra persona está escuchando el diálogo no configura engaño alguno:

Para admitir una violación al derecho de la personalidad restaría solamente la posibilidad de que la conducta del participante, el cual permite que un tercero escuche, apunte a un engaño en cuanto a que el contenido de la conversación tiene un carácter confidencial o -de no ser éste el caso- que el interlocutor mencione expresamente que le otorga el valor de confidencialidad. [...] Esto no sucedió así. La testigo G. no engañó al acusado S. y, particularmente, menos en cuanto a que se estaba empleando un dispositivo interceptor; tampoco le generó una falsa apreciación al acusado, sino que simplemente se aprovechó del hecho de que éste desconocía la participación de otro oyente^{465}.

Luego el Tribunal afirma:

El solo hecho de guardar silencio acerca de una cosa -siempre que no exista un deber de declarar- no supone una afirmación que contradice la verdad de una manera consciente [...]; no existe engaño por el solo hecho de que al afectado no se le aclare una circunstancia [...]. Esto rige también en tanto que se haya guardado silencio acerca de la iniciativa y participación de la policía durante la práctica de una medida de investigación “oculta”^{466}.

P. NATURALEZA DE LA COMUNICACIÓN TELEFÓNICA

Por otro lado, el Senado Segundo del Tribunal Supremo Federal alemán argumentó que no existe un quebrantamiento de ninguno de los derechos estudiados. En primer lugar, esta comunicación telefónica no podía ser asimilada a las declaraciones dadas durante una indagación (§§136, 163 a Stpo)^{467}. Y, en segundo lugar, la persona decidió en forma voluntaria narrar la comisión de un delito a otro particular, existiendo siempre la posibilidad de que, en caso de entrar en curso un proceso penal, la información proporcionada a su interlocutor fuera tomada como un testimonio en su contra. Dijo al respecto:

Quien hable con un particular acerca del hecho que se imputa, no puede dudar de la voluntariedad de este acto y menos acerca de la permisión de valorar lo que él ha informado, en caso de que se abra un proceso penal en su contra y el otro deba declarar como testigo dentro de ese proceso^{468}.

Finalmente, frente al mandato de llevar un proceso dentro de los parámetros del principio de lealtad procesal, el Senado Segundo estimó que no existía una violación de este postulado, porque dentro de la investigación penal están permitidos los procedimientos secretos, como una forma de lucha efectiva contra la criminalidad, como sucede, por ejemplo, con el agente encubierto (§iioa Stpo^{469}) o la ya mencionada vigilancia de las telecomunicaciones (§§iioa, ioob Stpo):

Se trata sencillamente de un proceder “secreto” de la policía, con el fin de ocultar su participación frente al sospechoso y poder de este modo obtener pruebas en su contra. La reserva de la iniciativa y participación de la policía no es motivo suficiente para fundamentar la prohibición de dicho procedimiento. Ni los principios del Estado de derecho, ni las disposiciones del proceso penal excluyen en el marco del esclarecimiento de delitos disponer de métodos y mecanismos, cuyo empleo no pueda ser reconocido por parte del sospechoso como un procedimiento policial [...]. El límite de un procedimiento de la policía autorizado por el proceso penal y el Estado de derecho será superado, cuando el uso de un mecanismo desleal, desaprobado por el ordenamiento jurídico, concurra con la reserva del procedimiento^[470].

6. DECISIÓN DEL SENADO MAYOR DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (BGHST 42, 139)

Debido a esta multiplicidad de fundamentaciones y soluciones antagónicas que los diferentes senados del Tribunal Supremo Federal alemán habían dado a este tema, como las que acaban de ser analizadas, el Senado Mayor para Asuntos Penales atendió al llamado del Senado Quinto, en donde se planteó el problema jurídico en cuestión:

¿Pueden ser valorados como testimonio aquellos conocimientos que han sido obtenidos gracias a que, por iniciativa de las autoridades de investigación, un particular ha interceptado el interrogatorio planeado del inculcado efectuado por parte de una persona de confianza acerca de un hecho punible ya consumado?^[471]

El Senado Mayor, después de dejar a un lado la discusión acerca de la terminología referida a las “personas de confianza”^[472], resuelve este interrogante en favor de la validez de este tipo de procedimientos. Bajo su óptica, las normas legales presuntamente violadas no son aplicables por extensión a los interrogatorios por ardid, razón por la cual no existe una prohibición probatoria que haya sido violada, ni se vulneraron los principios generales del sistema procesal penal. La conclusión del Senado Mayor del

Tribunal Supremo Federal frente a los interrogatorios por ardid es la siguiente:

No existe violación alguna a las disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal que conduzca a una prohibición de valoración de las pruebas, cuando las autoridades de investigación hacen que un particular sostenga una conversación con el sospechoso encausada a la obtención de información destinadas al objeto de la investigación, sin que se revele la intención de investigación. En todo caso, de tratarse del esclarecimiento de un delito de gran importancia y la averiguación de los hechos mediante otros métodos de investigación fuese considerablemente menos eficaz o bastante complicada, no habría tampoco una violación a los principios generales del Estado de derecho, superiores y complementarios al Ordenamiento Procesal Penal^{473}.

- LÍMITES EN LAS INVESTIGACIONES SECRETAS

En síntesis, el Senado Mayor consideró que el Ordenamiento Procesal Penal alemán no prohíbe las investigaciones secretas, tal como se deduce, por ejemplo, de las normas referentes a la vigilancia de las telecomunicaciones (§§ iooa, ioob Stpo) y a las operaciones con agentes encubiertos (§ iioa Stpo). Sin embargo, esa facultad tiene como límite la aplicación de los “principios generales del Estado de derecho, superiores y complementarios al Ordenamiento Procesal Penal”, lo cual sucedería, en concreto, si la medida que se toma no corresponde a la investigación de un hecho punible especialmente grave y, además, si el esclarecimiento de los hechos no tendría éxito con el uso de otros medios probatorios, ya sea porque éstos resultan siendo ineficaces o porque su ejecución es considerablemente complicada.

Se trata, sencillamente, de determinar los límites de este tipo de procedimientos con la aplicación del principio de proporcionalidad. Es evidente que la fórmula que ha creado el Senado Mayor proviene de la misma sistemática que prevé el legislador respecto de los procedimientos secretos de la policía que ya se han mencionado (§§ iooa, ioob, iioa Stpo)^{474}. La gravedad del hecho punible y las dificultades que presente la práctica de otros medios probatorios serán, por lo tanto, los criterios relevantes a la hora de considerar la validez de la

medida y, en últimas, la valoración del material probatorio que de ello resulte. Los casos que se encuentran regulados por la ley deberán además ceñirse a los requisitos especiales que estas disposiciones prevean^{475}.

De esta manera, se entiende que estas prácticas no son de libre utilización, sino que están reservadas para contrarrestar las conductas que más afectan la estructura social, razón por la cual sólo proceden como una *ultima ratio* respecto de las injerencias, en la medida en que deben agotarse los demás métodos de investigación del caso, para que sea legítima la intervención, esto según el subprincipio de necesidad. A continuación se expondrán las consideraciones que tuvo en cuenta el Senado Mayor para llegar a esta conclusión.

7. DETERMINACIÓN DEL ALCANCE NORMATIVO DE LAS FORMAS PROPIAS DE LA INDAGACIÓN DEL INCULPADO ANTE UNA AUTORIDAD DE INVESTIGACIÓN

En primer lugar, el Senado Mayor descartó una violación de las formas propias de la indagación del inculpado ante una autoridad de investigación (§ i36 y i63 a Stpo)^{476}. En efecto, en contra de lo expresado por el Senado Quinto, el ámbito de aplicación de dicha disposición no puede extenderse a todos los casos en los que el inculpado haya declarado “directa o indirectamente” ante un órgano de persecución penal, porque de esta manera se cuestionarían muchas disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal que gozan de plena validez. Por ejemplo, esta ampliación del concepto de “indagación” afectaría las declaraciones que hayan sido obtenidas por medio de un agente encubierto, mecanismo de investigación autorizado por el mismo ordenamiento jurídico. La interpretación por extensión de dicha norma resulta, finalmente, incompatible con todo el sistema probatorio del Ordenamiento Procesal Penal.

De la misma forma, se considera que la finalidad de dichas disposiciones no es advertirle al sospechoso que será interrogado por parte de un funcionario o por parte de una autoridad de investigación con la colaboración de un particular^{477}. El deber de instruir al inculpado sobre el objeto de la

investigación busca dejarle en claro que es libre de declarar, así esté siendo indagado por un juez, fiscal o funcionario de la policía.

Se trata, por consiguiente, de advertirle que no está obligado a cumplir con un deber de declarar. Se establece que esta norma no se infringe cuando un particular hace que el inculpado sostenga con él una conversación para obtener declaraciones que podrían eventualmente perjudicarlo, aun si ello ocurre por iniciativa de las autoridades de investigación^{478}. La razón de lo anterior radica en que el inculpado sabe perfectamente que no tiene el deber de declarar ante autoridades o particulares.

8. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS PRÁCTICAS VIOLATORIAS A LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD DEL INVESTIGADO

Bajo estos mismos presupuestos, el Senado Mayor consideró que no puede sostenerse que la determinación de los hechos mediante una conversación que oculta su carácter de investigación equivalga a un engaño en el sentido del párrafo 136a Stpo, o a alguna otra práctica mencionada por la misma disposición. De esta manera advierte que esta medida no es en lo absoluto un caso de engaño proscrito por el Ordenamiento Procesal Penal y que por ello es necesario que el concepto de “engaño” mismo sea interpretado de manera más estricta^{479}.

9. LA PRELACIÓN DE LA LIBERTAD PROBATORIA

Por otro lado, difiere de la tesis que considera la práctica de investigaciones secretas una violación del principio de publicidad del proceso penal^{480}. La publicidad de que goza la diligencia de indagación del inculpado no es razón para establecer un principio en la ley procesal penal conforme al cual se prohíban las investigaciones de los hechos, en especial los interrogatorios al inculpado, que no revelen su propósito investigativo.

Lo que el Ordenamiento Procesal Penal plantea es más bien un principio de libertad probatoria. El legislador mismo se ha encargado de prohibir expresamente los métodos de averiguación de la verdad. Al respecto dijo:

Para lo demás, las autoridades de policía son en principio libres de elegir sus métodos de investigación. Ello incluye la posibilidad de proceder de manera oculta frente al sospechoso. La reserva de un procedimiento policivo no es un hecho que, conforme al ordenamiento procesal penal, fundamente por sí mismo la improcedencia de las medidas que se tomen. No se puede deducir un “principio de la publicidad del actuar del Estado” a partir de las disposiciones de la ley que regulan el procedimiento de investigación^[481].

I.0 DETERMINACIÓN DE LA POSIBLE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS

Después, el Senado Mayor analiza cada uno de los derechos fundamentales que para ese tribunal, y según el problema jurídico planteado, pueden vulnerarse con esta práctica de investigación. Se trata de los derechos a la no autoincriminación, a la intimidad de las telecomunicaciones y a la autodeterminación informativa.

a. LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Conforme al fallo, el derecho a la no autoincriminación del ciudadano (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no se viola *per se* con este tipo de métodos de investigación^[482]. Este principio dispone que nadie puede ser obligado en un proceso penal a declararse responsable de la comisión de un delito y, además, a cooperar activamente en la investigación del comportamiento ilícito, porque el sospechoso y los delincuentes son considerados autorresponsables. El derecho a guardar silencio es también una expresión de este principio y, por consiguiente, su completo ejercicio no puede ser interpretado para desfavorecer al sindicado (indiciado).

El proceder descrito en los hechos no viola estas dimensiones del principio de

no autoincriminación, puesto que en ningún momento se ha coaccionado al inculpado a declarar en su contra. Es así como se formula la siguiente regla:

El sospechoso que opine acerca de las preguntas sobre el objeto de la investigación dentro de una conversación con un colaborador asignado por una autoridad de investigación, no declara en razón de una coacción efectiva o simulada^[483].

Lo relevante es, por lo tanto, que el sospechoso no sea obligado a declarar, esto es, que la voluntariedad de su proceder no se cuestione, puesto que

El objeto de la protección del principio del *nemo tenetur* es la libertad frente a la coacción a declarar o cooperar en el proceso penal. La libertad frente a la posibilidad de caer en un error no hace parte del ámbito de aplicación de dicho principio^[484].

b. LA PRIVACIDAD DE LAS TELECOMUNICACIONES

En segundo lugar, frente al principio de la privacidad de las telecomunicaciones, el Senado Mayor adopta la tesis sostenida en otras sentencias del Tribunal Supremo Federal, entre ellas la BGHSt39, 335 del Senado Segundo, en donde había establecido que no se vulnera el derecho a la intimidad si uno de los participantes de la comunicación autoriza que un tercero escuche el contenido de ella^[485].

C. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

En tercer lugar, frente al principio de la autodeterminación informativa, el Senado Mayor resuelve nuevamente el interrogante conforme a lo fallado por el Senado Segundo (BGHSt 39, 335). Sostiene que tampoco existió una violación de este derecho, puesto que hoy en día debe aceptarse que las llamadas telefónicas son accesibles a otros oyentes. Por lo tanto, el hecho de que un segundo oyente se entere de la conversación no equivale a la intromisión en la esfera privada.

No obstante, el Senado Mayor aclara que este tipo de prácticas tiene límites constitucionalmente establecidos. Reconoce que aunque estos procedimientos podrían considerarse de antemano actos que están próximos a vulnerar el principio *nemo tenetur*, lo que resulta realmente determinante para establecer su permisión es su ponderación respecto de un principio que contiene asimismo un carácter constitucional^[486]. Se trata, por lo tanto, del deber constitucional del Estado de ejecutar una efectiva persecución penal, que se deduce de la protección necesaria de la comunidad y sus ciudadanos. Esta ponderación genera la siguiente regla:

[...] La incorporación secreta de personas en el sentido que se ha operado, las cuales interrogan al inculpado con el fin de inducirlo a que declare asuntos que le sean perjudiciales, está en todo caso permitida y no conduce a una prohibición de la valoración de la prueba, si el hecho que se reconstruye como objeto de la persecución corresponde a un delito de gran importancia y si la práctica de otros métodos de investigación -cuya selección deberá darse nuevamente a la luz del principio de proporcionalidad- prometiére muy pocos resultados o resultare bastante complicada. Los catálogos de los parágrafos §§ 98 a, ioo a, iio a Stpo contienen las indicaciones respectivas para responder el interrogante acerca de cuándo un delito ha de ser considerado como importante; la enumeración no es limitativa^[487].

En conclusión, el Senado Mayor del Tribunal Superior entiende que, *prima facie*, no existe una prohibición de obtención probatoria que recaiga directamente sobre este tipo de procedimientos y, por lo tanto, tampoco una prohibición de valoración derivada. La prueba será utilizada en juicio siempre y cuando se aplique el principio de proporcionalidad en el caso concreto, que deberá efectuarse con base en estos criterios:

1. Que se trate de un delito considerado grave por el ordenamiento penal;
2. Que para el caso concreto el hecho que se pretenda investigar tenga una especial relevancia y
3. Que el esclarecimiento del hecho no sea posible mediante otros métodos probatorios, bien sea porque resultan considerablemente ineficaces para obtener

la prueba que se requiere, o porque su práctica es en últimas irrealizable.

Como puede observarse, la prohibición o bien la autorización de la práctica y valoración de esta clase de pruebas surgen a partir de fundamentos constitucionales, lo cual puede obedecer a la ausencia de una regulación legal estricta al respecto y a su proximidad con la violación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

II. NUESTRA POSICIÓN

Desde luego, es evidente que por la diferencia normativa que existe entre los dos sistemas, el alemán y el colombiano, es posible llegar a soluciones distintas para el caso expuesto. Pero el problema central, esto es, la legitimidad de la afectación de los derechos fundamentales por medio de los interrogatorios realizados con ardid, es perfectamente trasladable a nuestra realidad jurídica.

En el caso objeto de estudio se trata específicamente de una prohibición de valoración de la prueba en el proceso penal, lo cual, según el Tribunal Supremo Federal, dependerá principalmente del reconocimiento de una prohibición legal para la obtención de esa prueba, esto es, del método probatorio empleado^{488}. En otras palabras, se trata de una prohibición de valoración dependiente, ya que se origina o estructura en la medida en que exista una prohibición probatoria sobre el método empleado para la obtención.

Para resolverlo, el Tribunal Supremo Federal analizó el alcance del parágrafo 136a Stpo, en donde se encuentra la prohibición de ciertas prácticas que se efectúan con menoscabo de la libertad de determinación del inculpado durante los interrogatorios. Como se observó, en este caso se consideró que no existía un engaño para provocar la declaración del inculpado acerca de los hechos y mucho menos un caso de coacción, prácticas que están expresamente prohibidas por esta norma. Por lo tanto, la obtención de la prueba mediante este método no estaba prohibida y, por ende, tampoco su valoración.

La solución dada a este caso por el Tribunal ha sido intensamente criticada por la doctrina alemana, porque una interpretación limitada de las prohibiciones establecidas en el § 136a stpo hace nugatorias las garantías constitucionales

como el derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*), el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa^{489}.

En nuestro ordenamiento la situación puede presentarse en términos similares. De la misma forma en que sucede en la legislación alemana, no existe dentro de nuestro Código de Procedimiento Penal una regulación directa de los interrogatorios por ardid, por lo cual se debe acudir a las normas que regulan situaciones similares y a los principios constitucionales aplicables.

Es claro que este tipo de prácticas, no reguladas por los ordenamientos internos, puede afectar el derecho a la intimidad y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, tal y como manifestó el Tribunal Supremo Federal alemán. Pero consideramos que uno de los derechos fundamentales que mayormente se pueden ver lesionados con estos métodos es el de la autodeterminación informativa. Es innegable que este derecho comparte elementos con el derecho a la intimidad, pero el desarrollo autónomo de este derecho se justifica en la medida en que las tecnologías de la información otorgan una nueva capacidad, sobre todo al Estado, para acceder a los datos personales de los ciudadanos, sin que éstos tengan un control sobre la información que es recolectada y el destinatario de las comunicaciones que se emiten.

En efecto, como lo señala HASSEMER, “En la modernidad, el Estado ya no se identifica estrictamente con su carácter amenazante en la medida [en] que lesiona a sus ciudadanos en su cuerpo o su libertad, sino que las amenazas a los derechos ciudadanos se producirán, de ahora en adelante, a través del manejo de la información en el ámbito de la intimidad. Ya no será a través del acceso a los medios de detención o arresto o a la expropiación, sino, más bien, mediante el acceso a informaciones que el Estado moderno hace patente su nuevo instrumento de amenaza”^{490}. Esta realidad, así como la llamada crisis del concepto tradicional de *intimidad*^{491}, se ha consolidado un derecho fundamental que tiende primordialmente a proteger al ciudadano frente a los excesos en los que pueda incurrir el Estado -e incluso los particulares- en el proceso de la recopilación de la información, lo cual afecta particularmente su veracidad y sus destinatarios.

Desde luego, el proceso penal es uno de los eventos en que de manera palmaria se puede observar este tipo de injerencias. En el caso resuelto por el Senado Mayor del Tribunal Supremo Federal alemán, pese a que la sentencia no desarrolla en extenso este derecho, sino que se centra en tratar las posibles implicaciones de los derechos a la intimidad y al principio de no autoincriminación (*nemo tenetur*), para nosotros es claro que la principal afectación se presenta en el derecho a la autodeterminación informativa, en especial porque se trata de una intervención estatal provocada en la que se compromete al ciudadano que no puede ejercer control sobre el destinatario de su comunicación, la cual, en principio, era privada.

a. SOLUCIONES EN EL DERECHO INTERNO

La solución a esta injerencia en los derechos fundamentales a la luz de nuestro ordenamiento jurídico podría darse a partir de la naturaleza jurídica que revisten los interrogatorios por ardid, es decir, si pueden ser comparados a una interceptación de comunicaciones o, por el contrario, a un interrogatorio regular, como se intentó en un principio en la jurisprudencia alemana. Las consecuencias de una u otra posición son radicalmente distintas, porque si se entiende este tipo de procedimientos como una forma de interceptación de comunicaciones, debe aplicarse las reglas propias de esta clase de procedimientos, lo cual implica, por ejemplo, que no sea necesaria la prevención sobre la garantía de no autoincriminación y constituiría una clara excepción a la protección del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

Si, por el contrario, los interrogatorios *por ardid* son asimilables a los interrogatorios regulares, entonces aplicarán las reglas propias de este tipo de procedimientos, por lo cual prácticamente debería descartarse de plano esta clase de métodos, porque necesitaría poner de presente al indiciado o imputado el derecho que tiene a guardar silencio y la garantía del *nemo tenetur se ipsum accusare*, según lo dispuesto en el artículo 282 cpp^{492}. Además, si se acoge esta última postura, las declaraciones hechas en la conversación telefónica no podrán ser reconocidas como confesión de la responsabilidad penal, dado que no

cumplen con los requisitos del artículo 283 cpp^{493}, al no tratarse de una manifestación libre y mucho menos consciente de su autoría o participación en la comisión de un ilícito.

Consideramos que asimilar los interrogatorios por *ardid* a una interceptación telefónica es, a todas luces, una interpretación equivocada y contraria a los principios constitucionales de nuestro ordenamiento, porque fomentaría técnicas para eludir las garantías básicas del proceso. Además, los presupuestos propios de las interceptaciones telefónicas no se encuentran presentes en el interrogatorio por ardid, lo cual quebrantaría lo que alguna parte de la doctrina ha denominado el “principio de tipicidad procesal”^{494} (requisitos para validez de un acto de investigación).

Lo mismo sucede al asimilar la interceptación telefónica con los interrogatorios regulares, porque en realidad tampoco se está frente a este tipo de técnicas de investigación.

b. CRITERIOS CONSTITUCIONALES PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE ESTE PROCEDIMIENTO

Por lo tanto, se trata realmente de un tipo de técnica de obtención de evidencia no regulada expresamente por nuestra ley procesal penal, que debe ser evaluada bajo criterios constitucionales más que legales, principalmente bajo el principio de proporcionalidad. En este sentido y conforme a nuestro derecho procesal penal, la libertad probatoria^{495} debe tener una interpretación restrictiva cuando se trata de afectaciones a los derechos fundamentales.

De ahí que una evidencia obtenida en la forma antes descrita (interrogatorio por ardid), por regla general constituye una violación de los derechos fundamentales del investigado, en especial de los derechos a la intimidad, garantía de no autoincriminación y, particularmente, de autodeterminación informativa. Por consiguiente, las pruebas obtenidas con aplicación de estos procedimientos deben ser excluidas del proceso. En otras palabras, se trata de una afectación ilegítima de derechos fundamentales, razón por la cual se debe

aplicar el artículo 29 inciso final de la Constitución y, en consecuencia, excluirla en virtud del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, en ese ejercicio de ponderación deben tenerse en cuenta otros principios como la eficacia del sistema de justicia y los derechos de las víctimas, razón por la cual, de manera excepcional, se pueden admitir como una prueba constitucionalmente legítima los resultados de las declaraciones hechas por el procesado (grabaciones, testimonio de terceros ajenos a la conversación) sólo en los casos de flagrancia y cuando la persona no haya sido provocada o llevada a error frente a la declaración (lo cual incluye la omisión de informar la intervención de un tercero en la conversación). La razón de lo anterior es que en los casos en que existe flagrancia se acepta una mayor restricción a los derechos fundamentales -también si esa afectación proviene de los particulares-, al punto de autorizar injerencias graves a los derechos, incluso sin necesidad de orden judicial, tal como sucede con la captura.

Desde el punto de vista práctico, existen dos hipótesis que pueden presentarse. La primera situación se da cuando el interrogatorio *por ardid* hubiere sido realizado por iniciativa de la policía judicial y, desde luego, con autorización de uno de los intervinientes en la conversación. En este caso resulta claro que la prueba debe ser excluida, incluso desde la etapa investigativa. La razón es clara: la policía judicial no tiene iniciativa investigativa autónoma más allá de lo establecido en el artículo 205 CPP⁴⁹⁶ sobre actos urgentes, porque está limitada por el programa metodológico realizado por el fiscal. En nuestra opinión, considerar que este tipo de procedimientos son actos urgentes resulta una interpretación contraria a la Constitución, porque a todas luces implican una afectación de derechos fundamentales, razón por la cual no pueden realizarse por iniciativa de la policía judicial.

En caso de presentarse esta situación, será el fiscal de conocimiento quien deba realizar un control jurídico de la actuación y excluirla en aplicación de los artículos 200 CPP, segundo inciso, y 205 CPP, inciso final. El fiscal debe también separar al funcionario de policía judicial de la investigación por extralimitar sus funciones, obligación que le impone el artículo 117 CPP, inciso final⁴⁹⁷.

Del mismo modo, este control puede ser ejercido por el ministerio público según lo dispuesto en el numeral i, literal *a*, del artículo iii CPP^{498}. En caso de que no se realice el control por parte de la Fiscalía, será el juez de control de garantías, o en su defecto el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, quien deberá excluir la evidencia obtenida con este mecanismo y todas las pruebas que se deriven de ella, aplicando el efecto reflejo de la prueba ilícita.

La segunda hipótesis se presenta cuando en el desarrollo del plan metodológico la Fiscalía utilice esta práctica, caso en el cual debe darse la solución planteada antes. Es claro que en los casos expresamente regulados por la Constitución la Fiscalía puede afectar derechos fundamentales incluso sin orden judicial, aunque siempre con un control judicial posterior, si se trata de afectación media o intensa. Pero, por las razones antes mencionadas, entendemos que los interrogatorios por ardid están excluidos de la facultad probatoria de la Fiscalía. En caso de presentarse esta práctica, será el juez de control de garantías, o en su defecto el juez de conocimiento, quien entre a excluir la prueba. Incluso, en aplicación del artículo iii mencionado, el ministerio público, si tiene conocimiento previo de la práctica de esta evidencia, podrá solicitar su no realización, con excepción de los casos señalados de flagrancia y siempre que no exista provocación para obtener la declaración.

En conclusión, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, la aplicación del principio de proporcionalidad deberá efectuarse teniendo en cuenta los derechos de las víctimas y la efectividad del sistema de justicia. Pero, aún así, consideramos que sólo en casos de flagrancia es factible incluir dentro de las pruebas de cargo los interrogatorios por ardid, porque de lo contrario esta práctica implica una limitación desproporcionada a los derechos de quien es investigado en el marco de un proceso penal.

B. SEGUNDO CASO. ESCUCHAS PERSONALES EN LUGARES
SIMILARES AL DOMICILIO FRENTE A LOS DERECHOS
DE INTIMIDAD, GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN
Y AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA.

Dentro de los primeros antecedentes jurisprudenciales sobre la admisión de la vigilancia de las habitaciones privadas se encuentra la sentencia BGHSt 44, 138, del 24 de julio de 1998, emitida por el Senado Tercero para Asuntos Penales del Tribunal Supremo Federal alemán. Antes de analizar los hechos y las consideraciones de este fallo, se debe tener en cuenta la evolución que ha presentado dicha normatividad en los últimos años.

La figura que se estudia corresponde a la llamada “vigilancia de las habitaciones” (en alemán, conocida como el *großer Lauschangriff*), regulada por los parágrafos 100c y 100d del Ordenamiento Procesal Penal (StPO) y prevista además en la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 13 de la Ley Fundamental GG^{499}). Este derecho fundamental implica el aseguramiento espacial del derecho de cada individuo “a que lo dejen en paz”. Es decir, el domicilio es el “espacio físico que delimita la esfera privada”, el punto central de la existencia humana^{500}. El derecho a la autodeterminación está, por lo tanto, asegurado por este derecho de inviolabilidad del domicilio, en la medida en que se entienda que cada sujeto es libre de determinar el acceso de otros a esa esfera, así como al libre “dominio de las informaciones sobre los procesos y objetos” que se erigen en él^{501}.

I. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN

El origen de la redacción y comprensión del alcance de esta norma se remonta a los comienzos de 1998, cuando se reformó el artículo 13 de la Ley Fundamental (GG) con el fin de facilitar la persecución penal^{502}, lo cual permitió la expedición de la Ley de Mejoramiento y la Ley para la Lucha contra la Organización Criminalizada (*OrgK-Verbesserungsgesetz*), vigente a partir del 8 de mayo del mismo año^{503}. Luego, el 3 de marzo del 2004, el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucionales varias de sus disposiciones^{504}. Debido al impacto que produjo este fallo sobre el contenido

de la norma, el legislador se vio obligado a expedir una nueva ley, que entró en vigencia el 24 de junio del 2005, para determinar el contenido de la regulación hoy vigente^{505}.

Así mismo, la jurisprudencia interpretó el alcance del artículo 13 de la Ley Fundamental a partir de dos formas de comprender el concepto de “intimidad”. En primer lugar, se reconoce aquel ámbito que no es público, en donde el sospechoso puede llegar a ser vigilado, teniendo en cuenta los presupuestos de validez de la ejecución de dicha medida (principio de proporcionalidad)^{506}. En segundo lugar, se encuentra el ámbito esencial de configuración de la vida privada, espacio dentro del cual el individuo tiene el derecho absoluto a configurar su vida privada, sin que sea perturbado^{507}. Este último ámbito ha sido interpretado como el mínimo de garantía de privacidad espacial que tiene la persona y, por consiguiente, no hace parte en lo absoluto del objeto de investigación penal^{508}. Lo anterior, con base en la interpretación sistemática de los artículos 1.º y 13 de la Ley Fundamental, que reconoce la dignidad humana como principio rector de todo el ordenamiento constitucional alemán.

La limitación a este tipo de procedimientos surge del concepto de “ámbito esencial de configuración de la vida privada”^{509}, desarrollado en un comienzo por la jurisprudencia constitucional^{510}, y luego adoptado por la jurisprudencia penal^{511}. En la actualidad hace parte de la redacción del parágrafo iooc, inciso 4.º, Stpo. Su determinación resultará sólo a partir del estudio del caso concreto y dependerá de la consideración del lugar, de la calidad del sujeto parte de la comunicación (personas de confianza especial del sospechoso) y de su contenido (en qué medida corresponden al ámbito personalísimo del sujeto y cuándo afectan el ámbito de la generalidad, esto es, presentan un vínculo especial con un delito grave)^{512}.

2. REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL LEGISLADOR

Además de tener en cuenta los criterios generales de determinación del núcleo

esencial de configuración de la vida privada creado por la jurisprudencia constitucional, se deberán atender los requisitos establecidos por el legislador (§§ 100c, 100d Stpo). Los presupuestos generales que concurren en la aplicación de estas medidas previstos en la ley (§ 100c, inciso 1.º Stpo) son:

1. Que en razón de ciertos hechos se sospeche que alguien es autor o partícipe de la comisión de un delito especialmente grave, o de la tentativa de la comisión de un delito de la misma índole, en los casos en que la tentativa es punible. La determinación de la gravedad del delito opera con el establecimiento de un catálogo introducido en el inciso 2.º de la misma norma^{513}.

2. Que el hecho, en el caso concreto, sea de especial importancia. La gravedad del hecho no se determina sólo de manera abstracta: también en el caso concreto deberá precisarse su importancia^{514}.

3. Que con base en referencias reales se considere que mediante la vigilancia se podrán registrar declaraciones importantes para la investigación de los hechos o para la indagación del lugar en donde se encuentre uno de los inculpados^{515}.

4. Concorre la llamada “cláusula de subsidiariedad”, que condiciona la decisión de autorizar la medida a la ineficacia de la investigación de los hechos, o a la dificultad de encontrar el sitio donde se encuentra uno de los inculpados por otros medios probatorios. De esta manera, si la obtención de esta información puede hacerse con la práctica de otros medios probatorios, o si resulta excesivamente difícil o inútil, podrá procederse a la vigilancia de la habitación^{516}. Lo excesivo (“desproporcionado”) indica por consiguiente el carácter de *ultima ratio* de la persecución penal^{517}.

De la misma manera, se establece que el “afectado” con la medida será el inculpado y que la vigilancia se hará sin su conocimiento (100 c, inciso 1.º), en principio, en su domicilio^{518}. No obstante, bajo estrictas medidas podrá también ser vigilado el domicilio de terceros (100 c, inciso 3.º, oración 2.a STPO)^{519}.

3. PROHIBICIÓN DE VULNERAR EL ÁMBITO ESENCIAL DE PRIVACIDAD

Esta norma menciona explícitamente la prohibición de vulnerar el ámbito esencial de configuración de la vida privada (100 c, inciso 4.º, Stpo). La medida sólo podrá ser ordenada si conforme a ciertos hechos reales (acerca de la calidad del lugar y la relación de confianza con el interlocutor) puede deducirse que no se abarcará este ámbito de protección especial^{520}. Debido al reconocimiento del carácter absoluto de la protección de este ámbito, esto es, que su acceso no puede ni siquiera ser objeto de consideración en un juicio de ponderación de intereses^{521}, la ley señala que si durante la vigilancia del sospechoso se detecta que el contenido afecta su esfera esencial de privacidad, deberá interrumpirse el procedimiento, borrar inmediatamente lo que se hubiese registrado y dejar un acta de ello (100 c, inciso 5.º, STPO)^{522}.

3. PROHIBICIÓN DE VULNERAR EL ÁMBITO ESENCIAL DE PRIVACIDAD

Esta norma menciona explícitamente la prohibición de vulnerar el ámbito esencial de configuración de la vida privada (100 c, inciso 4.º, stpo). La medida sólo podrá ser ordenada si conforme a ciertos hechos reales (acerca de la calidad del lugar y la relación de confianza con el interlocutor) puede deducirse que no se abarcará este ámbito de protección especial⁷⁸. Debido al reconocimiento del carácter absoluto de la protección de este ámbito, esto es, que su acceso no puede ni siquiera ser objeto de consideración en un juicio de ponderación de intereses⁷⁹, la ley señala que si durante la vigilancia del sospechoso se detecta que el contenido afecta su esfera esencial de privacidad, deberá interrumpirse el procedimiento, borrar inmediatamente lo que se hubiese registrado y dejar un acta de ello (100c, inciso 5.º, stpo)^{523}.

De la misma manera, el párrafo 100c inciso 6.º stpo protege el ámbito esencial de configuración de la vida privada mediante la *prohibición de la producción de la prueba* que tenga por objeto la comunicación del sospechoso con personas que, en razón de su profesión, cumplen un deber de confidencialidad (§ 53 Stpo)^{524}. De llegar a determinarse tras la práctica de la

prueba la pertenencia de los implicados al grupo de personas aquí mencionado, se deberá borrar el material obtenido y, de ser el caso, se prohibirá su valoración^{525}.

Por otra parte, para el caso de las relaciones de confianza especial del sospechoso (§ 52 Stpo)^{526} y el grupo de personas que trabajan como auxiliares de los profesionales con deber de confidencialidad (§53a Stpo)^{527} se ha dispuesto una prohibición de valoración de la prueba, que no tiene efectos si la injerencia en la relación de confianza no llega a ser desproporcionada, en atención a los intereses de investigación (§ iooc, inciso 6.º, oración 2.a, stpo)^{528}. En todo caso, las prohibiciones mencionadas no regirán para todo el grupo de personas aquí considerado (§§ 52, 53 y 53a Stpo) si luego de comprobarse cuidadosamente determinados hechos se tiene la sospecha de que estas personas son partícipes de un delito de favorecimiento, obstrucción a la justicia o encubrimiento (§§ iooc, inciso 6.º, oración 3.a, stpo, 16o a Stpo), dejando sin embargo por fuera de esta restricción al abogado defensor^{529}.

Finalmente, el párrafo iood stpo regula detalladamente el trámite que debe iniciarse para decretar este tipo de medidas, que deberán ser solicitadas por el fiscal ante el juez competente. Esto obedece al mandato constitucional de mantener una reserva judicial al respecto (art. 13, inciso 3.º, GG)^{530}. La decisión debe ser tomada por un cuerpo colegiado conformado por tres jueces (art. 13, inciso 3.º, oración 3.a, GG) y, excepcionalmente, por un juez en caso de que una demora representare peligro inminente para los derechos fundamentales^{531}. El juez debe examinar si existe prohibición para el decreto de la prueba^{532}.

Una vez expuesto el contexto normativo en el cual se produce el fallo, a continuación se expondrán los hechos que dieron lugar a dicho pronunciamiento:

A. HECHOS

– Una persona es acusada de causar un incendio en una casa para aspirantes al

derecho de asilo. En el incendio resultan muertas diez personas y treinta ocho heridas.

- Al sospechoso se le impuso medida de detención preventiva. Durante su estadía en el establecimiento carcelario se ordenó la vigilancia y grabación de las visitas que recibía. De esta manera fueron vigiladas seis visitas por parte de un funcionario penitenciario, auxiliado ocasionalmente por un intérprete que hacía la traducción del contenido de la información al alemán. La presencia de estas personas era notoria tanto para el detenido como para sus visitantes. Este procedimiento fue ejecutado conforme a lo previsto en el parágrafo 100c Stpo.

- En el juicio, la Fiscalía solicitó la reproducción de estas grabaciones, así como su traducción al alemán y, por último, pidió escuchar a los testigos competentes para interpretar el contenido de dichas conversaciones, toda vez que este material contenía indicios para establecer la autoría del acusado.

- La Cámara Penal del Tribunal Federal de Lübeck, al norte de Alemania, rechazó esta prueba, al considerar que se vulneró un derecho fundamental del acusado, porque se hicieron las grabaciones sin soporte legal alguno. En efecto, la obtención de la prueba no estaba realmente cobijada por el parágrafo 100c Stpo, esto es, la norma que regula la vigilancia de las habitaciones. Según su opinión, la sala de visitas de un establecimiento carcelario debe entenderse también como “domicilio” en el sentido del artículo 13 de la Ley Fundamental (GG). Por consiguiente, según esta norma constitucional, las habitaciones privadas hacen parte de la protección del derecho a la intimidad.

- Conforme a lo establecido por la Cámara del Tribunal Federal, el procedimiento debía realizarse según lo preceptuaba el § 119, inciso 3.º, Stpo. Esta norma, vigente en el momento de la emisión del fallo, establecía como cláusula general que toda medida de restricción tomada dentro de un establecimiento carcelario debía concordar con las finalidades de la detención^{533}. Si bien el parágrafo 119 stpo fue recientemente modificado^{534}, de igual forma se requieren ciertas medidas restrictivas para el detenido cuando se trate de prevenir los peligros que fundamentan la detención preventiva (§§ 112, 112a), a saber, el peligro de fuga, encubrimiento y reincidencia^{535}.

– El Tribunal Federal de Lübeck declaró inocente al acusado del cargo que se le imputaba por la provocación de un incendio agravado, en concurso con lesiones personales a título de imprudencia.

– A solicitud de la Fiscalía, el Tribunal Supremo Federal conoció de la revisión del fallo, con el argumento de que el rechazo de la prueba por parte de la Cámara de Asuntos Penales del Tribunal Federal se hizo bajo un fundamento errado.

b. PROBLEMA JURÍDICO

¿Los establecimientos carcelarios pueden incluirse en el concepto de “habitación” para efecto de la protección del derecho a la intimidad de las personas que se encuentran reclusas, o deben ser excluidos de esta categoría?

C. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN

El Tribunal Supremo Federal objetó la prohibición de la valoración de la prueba, porque estimó que las salas de visitas de los establecimientos de reclusión no hacen parte del concepto de “domicilio” protegido por el artículo 13 de la Ley Fundamental. Si bien reconoce que la protección constitucional de la habitación es el límite a la vigilancia de la esfera privada por parte de las autoridades de investigación, todo aquello que se encuentre por fuera de este ámbito de protección podrá ser vigilado.

Por consiguiente, en su criterio, la sala de visitas de los establecimientos carcelarios tiene una menor protección que la de las celdas. Pero, de todas maneras, las medidas de vigilancia que sean tomadas (§ 119 Stpo, nr. 27 *UVollzG*) deben resultar de la aplicación del principio de proporcionalidad, *v. gr.* en atención a la gravedad del hecho (§ 100c Stpo). A su vez, también debe tenerse en cuenta el respeto de la dignidad humana del preso, concretamente, del “ámbito esencial de configuración de la vida privada”.

Este último ámbito estricto de protección corresponde al aspecto más íntimo de una persona, el cual se sustrae incluso de la acción estatal en el marco del

establecimiento de la verdad. En otras palabras, no puede ni siquiera entrar a considerarse una injerencia en este ámbito en el momento de aplicar el principio de proporcionalidad. A continuación se puede leer lo que el Tribunal Supremo Federal entiende por “domicilio”:

El concepto de domicilio en el sentido del artículo 13 GG y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [...] no ha de entenderse en el sentido estricto del lenguaje coloquial, sino, más bien, en un sentido más amplio. Él abarca todos los espacios que han sido privados a un acceso general mediante el aislamiento y que se han construido para los lugares del obrar privado con el fin de garantizar una esfera espacial, en la cual la vida privada se pueda desarrollar sin interferencias^{536}.

Existen, por lo tanto, ciertos espacios que han sido reconocidos como “domicilio” en el sentido de la norma constitucional que se menciona^{537}. Por ejemplo, los cuartos de los hoteles, los espacios privados de oficinas, los establecimientos laborales, talleres, entre otros. Por fuera de este marco se encuentran la garita de un soldado o funcionario de la policía, los vehículos de transporte de personas o las celdas de las prisiones preventivas.

- LA PROTECCIÓN A LA PRIVACIDAD

La protección reducida a la privacidad de las habitaciones en el caso de la sala de visitas de un establecimiento carcelario, que reconoce el Tribunal Supremo Federal, resulta sencillamente de la interpretación sistemática de las disposiciones que regulan la ejecución de la detención preventiva:

La sala de visitas de una prisión preventiva no le garantiza al preso la esfera privada, como la presupone el ámbito de protección del artículo 13 GG. El derecho del individuo a tener su tranquilidad [...], le será garantizado al preso en una la sala de visitas solamente en una dimensión considerablemente reducida, conforme a las condiciones especiales de la prisión preventiva. Una esfera privada espacial es garantizada ahí en

una proporción menor que en una celda. Esto se deduce ya del hecho de que según el § 119, inciso 3 Stpo, numeral 27 *UVollzO* las visitas pueden ser regularmente vigiladas por un servidor del establecimiento, en casos especiales también por un agente de la policía criminal. Éste podrá intervenir, interrumpir la visita en caso necesario cuando le parezca que el contenido de la conversación sea delicado respecto del proceso penal o teniendo en cuenta el orden en el establecimiento, cfr. nr. 27, inciso 3 *UVollzO*; aquí debe contar el preso con que el contenido de la conversación sea registrado en forma escrita dentro de las actas de investigación. La comunicación entre los presos y los visitantes puede además estar sometida a otras restricciones. Así, podrá ordenarse que la conversación solamente se pueda llevar a cabo en alemán o en presencia de un intérprete. En lo demás, el derecho del orden del establecimiento se extiende también a la sala de visitas, de tal forma que el preso tenga que contar con la entrada de otras personas^[538].

Se destaca también el análisis que realiza el Tribunal Supremo Federal en lo referente a la proporcionalidad de la medida, particularmente cuando considera la violación de los derechos de los terceros que se encontraban en la sala de visitas. Como se ha mencionado, la Ley Fundamental alemana establece la protección de la esfera privada de los ciudadanos, como sucede en el caso de la inviolabilidad del domicilio (art. 13 GG). No obstante, esta norma constitucional autoriza expresamente la vigilancia del domicilio, práctica que se encuentra delimitada por el respeto absoluto del ámbito esencial de configuración de la vida privada (art. 13, incisos 3.º-7.º GG, §§ 100c, 100d Stpo). De esta manera, se establece que la vigilancia que no afecte este ámbito absoluto de protección procederá siempre que sea una medida proporcionada, esto es, cuando se cumplan con los presupuestos generales establecidos por el legislador ya explicados^[539].

- VIGILANCIA DEL DOMICILIO
E INJERENCIAS DE TERCEROS

Así mismo, la autorización del constituyente para efectuar la vigilancia del

domicilio abarca también la injerencia en la esfera de terceros^{540}. Por consiguiente, si el ciudadano vigilado sostiene conversaciones con otras personas dentro de estas habitaciones y su contenido no corresponde al núcleo de configuración de la vida privada, la medida será también adecuada. Así lo interpretó el juez en el caso en cuestión^{541}. En su opinión, el hecho de que se encontraran terceros bajo vigilancia de las autoridades no altera la validez de la prueba. Lo anterior resulta de una interpretación de la figura prevista en el parágrafo 100c sobre la vigilancia de las habitaciones privadas, en donde la sola afectación de los terceros no lleva a la prohibición de la prueba.

Finalmente, el Tribunal Supremo advierte que si bien estas medidas son procedentes en los casos de detención, ellas no pueden ser arbitrarias, sino que están limitadas no solo por el principio de proporcionalidad, sino también por el respeto de la dignidad humana, mediante el reconocimiento de un “ámbito esencial de configuración de la vida privada”:

El empleo de las medidas no puede conducir a una violación de la dignidad humana, como, por ejemplo, terminar en una indagación total del inculpado. El ámbito esencial de configuración de la vida privada, ámbito que es también inviolable en el marco de la persecución penal y que le ha sido despojado sencillamente al poder público, no puede ser afectado^{542}.

En el caso concreto, el Tribunal Supremo Federal entendió que no se violó este ámbito esencial de configuración de la vida privada, porque la medida respetó el principio de proporcionalidad y el conocimiento del detenido. En efecto, los delitos por los cuales había sido detenido eran graves (10 homicidios y 38 lesiones personales) y, por consiguiente, a juicio del Tribunal, era razonable concluir que el detenido debía contar con las medidas de vigilancia, tal como se puede leer en la siguiente cita:

Ello no ocurre sin embargo en el caso de la interceptación oculta y anotación de conversaciones sostenidas con los visitantes, siempre que la visita tenga lugar bajo las condiciones anteriormente descritas de que la vigilancia pueda ser reconocida por los

interlocutores, que haya existido la sospecha de un hecho punible grave y también que en lo demás se haya garantizado el principio de proporcionalidad. En efecto, las conversaciones del acusado, como él mismo lo sabía, fueron vigiladas por completo por un agente de la penitenciaría y, siempre que habían sido sostenidas con su hermano Mo. y su padre Ma., adicionalmente con la colaboración de un intérprete de la lengua árabe. Debido a que en contra del acusado existía una sospecha fundada de un hecho punible grave, tenía que contar también durante la detención con la ejecución de dichas medidas de vigilancia, las cuales habrían sido también permitidas, si hubiese estado en libertad^[543].

4. NUESTRA POSICIÓN

Como se dijo al momento de analizar las captaciones de las comunicaciones entre presentes, consideramos que a la luz de nuestro sistema jurídico este tipo de prácticas es permitido previo examen estricto de proporcionalidad por parte del juez de garantías.

Esto es particularmente claro cuando se trata de escuchas que se realizan en el domicilio de las personas investigadas, porque en estos casos no se deja un mínimo de espacio vital sin la interferencia del Estado, por lo cual se requiere un examen más riguroso especialmente del subprincipio de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La relevancia de esta clase de injerencia no solo está vinculada con el derecho a la intimidad, sino que afecta derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la autodeterminación informativa.

Pero cabe preguntarse si, dentro de nuestro ordenamiento procesal penal, estos mismos parámetros son aplicables cuando se trata de situaciones como las descritas, es decir, en establecimientos carcelarios o similares, donde no se trata del domicilio de una persona en sentido estricto. Es más: tratándose de un sitio de reclusión donde por definición se limitan derechos fundamentales, como la libertad de movilidad, podría pensarse que es factible una afectación de esta clase.

Como se ha podido observar, en el caso del derecho procesal alemán se ha

establecido como regla general que la sala de visitas de los sitios de reclusión no garantiza una protección a la esfera de la privacidad, en los términos de la Ley Fundamental (art. 13 GG). Esto es así porque el ordenamiento jurídico alemán autoriza la ejecución de medidas especiales de vigilancia en estos espacios (*StVollzG, UVollzO*).

a. ÁMBITO DE PROTECCIÓN

DE LA PRIVACIDAD DEL DETENIDO

Sin embargo, el juez reconoce aun un cierto grado de protección de la privacidad del detenido. Deja claro que estas medidas especiales deben tomarse (1) atendiendo a los fines de la detención preventiva, (2) de tal forma que los implicados reconozcan que son vigilados, (3) teniendo en cuenta la gravedad del hecho y (4) en consideración de la prohibición absoluta de injerencia en el núcleo esencial de configuración de la vida privada del afectado (dignidad humana).

Conforme a los desarrollos posteriores de los criterios de la vigilancia de las habitaciones, se podría agregar además: (5) la protección del contenido de la información que no se relaciona con el hecho punible (§ 100c, inciso 4.º, oración 2.a, inciso 5.º stpo)^{[\[544\]](#)} y (6) las garantías de protección relativas a las relaciones de confianza del detenido (§§ 52, 53, 53a Stpo) y la protección absoluta de las conversaciones que tenga con su abogado defensor^{[\[545\]](#)}.

Como ya lo hemos explicado, las escuchas no están reguladas dentro de las técnicas de investigación descritas por la Ley 906 del 2004, y si bien existe libertad probatoria en el Código, esta debe ser interpretada restrictivamente cuando se trata de injerencias a los derechos fundamentales.

Pero, además, si bien es posible hablar de un espacio de confianza reducido en los establecimientos de reclusión -o de una mera expectativa de intimidad-, tal como opera en el derecho procesal alemán, no se puede perder de vista que el ciudadano que durante el proceso penal se encuentre privado de la libertad está en una situación de vulnerabilidad todavía mayor a la que usualmente debe

soportar la persona investigada en libertad. Por esta razón, haciendo una interpretación constitucional de este procedimiento en nuestro ordenamiento jurídico pueden ser permitidas estas prácticas solo en la medida en que se trate de la investigación de hechos punibles considerados de alto impacto para la sociedad y con el agotamiento previo de otras técnicas de investigación que puedan ser efectivas para la obtención de información.

También debe tenerse en cuenta en el examen de proporcionalidad que conforme a las disposiciones del proceso penal colombiano la admisión de la vigilancia de las visitas que reciba el preso no solo afecta sus derechos, sino también los derechos de los terceros que participan en la conversación, quienes posiblemente no sean sujetos procesales.

b. AFECTACIONES A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMÁTICA

Por último, creemos que en los supuestos fácticos del caso fallado por el Tribunal Supremo Federal existió también una afectación al derecho fundamental de la autodeterminación informativa, asunto que no fue mencionado en la sentencia. Como se dijo, uno de los principales aspectos que protege este derecho fundamental consiste en determinar libremente los destinatarios de las propias comunicaciones.

Este derecho es afectado cuando las conversaciones del procesado con terceros ajenos al proceso penal son accesibles al Estado. Desde el punto de vista constitucional, la necesidad de encontrar límites al manejo que de la información de los particulares realiza el Estado “resulta evidente cuando el dominio sobre los datos personales de los ciudadanos engendra el riesgo de que el control social formal e informal llegue a límites inconstitucionalmente indefendibles, toda vez que tiende a anular las posibilidades para que el ciudadano pueda autodeterminarse, pueda escoger los medios, las formas y los planos donde llevará a cabo su proyecto de vida. El riesgo aquí presente, dicho en dos palabras, no solo consiste en alcanzar un ‘ciudadano de cristal’ en una ‘sociedad abierta’ sino un ciudadano atemorizado en una sociedad de ‘control total’,

hipótesis que es fácilmente alcanzable con los medios tecnológicos a disposición de aquellos que deseen utilizarlos”¹⁵⁴⁶. Estos límites los encontramos en el principio de proporcionalidad.

C. TERCER CASO. INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS
ELABORADOS POR EL PROCESADO PARA SU DEFENSA NO
DIRIGIDOS A SU ABOGADO FRENTE AL DERECHO DE NO
AUTOINCRIMINACIÓN Y AL DERECHO DE DEFENSA

El Tribunal Supremo Federal alemán, Senado Tercero de Asuntos Penales, en la sentencia 44, 46 del 25 de febrero de 1998, estudió los siguientes hechos:

I. HECHOS

- Conforme a los hechos determinados en el fallo, el acusado hirió gravemente a la víctima, una mujer joven, con un objeto contundente y un arma cortopunzante, con la intención de matarla. La víctima no falleció en el momento.
 - Convencido erradamente de que la víctima había muerto, la arrastró 80 metros hasta llegar a un bosque.
 - Una vez la víctima despertó de su estado de inconsciencia, el acusado le dio muerte con varias puñaladas en el cuello, esto con el fin de no ser descubierto por el hecho anterior. Entre el primer hecho y el segundo pasaron aproximadamente quince minutos.
 - El acusado sostuvo en el juicio que le había causado las heridas en el cuello a la víctima inmediatamente después de haberle ocasionado las otras heridas. Por ello, los hechos debían ser considerados únicamente parte de la comisión del delito de homicidio, conforme al § 212 StGB.
 - En opinión contraria del acusado, el Tribunal Federal de Wuppertal consideró que se trataba de dos hechos diferentes, razón por la cual lo condenó por la comisión de asesinato (§ 211 StGB) y homicidio en grado de tentativa (§

212 StGB)^{547}.

– La prueba principal de cargo para condenarlo por los dos delitos fue la valoración de algunos manuscritos que le fueron confiscados al acusado al momento de ingresar a su celda, donde describía en forma desordenada aspectos referentes a los hechos y consideraciones sobre las disposiciones penales relevantes para su caso -por ejemplo, circunstancias de aminoración de la culpabilidad y otras formas de reducir la pena-. El Tribunal Federal consideró que dentro de esas descripciones contenidas en los documentos el acusado narraba los hechos de manera distinta de lo sostenido por él en el juicio, lo cual permitía condenarlo por los dos delitos. Además, el Tribunal Federal sostuvo que en estos documentos el procesado “estaba discutiendo mentalmente cómo podía ‘salir del lío’ de la mejor forma”^{548}.

– Para ordenar la confiscación y valorar los manuscritos, el Tribunal argumentó que se trataba de documentos que no estaban dirigidos al defensor.

– El acusado acudió al Tribunal Supremo Federal para que se revisara la sentencia porque, a su juicio, fue proferida con violación del párrafo § 97 inciso i.º del Ordenamiento Procesal Penal^{549}.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Los documentos elaborados por el procesado para su defensa, aunque no estén expresamente dirigidos al defensor, pueden ser incautados en desarrollo de las actividades de investigación o, por el contrario, con su incautación y valoración se incurre en una violación del derecho de no autoincriminación y del derecho de defensa?

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN

Para el Tribunal Supremo, la incautación de este tipo de documentos es una clara violación del derecho de no autoincriminación y del derecho de defensa, protegidos tanto por el Ordenamiento Procesal Penal (stpo) alemán y la Ley

Fundamental (GG) como por los tratados internacionales que regulan la materia, razón por la cual no pueden ser objeto de incautación y mucho menos de valoración a efectos de atribuir responsabilidad penal al acusado. Al respecto dijo:

Con esa forma de proceder, la Cámara penal ha faltado al hecho de que los documentos, que evidentemente han sido elaborados por el inculcado para su defensa durante el proceso que se corre en su contra, no pueden ser ni confiscados ni empleados en su contra. Conforme al artículo 6.º, inciso 3.º, de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales MRK, todo inculcado tiene derecho a disponer de la oportunidad suficiente para preparar su defensa y defenderse por sí mismo. La prohibición de la confiscación y valoración de dichos documentos de defensa se genera a partir de la aplicación del § 97, inciso i.º, Stpo^{[1550](#)}, en concordancia con el artículo 2.º, inciso i.º, art. 20, inciso 3.º GG^{[1551](#)}.

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo Federal consideró que no es relevante si el documento estaba o no dirigido al defensor, sino que “Lo decisivo es si se puede reconocer, esto es, que a partir de la perspectiva de un agente externo se pueda comprender que el inculcado ha creado el documento para su defensa”^{[1552](#)}. Aunque no se encuentren enunciados expresamente dentro de la prohibición de objetos de la confiscación (§ 97, inciso i.º, Stpo), es necesario extender el catálogo de esta norma para proteger los manuscritos elaborados por el inculcado para su defensa. Se trata de la protección del derecho fundamental a la defensa consagrado en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 6.º, inc. 3.º).

En efecto, al introducir como prueba de cargo los documentos elaborados por el procesado para su defensa, por ejemplo para organizar o memorizar sus argumentos, se le impide que tenga una defensa ordenada y efectiva. Expresamente manifestó:

Si dichos documentos llegasen a ser accesibles a las autoridades de investigación, el inculcado no estaría prácticamente en capacidad de establecer por escrito las

consideraciones acerca de una defensa adecuada frente al reproche de la acusación o establecer el comportamiento procesal adecuado desde su perspectiva, sin tener que temer que sus manuscritos podrían caer en las manos de las autoridades de investigación y ser posteriormente empleados en su contra. De esta manera se le impediría ejercer una defensa adecuada^{553}.

Finalmente, el Tribunal Supremo Federal precisó que esta limitación se extiende a los documentos que estén en manos de las personas que tienen el privilegio de guardar silencio, tales como compañeros permanentes, cónyuges, prometidos, abogado defensor, entre otros^{554}.

4. NUESTRA POSICIÓN

Dentro de nuestra regulación existe un problema similar, porque no se prohíbe expresamente el empleo de documentos preparatorios que hayan sido elaborados por el imputado para su defensa y no estén dirigidos a su abogado.

En efecto, si se examinan las disposiciones relativas al derecho de defensa, en particular el literal g del artículo 8.º de la Ley 906 del 2004, se establece el derecho que tiene el procesado a mantener una comunicación privada con su defensor, pero no se menciona explícitamente lo relativo a sus trabajos preparatorios de defensa.

Esto sucede asimismo en las disposiciones relativas a las limitaciones del registro y allanamiento, en las cuales se excluyen de registro los documentos y las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con su defensor y con las personas que estén exentas del deber de testificar. Además, se protegen los documentos confidenciales de estas personas y que estén relacionados con la investigación, siempre y cuando este privilegio no haya desaparecido o no se trate de autores, partícipes, encubridores o en general auxiliares de los hechos objeto de investigación, o se esté frente a un caso de obstrucción a la justicia^{555}.

Una de las particularidades del caso fallado por el Tribunal Supremo Federal es que los documentos no fueron encontrados en desarrollo de un registro o

allanamiento de un inmueble, sino del registro personal al que fue sometido el inculpado antes de entrar a su celda. Desde luego, este tipo de registros debe entenderse como un registro incidental similar al realizado al momento de la captura, según lo dispone el inciso primero del artículo 243 CPP. La obtención de las evidencias en esta clase de eventos tampoco tiene una regulación expresa, por lo cual serán aplicables las reglas generales en estos casos.

Opinamos que una solución parecida a la ofrecida por el Tribunal Supremo debe aplicarse a los casos en que se presenten supuestos similares en nuestro país. Como se acaba de mencionar, no existe una norma expresa que limite el registro e incautación de los documentos elaborados por el procesado para su defensa y que no tengan como destino su defensor. El contenido del derecho de no autoincriminación permite establecer que estos métodos afectan desproporcionadamente ese derecho.

a. RELACIÓN CON EL DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE

No se puede perder de vista que el derecho a la no autoincriminación está regulado en nuestro ordenamiento en virtud del bloque de constitucionalidad - por ejemplo, se encuentra reconocido en el literal g, numeral 2, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, de la misma forma, en la Convención Americana de Derechos Humanos en el literal g, numeral 2, de su artículo 8.º, así como también en el artículo 33 de la Constitución Política. De igual manera, el artículo 8.º de la Ley 906 del 2004, en sus literales *a* y *b*, consagra este derecho.

Tal como lo señala la Corte Constitucional, el origen inmediato del derecho de no autoincriminación está relacionado, históricamente, con la prohibición de tortura:

Este privilegio constituye una de las garantías civiles más importantes en el proceso penal, que está directamente relacionado con la prohibición de la tortura. El origen inmediato de estas prohibiciones se remonta a la respuesta que tuvo el mundo liberal frente a las prácticas inquisitoriales del Tribunal de la Santa Inquisición, que estuvo

presente en varios lugares del mundo. En los procesos que realizaba el Tribunal, como se recuerda, se consideraba que el mismo tenía por función investigar acusados, extraer la confesión y “salvar el alma”. De allí que la confesión fuera la prueba reina *-probatio probatissima-*, y para lograrla, los jueces debían procurar del encartado su confesión, utilizando cualquier medio: tormentos, amenazas, dádivas, todo con el fin de ahorrarle al funcionario la obligación de probar los cargos, pues con la confesión era suficiente. Aunado a las circunstancias de que se trataba de procesos oscuros y secretos, en los que los jueces no le informaban al acusado los motivos de la detención y, sin embargo, se les obligaba a contestar preguntas que no solo los autoincriminaba, sino que podían constituir indicios para otras acusaciones distintas a las que originaron su detención e iniciar de esta forma otro proceso igualmente oscuro y secreto^[1556].

Ahora bien: la lectura literal de las disposiciones mencionadas que regulan el privilegio de no autoincriminación permitiría pensar que este derecho sólo protege a la persona “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”, entendida esta obligación como el empleo de coacción física o psicológica para realizar una manifestación de culpabilidad. Pero el contenido del derecho incluye, además de la prohibición de coacción, la realización de acciones que impliquen una declaración involuntaria de responsabilidad, ya que, para que se pueda hablar de una aceptación de responsabilidad válida, ésta debe ser informada y sobre todo, libre y voluntaria.

Si este es el ámbito de protección del derecho consagrado en el artículo 33 constitucional, no cabe duda de que a pesar de que no exista una regulación expresa que proteja los documentos elaborados por el procesado para su propia defensa, resulta más que evidente que violaría el derecho fundamental de no autoincriminación el utilizar este tipo de elementos como prueba de cargo, porque se trata de una declaración de responsabilidad obtenida sin la voluntad del inculcado y, sobre todo, de manera desproporcionada.

b. ALCANCE DEL DERECHO A LA DEFENSA

Desde el punto de vista del derecho a la defensa, la conclusión es idéntica.

Aceptar como prueba dichos documentos implica una limitación ilegítima al correcto desarrollo del artículo 29 de la Constitución. No puede perderse de vista que la defensa no es sólo técnica, sino también material, como lo ha reconocido en infinidad de veces la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, no pueden entenderse protegidas únicamente las manifestaciones de defensa referidas a la defensa técnica (comunicaciones con el defensor), sino también las que son realizadas por el procesado en ejercicio de su defensa material.

Además, la interpretación contraria desconocería el mandato contenido en el literal *i* del artículo 8.º CPP, según el cual la defensa debe disponer de medios adecuados para su preparación, ya que si estos medios son utilizados en contra del indagado, imputado o investigado, el propio ejercicio del derecho de defensa sería perjudicial. La garantía debe extenderse, tal como lo hizo el Tribunal Supremo Federal y como lo dispone el artículo 243 CPP, a las personas que no están obligadas a declarar, independientemente de si son realizadas o no en desarrollo de un procedimiento de registro y allanamiento de un inmueble.

Precisamente este artículo contiene una regla de ponderación que permite, en forma excepcional, registrar y valorar esta clase de documentos. La excepción surge cuando las personas que están amparadas por el privilegio que las desvincula del deber de testificar hacen parte de la comisión del ilícito o del aseguramiento de su resultado. De esta manera los intereses estatales de persecución penal y los derechos fundamentales del procesado encuentran efectividad.

D. CUARTO CASO. INCORPORACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS
EN LA CELDA DE LOS PRISIONEROS CON LA FINALIDAD DE
OBTENER PRUEBAS DE CARGO FRENTE A LOS DERECHOS
A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA, INTIMIDAD Y LA
GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. VÍNCULO ATENUADO

En la sentencia BGHST 34, 70, del 28 de abril de 1987, el Senado Quinto para Asuntos Penales del Tribunal Supremo Federal alemán resolvió principalmente

los siguientes hechos:

I. HECHOS

– El acusado (X) había sido tratado como sospechoso de participar en la comisión de un hurto agravado durante la investigación penal. Por esta razón fue detenido de forma preventiva en un establecimiento penitenciario.

– Por iniciativa de dos agentes estatales, otra persona (Z) fue transferida al mismo centro de reclusión, quien también se encontraba en detención preventiva en virtud de un proceso penal distinto. Los agentes estatales informaron a Z acerca del hurto en el que había participado X y le ofrecieron beneficios, a cambio de obtener información sobre la participación del acusado X en el hecho. Para este efecto instalaron a Z en la celda que habitaba el acusado X.

– Tras ganarse la confianza del acusado, Z obtiene información sobre la participación de este último en el hurto agravado. Esta información es transmitida a uno de los agentes públicos. Además, Z declara en calidad de testigo acerca de la información que obtuvo del acusado X.

– Con base en la información obtenida por Z, fue posible ubicar a otro testigo, el señor Hü. P., quien, según lo relatado por Z, había planeado el hecho junto con el acusado. Este testigo es también interrogado durante el juicio.

– El acusado (X) es condenado a cinco años y seis meses de pena privativa de la libertad por la participación en calidad de cómplice en el delito de hurto agravado.

– La Fiscalía solicita al Tribunal Supremo Federal que se revise la decisión de la Cámara Penal del Tribunal Federal de Hannover, porque dicho tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos (Z) y el señor Hü. P.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En realidad, en este caso se debe analizar dos problemas jurídicos:

a. ¿Introducir una persona en la celda en la cual se encuentra recluido un sospechoso, para que, una vez se gane su confianza, obtenga información sobre

la participación de aquél en un ilícito es un método válido de investigación o, por el contrario, implica una afectación no justificada a los derechos del procesado y, por lo tanto, su declaración no puede ser tomada en cuenta en desarrollo del juicio?

b. ¿Las pruebas derivadas de la introducción de una persona en la celda de un sospechoso para que obtenga información de su responsabilidad pueden ser valoradas durante el desarrollo del juicio o, por el contrario, deben ser excluidas en virtud del efecto reflejo de la prueba ilícita?

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

Frente al primer problema jurídico planteado, el Tribunal Supremo determinó que, en efecto, esta prueba se obtuvo tras la violación de derechos fundamentales del acusado, razón por la cual existe una prohibición de valoración derivada: nace de la obtención ilícita de la prueba porque desconoce la libertad de determinación del inculcado (§ 136a Stpo) y los derechos de defensa que le asisten durante las indagaciones (§ 163a Stpo).

Resulta particularmente relevante la afirmación del Tribunal, en el sentido de señalar que la detención preventiva puede constituir un medio de coacción ilegítimo cuando se utiliza para fines distintos de los constitucionalmente definidos, como obtener declaraciones que conduzcan a la autoincriminación del sospechoso. Al respecto, dijo:

Estos datos se dieron violando los párrafos 136a, 163a, inc. 4, oración 2 Stpo. Los órganos de persecución penal han vulnerado la libertad de determinación de la voluntad del acusado a través de una coacción impropia^[557].

Además, el Tribunal afirmó que las finalidades de la detención preventiva no pueden ser usadas para ejercer algún tipo de influencia sobre el inculcado, porque ello afecta particularmente su derecho a guardar silencio:

Sin embargo, esto ha sucedido aquí. El acusado ha sido encerrado con otro preso en

detención preventiva, que ha recibido de parte de la policía la labor de averiguar sobre el asalto. Por este medio las autoridades policivas y de justicia responsables han actuado sobre la libertad de su determinación de la voluntad con la finalidad de que diera declaraciones acerca del hecho. El medio coactivo autorizado de la detención preventiva ha sido empleado para una finalidad que es contraria al ordenamiento procesal. Se trata de actuar coactivamente sobre el preso, lo cual no se encuentra ya previsto por el derecho procesal penal y es por ello inadmisible [...].^{558}.

El Tribunal aclaró que si bien las normas mencionadas regulan lo referente a los interrogatorios, éstas deben ser extendidas análogamente a los casos en que las autoridades han utilizado medios prohibidos para obtener declaraciones de culpabilidad del acusado. Textualmente dijo:

Es cierto que los preceptos mencionados valen justa y solamente en el caso de los interrogatorios. Sin embargo, ellos han de ser aplicados análogamente también en este caso, ya que las autoridades de persecución penal actúan sobre el acusado con medios que están prohibidos para que él realice determinadas declaraciones acerca del hecho que ya ha ocurrido antes del momento de declarar frente a una persona privada, que debe ser interrogada como testigo [...]. Ello ocurre en este caso.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, esto es, la posibilidad de valorar la declaración de un testigo que ha sido obtenida como consecuencia de la primera infracción, el planteamiento del Tribunal Supremo es distinto. En efecto, considera que es factible valorar ese testimonio, en primer lugar, debido a que la declaración de improcedencia de la práctica que afectó el primer testimonio no puede afectar la validez de todo el proceso penal.

A este argumento se le suma el hecho de que la declaración del segundo testigo fue hecha libremente (dentro de los límites establecidos por los párrafos 136 a, 69, inciso 3.º, Stpo) y, asimismo, que no es determinante que el origen de este testimonio provenga de la práctica de una prueba que no puede ser valorada^{559}. Agrega que este proceder es necesario dentro del marco de la lucha contra la criminalidad, es decir, que la efectividad del funcionamiento de

la justicia es un valor determinante que también debe ser considerado. En relación con este aspecto, manifestó:

Un efecto posterior tan amplio de una violación al derecho procesal penal no se ha reconocido. Tal como se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Supremo Federal, un error en el procedimiento que lleva a una prohibición de la valoración de un medio probatorio no puede conducir sólo por ello a que todo el proceso penal quede sin efectos [...]. La declaración que un testigo haya dado durante el juicio oral, sin que exista un menoscabo de su libertad de determinación por medios no autorizados (§§ 136 a, 69 inc. 3 Stpo), puede por ello ser también valorada, si las autoridades de persecución penal lo han indagado conforme a la información del inculpado, la cual ha sido obtenida por medios no autorizados. Una limitación como tal de los efectos de un error en el proceso debe darse para la lucha efectiva contra el crimen y es por ello necesaria, ya que casi nunca se puede llegar a establecerse si la policía no habría podido encontrar también al testigo sin cometer una infracción [...].

4. NUESTRA POSICIÓN

En nuestra opinión, en este caso existen cinco elementos que son de particular interés al momento de efectuar un análisis sobre la legitimidad constitucional de la medida y de sus consecuencias: (1) la violación del derecho de no autoincriminación (2) la violación del derecho a la intimidad (3) el desconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa (4) la configuración de la detención preventiva como forma inadecuada de coacción cuando se utiliza para fines diferentes de los constitucionalmente establecidos y (5) la posible configuración de un “vínculo atenuado” al momento de estudiar la valoración de la prueba derivada, obtenida a través de una prohibición probatoria.

Respecto del derecho a la no autoincriminación, este ha sido un tema frecuentemente abordado por la doctrina y la jurisprudencia en lo referente a la legitimidad constitucional de emplear personas, tanto dentro de la investigación como después de ella, como testigos en la etapa de juzgamiento, que son

introducidas en los ámbitos personales de los procesados con el fin de obtener pruebas de cargo. Esto sucede particularmente con los agentes encubiertos, los agentes provocadores y los informantes.

El caso resuelto por el Tribunal Supremo Federal alemán puede encontrar similitud dentro de las hipótesis consagradas en el artículo 242 CPP, que regula lo referente a la actuación de los agentes encubiertos. Debe recordarse que como agente encubierto puede actuar tanto un agente de policía judicial como un particular, que “sin modificar su identidad sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física” (inc.2º, art. 242 CPP). Desde este punto de vista, el Código de Procedimiento Penal permite la utilización de particulares como agentes encubiertos para la obtención de evidencia física y elementos materiales probatorios, lo cual no excluye, por ejemplo, la utilización de personas retenidas en establecimientos carcelarios.

Sin embargo, este tipo de actuaciones, por tratarse de afectaciones graves a derechos fundamentales, está precedido de una serie de requisitos, tanto objetivos como constitucionales. Dentro de los primeros se encuentra la existencia de motivos razonablemente fundados que indiquen que quien es investigado continúa con una actividad delictiva, razonamiento que se debe derivar de las evidencias existentes en el proceso de investigación. Además, debe haber una autorización previa por parte del director nacional o seccional de Fiscalías y control del juez de garantías.

También es necesario determinar que la utilización de los agentes encubiertos era imprescindible para el éxito de la investigación. Finalmente, existe una delimitación temporal para la medida, por el término de un año, prorrogable por otro año más.

El requisito constitucional de esta afectación a los derechos fundamentales del procesado es que sea proporcional. Precisamente, para establecer la proporcionalidad de la medida es necesario tener en cuenta que la afectación a los derechos fundamentales en la mayoría de los casos puede llegar a ser intensa, razón por la cual el desarrollo de la figura encuentra varias limitaciones.

a. NECESIDAD DE APLICAR

EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se explicó en su momento, el juicio de proporcionalidad de la medida exige su idoneidad para lograr los fines constitucionalmente legítimos de la investigación, lo cual implica a su vez la realización de una prognosis de éxito de la medida. Además, ésta debe ser necesaria, porque si existen otras medidas menos restrictivas a los derechos fundamentales que puedan ser empleadas, deben preferirse aquellas en lugar de la utilización de los agentes encubiertos.

Este requisito se desprende también de la redacción del artículo 242 CPP. De igual forma, se debe realizar un examen de la proporcionalidad en sentido estricto. Para ello, como se dijo, debe tenerse en cuenta el grado de afectación del derecho o de los derechos fundamentales restringidos por la medida y el posible beneficio para el otro derecho involucrado. En aplicación de este juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es fácil concluir que la utilización de esta técnica de investigación sólo puede reservarse para los delitos más graves cometidos por la delincuencia organizada, porque de lo contrario no se justificaría su adopción. Desde luego, el juicio de proporcionalidad debe ser realizado por el juez de control de garantías en el examen posterior de la medida, pero también lo deben realizar el fiscal de conocimiento y el director nacional o seccional de Fiscalías al momento de impartir la orden y dar la autorización.

El hecho de que la incorporación del agente encubierto se realice en un espacio vital como lo es una celda de reclusión implica que necesariamente habrá interacción comunicativa entre las personas recluidas, lo que hace más gravosa la afectación a este derecho fundamental. Entonces, si la afectación a los derechos a la intimidad y a la autodeterminación informativa es alta o intensa, sólo puede justificarse la utilización de estas prácticas en la medida en que se cumplan los requisitos legales y constitucionales, en particular el juicio de proporcionalidad de la medida, concretamente en lo que respecta al subprincipio de necesidad y de ponderación en sentido estricto.

b. DETENCIÓN PREVENTIVA

COMO MECANISMO DE COACCIÓN

Por otro lado, resulta de particular importancia la posición adoptada por el Tribunal Supremo Federal alemán respecto de la detención preventiva como un mecanismo de coacción indebida. En efecto, la legislación procesal alemana prohíbe expresamente la utilización de medios coercitivos para la obtención de declaraciones de culpabilidad de quien es investigado (§ 136 a Stpo), porque constituye una violación de los derechos fundamentales del procesado.

El hecho de que el Tribunal Superior alemán haya considerado que la detención preventiva a la cual fue sometido el investigado había sido utilizada por fuera de los límites previstos por el ordenamiento, y que esto constituía una coacción indebida, implica, en nuestra opinión, un reconocimiento del estado de vulnerabilidad en esa específica situación.

Desde la Constitución se establecen los fines legítimos que determinan la procedencia de la detención preventiva; ellos han sido delimitados en su alcance en un sin número de sentencias de la Corte Constitucional. Con la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, dichos fines quedaron expresamente consagrados (art. 308 y ss.). Esto quiere decir que la utilización de la detención preventiva como forma de presión para la obtención de medios de conocimiento en el marco de un proceso penal o en principio se trata de una extralimitación de los fines de la detención.

Ahora bien: desde luego procede realizar una ponderación también en este aspecto, frente a los otros derechos y principios constitucionales que entran en colisión -por ejemplo, los derechos de las eventuales víctimas y el principio de efectividad del sistema de justicia-. Los parámetros de esta ponderación son los antes mencionados, como la gravedad del delito, que se trate de una organización criminal activa, etc.

C. PARÁMETROS PARA ADMITIR LA EVIDENCIA DERIVADA DE UNA PRUEBA ILÍCITA

Para resolver el segundo problema jurídico planteado es necesario estudiar la

admisión de la prueba derivada de aquel material declarado ilícito por el Tribunal Supremo Federal alemán, esto es, la admisión del testimonio que fue obtenido gracias a la información suministrada por la persona introducida en la celda. Como se dijo, para el Tribunal Superior alemán “Un efecto posterior tan amplio de una violación del derecho procesal penal no se ha reconocido”, es decir, el Tribunal aceptó la existencia de un vínculo atenuado entre la prueba declarada prohibida y la prueba derivada.

El vínculo atenuado, consagrado en nuestra legislación procesal penal en su artículo 455, fue importado de la jurisprudencia estadounidense, en donde ha sido sometido a un amplio tratamiento. Precisamente, de esa evolución jurisprudencia podemos mencionar, entre otras, las sentencias “Nardone vs. Estados Unidos”, “Wong Sun vs. Estados Unidos”, “Brown vs. Illinois” y “Ceccolini vs. Estados Unidos”. Estas sentencias precisan los parámetros necesarios para admitir la evidencia derivada de una prueba ilícita, cuando el vínculo pudo haberse visto disminuido. Entre esos parámetros se encuentran:

- Determinar si la prueba de la cual se deriva la prueba estudiada podía ser considerada una actuación ilegal;
- Examinar qué porcentaje de la evidencia se deriva de esa prueba ilícita;
- Determinar si a la prueba derivada le es aplicable el criterio de la fuente independiente.

Además, para que la prueba derivada sea admisible en virtud del vínculo atenuado, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- Precisar que los entes estatales de investigación no utilizaron en su favor la conducta que determinó la ilicitud de la prueba primaria;
- Determinar, como criterio de examen, el tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la prueba derivada, así como las actuaciones realizadas entre las dos pruebas;
- Establecer los fines que se buscaban con la conducta que derivó en la ilicitud de la prueba.

En 1978, con la mencionada sentencia “Ceccolini vs. Estados Unidos”, la Corte Suprema Federal señaló como uno de los parámetros para encontrar la existencia de un vínculo atenuado la determinación de si un testimonio derivado

de una prueba ilícita se obtiene con la cooperación voluntaria de ese declarante, porque si ello es así, puede entenderse que la mancha de ilicitud no afecta a esa prueba derivada. Dicho en otros términos, el hecho de que el testigo al que se ha llegado a través de una prueba irregularmente obtenida acceda a declarar de forma voluntaria permite, en virtud de esa decisión libre, valorar el testimonio. No obstante, debe tenerse en cuenta que ese testimonio no se debe encontrar en el marco de otra prohibición probatoria que lo invalide -por ejemplo, que se trate de una persona que no tenga la obligación de declarar en términos constitucionales o legales^{560}.

Con base en lo anterior se puede decir que la decisión del Tribunal Supremo Federal alemán es adecuada, siempre y cuando el testigo Hñ. P. declare voluntariamente (no coaccionado por el deber de declarar), lo cual, en los términos de la Suprema Corte de los Estados Unidos, limpia la mancha de ilicitud, con lo cual se configura una excepción a la regla de exclusión, en particular un vínculo atenuado entre la prueba ilícita y la prueba derivada. De no ser así, es decir, si el testimonio derivado es obligado por el deber de declarar o se encuentra bajo otra prohibición probatoria, se deberá excluir la evidencia en virtud de la teoría de los “frutos del árbol envenenado” o efecto reflejo de la prueba ilícita, en la medida en que no existe ninguna excepción que atenúe el vínculo de ilicitud entre las dos pruebas.

E. QUINTO CASO. VALORACIÓN DE DOCUMENTOS
CON CONTENIDO ÍNTIMO OBTENIDOS EN DESARROLLO
DE UNA DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO
FRENTE AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL LIBRE
DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El Senado Cuarto de Asuntos Penales del Tribunal Superior alemán, en la sentencia BGHSt 34, 397, del 9 de julio de 1987, analizó los siguientes hechos:

I. HECHOS

– Una persona es acusada de asesinar a una mujer, que se encontraba recostada boca abajo, tomando el sol. Al parecer, el agresor se acercó a la víctima aprovechando esa posición de indefensión y le causó al menos cuatro heridas en la parte de atrás de la cabeza, con un arma contundente (se presume que se trataba de un hacha).

– El acusado niega haber cometido el hecho. Aún así, el Tribunal Federal de Dortmund lo condenó por el delito de asesinato con alevosía a una pena de cadena perpetua. Como parte del material probatorio que el Tribunal Federal valoró al momento de dictar sentencia condenatoria estaba el diario íntimo del acusado, que contenía información inculpatória sobre el hecho.

– El diario había sido ocultado por el acusado en la casa de sus padres. Por medio de la vigilancia de una conversación telefónica del acusado con su madre -en virtud de lo previsto en el § 100a Stpo-, se supo que él les ocultaba también a sus padres la existencia y el contenido de las anotaciones del diario. Al enterarse de la existencia del diario y su contenido, la madre tomó el diario, lo rompió y lo arrojó en la caneca de basura, en donde fue incautado durante una segunda inspección. El diario había sido hallado durante la primera inspección en la casa del acusado, pero no había sido incautado.

– Cuando la policía encontró el diario, el acusado -luego de que se le informara su derecho a guardar silencio- manifestó estar de acuerdo con que las autoridades de investigación incautaran dicho documento.

– El Tribunal Supremo Federal decidió entonces leer el contenido del diario. Para ello contó con el testimonio de dos peritos, quienes debían determinar si el acusado hacía declaraciones respecto de los hechos y si estaba informado sobre la posible prohibición de la valoración probatoria correspondiente al contenido del diario. Ni los expertos ni el acusado cuestionaron la valoración de dichas pruebas.

– Las notas del diario, que habían sido registradas en 1984, fueron introducidas al proceso para determinar tanto la autoría como la imputabilidad del acusado. Conforme a los estudios del diario en donde él mismo reconocía tener problemas psíquicos, se concluyó que el acusado presentaba un trastorno neurótico, lo cual había alcanzado a terminar en otro tipo de “perversión

psíquica” grave.

– La defensa interpone un recurso de revisión en contra de la decisión del Tribunal Federal por considerar que el juez no podía valorar ese documento, puesto que se trataba de un documento perteneciente a la esfera íntima del acusado.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es constitucionalmente admisible la valoración de un diario íntimo como prueba de cargo dentro de un proceso penal o, por el contrario, resulta una afectación indebida de los derechos fundamentales del acusado, principalmente los de intimidad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad?

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN

El Tribunal Supremo Federal alemán precisó, en primer término, que la dignidad humana, garantizada en el artículo 1.º de la Ley Fundamental (GG), y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 2.º de ese mismo cuerpo normativo, como lo ha establecido en varias ocasiones el Tribunal Constitucional Federal, abarcan tanto el derecho sobre las declaraciones propias^{561} como el derecho a la protección de las anotaciones que el implicado mantenga sólo para sí mismo^{562}. Basado en estas normas, el Tribunal Supremo Federal consideró que el carácter íntimo del diario no se perdía, por ejemplo, por el hecho de haber sido encontrado en la casa de los padres del acusado, e incluso porque hubiera sido desechado, como en efecto lo fue, porque finalmente había sido arrojado a la caneca de la basura.

Además, critica el Tribunal Supremo Federal al *a quo* por haber considerado que el carácter íntimo de las anotaciones del diario había desaparecido en la medida en que su autor manifestó voluntariamente su contenido frente a terceros, en especial cuando el inculcado consintió expresamente en la incautación del diario y en ponerse a disposición del perito para responder a sus inquietudes. Con ello quedaba clara la renuncia al carácter íntimo del diario y, por

consiguiente, a los derechos personales que de ello se derivan.

Para el Tribunal Supremo, la renuncia al carácter íntimo del diario por parte del inculpado es cuestionable porque en el momento en que manifestó estar de acuerdo con que las autoridades de investigación incautaran dichos documentos no contaba con la asesoría de un abogado. Este último habría podido aclararle que esa prueba podía ser objetada puesto que se trataba de un posible caso de prohibición de valoración probatoria. El Tribunal Supremo Federal consideró que la razón por la cual el inculpado estuvo de acuerdo fue más bien el hecho de que entendió que no tenía opción distinta de aceptar que accedieran a su diario. Por lo tanto, asegura el Tribunal Supremo Federal que el inculpado no tenía experiencia en asuntos jurídicos, y por lo tanto desconocía el alcance y la renuncia de los derechos de la persona.

Pese a estos argumentos, el Tribunal Supremo Federal alemán consideró legítima, desde el punto de vista constitucional, la valoración del diario para efectos de atribuir responsabilidad al acusado, pero no porque se hubiere perdido el carácter íntimo del documento, sino por razones de proporcionalidad. El Tribunal parte de una premisa básica del principio constitucional de la ponderación: los derechos no tienen una validez absoluta. En jurisprudencia anterior, ese tribunal había determinado que la valoración de cintas de audio puestas en secreto en casos de criminalidad grave podía ser justificada^{563}. Esta argumentación resulta aplicable al caso analizado, porque debe tenerse en cuenta no solo la protección de los derechos de las personas sino también el “cuidado eficiente del derecho”, sin el cual no es posible ayudar a que la justicia se realice^{564}. Sostiene el Tribunal Supremo que la ponderación debida que surge entre los derechos de la persona, por un lado, y la exigencia del cuidado del derecho, por otro, conduce a la admisión de la valoración de las anotaciones del diario.

Finalmente, Tribunal Supremo Federal alemán señala que los documentos incautados al acusado permitieron esclarecer un asesinato, esto es, uno de los más graves delitos que conoce el Código Penal alemán. Si bien las anotaciones del diario no fueron el único medio probatorio, fueron relevantes para la

decisión, porque representaban el estado interno del acusado antes del hecho y eran adecuadas para demostrar, por una parte, el motivo del hecho y, por otra, las circunstancias de atenuación.

El Tribunal Supremo Federal termina por revocar el fallo del Tribunal Federal de Dortmund y le ordena establecer nuevamente si el acusado se encontraba en un caso de reducción de la capacidad de culpabilidad (§ 21 StGB), hecho que se podía deducir del contenido de las anotaciones del diario¹⁵⁶⁵. El Tribunal Federal, en un nuevo juicio, condena al procesado a 14 años de prisión y ordena, además, su internamiento en un hospital psiquiátrico.

El caso llegó hasta el Tribunal Constitucional alemán como consecuencia de un recurso de amparo interpuesto por el sentenciado, concretamente contra el primer fallo del Tribunal Federal de Dortmund. El querellante consideró que la valoración del diario íntimo constituía una afectación ilegítima a sus derechos fundamentales.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

El condenado pretendía con el recurso de amparo que se declarara la violación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por lo tanto, de su dignidad humana (artículo 2.º, inciso i.º, en concordancia con el artículo i.º, inciso i .º, GG) mediante la admisión de la valoración probatoria de las anotaciones del diario. Sostuvo que las anotaciones contenidas en su diario se encontraban dentro del ámbito esencial de protección absoluta de la esfera privada, que no puede ser interferido en ninguna circunstancia. En ese sentido, se argumentó que el procesado escribió en el diario sus problemas más íntimos y anotaciones del alma y que, de esta manera, transfirió desde su esfera privada al papel sus asuntos más personales. Por consiguiente, las anotaciones debían permanecer fuera del alcance de la intervención del Estado.

En la sentencia *BverfGE* 80, 367, del 14 de septiembre de 1989, el Senado Segundo del Tribunal Constitucional resolvió este recurso, en el sentido de mantener la tesis del Tribunal Supremo Federal acerca de la validez de la prueba.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho al libre desarrollo de la

personalidad (artículo 2.º, inciso i.º, en concordancia con el artículo i.º, inciso i.º, GG) protege la capacidad del individuo de autodeterminarse. Sin embargo, esto no tiene un alcance ilimitado, porque los límites pueden ser establecidos por un interés general preponderante, especialmente cuando el individuo, como ciudadano activo en la comunidad, entra en comunicación con otros, obra con su comportamiento sobre otros y afecta la esfera personal de sus iguales o las exigencias de la comunidad.

El Tribunal Federal Constitucional reconoce asimismo un último ámbito inviolable de configuración de la vida privada, que le prohíbe la intromisión al poder público. Aun los intereses más importantes no pueden justificar intervenciones en ese ámbito. En este sentido, una ponderación conforme a las reglas del principio de proporcionalidad no es admisible, porque, en primer lugar, es necesario garantizar el mantenimiento de la esencia de los derechos fundamentales y, en segundo lugar, el ordenamiento reconoce un núcleo de la personalidad, protegido por la dignidad inviolable del ser humano.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional identificó, por lo tanto, los dos tipos de esferas que ya se han mencionado respecto del derecho a la intimidad: la primera, correspondiente al ámbito esencial de configuración de la vida privada y la segunda, al ámbito de la vida privada que está abierto a la intervención del Estado bajo ciertos presupuestos. La determinación sobre a qué esfera pertenece un asunto no se puede realizar de una forma abstracta, sino, más bien, en consideración de las circunstancias particulares de cada caso.

Por esta razón el Tribunal Constitucional entró a determinar el ámbito de protección de la configuración de la vida privada respecto del diario íntimo en el caso concreto, y para ello estableció los siguientes parámetros¹⁵⁶⁶:

a. En primer lugar, es necesario establecer si hubo una intención por parte del sujeto de mantener en secreto el asunto que hace alusión a la vida privada. No obstante, el carácter privado de éste no depende solo del consentimiento del implicado.

b. Para que un asunto haga parte del ámbito de protección debe tener un carácter muy personal, lo cual se determina atendiendo a su contenido.

c. La Constitución no prohíbe la valoración del contenido de las anotaciones que se registren en un diario en el marco de un proceso penal. El hecho del registro de los pensamientos dentro de un diario no es razón suficiente para excluir de antemano la posibilidad de intervención del Estado. Esto sólo podrá determinarse a través del carácter y significado de ellos. Ahora bien: en caso de que se encuentren anotaciones que hagan referencia a la planeación próxima de un delito o a un delito que ya se ha cometido, serán excluidas del ámbito esencial de configuración de la vida privada. No obstante, la valoración de dicho material probatorio deberá manejarse con la máxima reserva posible.

– ÁMBITO ESENCIAL DE CONFIGURACIÓN DE LA PRIVACIDAD

Conforme a estos parámetros, se establece que todas las anotaciones que no pertenezcan al “ámbito esencial de configuración de la vida privada” podrán ser empleadas como material probatorio dentro de un proceso penal, porque no existe una prohibición general de la valoración de esta clase de pruebas^{567}. Este proceder deberá, sin embargo, justificarse por la determinación del valor preponderante de un interés de la generalidad frente a la protección del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad^{568}.

El contenido del interés de la generalidad en este caso se refiere concretamente al cumplimiento del “cuidado del derecho” como desarrollo de la idea misma de la justicia^{569}. Como parte de ello, se reconoce una necesidad de persecución penal y lucha contra el crimen efectivo, así como el interés público en una investigación completa de la verdad y la tarea esencial del Estado de derecho de cumplir con un efectivo esclarecimiento de los delitos más graves. Por otra parte, agrega el Tribunal Constitucional que la protección al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.º, inciso 1.º, GG, en conexión con el artículo 1.º GG) opera como un correctivo de las injerencias que puedan acarrear el cumplimiento del cuidado del derecho^{570}.

Como se dijo, el Tribunal Constitucional no concedió al accionante el recurso de amparo. Las razones por las cuales tomó esta determinación no obedecen a

que el juez haya reconocido por completo la legitimidad del proceder de las autoridades de investigación, sino a la ausencia de una voz mayoritaria dentro de los miembros del Senado que pudiese resolver con certeza el problema jurídico planteado. En efecto, la mitad de los miembros del Senado consideró que el proceder era legítimo y la otra se opuso a esta conclusión. Por consiguiente, esta situación impidió que se produjera un fallo definitivo al respecto. A continuación se expondrán las dos diversas opiniones a las cuales llegó el Senado.

5. PRIMERA OPINIÓN: RECONOCIMIENTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA VALORACIÓN DE LAS ANOTACIONES DEL DIARIO DEL SOSPECHOSO

Una parte del Senado reconoció la legalidad de la valoración de las anotaciones del diario del querellante en el proceso penal^{[4571](#)}. Este grupo de magistrados sostuvo que si bien el querellante había depositado en su diario sus pensamientos correspondientes al ámbito interno, el contenido sobrepasaba la esfera privada de su autor y afectaba más bien el interés de la generalidad. El contenido de las anotaciones del diario tenía un vínculo con el objeto de investigación, aunque no se refería a la planeación del hecho o la descripción de lo sucedido. La existencia de este vínculo era suficiente para permitir el acceso del Estado.

Para esta posición debía tenerse en cuenta, además, que se trataba de la sospecha de la comisión de un delito especialmente grave, la cual podía esclarecerse si se conocía la estructura de la personalidad del inculpado. En efecto, el contenido de sus declaraciones en el diario hacía referencia a sus problemas psicológicos, concretamente a los problemas de relacionarse con las mujeres y sus inclinaciones a ejercer violencia contra ellas^{[4572](#)}. Existió, por tanto, un vínculo estrecho de estas declaraciones con el delito objeto de investigación, puesto que configuran el contexto histórico anterior a la comisión del hecho, lo cual permitió comprender mejor la forma de cometer el delito. El vínculo de este material probatorio con la sospecha de la comisión de un delito grave hace que las declaraciones no sean tenidas en cuenta como ámbito esencial

de configuración de la vida privada. Sobre este punto expresa el fallo:

Puesto que las anotaciones denotan estas concretas situaciones de peligro para terceros, las cuales han resultado de la estructura de la personalidad del querellante, no escapan desde esa perspectiva al acceso del Estado en el proceso penal^[573].

Además, los cuatro magistrados establecieron que, conforme a la garantía constitucional del principio de culpabilidad, era necesario establecer no solo los aspectos externos de los hechos, sino también todas las circunstancias determinantes de la culpabilidad y la medición de la pena^[574]. En el caso concreto, las anotaciones del diario constituían un material probatorio relevante para cumplir con esa garantía. En la medida en que haya motivos necesarios para determinar estas circunstancias subjetivas del hecho y que se tenga la sospecha de que estén asimismo vinculadas con comportamiento investigado, deberán ser esclarecidas. Este proceder no afecta en lo absoluto la dignidad humana.

En primer lugar, los magistrados aclararon que la legalidad de este tipo de medidas depende también de una correcta aplicación del principio de proporcionalidad^[575]. De esta manera, reconocieron la necesidad de determinar tanto la autoría como las posibles circunstancias de exención de la culpabilidad del sospechoso, esto es, estimar tanto la culpabilidad como la peligrosidad del sujeto, con el fin de respetar el interés de protección de la comunidad y víctimas potenciales (casos más graves de criminalidad) y la garantía del inculpado a tener un juicio justo^[576]. Dicha necesidad hace parte del cumplimiento del mandato del cuidado efectivo del derecho, y de ahí que el estudio de las anotaciones en un diario del interesado en casos de criminalidad grave no sea inconstitucional.

En segundo lugar, los magistrados reconocen que las consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo Federal en el fallo que resolvió el recurso de revisión (BGHSt 34, 397) corresponden al principio de proporcionalidad:

La intervención concreta en el derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad, esto es, la valoración de las anotaciones del querellante, mediante los

tribunales penales, atendiendo a la situación probatoria dada, corresponde también al principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional no puede entrar a examinar cada detalle, pero sí establecer si hubo un juicio de ponderación entre la necesidad especial de protección de anotaciones íntimas y las necesidades de persecución del reproche del asesinato en cuestión y si ellas corresponden con los parámetros de valoración establecidos de la Constitución fundamentales para este caso^[577].

Esta ponderación resultó de considerar el carácter íntimo de las anotaciones, que debía, sin embargo, ceder a las necesidades del interés de persecución penal, puesto que se trataba de la comisión de uno de los delitos más graves de la ley penal y, además, porque las declaraciones permitían construir indicios de la existencia de circunstancias atenuantes. También era necesario estimar el contenido de dicho material probatorio para determinar el peligro de comisión de otros delitos por parte del querellante.

6. SEGUNDA OPINIÓN: AFECTACIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD POR LA VALORACIÓN DE LAS ANOTACIONES DEL DIARIO PERSONAL DEL SOSPECHOSO

Por otro lado, los restantes magistrados declararon inconstitucional el proceder de las autoridades de investigación penal por tratarse de una violación del derecho fundamental del querellante al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.º, inciso i.º, en concordancia con el artículo i.º, inciso i.º, GG)^[578]. En consideración de los parámetros mencionados para determinar el carácter privado del material probatorio, estimaron que las anotaciones del sospechoso pertenecían al ámbito de protección absoluta de la vida privada.

En consecuencia, de la forma en que habían sido consignadas las anotaciones se dedujo la voluntad de mantener un carácter privado. Esta voluntad no perdió eficacia por el hecho de estar de acuerdo con la incautación del diario, tal como lo había reconocido el Tribunal Supremo Federal. Igualmente, el carácter del contenido mismo de las anotaciones era personalísimo, esto es, correspondiente al ámbito esencial de configuración de la vida privada, porque el querellante

manifestaba en ellos una confrontación que hacía consigo mismo. Esto dijeron los magistrados:

Los registros en el diario en cuestión tienen finalmente un carácter personalísimo. Éstos contienen una reproducción abierta de ciertos estados de ánimo, caracterizada por no tener consideración alguna consigo mismo, así como reflexiones sobre la estructura de la personalidad propia, la cual quiso el querellante indagar mejor a través de la exposición despiadada de su mundo sentimental, y de esta manera poder sincerarse consigo mismo sobre los problemas centrales que lo atormentaban. Esa confrontación con el propio Yo, que sólo se llevó a cabo o sólo así podía haberse llevado a cabo, como sucedió, porque ella se dio en la soledad del diálogo consigo mismo, esto es, protegida de los ojos y oídos de extraños, y también debía haber permanecido en este ámbito, no perdió su carácter personalísimo por haberse consignado en un papel. Si es cierto que los pensamientos son libres -y por ello deben permanecer libres de la coacción e intervención del Estado, si la persona no debe ser afectada en el ámbito esencial de su personalidad-, tiene que ser cierto que la misma protección debe regir también para el diálogo realizado consigo mismo de manera escrita, en el cual se hace que el otro Yo se manifieste por escrito y con ello pueda ser comprendido mejor como un contrario^[4579].

Como argumento adicional, frente a la imposibilidad de valorar el diario íntimo se cuestiona el hecho de que estas anotaciones no afectaban ámbitos de competencia de otras personas en la comunidad. Al respecto, expresaron:

Las anotaciones escritas diecisiete y ocho meses antes del delito no afectan por sí la esfera de otros o de la comunidad. Ellas reproducen percepciones internas y sentimientos y no hacen referencia de ningún tipo al hecho penal en concreto que posteriormente le fue reprochado en un proceso penal al querellante. Un vínculo relevante con la esfera de la generalidad no puede tampoco serles atribuido, porque el hecho debía ser comprendido dentro del contexto de la estructura de la personalidad del querellante que se deduce a partir de las anotaciones^[4580].

Como se observa, los magistrados sostuvieron que el interés en la determinación de la estructura de la personalidad del sospechoso no puede servir de argumento para acceder a este ámbito de protección absoluta. Por consiguiente, advirtieron que, de ser así, la diferencia que se ha entablado entre el llamado “ámbito esencial de configuración de la vida privada” y el ámbito de privacidad no esencial (sujeto a ser ponderado), se perdería por completo^{581}.

Además, estimaron que estos límites al acceso del Estado en el núcleo esencial de la vida privada de los ciudadanos durante un proceso penal deben además operar para los casos en que la valoración de las anotaciones del diario favorezca al sospechoso^{582}. Esto resulta de una adecuada interpretación del principio de culpabilidad penal. En efecto, sostienen que los problemas personales, especialmente las confrontaciones que haga cada individuo consigo mismo (“con su propio Yo”), no pueden serle arrebatados al sujeto bajo la excusa de la garantía del principio de culpabilidad. Este grupo de magistrados determinó que nadie puede ser confrontado con sus problemas de índole personal en el transcurso de un proceso penal, porque de lo contrario se vulneraría su dignidad humana. El principio de culpabilidad da a entender más bien que el acusado sólo podrá ser juzgado si se establece su culpabilidad.

7. NUESTRA POSICIÓN

Como puede observarse, el problema jurídico planteado es de difícil solución, lo cual se demuestra no solo con el hecho de que el asunto, además de ser tratado por el Tribunal Supremo Federal, llegó incluso a conocimiento del Tribunal Constitucional, sino también con la votación igualitaria que obtuvieron las dos posiciones en el Senado Segundo del Tribunal Constitucional, lo que impidió que prosperara el amparo constitucional a los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad propuesto por el sentenciado, en contra de la valoración del diario íntimo como prueba de cargo. Esta situación suscitó muchas inquietudes acerca de la legitimidad constitucional del procedimiento.

El problema jurídico planteado pretende determinar la existencia de una

prohibición de valoración originaria de la prueba, cuando el material probatorio provenga del estudio del contenido de un diario íntimo del sospechoso dentro del proceso penal. Se trata de una prohibición de valoración originaria, porque de existir una transgresión respecto de la prueba, no se fundamentaría en una prohibición de producción de prueba antecedente, porque tanto el procedimiento utilizado como los métodos y el tema no se encuentran limitados legalmente para su obtención.

Además, los procedimientos de obtención de la prueba no presentan irregularidades típicas de estos procedimientos, como podría haber sucedido, por ejemplo, si el diario se hubiera obtenido mediante una diligencia de registro y allanamiento que no cumpliera los requisitos legales. Por el contrario, todo el aspecto antecedente en lo atinente a la forma como llegó la prueba al proceso está conforme a la normatividad aplicable. El punto relevante está en si esa prueba individualmente considerada podía ser valorada por el Tribunal Federal o si, por el contrario, esa valoración implicaba una violación de los derechos fundamentales del procesado, en especial a su intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Recapitulando, tenemos que en este caso se plantearon dos tesis. La primera consideraba que la valoración del diario íntimo del acusado no constituía una transgresión a sus derechos fundamentales. Este planteamiento, defendido por el Tribunal Supremo Federal y por la mitad exacta del Senado Segundo del Tribunal Constitucional, se fundamentó en el hecho de que si bien se reconoce el carácter íntimo del documento (el cual no se había perdido por la aparente renuncia que el investigado había hecho a sus derechos), tal carácter no hacía parte del ámbito inviolable y privado de la configuración de la vida del procesado.

En otras palabras, los partidarios de admitir la valoración de la prueba entendieron que examinar en el marco del proceso penal el diario íntimo del entonces acusado no violaba el núcleo esencial de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, entre otras razones porque sus anotaciones estaban vinculadas a un delito, y ello implicaba que esa esfera en principio personalísima afectaba esferas de otras personas y de la sociedad, lo que

constituye una excepción a la confidencialidad del documento. De esto se desprende la conclusión de que es posible ponderar la afectación de esos derechos frente a otros principios como lo son aquellos fines propios de la administración de justicia y el interés que esto genera en la sociedad. Sostienen quienes defienden esta tesis que para realizar esta ponderación deben tenerse en cuenta aspectos tales como la gravedad del delito y la posibilidad de evitar otros delitos, etc.

Un argumento adicional que se incluye en la jurisprudencia analizada es que uno de los fines del Estado es averiguar la verdad, lo cual implica, entre otras cosas, conocer la motivación y el carácter de quien comete la conducta punible, en desarrollo del principio de culpabilidad. Finalmente, sostuvieron que en este caso la valoración del diario implicó, por lo menos en parte, un beneficio para el acusado, puesto que contenía circunstancias de atenuación punitivas, referidas concretamente a un estado reducido de imputabilidad.

La opinión contraria, conformada por la otra mitad del Senado Segundo del Tribunal Constitucional, sostiene en cambio que la prueba no podía ser valorada, ya que este proceder constituía una violación de los derechos fundamentales del procesado. Esta tesis plantea que el diario íntimo del sospechoso registraba las anotaciones pertenecientes al ámbito de protección absoluto de la vida privada, porque reflejaban sus pensamientos y conflictos más íntimos, especialmente una confrontación consigo mismo, la cual, dada su naturaleza y su desvinculación inmediata con el hecho, no podía ser objeto de discusión en un proceso penal. En otras palabras, estos cuatro magistrados consideraron que las anotaciones contenidas en el diario íntimo se encuentran dentro del núcleo esencial de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, ámbito que es inviolable por el Estado y, por lo tanto, ajeno a la ponderación con otros derechos.

Por nuestra parte, consideramos que esta última posición, que niega la posibilidad del valorar el contenido del diario íntimo en el proceso penal, podría aplicarse dentro de la realidad de nuestro derecho procesal penal. No obstante, nos apartamos de la argumentación empleada para llegar a dicha conclusión. Lo primero que se debe aclarar es que para nosotros resulta incompatible utilizar

conjuntamente, a efectos de establecer la legitimidad de una afectación a los derechos fundamentales, la teoría del núcleo esencial y la teoría de la ponderación, ya que dichas teorías parten de presupuestos que entendemos excluyentes: la teoría del núcleo esencial entiende que cada derecho fundamental tiene un ámbito intangible, que está por fuera de la injerencia del Estado.

Como lo afirma HABERLE^[583], el núcleo esencial es el ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste, por lo cual el núcleo básico del derecho fundamental no es susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. Por el contrario, de la teoría de la ponderación se concluye que en la confrontación y comparación entre los derechos que entran en conflicto no existe más límite que el establecido en los subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, lo cual excluiría la existencia de un ámbito intangible de cada derecho.

En nuestro criterio, es el principio constitucional de la ponderación el que mejores soluciones desde el punto de vista constitucional ofrece a la hora de determinar el grado de afectación de un derecho y la legitimidad de la intervención. Ahora bien: en el caso bajo estudio, como se dijo, entendemos que la prueba del diario íntimo debería ser excluida del proceso en virtud de los artículos 29 de la Carta y 22 CPP, en aquellos apartes que contienen información estrictamente privada y amparada por el derecho a la intimidad. La razón no es que se haya violado el núcleo esencial de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, sino que encontramos desproporcionada esa afectación.

En efecto, si en el caso concreto se aplica el test de proporcionalidad llegamos a la conclusión de que esta medida resulta violatoria de la Constitución. El primer punto en donde esto se hace evidente es cuando se analiza la definición misma de lo que es una norma con estructura de principio, ya que si ésta es, como lo sostiene ALEXY, un mandato de optimización que debe ser realizado en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, el aceptar en

este caso la prueba del diario implica que se niega la posibilidad de que los derechos del procesado (intimidad y libre desarrollo de la personalidad) sean optimizados. En otras palabras, debe recordarse que la teoría de la ponderación implica que cuando hay colisión de principios, por ejemplo, derechos fundamentales, debe determinarse cuál de ellos prevalece en el caso concreto, según la ley de precedencia condicionada, pero siempre tratando, en lo posible, de buscar el mayor grado de satisfacción para los derechos en pugna. De entrada se puede decir que en el caso comentado no se busca la satisfacción de los derechos del procesado sino su negación.

De la misma forma, si se aplican los subprincipios de la proporcionalidad, para nosotros es claro que la medida restrictiva de los derechos no supera el examen. Podríamos aceptar que la medida es idónea para lograr el fin propuesto, bajo una racionalidad de medio a fin, ya que examinar el diario puede resolver asuntos propios de la investigación y servir como prueba de cargo para imputar responsabilidad penal. Pero al llegar a la necesidad de la medida es imprescindible establecer si existían otros medios igualmente idóneos, pero menos restrictivos de los derechos fundamentales.

En el caso que analizamos sí existían otros mecanismos para determinar la imputabilidad del sospechoso, bastaba con ordenar la práctica de los respectivos dictámenes periciales mediante los cuales se hubiera podido establecer las condiciones mentales del procesado. El análisis del subprincipio de necesidad es suficiente para descartar la constitucionalidad de la injerencia.

Así mismo, resulta problemático afirmar, como sucede con la necesidad de la medida, que el beneficio para los derechos relacionados con la administración de justicia, sumados con los derechos de las víctimas, es igualmente significativo, si se tiene en cuenta además la existencia de un mayor número de evidencias que seguramente servirían para obtener el mismo resultado. Por esta razón no se cumple con la regla de “cuanto más, más”, propia de la ponderación en sentido estricto, según la cual, cuanto más grande sea el beneficio para un derecho, mayor será la restricción que puede soportar legítimamente el derecho enfrentado.

En este sentido, tampoco es de recibo el argumento según el cual para realizar

la ponderación sobre la valoración de la prueba se debe tener en cuenta que las anotaciones contenidas en el diario fueron utilizadas también en beneficio del acusado, en particular para determinar su estado mental. La lógica aplicable al caso no puede ser la de afectar desproporcionadamente la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad del acusado, para luego establecer que sólo se utiliza lo que sirve para su defensa.

Finalmente, desde el punto de vista de la ponderación, es necesario decir que serán las circunstancias de cada caso concreto las que determinen la proporcionalidad de la afectación.

PARTE CUARTA

CAPTURA, MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y LIBERTAD

CAPÍTULO PRIMERO

Captura

I. GENERALIDADES SOBRE LA CAPTURA

Al estudiar la institución de la captura es indispensable aclarar su concepto y su naturaleza, para distinguirla de otras formas de privación de la libertad como las medidas de aseguramiento privativas o restrictivas de la libertad, la pena y su ejecución, y también otras instituciones que permiten la afectación de la libertad personal.

En este apartado se estudiarán los siguientes temas: (1) naturaleza de la captura; (2) el principio de libertad (fundamento del Estado de derecho y punto de partida para las consideraciones sobre captura); (3) etapas procesales que tienen relación estrecha con el principio de libertad y su afectación por medio de la captura, principalmente la audiencia de imputación, porque a partir de dicha diligencia se reafirma el carácter instrumental y subsidiario de la captura; (4) caracteres particulares de la institución de la captura y (5) situaciones especiales en relación con la privación de libertad.

A. NATURALEZA DE LA CAPTURA

La captura es una forma de aplicar medidas restrictivas de la libertad. De manera general, podría sostenerse que a partir del principio de presunción de inocencia (artículo 29 constitucional, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.º del Pacto de San José) sólo es posible privar a una persona de su libertad en virtud de la existencia de una decisión judicial en la que se establezca la responsabilidad por una determinada conducta punible. Así mismo pudiera afirmarse que la privación de la libertad sería consecuencia -a manera de sanción- del ejercicio abusivo de dicho derecho (libertad) en sentido amplio (art. 95, C. N.), ya que quien puede desenvolverse libremente en sociedad tiene deberes como contrapartida, que al ser vulnerados comportan unas concretas consecuencias jurídicas.

Sin embargo, esta concepción no parece acertada porque parte de una visión absoluta de los derechos fundamentales, lo cual tornaría imposible la vida en

comunidad, dado que no permitiría armonizar derechos e intereses constitucionales que pueden entrar en colisión con la libertad y la presunción de inocencia y que reclaman igual tratamiento. Por ejemplo, no podría lograrse una eficaz protección de la víctima de un supuesto hecho punible si mientras dura el proceso penal el victimario puede seguir afectando sus derechos fundamentales. El reconocimiento práctico de esta realidad ha obligado a autorizar limitaciones a la libertad personal (así como a todos los derechos constitucionales) a fin de lograr una “convivencia” armónica.

En lo relacionado con las afectaciones a la libertad, no todas las modalidades de limitación de este derecho tienen el mismo alcance o, en otros términos, tienen igual intensidad. Se presentarán algunas afectaciones cuya naturaleza es solamente preventiva, mientras que otras serán desarrollo del deber general de protección de los derechos constitucionales (artículo 2 superior, que atribuye a las autoridades la obligación de protección general de derechos). Cada una de tales situaciones demanda una solución proporcionada a su gravedad y al grado de afectación de los derechos constitucionales de los asociados.

A partir de lo anterior, cabe afirmar que no es posible un tratamiento igualitario a todas las figuras de restricción de la libertad. Es preciso establecer distinciones entre ellas, a fin de definir la normatividad aplicable.

I. LA CAPTURA COMO ACTO COMPLEJO

Dado que pueden presentarse aprehensiones sin la existencia de orden judicial y, por otra parte, debido a que cualquier aprehensión debe estar soportada en motivos constitucional y legalmente válidos, es necesario afirmar que *la captura es un acto complejo* que no puede confundirse con los motivos de la privación de la libertad o con la aprehensión en sentido estricto.

La exigencia de contar con una orden judicial de privación de la libertad, como requisito ordinario para limitar este derecho a una persona, constituye un paso intermedio entre el establecimiento de la existencia de motivos para la privación y la aprehensión. También implica que la orden de captura cumple un doble papel: (1) fija los parámetros que la Policía Nacional o la autoridad

encargada de la limitación debe cumplir para dicha aprehensión física; tales requisitos se refieren a la individualización de la persona, la autoridad requirente, la necesidad de explicitar el momento a partir de la cual es requerida, etc.; y (2) determina los motivos por los cuales una autoridad judicial ha decidido privar de la libertad a una persona. Estos motivos pueden ser de distinta índole: (a) obligación de cumplir una pena; (b) obligación de acudir ante una autoridad judicial específica; (c) instrumento para asegurar la efectividad de alguna medida de aseguramiento; (d) mecanismo de protección de otros derechos fundamentales, etc.

Lo expuesto permite reiterar que la captura (salvo la captura en flagrancia), en un sentido técnico, es un acto complejo, que consiste en la orden de un juez o excepcionalmente de un fiscal, soportada en razones constitucionales y legales, para aprehender físicamente a una persona. La captura es la orden dictada por una autoridad judicial (juez o fiscal), mientras que la aprehensión es la concreción de la orden de captura. De lo anterior se desprende que la captura cumple sus fines en el marco del proceso penal: es una forma de privación de la libertad sustentada exclusivamente en las finalidades constitucionales y legales que persigue el proceso penal. Esto diferencia la captura como mecanismo judicial de la llamada “captura administrativa”, declarada inconstitucional y que en consecuencia no se encuentra vigente, y de otras formas de restricción a la libertad personal basadas en fundamentos policivos.

2. VALIDEZ DE LOS MOTIVOS QUE FUNDAMENTAN LA CAPTURA

La captura, por el hecho de estar a medio camino entre la aprehensión y los motivos fundados para ordenar la privación de la libertad, depende necesariamente de ambos extremos. Por tal razón, únicamente será válida la orden de captura que tiene como objeto lograr el cumplimiento de algún fin normativamente válido, lo cual en materia penal sólo ocurre cuando está prevista la posibilidad de imponer al imputado una medida de aseguramiento privativa de la libertad (detención preventiva) o para el cumplimiento de la sanción. Así mismo, la validez de la captura depende de que la aprehensión se realice de

manera compatible con el ordenamiento jurídico y, en particular, de forma proporcionada y respetuosa del principio de dignidad humana.

Se podría, con alguna razón, pensar que esta última conclusión carece de sentido, porque la validez de la captura no puede depender de actos posteriores como la aprehensión, ya que se trata de fenómenos jurídicos distintos, sometidos a autoridades diferentes. Sin embargo, la efectividad del principio de dignidad humana y la sanción a la violación del principio de prohibición de exceso permiten tal conclusión. Si se separa la validez de la captura de las condiciones de aprehensión podría presentarse, por ejemplo, el absurdo de que una persona aprehendida de manera abiertamente contraria a los principios de dignidad humana y, eventualmente, con violación de sus derechos fundamentales, tuviera que ser puesta en libertad para que, a la salida del centro de detención, fuera aprehendida en virtud de la misma orden de captura por la cual sus derechos fueron violados.

Para comprender estos argumentos es necesario considerar la posición de la Corte Constitucional sobre la validez de las órdenes de captura. En la Sentencia T-043 de 1993^[584], el alto tribunal analizó el caso de la aprehensión de una persona luego de haber interpuesto acción de *habeas corpus*. En dicha ocasión, el afectado fue privado de su libertad por un término superior al permitido por el ordenamiento jurídico, razón por la cual interpuso esta acción (*habeas corpus*). Notificada la decisión que amparó este derecho, la autoridad judicial que llevaba la causa dispuso su libertad y libró la boleta correspondiente para hacer efectiva la decisión.

Sin embargo, en el mismo instante expidió orden de captura para el cumplimiento de la medida de aseguramiento dictada antes de conceder la libertad (con fundamento en la decisión favorable del *habeas corpus*). Con base en esa nueva orden, la persona fue capturada al momento de ser liberada, por lo que interpuso acción de tutela. En dicha oportunidad, la Corte Constitucional consideró violado el debido proceso y el derecho a la libertad personal, porque una vez demostrada la privación ilegal de la libertad, ninguna medida adoptada antes de la privación o durante ella puede legitimarla. Resulta interesante

observar que la Corte Constitucional concluye que el efecto de la acción de *habeas corpus* es invalidar el conjunto de órdenes que afectan la libertad dictadas antes y durante la privación de la libertad de la persona. Debe garantizarse que el individuo pueda gozar efectivamente de la libertad cuando se resuelve favorablemente la acción ya mencionada (*habeas corpus*).

Las razones de la Sentencia T-043 de 1993 pueden trasladarse al caso de una persona aprehendida de manera ilegal (con violación de sus derechos fundamentales), pero dicha aprehensión estaba soportada en una orden de captura dictada en debida forma. En la sentencia mencionada, la Corte Constitucional, al invalidar las decisiones adoptadas durante la prolongación ilegal de la libertad y hechas efectivas después de la concesión de una acción de protección del derecho fundamental a la libertad, en realidad vincula la validez de dicha orden de captura a las condiciones de aprehensión (no sobra indicar que una prolongación ilícita de la libertad no es más que una aprehensión ilegal).

La libertad tiene que hacerse efectiva, sin que pueda entenderse que por esa razón la persona adquiere inmunidad, porque es perfectamente posible que sea capturada luego, una vez goce efectivamente de libertad, siempre que la orden y su ejecución cumplan los requisitos constitucionales y legales previstos para tal efecto. De todas maneras, debe resaltarse que no pueden oponerse medidas restrictivas de la libertad que hagan nugatorio el *habeas corpus*, hasta que hayan sido realmente restablecidas las garantías afectadas^{[1585](#)}.

B. CAPTURA E IMPUTACIÓN: SE REQUIERE QUE SE ENCUENTREN DEMOSTRADOS LOS REQUISITOS PARA DICTAR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

La afectación de la libertad sólo es posible cuando, conforme a los requisitos constitucionales, existen elementos de juicio que permiten inferir que la afectación de la libertad es necesaria para proteger otros derechos fundamentales o como consecuencia de una sanción.

En el primer caso, la captura sólo puede ser ordenada por el juez de control de garantías cuando, a partir de los elementos de juicio de los cuales dispone la

Fiscalía General de la Nación, se infiera que en el caso concreto procede la medida de aseguramiento de detención preventiva. Procedencia que, cabe recordar, está sujeta a los requisitos de proporcionalidad. Según el artículo 308 CPP, la medida cautelar privativa de la libertad demanda la existencia de evidencia física, elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida de la que “se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”. La existencia de medios probatorios es también requisito para que proceda la imputación (art. 287 CPP) porque esta diligencia procesal constituye presupuesto de la medida de aseguramiento y existe similitud entre los requisitos para iniciar el proceso (imputación) y para afectar físicamente la libertad de la persona (medida de aseguramiento).

De conformidad con la premisa expuesta, la expedición de una orden de captura sólo resulta viable cuando deba imponerse una medida de aseguramiento privativa de la libertad como la detención preventiva. En efecto, si se reafirma el principio de libertad como estado regular de los sometidos a la potestad punitiva del Estado, la utilización de la captura debe considerarse una solución extrema para que la persona concurra al proceso y atienda los requerimientos procesales para la definición de su situación legal. Los argumentos que apoyan esta posición son los siguientes:

- I. El artículo 127 CPP permite que la persona que no haya sido ubicada para efectos de imputación pueda ser declarada ausente. Esto indica que la captura no es necesaria para la celebración de la audiencia de imputación, porque ante la no concurrencia del indiciado, puede ser declarado persona ausente o en contumacia.

2. El régimen de libertad y su restricción, establecido en el Código de Procedimiento Penal, señala como presupuestos básicos los regulados en los artículos 295 y 296 CPP. El primero establece el carácter excepcional y la interpretación restrictiva de todas las normas que autoricen la privación o limitación de la libertad del indiciado o imputado. A la vez, condiciona toda limitación de la libertad a los principios de necesidad, adecuación,

proporcionalidad y razonabilidad. A su turno, el artículo 296 CPP dispone claramente que la restricción de la libertad dentro de la actuación penal resulta procedente cuando ella sea necesaria para evitar la obstrucción a la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y las víctimas.

3. La expedición de órdenes de captura requiere respaldo probatorio en motivos fundados, conforme al artículo 297 CPP, porque solo es viable cuando existan elementos indicativos de autoría o participación en el hecho punible debidamente acreditados. Para tales efectos, la relación entre el autor y la conducta debe someterse a las mismas exigencias de la detención preventiva, porque no resulta de recibo que se libre orden de captura para proceder a investigar. La orden de captura debe ser el producto acabado de la investigación, esto es, cuando el pronóstico sobre la medida de detención preventiva sea lo suficientemente probable para poder limitar la libertad, como ya se mencionó en virtud de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esta postura jurídica sobre la orden de captura implica una interpretación igualmente restrictiva del artículo 126 CPP, porque no puede entenderse literalmente que la captura sea una forma de vinculación de una persona al proceso penal, como al parecer se desprende de la disposición citada. En efecto, la condición de imputado como forma de vinculación al proceso *sólo* se adquiere con la audiencia de imputación, momento en el cual se inicia el proceso penal con las múltiples competencias y facultades que se derivan de esta actuación. El artículo 126 cpp da a entender, de manera errada, que la vinculación también se entiende surtida con la captura del indiciado, pero esta posición no corresponde a una interpretación sistemática del Código. Aceptar dicha tesis implicaría admitir que hay dos momentos de iniciación del proceso: uno mediante la imputación y otro con la captura. Entonces, como ya se dijo, si el proceso penal se inicia con la imputación, esta audiencia es, por regla general, presupuesto para ordenar la captura.

Por las razones anteriores, sólo es factible capturar a una persona antes de la imputación cuando existan elementos que permitan aseverar objetivamente que

es procedente imponer medida de aseguramiento de detención preventiva. Esta solución debe aplicarse también en los casos de autorizar diligencia de allanamiento para capturar, según lo consagrado en el artículo 219 CPP (la norma establece la facultad del fiscal para expedir orden de allanamiento con la única finalidad de capturar). Como se anotó, se entiende que esta orden especial se expide cuando se trate de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva. Optar por la captura para efectos de vincular a una persona en calidad de imputado implicaría un uso desproporcionado de este mecanismo de restricción de la libertad personal, máxime cuando el mismo legislador ha establecido que a la audiencia de imputación no tiene que asistir la persona citada, sino que basta con la presencia de su defensor (art. 291 CPP). En consecuencia, la regla general es que la captura no es procedente para realizar únicamente la audiencia de imputación.

A pesar de lo que se acaba de exponer, el principio de necesidad que rige la afectación de la libertad (al analizar las medidas de aseguramiento se volverá sobre este punto) y la posibilidad de la aprehensión en flagrancia obligan a aceptar la viabilidad de la captura sin que se haya realizado la audiencia de imputación. No obstante, estos supuestos no hacen referencia, insistimos, a la ejecución de la captura con la única finalidad de efectuar la audiencia de formulación de imputación, sino que deben concurrir unos presupuestos diferentes: por ejemplo, que exista prueba para proferir medida de aseguramiento de detención. De todas maneras, debe afirmarse que en dichos casos es necesaria la existencia de dos restricciones: (1) que la captura sólo se haga para efectos de “detener” en el sentido de la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad y (2) que en la decisión judicial que autoriza la captura o en el control posterior de su legalidad se haga una evaluación exhaustiva de la justificación expuesta para solicitarla o, en su caso, para haber omitido la solicitud de la respectiva autorización.

En otros términos, al solicitar orden de captura antes de la imputación, el fiscal debe presentar las razones de la necesidad de esa actuación con fundamento en la prevalencia de la medida de aseguramiento, y el juez de garantías debe analizar dichas circunstancias para extender la mencionada orden.

Si el fiscal opta por ordenar la captura conforme al mandato constitucional que le permite dicha actuación, debe tener en cuenta las circunstancias mencionadas para presentar al juez de garantías dichos fundamentos al momento de solicitar control posterior. Si no es procedente la medida de aseguramiento y la persona está aprehendida, debe ser puesta en libertad inmediatamente.

Cuando expusimos la naturaleza jurídica de la captura aclaramos que esta figura está directamente relacionada con los motivos para adoptar y emitir la orden de privación de la libertad, así como con las condiciones en las cuales se realiza la aprehensión. A continuación se analizarán los requisitos propios de la captura y las obligaciones que deben cumplirse en el momento de la aprehensión.

C. REQUISITOS PROPIOS DE LA CAPTURA

El artículo 28 de la Constitución establece que una persona sólo puede ser aprehendida en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley. Tales exigencias también deben tenerse en cuenta para aquellos excepcionales casos en los cuales la Fiscalía puede ordenar y realizar capturas, tal y como lo permite el artículo 250 numeral I de la Constitución. En desarrollo de lo anterior, los artículos 297 y 298 CPP regulan lo atinente a los requisitos de la captura y el contenido de la orden. Veamos:

I. CONTENIDO DE LA ORDEN DE CAPTURA

El artículo 298 del Código de Procedimiento Penal establece la forma y el contenido de la orden de captura:

a. MANDAMIENTO ESCRITO

Este requisito no ofrece, en su justificación, mayores explicaciones, porque se trata del desarrollo de un mandato constitucional. Se ha considerado

ordinariamente que la constancia escrita de la finalidad de la medida permite realizar un control y una verificación, ya que el escrito es garantía de la existencia misma de la orden. Con todo, puede advertirse una razón adicional: permitir a la persona conocer las razones de la aprehensión una vez efectuada. No obstante, de la anterior exigencia pueden presentarse tres problemas: uno relativo al idioma, otro a la invidencia y el último, al caso de analfabetismo.

En relación con el idioma, puede ocurrir que la persona cuya captura se ordene no comprenda el castellano. En tal caso, si bien no es necesario que el escrito sea redactado en el idioma propio de aquella persona, debe asegurarse la presencia, antes de ser conducido ante el juez de control de garantías, de un traductor (suministrado por el Estado), según lo establece el artículo 8.º del Pacto de San José. El acceso a un traductor antes de acudir al juez de control de garantías se explica por razones del ejercicio del derecho de defensa material y la protección judicial de la libertad personal.

Respecto de personas invidentes, consideramos que, dada la existencia de medios técnicos para que ellas puedan leer, el Estado, en atención al inciso 3.º del artículo 13 de la Constitución, debe adoptar los medios necesarios para que la orden judicial sea comprendida por la persona a quien se le limita el derecho a la libertad. En casos excepcionales podría bastar con que se lea la orden por parte de quien efectúa la aprehensión. Se trata de garantizar elementales condiciones de igualdad a estas personas.

Por otra parte, respecto de analfabetas, es suficiente con que la orden les sea leída y explicada en el momento de la aprehensión.

Finalmente, cabe analizar si el hecho de que la orden sea escrita implica necesariamente que ella esté contenida en un documento impreso o es válido cualquier medio que permita leer el mandato judicial de captura, tales como instrumentos electrónicos portátiles. En nuestro concepto, nada obsta para que tales medios técnicos sean utilizados para emitir o dar a conocer la orden de captura. Sólo será necesario garantizar su intangibilidad y el acceso a una copia para el capturado.

b. INDICACIÓN, “DE FORMA CLARA Y SUCINTA”,

DE LOS MOTIVOS DE LA CAPTURA

Este requisito responde al derecho que le asiste a toda persona privada de la libertad de ser informada de los motivos de la aprehensión (art. 303 CPP).

En las disposiciones del Código relacionadas con la captura no se establecen los motivos para capturar. Por su parte, los fundamentos o razones para solicitar medida de aseguramiento están establecidos en el artículo 308 CPP. Tales motivos coinciden con aquellos fijados en el numeral i del artículo 250 constitucional y con los indicados en el artículo 296 CPP, que establece claramente que las finalidades para restringir la libertad personal dentro de la actuación deben responder a la necesidad de evitar la obstrucción a la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, proteger la comunidad y las víctimas, o lograr el cumplimiento de la pena.

A partir de esta regulación, es posible concluir que sólo se puede capturar si se pretende adoptar una medida de aseguramiento privativa de la libertad y que los requisitos para imponer la medida son, entonces, los motivos para capturar. En consecuencia, para expedir la orden de captura deben tenerse en cuenta los mismos requisitos exigidos para imponer la mencionada medida de aseguramiento (detención). Ello es así porque la captura es el instrumento para realizar la actuación que permite disponer la privación de la libertad. La captura asegura la presencia de la persona en la audiencia en que se debata la adopción de la medida de aseguramiento. La posición contraria llevaría a que la captura procediera por razones no fijadas en la ley, con lo cual se vulneraría el artículo 28 de la Carta.

C. NOMBRES Y DATOS QUE PERMITAN INDIVIDUALIZAR A LA PERSONA OBJETO DE LA CAPTURA

Este requisito es muy importante, porque sólo así se asegura que la medida esté dirigida a una persona específica. En este punto pueden hacerse dos precisiones:

Al exigirse la individualización se parte de la base de que está prohibido que se utilice la captura dentro del proceso penal para realizar aprehensiones masivas

de ciudadanos. La orden de captura debe responder a requisitos materiales -por ejemplo, la inferencia de autoría o participación del hecho punible.

El cumplimiento de este requisito permite evitar la captura de homónimos. Para ordenar la captura de una persona no basta con el número de identificación, sino que debe establecerse que efectivamente la persona física objeto de la investigación corresponde a aquella cuyos nombre y datos civiles son conocidos por el ente investigador.

D. IDENTIFICACIÓN DEL FISCAL QUE DIRIGE LA INVESTIGACIÓN

Este requisito es fundamental, porque permite la realización del principio de publicidad. La identificación del fiscal facilita a la persona capturada interponer los recursos pertinentes y en caso de ser necesario, recusar la participación del funcionario en el proceso y, en fin, controlar la actividad del ente investigador.

e. VIGENCIA

La Ley 1453 del 2011 permite que la orden de captura tenga una vigencia máxima de un año, pero podrá prorrogarse, a petición del fiscal correspondiente, tantas veces como resulte necesario. Este funcionario estará obligado a comunicar la prórroga al organismo de policía judicial encargado de hacerla efectiva. La prórroga está sometida al control del juez de garantías, porque es necesario determinar si subsisten las razones probatorias para mantener dicha orden.

2. TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE CAPTURA

El artículo 297 cpp regula el trámite de la solicitud de captura. Sobre este punto es necesario precisar que la solicitud debe estar acompañada de evidencia e información que sustente los motivos de la captura y que, como dijimos, debe entenderse que son los mismos que se requieren para proferir medida de

aseguramiento privativa de la libertad, además de demostrar la urgencia de la captura, elemento que diferencia ésta solicitud de la de medida de aseguramiento. También puede resultar necesaria la presencia ante el juez de control de garantías de la policía judicial, los testigos y peritos, para sustentar y apoyar la solicitud.

De lo anterior, deben destacarse dos elementos: (1) la expedición de una orden de captura no es un acto mecánico, sino el resultado de un análisis profundo por parte del juez de control de garantías sobre las razones aducidas por el ente investigador; y (2) la necesidad de acompañar la solicitud con evidencia suficiente y, eventualmente, garantizar la presencia de funcionarios de policía judicial, testigos o peritos permite sostener que el trámite no parte de una escueta y simple petición escrita, sino que debe realizarse audiencia ante el juez de control de garantías. Con ello se realza el carácter adversativo y la naturaleza arbitral de la función judicial dentro del sistema acusatorio. El fiscal tiene que exponer las razones que permitan al juez convencerse de la necesidad de la medida.

Sobre este punto, el artículo 297 CPP exige que se presenten ante el juez de control de garantías “los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente”, así como los peritos, testigos y miembros de la policía judicial que considere la Fiscalía para sustentar su petición. Tales elementos de prueba deben ser suficientes para indicar que la persona en particular ha participado en un hecho punible, que la medida es necesaria y que con ello se busca algunos de los fines constitucionales que determinan la afectación del derecho fundamental. En ambos casos debe exhibirse evidencia suficiente que satisfaga los requisitos normativos que definen la existencia de obstrucción a la justicia, de peligro para la víctima o la comunidad o la existencia de riesgo de no comparecencia.

La orden de captura emitida por el juez correspondiente debe ser enviada inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga lo pertinente, y a los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física y de efectuar el registro en el sistema de información. También se debe comunicar la situación de pérdida de vigencia de la orden de

captura, con el fin de que sea descargada de los archivos de cada organismo, siempre con la indicación del motivo de tal determinación.

El artículo 298 del Código de Procedimiento Penal fue modificado por el artículo 56 de la Ley 1453 del 2011, en el sentido de permitir la divulgación de la orden de captura por parte de la policía judicial a los medios de comunicación, previo estudio del juez de garantías. Esta norma implica que la difusión debe ser autorizada por el juez, porque las autoridades policiales no pueden hacerlo *motu proprio* dado que la divulgación implica afectar derechos fundamentales que exige control judicial. La cancelación de la orden de captura requiere decisión del juez de garantías. En la diligencia donde se autorice expedir la orden de captura, el juez de garantías debe determinar si permite su publicidad.

La competencia del juez de garantías para la expedición o legalización de la orden de captura se extiende hasta antes de que se dicte sentencia condenatoria, momento en el cual le corresponde al juez de conocimiento ejecutar la decisión que haya adoptado en la respectiva sentencia. Si la sentencia está en firme y se ha iniciado la fase de cumplimiento de la sanción, ordinariamente la competencia le corresponde al juez de ejecución de penas. La previsión legislativa descrita en el inciso final del párrafo del artículo 56 de la Ley 1453 del 2011 no exige el control de legalidad de la captura por parte del juez de garantías, cuando la persona es aprehendida para el cumplimiento de una sentencia. En este caso, para disponer lo correspondiente al encarcelamiento y la legalidad de la captura del condenado se faculta al juez de conocimiento que profirió la decisión condenatoria o al de ejecución de penas, si el cumplimiento de la sanción está bajo la competencia de este funcionario.

Del mandato legal mencionado se deriva la obligación para el juez que dictó la respectiva sentencia, o el juez que tiene a su cargo la ejecución de la sanción, de examinar si la persona aprehendida es la que debe cumplir la decisión que le impuso determinada pena, y de esta manera evitar posibles errores cuando se presenta confusión en la identidad o individualización del capturado.

D. LA POLICÍA JUDICIAL NO PUEDE EXPEDIR
NI SOLICITAR ORDEN DE CAPTURA DIRECTAMENTE

ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS.
FACULTAD EXCEPCIONAL DE LA FISCALÍA

La Constitución Política y las normas que desarrollan los preceptos superiores establecen que el juez de control de garantías expide la orden de captura cuando haya mérito para dictar medida de aseguramiento privativa de la libertad, previo juicio de valoración sobre sus requisitos por parte de la Fiscalía, autoridad que ordinariamente formula la solicitud.

Cuando la Fiscalía, por razones de urgencia, emite la orden de captura, dicha determinación está sometida a los mismos requisitos que evalúa el juez de control de garantías para la expedición. Necesariamente cuando se realiza control posterior por parte del juez de garantías una vez se cumpla la aprehensión, debe extenderse dicho examen al estudio de los motivos que tuvo la Fiscalía para expedir la orden de captura directamente como lo permite el artículo 250, numeral i , de la Constitución.

Esta facultad no está otorgada a la policía judicial, porque para expedir una orden de captura es necesario hacer un juicio jurídico en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales y materiales para dictar medida de aseguramiento de detención preventiva, análisis que no puede realizar la policía judicial, porque son juicios de valor reservados al juez de control de garantías y al fiscal.

E. EJECUCIÓN DE LA ORDEN DE CAPTURA

La aprehensión y la custodia de la persona antes de ser efectivamente conducida ante un juez de control de garantías condicionan la validez de la captura. Tal validez está sujeta a dos requisitos:

I. INFORMACIÓN DE LOS DERECHOS
DE LA PERSONA SOMETIDA A CAPTURA

El artículo 303 CPP establece una serie de derechos para el capturado, que deben indicarse al momento de la ejecución de la orden de privación de la libertad.

Debe ser informado en relación con los siguientes aspectos:

a. *“Del hecho que se le atribuye y que motivó su captura y el funcionario que la ordenó.”* Este requisito corresponde al punto analizado antes sobre la síntesis de las razones por las cuales se ordena la captura.

b. *“Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.”* Este derecho tiene por objeto (1) asegurar la publicidad de la medida, de suerte que terceras personas, allegadas al capturado, puedan enterarse de la aprehensión y adoptar las medidas pertinentes para la asistencia del capturado; (2) asegurar la publicidad de la aprehensión física, lo que redundará en una medida de protección contra desapariciones forzadas o el ocultamiento del capturado; (3) asegurar el control sobre el máximo de duración de la retención y el deber de llevar al capturado ante un juez de control de garantías. En suma, es una medida dirigida a resguardar al capturado frente a los posibles excesos de la fuerza pública o de quien lo tenga en custodia.

c. *“Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar contra s[í] mismo o en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.”* Este derecho, que será objeto de análisis posterior, está dirigido a salvaguardar garantías constitucionales. Resulta interesante observar el derecho a guardar silencio, propio del sistema acusatorio, que implica que el capturado no tiene obligación alguna de responder las eventuales preguntas que sean formuladas por los captores. El punto es esencial frente al instituto de las prohibiciones de prueba, porque si se obtiene información del capturado sin las debidas advertencias a permanecer en silencio, dicha información resulta afectada de ilegalidad probatoria.

c. *“Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveerá su defensa.”* Derecho dirigido a asegurar la adecuada defensa del capturado.

No cabe duda de que con la preservación de estos derechos se pretende que el capturado, desde el mismo momento de la aprehensión, sea consciente de los derechos y prerrogativas que el ordenamiento jurídico le confiere y que determinan su posición jurídica frente al Estado. Si se observa el contenido de los derechos, se puede afirmar que la principal garantía es proteger adecuadamente el derecho de defensa, teniéndose como punto de partida la posibilidad de ejercer una defensa técnica desde el mismo momento de la actuación de la autoridad policial.

Así mismo, este procedimiento protege el derecho a la no autoincriminación; por ello, si bien la autoridad que ejecuta la orden de captura se pone en una situación de superioridad frente a la persona objeto de la medida, su actuación resulta limitada, dado el necesario respeto de los derechos que la legislación considera importantes en este primer momento de contacto del indiciado o imputado con el poder estatal. La publicidad de las actuaciones de captura también adquiere importancia en relación con los derechos mencionados (defensa, etc.), porque es innegable que el sometimiento del ciudadano a la autoridad policial debe ser siempre un acto de conocimiento general que evite cualquier clase de extralimitación en el ejercicio del poder.

2. EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA DURANTE EL PROCESO DE CAPTURA

El artículo 28, inciso 2.^o, de la Constitución garantiza el derecho de la persona capturada de ser puesta a disposición de un juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión. En este mismo término debe realizarse la legalización de captura, formulación de imputación y la solicitud y decisión en relación con la medida de aseguramiento. Debe aclararse que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que pueden presentarse casos cuya complejidad no permita agotar las tres actuaciones en el plazo de las 36 horas. Esa corporación ha indicado que en tales circunstancias el término debe prolongarse lo estricta y razonablemente necesario, siempre y cuando dentro del plazo de las 36 horas se

haya realizado el control efectivo de la restricción de la libertad (captura)^{586}. Lo anterior implica que sólo hasta por este término la persona capturada puede estar a disposición de la policía judicial y, según se infiere del derecho a guardar silencio, puede rendir interrogatorio, siempre y cuando voluntariamente permita que se realice dicha actuación.

Durante dicho término las autoridades públicas están obligadas a brindar un trato acorde con la dignidad humana. Lo anterior implica, sin pretender ser exhaustivos, que debe respetarse (1) la prohibición de utilizar formas sutiles de presión asimilables a la tortura; (2) la prohibición de denegación de acceso a medicamentos, medios de sostenimiento de la vida o tratamientos médicos requeridos por el capturado (como diálisis) y (3) la prohibición de denegación de alimentación, de líquidos o de la posibilidad de dormir.

Así mismo, el párrafo segundo del artículo 56 de la Ley 1453 del 2011 consagra una forma distinta de contabilizar los términos para el ejercicio del control de legalidad en los casos de captura en altamar con fundamento en el tratado de interdicción marítima^{587}. En este caso, el término señalado de 36 horas se contará “a partir del momento en el cual se verifique que las sustancias transportadas en la nave son ilícitas en el puerto, siempre y cuando se cumpla el procedimiento de interdicción marítima y se hayan respetado los derechos fundamentales de los involucrados”. Es factible que se presenten eventos similares al mencionado, casos en que de manera estrictamente excepcional pueden tomarse los parámetros previstos por la Corte para efectos de definir la situación jurídica de la persona capturada.

F. PROPORCIONALIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LA CAPTURA

Finalmente, se debe analizar las circunstancias en que se realiza la captura, ya que éstas tienen que resultar proporcionadas a las características y condiciones de la persona, al hecho punible por el cual es investigada y cuya autoría se le imputa, y el momento y lugar de la aprehensión.

La captura tiene objetivos específicos en el proceso penal y no puede

utilizarse con fines propagandísticos o como mecanismo de prevención. Dicho de otra forma, la captura no puede realizarse a manera de espectáculo o con excesivo uso de la fuerza.

G. CIRCUNSTANCIAS QUE HACEN INCONSTITUCIONAL LA CAPTURA

La captura no es válida y por lo tanto es inconstitucional (ilegal) cuando se presentan las siguientes circunstancias:

1. Cuando se viole de forma directa la Constitución, concretamente el artículo 28 superior. En este sentido, se habla de una captura ilícita *ab initio* por violación de preceptos constitucionales.

2. Cuando no se cumplen los términos establecidos en la Constitución. En este sentido, no se habla de una captura ilícita *ab initio*, sino de una captura regular con prolongación ilegal de la privación de la libertad.

3. Cuando no se respetan los derechos implícitos en la forma de ejecución de la orden. En este sentido, deben aplicarse los mismos criterios del *habeas corpus* reparador.

4. Cuando se desconocen garantías legales que trascienden a la violación de principios, valores y derechos constitucionales. En este sentido, el incumplimiento de la normativa legal no implica *per se* la ilegalidad de la captura, porque aquí debe seguirse la regla de la instrumentalización de las formas. Sólo en la medida en que la transgresión de los preceptos legales implique una vulneración de derechos fundamentales, la captura será ilegal. En otras palabras, no toda violación de preceptos legales significa que la captura es constitucionalmente cuestionable.

II. CAPTURA EN FLAGRANCIA Y PÚBLICAMENTE REQUERIDA REALIZADAS POR PARTICULARES

En este acápite se precisarán brevemente los aspectos jurídicos relacionados con la privación de la libertad por parte de un particular. Luego se desarrollará el

tema de la flagrancia de manera integral.

La captura realizada por particulares reviste características especiales y, en consecuencia, el control de legalidad también exige un examen diferenciado por cuenta del juez de control de garantías. En primer lugar, las únicas posibilidades de que los particulares realicen captura son cuando se trata de situación de flagrancia o de captura públicamente requerida. En segundo lugar, la autoridad que recibe el capturado debe realizar el examen sobre las condiciones de aprehensión física y, en tercer lugar, el funcionario que lo recibe de manos del particular debe ponerlo a disposición del juez de control de garantías.

El particular no está autorizado para ejercer violencia sobre el capturado, sin perjuicio de considerar que en estos casos pueden operar las figuras de la legítima defensa y el uso racional de la fuerza para someter al aprehendido, lo cual implica asimismo un examen sobre la prohibición de exceso. Las razones que fundamentan esta postura tienen que ver con la llamada *eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, que obliga al respeto de los valores contenidos en la Carta por cualquier persona, con consecuencias jurídicas cuando se presenta vulneración de ellos.

Si bien la Constitución y la ley faculta a los particulares para que realicen la aprehensión de una persona en estado de flagrancia, o sea, en momentos en que se está cometiendo un hecho punible sin que se haya determinado la responsabilidad penal, parece lógico que los particulares también puedan realizar la aprehensión de una persona contra quien exista orden de captura, de conformidad con el artículo 95 numeral 7 de la Constitución, que consagra como deber de los particulares colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

En efecto, cuando se empieza a desnaturalizar la presunción de inocencia mediante una decisión judicial -por ejemplo, la medida de aseguramiento de detención preventiva-, y con el fin de concretar dicho mandato judicial se expide orden de captura y ésta se pone en conocimiento de la sociedad a través de medios de comunicación como lo permite el artículo 298 CPP, dicha publicidad tiene un efecto útil, que no es otro que lograr la colaboración de la ciudadanía para la ejecución de la orden legítimamente expedida.

Lo anterior no obsta para que cuando un particular conozca de la expedición de una orden de captura pueda aprehender a la persona, independientemente de que exista difusión en los medios de comunicación. Esta colaboración puede consistir en informar a las autoridades de la presencia de una persona que ha sido requerida en un proceso penal, como también para que realice la aprehensión, tal y como lo permite el artículo 348 de la Ley 600 del 2000, norma que no fue reproducida en la Ley 906 del 2004. Sin embargo, la administración de justicia tiene que dar respuesta a la realidad social.

En la actualidad se están manejando diferentes formas para que la ciudadanía se entere de la expedición de órdenes de captura y presten su colaboración por razón de solidaridad con la justicia o a través de recompensas que se vienen cuantificando dependiendo de la gravedad del delito y de las condiciones de ejecución del comportamiento. Estas circunstancias están demostrando que si bien no existe norma expresa, se han venido utilizando formas propias para que las personas puedan denunciar a quien ejecutó el hecho o colaborar para su captura inmediata, con base en la existencia de una orden de captura expedida legalmente y que se ha hecho pública.

No puede dejarse de lado otra circunstancia que respalda la posición anterior y es el que se haya introducido en el ordenamiento jurídico (artículo 57 de la Ley 1453 del 2011) una nueva forma para determinar la flagrancia, que es la utilización de las grabaciones de videos que permiten, en consecuencia, que las personas que han observado dicho elemento probatorio puedan participar en la aprehensión de la persona, para su entrega inmediata a las autoridades.

III. AUDIENCIA DE LEGALIZACIÓN DE LA CAPTURA

Los artículos 297 a 303 de la Ley 906 del 2004 disponen que en la audiencia de legalización de la captura el juez de control de garantías evaluará no solo la situación en que se produjo la restricción de la libertad (flagrancia u orden judicial), sino también el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado, porque en dicha oportunidad (audiencia de legalización) puede decretarse la invalidez de la aprehensión y, en

general, tomar las medidas pertinentes para la protección de los derechos del capturado. Luego la presencia física del indiciado en dicha diligencia es fundamental para la eficacia de sus derechos, de manera que la ausencia sólo puede autorizarse en caso de renuncia del afectado -ni la declaratoria de persona ausente, ni la contumacia pueden ser aplicables, porque estamos en presencia de un capturado-. Admitir lo contrario implicaría afectar gravemente el núcleo esencial de los derechos a la defensa material, a la integridad física y a la libertad del indiciado.

En cuanto a la oportunidad y el funcionario competente ante el cual se puede cuestionar la legalidad de las medidas adoptadas en relación con la privación de la libertad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostiene que dichas facultades corresponden al juez director de las audiencias preliminares (juez de control de garantías), sin perjuicio de adelantar las mismas discusiones en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento. El alto tribunal afirmó:

Y el momento oportuno para cuestionar la legalidad de tales procedimientos, es inicialmente en las audiencias preliminares de control previo o posterior, según el tipo de evento, ante los jueces con función de control de garantías, y en la audiencia preparatoria ante el juez de conocimiento, así se haya cuestionado su legalidad en las audiencias preliminares.

Esto por cuanto la arquitectura del sistema acusatorio en la pretensión de garantizar un juez imparcial, esto es, lo menos informado posible de las incidencias de las labores de investigación, dispuso que lo que tiene que ver con garantías esté vigilado y controlado precisamente por el juez de control de garantías, mientras que el juez de conocimiento básicamente juzga de manera libre y fresca, sin estar atado a informaciones y discusiones previas que posiblemente motivaron posiciones procesales en favor de una u otra parte, y por eso mismo, el juez que ejerza el control de garantías, no puede ser, en ningún caso, el mismo del juicio.

Así las cosas, cuando el juez de conocimiento en sede de audiencia de formulación de acusación analiza, por ejemplo, la legalidad de la captura para efectos de determinar si el acusado fue o no capturado en flagrancia, se compromete con la tipicidad, el grado de

ejecución y así se acerca peligrosamente al juicio de responsabilidad, que fue justamente lo que el Legislador quiso evitar al haber distribuido de la manera que lo hizo, las funciones del juez de control de garantías y el de conocimiento^[588].

En consecuencia, la regla general atribuye al juez de control de garantías competencia para conocer de la legalización de la captura. No obstante, la anterior jurisprudencia no puede entenderse como una negación absoluta para que en la audiencia de lectura de acusación ante el juez de conocimiento, sea posible cuestionar la violación de derechos fundamentales, como, por ejemplo, cuando existe una limitación ilegal a la libertad, caso en el cual se hace control integral de la actuación cumplida hasta ese momento, examen que puede extenderse a actuaciones que generen irregularidades sustanciales que afectan derechos fundamentales. En otros términos, los controles que ejerce el juez de garantías hasta antes de la acusación no impiden la revisión de la actuación procesal por parte del juez de conocimiento, conforme a los límites propios de su competencia. No puede olvidarse que la audiencia de acusación es uno de los momentos principales en los cuales pueden proponerse las nulidades, especialmente si se tiene en cuenta la exigencia normativa prevista en el artículo 25 de la Ley 1285 del 2011 (control oficioso cuando se agota cada etapa procesal con el fin de determinar si existen irregularidades que generen nulidad).

- COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS JUECES DE GARANTÍAS

El artículo 48 de la Ley 1453 del 2011 que modificó el artículo 39 CPP, como se ha mencionado, estableció diversas reglas para definir la competencia del juez de garantías. La disposición establece lo siguiente:

De la función de control de garantías. La función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo.

Cuando el acto sobre el cual deba ejercerse la función de control de garantías corresponda a un asunto que por competencia esté asignado a juez penal municipal, o concurra causal de impedimento y sólo exista un funcionario de dicha especialidad en el respectivo municipio, la función de control de garantías deberá ejercerla otro juez municipal del mismo lugar sin importar su especialidad o, a falta de este, el del municipio más próximo.

En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Cuando el lugar donde se cometió el hecho pertenezca a un circuito en el que haya cuatro o más jueces municipales, un número determinado y proporcional de jueces ejercerán exclusivamente la función de control de garantías, de acuerdo con la distribución y organización dispuesta por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o de los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura, previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta.

Habrán jueces de garantías ambulantes que actúen en los sitios donde sólo existe un juez municipal o cuando se trate de un lugar en el que el traslado de las partes e intervinientes se dificulte por razones de transporte, distancia, fuerza mayor o en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación o en los que exista problemas de seguridad de los funcionarios. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o los respectivos Consejos Seccionales de la Judicatura autorizará[n], previo estudio de los factores que para el asunto se deban tener en cuenta, su desplazamiento y su seguridad.

Reiteramos que los cambios introducidos al artículo 39 CPP por la Ley 1453 del 2011 que derogó la anterior modificación que a esa norma había realizado también la Ley 1142 del 2007 no implicaron la eliminación de su contenido normativo. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aclaró que la última reforma introducida a esa disposición lo que realmente hizo fue ampliar la excepción a la regla general de competencia por el factor territorial. Es decir:

establece que *cualquier juez* penal municipal es competente para conocer del control que debe realizar a los requisitos con base en los cuales se ejecuta la captura y de las demás solicitudes de la Fiscalía relacionadas con esta^{589}, sin consideración del factor territorial, como se verá enseguida.

IV COMPETENCIA EXTENSIVA PARA LEGALIZAR CAPTURA, IMPUTAR E IMPONER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Como se mencionó cuando se trató la competencia de los diferentes funcionarios, en este acápite debe hacerse referencia a la competencia extensiva del juez facultado para legalizar la captura frente a las diligencias judiciales de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En efecto, si lo que pretende esta audiencia es verificar la legalidad y la correcta ejecución del procedimiento de aprehensión, debe entenderse que ese mismo juez es competente para conocer la imputación de los cargos a que haya lugar y para tomar la decisión que corresponda frente a la medida de aseguramiento, caso en el cual es aplicable el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal modificado por el artículo 48 de la Ley 1453 del 2011, porque se trata de temas relacionados con la limitación del derecho fundamental de la libertad y que tienen como fundamento ordinariamente los mismos elementos probatorios.

Otro punto de gran importancia en el momento de la legalización de la captura es la extensión del control del juez de garantías sobre todo el procedimiento de aprehensión. En efecto, suele ocurrir que en los casos de captura en flagrancia o en las situaciones de control (registro) preventivo sobre personas o automotores realizado por la fuerza pública se encuentra material probatorio o evidencia física que por su posesión demuestran la autoría o participación del capturado en la comisión de un hecho punible. Se pregunta si el juez de control de garantías tiene competencia para aplicar el instituto de la exclusión probatoria cuando el procedimiento para obtener dichos elementos fue totalmente irregular, incluyendo la retención de la persona o los registros mencionados. En igual sentido, cabe preguntar si el juez de control de garantías debe examinar -y con qué consecuencias- la obtención de información durante el

procedimiento de aprehensión y por tanto lo relacionado con las prohibiciones de prueba. No cabe duda de que las respuestas deben ser positivas, porque la decisión mediante la cual se legaliza la captura o se adopta medida de aseguramiento tiene que fundamentarse en elementos probatorios que no estén afectados por irregularidades que impidan darle plena validez. Debe excluirse cualquier informe o actuación que desconozca prohibiciones probatorias.

A. CONTROL DE LA CAPTURA EXCEPCIONAL Y POSTERIOR LIBERTAD, ORDENADA POR EL FISCAL

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema del control de legalidad de la captura ordenada directamente por el fiscal, cuando la persona ya ha sido dejada en libertad por decisión del mismo fiscal, sin haber puesto en conocimiento del juez de garantías dicha aprehensión, o cuando las autoridades de policía retienen a una persona y el fiscal al cual se entrega la pone en libertad de forma inmediata. El tribunal ha afirmado que en estos casos no hay lugar a solicitar la intervención del juez de control de garantías por haberse restablecido inmediatamente la libertad. A juicio de la Corte, es innecesario el control de legalidad en tanto que ya no existe “aprehendido”, ni es del resorte del fiscal “presentarlo”, cuando éste ha recobrado su libertad. Así mismo, es un acto discrecional del indiciado el atender o no al llamado para la realización de otras audiencias preliminares, en especial la de formulación de imputación.

No compartimos esta posición porque el control de legalidad de la captura, aun cuando el fiscal haya dejado en libertad a la persona, garantiza y restablece, según el caso, otros derechos fundamentales de la persona a la cual se le limita el derecho de locomoción. La posición de la Corte solo se refiere a lo relacionado con la facultad de control sobre la aprehensión material en concreto, pero, como es evidente, parte de una visión del examen de legalidad referido exclusivamente al acto objetivo de impedir libremente la movilidad de una persona y no a todas las circunstancias que originaron la aprehensión, ni a la actividad desarrollada por la fuerza pública para realizar dicha actuación como tampoco a las consecuencias derivadas de la privación de libertad, por ejemplo, la obtención de

material probatorio o determinada información posiblemente importante para la investigación.

En este sentido, el examen de legalidad de la captura por parte del juez de control de garantías debería referirse al aspecto probatorio mencionado si el fiscal no lo ha tenido en cuenta, porque es tanto como predicar que se puede iniciar una investigación penal y realizar diligencia de imputación o imponer una medida de aseguramiento con un material probatorio maculado, lo que indudablemente fractura la premisa constitucional del debido proceso. Piénsese en el siguiente ejemplo: si en un retén de tránsito la policía lesiona ilegalmente a un conductor para obtener información sobre los posibles autores de un delito y presentan ante el fiscal al conductor capturado, es elemental que dicha captura es ilegal. Frente a lo anterior, podrían surgir los siguientes cuestionamientos: ¿qué ocurre si el fiscal lo deja en libertad pero, a partir de la información ilegalmente obtenida, la policía judicial continúa con la investigación penal?, ¿cómo puede operar el instituto del efecto reflejo de la ilicitud probatoria si no existe manifestación judicial sobre el proceder de los agentes de la policía en el momento de la captura?

B. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LEGALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO (EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS)

La Corte Suprema de Justicia aborda este problema dejando el control de legalidad del material probatorio al juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, con fundamento en el hecho de que las facultades de exclusión (evidencias y elementos probatorios) del juez de control de garantías están estrictamente reguladas de manera taxativa para los eventos de injerencias en derechos fundamentales. Desde este punto de vista, la Sala Penal afirmó:

Tampoco se determina necesaria la diligencia en aras de que el juez de control de garantías revise la legalidad de los elementos encontrados en poder del capturado, como quiera que, a continuación se verá, no es competencia suya hacerlo y la ley no habilita

una diligencia para ese particular. Además, se agrega, en los casos en los cuales se faculta esa actividad de control, existe una audiencia preliminar específica -posterior al allanamiento e interceptaciones, para citar dos ejemplos-, que sirve de escenario específico para ese menester.

Ahora bien: hecha la precisión, dígame que no existe audiencia de legalización de elemento material probatorio y evidencia física con destino a la demostración de responsabilidad, porque el escenario natural de discusión acerca de la legalidad de esos elementos que pretenden introducirse al juicio para lo de su objeto, es precisamente la audiencia preparatoria.

Sólo de manera excepcional, la ley expresamente consagra cinco (5) circunstancias que le permiten al juez de control de garantías verificar la legalidad de la incautación y recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física, las cuales se contraen al cumplimiento de las órdenes de registros, allanamientos, interceptación de comunicaciones, retención de correspondencia, recuperación de información dejada al navegar por internet, “u otros medios similares”, impartidas por la Fiscalía (art. 154¹ y 237). Su expedición -en materia de registros y allanamientos- con la preterición de cualquier requisito sustancial genera la invalidez de la diligencia, “por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación” -art. 232^[590]].

Esta argumentación ceñida al punto de competencia estricta no reconoce que la captura también es una injerencia en los derechos fundamentales de las personas, por lo que restringir las facultades de control del juez de garantías para dejar la discusión y respectiva decisión al juez de conocimiento resulta inconsecuente con la interpretación del juez constitucional. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el funcionario judicial de garantías tiene una competencia amplia para verificar toda la actuación de las autoridades policiales y judiciales en lo que atañe a la preservación de los derechos fundamentales, como ya tuvimos la oportunidad de exponer en esta obra.

Por estas razones, afirmamos que el juez de control de garantías sí tiene competencia para manifestarse sobre la legalidad del material probatorio obtenido con base en la captura. Si la legislación no prevé una audiencia especial para la legalización de los elementos probatorios, debe entenderse que la enumeración no taxativa del artículo 154 CPP, relacionada con los aspectos que se tramitan en audiencias preliminares, contiene una cláusula residual (“las que resuelven asuntos similares a las anteriores”) que puede incluir la situación de legalización del material probatorio y los informes obtenidos en la captura. Por lo tanto, esta actuación debe, según nuestra opinión, surtirse en cualquier audiencia preliminar ante el juez de control de garantías cuando se pretenda afectar derechos fundamentales.

El juez de control de garantías debe excluir todos los medios de prueba que hayan sido producto de una captura ilegal, siempre y cuando la aprehensión sea el medio por el cual se obtuvo el elemento material probatorio. Aquí debemos anotar que el examen que hace el juez de control de garantías en el momento de la legalización de la captura debe basarse en el análisis de medios y fines.

Por ejemplo, si en un registro preventivo realizado por la fuerza pública el maltrato fue el medio para localizar elementos demostrativos de un delito estos deben excluirse porque, conforme al artículo 287 cpp, el registro preventivo ilegal no puede servir de fundamento para la imputación, ya que los elementos materiales probatorios no cumplen con los requisitos legales de obtención. *Contrario sensu*, pueden presentarse situaciones en las que la ilegalidad de la captura no implica la declaratoria de ilicitud del hallazgo. Por ejemplo, si se registra preventivamente un automóvil y el maltrato de la policía a sus ocupantes no se relaciona en nada con el descubrimiento de un arma (no amparada) en la guantera del automotor, se puede proceder a declarar ilegal la captura sin que afecte para nada el hallazgo del elemento material probatorio para efectos de imputación del punible de porte ilegal de armas.

Como resumen de lo dicho deben reiterarse dos temas considerados esenciales en relación con la materia objeto de estudio: (a) no es factible afectar derechos fundamentales con base en material probatorio obtenido ilícitamente, con el argumento de que por regla general la exclusión probatoria debe

ejecutarse en la audiencia preparatoria, lo cual desconoce los requisitos para la limitación de derechos de cualquier persona y (b) el hecho de que el juez de garantías deba hacer examen o control de los medios probatorios presentados por la Fiscalía con el fin de solicitar afectación de un determinado derecho del indiciado o imputado y excluir los que tengan procedencia ilícita o no se hayan obtenido conforme lo establece la ley no significa que el juez de conocimiento quede relevado de la obligación funcional de realizar examen integral a todo el proceso a partir del momento que se formula la acusación. Recuérdese que las evidencias ilícitas pueden excluirse en cualquier audiencia cuando se pretende afectar derechos fundamentales.

V. LEGALIZACIÓN DE LA CAPTURA, PLAZO PARA IMPUTACIÓN Y ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

La Ley 906 del 2004 parte del supuesto de la concentración de determinadas audiencias preliminares. En este sentido, se entiende que las diligencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento se cumplen en una única audiencia ante el juez de control de garantías. Pero el principio de concentración puede enfrentar otros aspectos complejos, como la falta de competencia del funcionario ante quien se debe formular la imputación. Se precisó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia^{[4591](#)} y después la ley optaron por crear una regla de competencia a prevención para que el primer juez de control de garantías ante quien concurre el fiscal para la legalización de captura realice la imputación y resuelva la solicitud de la medida cautelar personal.

Sin embargo, pueden darse casos en que el funcionario judicial se niegue de manera justificada a realizar la audiencia de imputación por considerar que no es competente. En consecuencia, se estaría en la hipótesis de una persona legalmente privada de la libertad sin situación jurídica definida y sin que, en principio, exista norma que establezca el término para resolver sobre la imputación y la medida de aseguramiento. La Corte Suprema de Justicia

entendió que estaba autorizada para llenar este vacío a través de la jurisprudencia, y a tales efectos determinó lo siguiente:

[...] las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento deben llevarse a cabo dentro del plazo de treinta y seis (36) horas.

Desde luego que el término anterior cobija que obligatoriamente dentro de él se agote por lo menos la actuación relativa al control efectivo a la restricción a la libertad, para aplicar la sentencia de constitucionalidad condicionada referida al inciso 3 del artículo 2 de la L 906/04 (sent. C-163, febrero 20/08), para dar paso inmediatamente tanto a la formulación de imputación como -de ser procedente- a la solicitud de medida de aseguramiento.

Obviamente que la Corte es consciente que habrá casos en que por su complejidad (número de capturados, número de defensores, cantidad de delitos, naturaleza de éstos, etc.) no puedan agotarse las tres actuaciones dentro del señalado plazo de las 36 horas, y que por tales circunstancias ese término se deba prolongar, evento en el cual a ello se puede y debe acudir en lo estricta y razonablemente necesario, pero eso sí -como se dejó sentado- bajo la condición de cumplir con el mandato del citado fallo de constitucionalidad^[1592].

En realidad la sentencia de constitucionalidad C-163 del 2008 fue lo suficientemente clara en el sentido de exigir que el control material de la captura se realice inexorablemente dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías. De esta manera, rechazó interpretaciones difusas del artículo 1.º de la Ley 1142 del 2007, según las cuales el funcionario de la Fiscalía tenía 36 horas simplemente para solicitar el control de legalidad, aunque este no se realizara dentro del término mencionado.

Ahora bien: no parece razonable que el simple número de investigados, la complejidad del delito, el número de defensores o la pluralidad de hechos punibles amplíen automáticamente el término de las 36 horas para la realización de la audiencia de imputación y la solicitud de medidas de aseguramiento de

detención. En estos casos, el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad y argumentar de forma suficiente la necesidad de ampliar ese término, en consonancia con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Desde el punto de vista de la aplicación igualitaria de la ley procesal penal, una interpretación diferente de aquella consagrada en la Sentencia C-163 del 2008 ya mencionada resulta violatoria de la Constitución si se tiene en cuenta que dicha prolongación de la aprehensión física de la persona sin definición de la imputación y la medida de aseguramiento no está prevista para ninguno de los casos de privación de la libertad, esto es: ni para los casos de flagrancia, ni para la captura excepcional por cuenta de la Fiscalía, ni para los de captura realizada a instancias del juez de control de garantías. En todos estos casos la regla sigue siendo la audiencia concentrada dentro de las 36 horas siguientes a la captura sin que exista excepción por el número de delitos, número de defensores o investigados. En situaciones estrictamente excepcionales puede ser factible extender este término aplicando la ponderación y estableciendo un plazo razonable -por ejemplo, para garantizar el debate probatorio por parte de la defensa o en el caso de capturas realizadas en altamar (artículo 56, parágrafo 2.º de la Ley 1453 del 2011, que modifica el artículo 298 de la Ley 906 del 2004).

VI. SITUACIONES Y CASOS DE CAPTURA POR RAZÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y DEL PROCESO PENAL

Como se dijo, la aprehensión puede realizarse por diversas causas, que no siempre responden a la necesidad de adoptar una medida de aseguramiento. Es posible que la aprehensión se produzca antes de iniciarse el proceso, durante la investigación o después de realizarse la audiencia de imputación, durante el juicio o después de éste. Así mismo, ejecutarse para el cumplimiento de una condena u otros determinados eventos.

El trámite dispuesto para estos casos, de conformidad con el artículo 299 CPP, señala que, expedida la orden de captura por el juez de control de garantías, éste la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga cuál será el organismo o los organismos de policía judicial encargados de

realizar la aprehensión física y para que se efectúen las anotaciones en el sistema de información de que se disponga. El mismo trámite aplica cuando el juez de conocimiento ordene la privación de la libertad, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reconoce los siguientes casos como modalidades de captura con respaldo legal:

De conformidad con la normatividad patria en vigencia, son legales y, por ende, legítimas, las capturas que se presentan en las siguientes situaciones o circunstancias: La mencionada captura en flagrancia, conforme lo señala el artículo 32 de la Constitución y cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 301 de la Ley 906, con estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 302 ibídem, adicionado por el 22 de la Ley 1142 del 2007, en cuanto a la observancia de los términos de disposición ante la Fiscalía General de la Nación, según que la captura sea realizada por una autoridad o un particular, y de presentación al Juez con función de Control de Garantías que corresponda.

De modo excepcional como lo consagra el numeral 1, inciso 3.º, artículo 250 de la Constitución, la ordenada por el fiscal general de la Nación o su delegado, en los eventos previstos por el artículo 300 de la Ley 906, modificado por el 21 de la Ley 1142, es decir, en los casos en que procede la detención preventiva, esto es, en aquellos a que se refiere el artículo 313 ibídem, la cual debe ser expedida por escrito y de manera motivada, y con una vigencia “precaria que depende de que subsistan en el tiempo las condiciones que impidieron que un juez con funciones de control de garantías expidiera la orden. Por lo tanto, el fiscal general o su delegado tienen la carga de verificar y mostrar fácticamente de manera continua que las condiciones excepcionales persisten, porque de lo contrario la orden de captura dictada al amparo del artículo 21 de la Ley 1142 del 2007 perderá su vigencia. Procedería entonces, el hábeas corpus^[593].

La que emite el juez de control de garantías por solicitud del fiscal que dirige la investigación, en los términos del artículo 297 del Código de Procedimiento Penal.

La que ordena el juez de conocimiento, según se desprende del artículo 299 ibídem,

modificado por el 20 de la Ley 1142, cuando “[P]roferida la orden de captura, el juez de control de garantías o el de conocimiento, desde el momento en que emita el sentido del fallo o profiera formalmente la sentencia condenatoria, la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el o los organismos de policía judicial encargados de realizar la aprehensión física, y se registre en el sistema de información que se lleve para el efecto. De igual forma deberá comunicarse cuando por cualquier motivo pierda su vigencia, para descargarla de los archivos de cada organismo, indicando el motivo de tal determinación.”

La detención en flagrancia del adolescente, en los términos y condiciones señalados en el artículo 191 de la Ley 1098 del 2006.

La privación de la libertad en centro de atención especializada para adolescentes mayores de 16 años y menores de 18, cuando resulten responsables de delitos “cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de (6) años de prisión. En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años”, o cuando “los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años”, según lo señala el artículo 187 del Código de la Infancia y la Adolescencia^[1594].

A continuación trataremos las diferentes situaciones en las que puede presentarse la privación de la libertad.

A. LA CAPTURA ANTES DE INICIARSE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Mientras no haya noticia, informe o denuncia sobre la presunta comisión de un hecho punible o no exista actuación procesal, los únicos casos en que puede restringirse el derecho de locomoción de la persona se presentan en aquellas situaciones de flagrancia a que se refiere el artículo 301 CPP y las limitaciones a

la libertad por orden policial. En los eventos de flagrancia, la aprehensión puede constituir el fundamento probatorio para dar comienzo a la investigación, en cuyo caso procede la privación de la libertad sin que exista un mandamiento escrito de autoridad competente.

En los casos de restricción a la libertad por razones policiales, tales como registro preventivo de transeúntes y automotores, y la limitación *in situ* para efectos de confirmar órdenes de captura o retención transitoria, el funcionario de policía que realiza dicha actividad no ejecuta propiamente una captura, ya que ésta sólo puede presentarse en el marco de una investigación o proceso penal (o en flagrancia), sino que efectúa una restricción mínima al derecho a la libertad, sólo con fines policiales preventivos.

Sin embargo, si esta privación se extiende por más tiempo del estrictamente necesario para realizar las labores policiales, estaríamos frente a una prolongación ilícita de la restricción a la libertad. Si la aprehensión fue hecha por un particular, es indispensable que éste concurra ante la autoridad de policía y explique la razón de la privación de libertad para que se realicen los trámites de rigor, por cuenta de la policía y de la Fiscalía.

I. LA CAPTURA EN FLAGRANCIA

a. FLAGRANCIA

De conformidad con el artículo 32 superior, cualquier persona puede aprehender al delincuente sorprendido en flagrancia con el único fin de ponerlo a disposición de un juez de la República. Se trata de un caso de aprehensión sin orden previa de autoridad judicial. En estos eventos la aprehensión procede cualquiera sea la sanción prevista en la norma violada.

El artículo 301 CPP precisa lo que se entiende por flagrancia, al establecer que el concepto comprende varias situaciones:

1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio

de quien presencié el hecho.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

A estas causales originarias, el artículo 57 de la Ley 1453 del 2011 adicionó dos: (1) que la persona sea sorprendida e individualizada durante la comisión del delito en sitio abierto al público, mediante cámaras de video, y se realice la aprehensión inmediata; esta figura puede aplicarse también cuando los particulares permitan la grabación en domicilio privado; (2) también se entiende que existe flagrancia en los eventos en que el supuesto autor se encuentra en un vehículo que ha sido utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión del delito.

Estas dos últimas causales solucionan en parte las discusiones sobre videovigilancia, aunque no están exentas de discusión por el tiempo que suele transcurrir entre el momento de la comisión del hecho punible y el de la aprehensión. Para estos casos entendemos que el sentido obvio y normal de lo inmediato debe operar.

El Código, como puede observarse, ha recogido dentro del concepto de “flagrancia” la situación de cuasi flagrancia (que regulaba el caso de ser sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas de los cuales podía inferirse que había cometido una conducta ilícita), tal como lo había avalado la Corte Constitucional en la Sentencia C-024 de 1994^[595].

La Constitución establece tres condiciones para que opere la figura de flagrancia:

1. Que se sorprenda a la persona en la comisión de un delito;
2. Que la conducta realizada constituya comportamiento ilícito;
3. Que la aprehensión tenga por finalidad llevar la persona ante una autoridad judicial.

b. IDENTIFICACIÓN Y APREHENSIÓN INMEDIATA.

FLAGRANCIA Y CAPTURA EN FLAGRANCIA

En la jurisprudencia colombiana se presenta una interesante discusión en torno de la flagrancia y la captura en flagrancia. Tal discusión tiene como aspecto básico el debate sobre si la Constitución condiciona la flagrancia a la captura (aprehensión material).

La Corte Constitucional^[596] ha señalado que no existe situación de flagrancia cuando la persona, a pesar de haber sido reconocida y vista en el momento de cometer el hecho, es aprehendida tiempo después. En tal caso, estima la Corte, debe dictarse orden judicial de privación de la libertad, es decir, debe expedirse orden de captura, porque no se considera un caso de flagrancia. Esta posición es compartida por algunos magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La tesis anterior se apoya en la idea de que la situación que regula el artículo 32 superior es una excepción al requerimiento de una orden judicial para aprehender a una persona. De allí que, al tratarse de una excepción a la necesidad de dicha orden judicial, obligatoriamente deba entenderse que la flagrancia está unida o ligada estrechamente a la captura (aprehensión física). En aclaración de voto a una sentencia dictada por la Sala de Casación Penal, se afirmó:

De tal manera que si se trata de una excepción al procedimiento constitucionalmente previsto para que un ciudadano pierda la libertad, es apenas obvio que la Carta hace relación a la flagrancia en un concepto inescindible con el de la captura, puesto que en el artículo 28 dispone que solo se podrá ordenar la pérdida de la libertad por medio de orden escrita de autoridad judicial; y en el artículo 32 establece una excepción, en cuanto que, si el delincuente es sorprendido en flagrancia, la captura se puede realizar sin que sea menester la previa orden escrita de autoridad judicial^[597].

Por otra parte, en la Sentencia C-024 de 1994^[598] la Corte Constitucional expuso algunos argumentos que permiten comprender claramente la esencia de esta posición:

Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al

momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial.

Esta tesis fue reiterada por la Sentencia C-237 del 2005^[599] con referencia al Código Nacional de Policía. En esta decisión se afirmó que “el concepto de flagrancia indica que un actuar se está ejecutando actualmente”.

Así las cosas, la excepción al principio de reserva judicial basado en la flagrancia implica que un delincuente sea aprehendido en el momento en que ejecuta una conducta punible o cuando es sorprendido y capturado con objetos, instrumentos o huellas, que permitan inferir fundadamente que se cometió un delito. En consecuencia, en estos eventos no será indispensable un mandamiento escrito de autoridad judicial competente para su aprehensión. Sin embargo, resulta necesario que la persona capturada en flagrancia sea conducida ante un juez.

La captura sin decisión judicial previa no puede desvincularse de la situación de flagrancia, por lo cual es fácil concluir que la flagrancia implica la captura en dicho momento. Existe también flagrancia cuando se observa al autor a través de los medios técnicos con los cuales puede individualizarse (cámaras de video, etc.), en cuyo caso la aprehensión debe ser inmediata.

En otro tiempo, un sector importante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia distinguió entre flagrancia y captura (aprehensión) en flagrancia. Para este sector, la flagrancia era una evidencia procesal que tiene lugar “en cuanto varias personas han tenido la oportunidad de presenciar la realización del hecho punible o de ver al delincuente con objetos, instrumentos o huellas indicativos de su participación”^[600], mientras que la captura era una consecuencia de la flagrancia. Según esta tesis, es posible que entre la flagrancia y la aprehensión exista un lapso o interregno. Esta posición se basa en un análisis gramatical del texto constitucional. Veamos:

La misma conceptualización se traslada al texto Constitucional vigente, no distanciado

en su redacción del precepto sustituido en la Carta Política anterior y bajo la cual se desarrolló el criterio jurisprudencial que se discute según pasa someramente a verse: “El delincuente cogido in flagranti podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona” decía el artículo 24 superior superado. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona reza el texto del actual artículo 32 Constitucional.

Por ello y en cuanto los preceptos 24 anterior y 32 vigente de la Constitución Política guardan el mismo contexto conceptual, bien merece connotar aquel aparte del fallo del Magistrado doctor Giraldo Ángel evocado en renglones precedentes, en la medida que allí se resaltaba que la expresión ‘cogido in flagranti’ no remitía a un fenómeno de apresamiento, captura o atrapamiento, porque si así fuese a continuación no expresaría esta idea con la locución de que el delincuente en tales circunstancias, podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona^[601].

Esta doctrina fue abandonada. La Corte Suprema de Justicia^[602], con referencia al artículo 302 CPP, acepta la tesis de la vinculación necesaria entre aprehensión y comisión del delito:

[...] la definición que al respecto traía el Código de Procedimiento Penal anterior, y la actual del artículo 301 de la Ley 906 del 2004, conllevan a que la flagrancia se vincule necesariamente a la captura del autor del hecho, porque ‘hoy en día la tesis según la cual era perfectamente viable que se presentara el fenómeno de la flagrancia, entendida como evidencia procesal, sin su correlativo de la captura como su consecuencia, ya no es predicable’ (fallo de casación de 18 de abril del 2002. Radicación 10194), toda vez que de acuerdo con la última normatividad en cita, se entiende que hay flagrancia cuando:

- I. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito.
2. La persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.

3. La persona es sorprendida y capturada con objetos instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

Como se ve, en todos los eventos el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que a su vez, frente a cada una de las situaciones planteadas conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al juez.

C. LA CAPTURA EN FLAGRANCIA EXIGE QUE LA CONDUCTA CONSTITUYA DELITO

1. La Constitución indica que el acto de sorprender (propio de la flagrancia) debe ocurrir sobre un “delincuente”. Lo anterior quiere decir que el sorprendido debe encontrarse realizando una conducta punible. Aquí cabe hacer dos cuestionamientos: ¿Está obligado quien aprehende a establecer el carácter punible de la conducta que observa? ¿Todo hecho punible permite la aprehensión en flagrancia?

Consideramos que cuando se trata de captura en flagrancia por parte de un particular, bajo el supuesto de sorprender a un individuo en situación de flagrancia, la persona que captura no está obligada a realizar juicios de valor sobre la adecuación típica de la conducta, o que dicho comportamiento sea o no justificado, etc. Sin embargo, lo anterior no implica que cualquier sospecha permita la aprehensión, porque de los hechos debe inferirse, con meridiana claridad, que se trata de una conducta delictiva.

2. En cuanto a la pregunta de si toda conducta delictiva permite la aprehensión en caso de flagrancia, es importante tener en cuenta que la Constitución y la ley no establecen claramente criterios sobre este punto. Sin embargo, en virtud del principio de proporcionalidad debe entenderse que cuando la medida resulte abiertamente desproporcionada frente a los bienes en

conflicto, la aprehensión es improcedente. Por ejemplo, cuando evidentemente el hecho punible no tiene pena privativa de la libertad o se trate de actos claramente insignificantes, la captura en flagrancia es desproporcionada. En este sentido, debe advertirse que la Constitución no establece una obligación de aprehender, sino que prevé una posibilidad. Esto guarda estrecha relación con el principio de libertad, que sólo autoriza la afectación de la libertad personal cuando ello resulte proporcionado (artículo 295 CPP).

Este análisis resulta especialmente pertinente cuando quien sorprende al delincuente *in flagranti* es una autoridad policial. La autoridad tiene el deber de aprehender a la persona, pero deberá considerar la proporcionalidad de la medida. En este caso, se exige que no se trate de asuntos insignificantes, sino que debe realizarse un análisis más intenso, que incluya un juicio provisional sobre la necesidad inminente e inicial de la aprehensión.

3. El legislador introdujo como regla que si el “supuesto delito no comporta detención preventiva”, la persona será puesta en libertad por orden de la Fiscalía (art. 302 CCP). Esto se explica porque la normatividad procesal penal y la constitucional precisaron que la persona aprehendida en estas circunstancias debe ser puesta a disposición de autoridad policial, quien la remitirá ante un fiscal. Dado que la captura excepcional por parte de la Fiscalía sólo opera tratándose de casos en que proceda la detención preventiva, el legislador asimila ambas situaciones en el sentido de levantar la captura inmediatamente por parte de la Fiscalía si no se estructuran los requisitos para proferir medida de aseguramiento de detención. Lo anterior si se tiene en cuenta que la Fiscalía no puede apoyarse en la norma constitucional que le permite ordenar la captura cuando no es viable la detención preventiva, para prolongar irregularmente la aprehensión, porque la norma constitucional que faculta al ente acusador para capturar debe interpretarse en el sentido de que la aprehensión solo es viable cuando existan requisitos para proferir auto de detención y resultaría ilógico que no se pusiera en libertad inmediata al capturado en flagrancia cuando la mencionada medida no fuera procedente.

d. LA PRESENTACIÓN DEL APREHENDIDO

EN FLAGRANCIA ANTE AUTORIDAD JUDICIAL

La Constitución exige que la persona aprehendida en flagrancia sea puesta a disposición de una autoridad judicial. El legislador estableció que en caso de no ponerse en libertad al aprehendido por ser procedente la detención preventiva, la Fiscalía General de la Nación debe llevarlo ante el juez de control de garantías dentro del término de 36 horas para efectos de realizar el control de legalidad de la aprehensión, formular la imputación y resolver sobre la solicitud de detención preventiva (artículo 28, inciso 2.º, C. N.). En este momento deberán presentarse los elementos de juicio que sustentan la solicitud (art. 302 CPP).

Esta regulación no hace más que confirmar el carácter excepcionalísimo de la captura sin orden judicial. No resulta sorprendente que el legislador hubiese terminado por reconducir la aprehensión en flagrancia a la regulación propia de la captura excepcional, porque de esta manera se satisface el principio según el cual no procede captura cuando no sea necesaria la medida de aseguramiento y en tal forma quedan sometidas las capturas excepcionales (flagrancia u orden de la Fiscalía) al mismo tratamiento judicial, esto es, la necesidad de imponer medida de aseguramiento (detención) para que la persona permanezca privada de la libertad.

Ahora bien: el hecho de consagrar el procedimiento de entrega de la persona a una autoridad de policía, su remisión ante un fiscal y posterior conducción ante un juez de control de garantías no significa que la privación de la libertad que exceda las 36 horas está legitimada. El mandato del artículo 28 de la Constitución es perentorio al señalar que toda persona que sea privada de la libertad tiene derecho a que dentro del mencionado término su caso sea considerado por un juez de la República. Sobre este punto, la Sentencia C-025 del 2002^[603] señaló que el mandato contenido en el inciso 2.º del artículo 28 de la Constitución se ha estructurado a manera de regla, de suerte que su aplicación es imperiosa. Con todo, admitió que cuando existan razones que impidan la entrega física de la persona dentro de dicho término puede excederse válidamente sus límites. Sin embargo, advirtió sobre este evento lo siguiente:

[...] la legalidad de la captura dependerá por entero de la diligencia con que las autoridades captoras enfrenten las dificultades que explican el retraso. Únicamente bajo estas circunstancias, puede hablarse de una debida justificación, la cual no puede ser autorizada por vía general en la ley, sino apreciada caso por caso por la autoridad judicial.

En consecuencia, el término de 36 horas previsto en el artículo 28 inciso 2.º constitucional es el lapso permitido para poner a la persona a disposición del juez de garantías y tomar las decisiones sobre legalidad de la captura, imputación de los hechos y adopción o no de medida de aseguramiento de privación de libertad. Excepcionalmente puede otorgarse un plazo razonable por especiales circunstancias, como el que la captura se haya realizado en altamar (artículo 56, parágrafo 2.º de la Ley 1453 del 2011, que modifica el artículo 298 de la Ley 906 del 2004).

e. CONDICIONES LEGALES DE LA APREHENSIÓN

Ni la Constitución ni la ley penal reglamentaron las condiciones en las cuales debe realizarse la aprehensión. Consideramos que la validez de la aprehensión dependerá de la forma como se haya ejecutado. La persona que aprehenda a otra, sea un particular o una autoridad pública, tiene la obligación de evitar el exceso de uso de la fuerza y garantizar durante la custodia un trato compatible con la dignidad humana. Es decir, si se han utilizado medios desproporcionados o excesivos, debe declararse ilegal la privación de la libertad.

f. TRÁMITE PARA LEGALIZAR LA CAPTURA EN FLAGRANCIA

Según dispone el artículo 302 CPP, si la persona que lleva a cabo la aprehensión es un particular, deberá conducir al capturado ante una autoridad policial que puede ser la policía administrativa o quien ejerza funciones de policía judicial, y rendirá ante ésta un informe sobre lo ocurrido. Por el contrario, si es una autoridad quien realiza la aprehensión, deberá poner a la persona directamente a

disposición de la Fiscalía y presentar el respectivo informe. El plazo entre la aprehensión y la presentación al fiscal, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia, debe ser el de la inmediatez. La jurisprudencia afirmó:

No obstante la claridad que sobre el acontecer fáctico tuvieron los juzgadores de las instancias, se debe afirmar que la única posibilidad legítima de actuación por parte de una autoridad que captura a una persona en situación de flagrancia, es la de conducirla de inmediato, o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación, como lo señala el inciso 2.º del artículo 302 de la Ley 906. Cualquier dilación torna en ilegítima la aprehensión y activa los mecanismos constitucionales y legales consagrados para proteger la libertad personal, como el hábeas corpus, y compromete la responsabilidad del servidor público que se desvía de su deber^[1604].

Sobre la base de tales informes, la Fiscalía dispondrá acerca de la libertad del aprehendido (v. gr. porque no exista flagrancia o porque resulte desproporcionada la captura, cuando se trata de un delito de menor entidad) o lo presentará ante el juez de control de garantías, a quien, en definitiva, corresponde analizar (1) si existe o no flagrancia y, de existir, (2) si procede o no una medida de aseguramiento que justifique la privación de la libertad personal previa audiencia de imputación.

2. CAPTURA E INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

1. El artículo 229 del Código de Procedimiento Penal establece que, en situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble, nave o aeronave del indiciado, si se refugia en dicho lugar. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, solicitará el consentimiento del propietario o tenedor, o, en su defecto, se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca que existe coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

Si se interpreta esta norma como desarrollo de la disposición constitucional

establecida en el artículo 32, debe entenderse que el artículo 229 CPP requiere que la comisión del hecho en flagrancia implique la persecución del autor por parte de los agentes del orden para poder penetrar en su domicilio y proceder a su captura. En este caso, no debe mediar orden de allanamiento y registro, porque la misma situación de flagrancia habilita la entrada, para la captura respectiva, en el inmueble de propiedad de la persona sorprendida en el momento de la ejecución de la actividad ilícita.

2. Aspecto distinto corresponde a la hipótesis del artículo 219 CPP. En este caso se habilita al fiscal para emitir orden de allanamiento y registro para capturar. La disposición establece que el fiscal encargado de la dirección de la investigación, con el objeto de ejecutar la captura del indiciado, imputado o condenado, “podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, operación que será realizada por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva”.

De los eventos explicados en los apartes anteriores se advierten, entonces, dos hipótesis previstas en la norma. Por un lado, se regulan casos en que por razón del allanamiento y registro se realiza la captura de una persona porque se configura una situación de flagrancia; por ejemplo, cuando se registra una residencia y se encuentra en ella a un secuestrado con sus captores. Así mismo, la norma autoriza expedir orden de allanamiento y registro con la finalidad única de ejecutar la captura. En esta última situación el fiscal debe precisar que se trata de un delito que amerita detención preventiva.

3. CAPTURA ORDENADA POR EL JUEZ DE GARANTÍAS CUANDO EXISTE INVESTIGACIÓN PREVIA PERO NO SE HA REALIZADO DILIGENCIA DE IMPUTACIÓN (CASOS DE URGENCIA)

Como se dijo, no es posible ordenar captura después de efectuada actividad investigativa (indagación previa) con el único fin de realizar audiencia de imputación. Sin embargo, es factible expedir orden de captura (por ejemplo, por

regla general cuando la persona está tratando de salir del país) por parte del juez de garantías, a solicitud del fiscal y antes de la imputación si se cumplen los siguientes requisitos:

1. Que se haya realizado investigación previa y exista material probatorio indicativo de que se cumplen los requisitos sustanciales que permitan fundamentar la imputación;
2. Que existan todos los requisitos exigidos por la Constitución y el Código de Procedimiento Penal para proferir medida de aseguramiento;
3. Que la medida de aseguramiento sea necesariamente privativa de la libertad (mural o extramural).

4. CAPTURA EXCEPCIONAL LLEVADA A CABO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Constitución Política, al diseñar el esquema del sistema acusatorio y describir las funciones básicas que debe cumplir el fiscal general de la Nación, juez de garantías o juez de conocimiento, consagró varios principios que constituyen presupuesto para las diferentes actividades procesales, entre ellos la reserva judicial, cuando se trata de afectación de derechos fundamentales, y atribuyó la competencia a los jueces de garantías y de conocimiento.

Así mismo, por razones de la dinámica investigativa y en casos excepcionales, permite que la Fiscalía directamente afecte derechos fundamentales sin orden previa de autoridad judicial (jueces). Para esos efectos, en el artículo 250 consagró la atribución a la Fiscalía de ordenar la captura, el allanamiento, registro e interceptación de comunicaciones, actuaciones que deben ser sometidas a control judicial posterior y con el cumplimiento de determinados requisitos.

La Constitución, al regular dicha facultad, no estableció en qué etapa procesal podían ser ejecutadas dichas medidas restrictivas de la libertad, por lo cual debe concluirse que la función mencionada se puede realizar o desarrollar antes de que se inicie el proceso o durante las etapas que lo conforman, siempre y cuando se cumplan los requisitos básicos para su procedencia.

En efecto, la Carta (artículo 250) y la ley han previsto la posibilidad de que el fiscal general de la Nación o su delegado dicten órdenes de aprehensión. La Constitución estableció que se trata de un caso excepcional y el legislador dispuso que tal posibilidad está limitada a una hipótesis: que no haya juez de control de garantías que expida la orden de captura (arts. 2.º y 300 CPP). Resulta absolutamente lógico que la obtención de esta orden está supeditada a la posibilidad o no de acceso al juez de control de garantías.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 142 del 2007, que reemplazó la redacción del anterior artículo 300 de la Ley 906 del 2004, este último declarado inexecutable en la Sentencia C-1001 del 2005^[605], para que sea procedente la captura excepcional ordenada por la Fiscalía se requiere que “existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada”. Esta exigencia es apenas lógica ya que se trata de una limitación intensa al derecho a la libertad, que no requiere control judicial previo. Desde luego, los medios materiales probatorios, la evidencia física y la información deben ser legalmente obtenidos, porque no podría afectarse un derecho fundamental con base en una prueba ilícita.

La Sentencia C-185 del 2008^[606] declaró la exequibilidad condicionada de la expresión *información* contenida en el primer inciso del artículo 21 de la Ley 142 del 2007, “en el entendido [de] que la información fue obtenida de conformidad con el inciso segundo del artículo 221 de la Ley 906 del 2004”. Es decir, la Corte Constitucional asimiló la obtención de esa información al material probatorio necesario que respalde los motivos fundados para proceder a un allanamiento, específicamente por ser fuente de la información la declaración de un testigo o informante. El mencionado inciso segundo del artículo 221 dispone que

Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y

explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías^{607}.

Además de los elementos que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, es indispensable que concurra cualquiera de los siguientes presupuestos:

- a. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar en donde se lleva a cabo la investigación;
- b. Riesgo de alteración probatoria;
- c. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no se realiza la captura, el indiciado ejecute en contra de ellas una conducta punible.

Es importante señalar que la interpretación realizada por la Corte Constitucional respecto de no haberse obtenido la autorización u orden de un juez de control de garantías implica que en la audiencia de control de legalidad el fiscal debe demostrar que hizo todos los esfuerzos posibles para encontrar al respectivo juez y, por supuesto, aducir las circunstancias que impidieron su localización. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva, que impone al fiscal la obligación de demostrar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para extender la orden de captura.

El fiscal debe agotar con diligencia la búsqueda de todos los jueces legalmente competentes, incluido el juez de control de garantías ambulante, antes de proceder a expedir la orden. Esta exigencia aparece explícita en la parte resolutive de la Sentencia C-185 del 2008^{608}. Como se mencionó, la redacción original del artículo 300 de la Ley 906 del 2004 fue declarada inexecutable por la Sentencia C-1001 del 2005, ya que la Corte consideró que las facultades que ese artículo otorgaba a la Fiscalía eran demasiado amplias y, por lo tanto, no respetaban el carácter excepcional de esta facultad.

Es necesario dejar en claro que ordinariamente la facultad de la Fiscalía para extender la orden de captura se ha entendido para efectos de realizar la

imputación y dictar medida de aseguramiento privativa de la libertad. Sin embargo, puede ocurrir que la persona a la que se le adelanta proceso penal no se le haya afectado su libertad con medida de aseguramiento de detención preventiva, por considerar que no concurre ninguna de las circunstancias que permite la aprehensión física del imputado (artículo 308 CPP); es decir, existe una decisión judicial en la cual no se consideró necesaria la medida cautelar. Sin embargo es factible que en el desarrollo del proceso existan hechos indicativos de que la persona puede sustraerse a la justicia, obstaculizar la investigación o realizar comportamientos ilícitos. En este caso, si se cumplen los requisitos de urgencia e imposibilidad de acudir ante el juez de control de garantías, la Fiscalía puede ordenar la captura tal como se ha explicado. De la misma manera, es posible cuando haya sustitución de medida no privativa de la libertad por detención preventiva. En todo caso, una vez ordenada la captura el fiscal deberá acudir ante el juez de control de garantías para que éste realice un examen sobre la legalidad del procedimiento.

3. PROBLEMÁTICA DE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA

a. INEXEQUIBILIDAD DE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA

En la Sentencia C-024 de 1994^[609] la Corte Constitucional se pronunció sobre la figura de la aprehensión administrativa. En dicha oportunidad se estableció que el inciso 2.º del artículo 28 de la Constitución Política autoriza a las autoridades administrativas a llevar a cabo una aprehensión, sin que exista una orden judicial previa, en ejercicio de funciones de prevención. De esta forma, la aprehensión preventiva permite limitar el derecho de locomoción por un tiempo estrictamente determinado a un ciudadano con el fin de verificar ciertos hechos y circunstancias. Conforme a esta interpretación temprana de la Constitución colombiana, la privación de la libertad por parte de autoridades administrativas era una excepción a la reserva judicial constitucionalmente admitida con fundamento en el inciso segundo del artículo 28 constitucional.

Las condiciones que la Corte impuso en ese momento para la detención

gubernativa eran las siguientes: (1) las aprehensiones policiales estaban sujetas a la existencia de razones objetivas que implicaran motivos fundados; (2) la privación preventiva debía operar bajo el presupuesto de la necesidad y (3) el objetivo de la detención era el de verificar de manera breve los hechos relacionados con los motivos fundados de la aprehensión o la identidad de la persona. Esta privación de libertad estaba sujeta a estrictas limitaciones temporales, esto es, sólo se autorizaba máximo durante 36 horas a efecto de que la persona capturada fuera liberada o puesta a disposición de la autoridad judicial competente.

- CAMBIO DE JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN CON LA CAPTURA ADMINISTRATIVA

La tesis anterior fue replanteada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-176 del 2007^[610], en la cual declaró la inexecutable de la captura administrativa, principalmente por violar el principio de reserva judicial para la privación de la libertad. Aunque en la Sentencia C-024 de 1994 la Corte realizó un estudio de la constitucionalidad de los artículos 58 y 62 del Decreto 1355 de 1970, después consideró que no existía cosa juzgada constitucional, en la medida en que si bien hubo un pronunciamiento de fondo sobre esta norma, éste se limitó a estudiar el alcance del artículo 28 transitorio de la Constitución.

En la referida Sentencia C-176 del 2007, la Corte argumentó lo siguiente para retirar del ordenamiento la captura administrativa, que estaba regulada en el artículo 62 del Código Nacional de Policía:

Como se ha afirmado enfáticamente a lo largo de esta providencia, el artículo 28 de la Constitución consagra el principio de reserva judicial para legitimar la restricción de la libertad física, pues esa norma no solo introdujo la exigencia expresa del mandamiento escrito de autoridad judicial competente para autorizar la detención de las personas, sino que suprimió las referencias expresas que la Carta anterior hacía a la procedencia de aprehensiones por decisión del Ejecutivo por razones de orden público. En efecto, además de modificar el artículo 23 de la Constitución de 1886 en el sentido de limitar la

orden de captura a la decisión de autoridad *judicial* competente, la nueva normativa constitucional no se refirió a la captura por orden administrativa que el artículo 28 de la Constitución de 1886 expresamente consagraba [...]

Por otra parte, dicha sentencia dijo que el artículo 58 del Decreto 1355 de 1970 debía entenderse de tal forma que la privación de la libertad se condicionara a previo mandamiento escrito de autoridad judicial competente. De igual forma, en esa decisión declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 62 del Código Nacional de Policía, según el cual “Cuando se trate de orden administrativa la captura se realizará en hora hábil; si es inhábil se mantendrá al requerido en su casa hasta la primera hora hábil siguiente”. El alto tribunal consideró que las facultades de configuración legislativa no permiten crear excepciones a la regla del mandamiento escrito de autoridad judicial competente como requisito de la privación de la libertad.

De lo anterior se desprende que la captura actualmente sólo procede cuando tiene como sustento el proceso penal, o investigación previa a la audiencia de imputación que permita dicha determinación, por ejemplo (i) posibilidad de fuga, (2) alteración de la prueba o (3) peligro para la sociedad o la víctima y, excepcionalmente, en las situaciones de captura en flagrancia. La llamada “captura administrativa” implica una privación de libertad arbitraria y una afectación no justificada a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esto no quiere decir que las autoridades administrativas no tengan algunas facultades para desarrollar las funciones que constitucionalmente les fueron asignadas, en relación con la libertad de las personas.

B. FACULTADES POLICIALES VIGENTES EN MATERIA DE LIBERTAD

— IDENTIFICACIÓN Y VERIFICACIÓN DE ÓRDENES DE CAPTURA

Según lo dicho, con la decisión de inexecutable del inciso segundo del

artículo 62 y la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 58 del Código Nacional de Policía, las autoridades administrativas ya no tienen la facultad de privar, por períodos más o menos prolongados, de la libertad a los ciudadanos. Sin embargo, para el cumplimiento de las funciones constitucionales de prevención que otorga a dichas autoridades la Carta Política, existen normas que facultan a realizar limitaciones al derecho fundamental a la libertad. En este sentido, la Policía Nacional puede, por ejemplo, retener brevemente a una persona en el lugar en que se realice una verificación de antecedentes o de órdenes de captura vigentes, claro está, sólo por el tiempo estrictamente necesario para tal fin^[611]. El artículo 62 del Decreto 1355 de 1970 establece que “la Policía está obligada a poner al capturado dentro de la siguiente hora hábil a la de la captura a órdenes del funcionario que la hubiere pedido en su despacho o en el respectivo establecimiento carcelario, descontando el tiempo del recorrido o el de cualquier demora debida a circunstancias insuperables”^[612].

El inciso tercero del artículo 62 del Decreto 1355 de 1970 dispone que “excepcionalmente en material penal, la policía puede disponer hasta de 24 horas para establecer la plena identificación del aprehendido y comprobar la existencia de *otras* solicitudes de captura. Cuando ello ocurra, la autoridad dará inmediatamente aviso a la autoridad que solicitó la captura”. Esto quiere decir que los miembros de la Policía Nacional están facultados para retener hasta por 24 horas a una persona con el fin de verificar la posible existencia de otras órdenes de captura. La interpretación de esta norma debe hacerse desde la perspectiva constitucional, esto es, en el marco de suficientes y plenas garantías al derecho a la libertad. Por lo tanto, el término de 24 horas dispuesto por esta norma debe entenderse como límite máximo de la retención, de manera que una vez terminada la verificación de las órdenes de captura vigentes, la persona debe ser puesta a disposición de las autoridades de forma inmediata, sin importar que no se haya cumplido el término de las 24 horas señalado.

Debe quedar en claro que la previsión legislativa – Código Nacional de Policía– que establece las 24 horas como término máximo para limitar el derecho de libertad por parte de la policía no debe contabilizarse de manera

autónoma e independiente. Si la persona que ha sido retenida dentro de ese lapso tiene que ser puesta a disposición de un juez de garantías por existir orden de captura, al término constitucional de las 36 horas no se puede sumar las 24 horas a que se ha hecho referencia. En ningún caso puede excederse el citado límite constitucional de las 36 horas. Además, por ser una afectación intensa al derecho a la libertad, debe condicionarse a la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad.

De la misma forma, debe garantizarse al detenido la protección de todos los demás derechos que puedan afectarse con la aprehensión, como el derecho de defensa y la dignidad humana, etc. La aprehensión por máximo 24 horas de la que habla el inciso tercero del artículo 62 sólo procede en la medida en que exista de antemano una orden de captura escrita emitida válidamente por una autoridad judicial. Como se observa, lo que la norma establece es una retención transitoria para localizar a la persona contra la cual se ha extendido una orden de captura.

En consecuencia, estas 24 horas de que disponen las autoridades policiales tienen como función la ejecución de una orden de captura y la verificación de otras, así como la plena identificación del capturado. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-176 del 2007:

Finalmente, la Sala recuerda que a pesar de que inicialmente fue demandado el inciso tercero del artículo 62 del Código de Policía, mediante auto del 7 de septiembre del 2006, el magistrado ponente la rechazó por ineptitud de los cargos formulados contra esa disposición, por lo que, en esta oportunidad, la Corte no entra a pronunciarse al respecto. No obstante, se considera necesario advertir que esa norma debe entenderse en el contexto general de la garantía al derecho a la libertad de las personas a que se ha venido refiriendo la Sala, esto es, que la privación de la libertad para obtener la plena identificación del aprehendido y la comprobación de la existencia de otras órdenes de captura debe regirse por las condiciones establecidas en la previa orden judicial de captura, pues, en todo caso, el principio general de reserva judicial a la privación de la libertad de las personas se impone.

Además, dentro de las facultades policivas existentes se encuentran algunas medidas eminentemente correctivas, entre las cuales está la denominada “retención transitoria”, que permite a las autoridades policivas efectuar privación de la libertad cuando la persona “deambule en estado de embriaguez y no consienta en ser acompañado a su domicilio” y “al que por estado de grave excitación pueda cometer inminente infracción de la ley penal”. Esta medida está regulada en el numeral 8 del artículo 182 del Decreto 1355 de 1970.

La retención transitoria disponía originalmente que las autoridades administrativas podían retener, hasta por 24 horas, en una estación o subestación de policía, a una persona que se encontrara en una de las situaciones descritas, como la embriaguez o el estado de grave exaltación. Esta medida se había entendido justificada para el cumplimiento de dos finalidades: la protección de los derechos de terceros frente a posibles agresiones de las personas que se encuentran en estados alterados de conciencia y, al mismo tiempo, la protección de los derechos de esa persona, la cual podría dañar sus propios bienes jurídicos al encontrarse en dichas situaciones.

Sin embargo, en la Sentencia C-720 del 2007^[613] la Corte Constitucional declaró la inexecutable de varias de las normas que regulaban esta figura, entre ellas el artículo 192 del Decreto 1355 del 1970, que establecía el referido plazo de 24 horas como límite máximo para afectar la libertad. Para la Corte, la forma en que se había consagrado la detención transitoria era una clara violación de la Constitución, porque resultaba desproporcionada para los fines que se perseguían y, por lo tanto, demasiado onerosa frente al derecho a la libertad.

En este orden de ideas, para la Corte Constitucional, la configuración de la detención transitoria afectaba de modo desproporcionado el derecho a la libertad. No obstante, para el tribunal, la existencia de la figura *per se* no va en contravía de la Carta, razón por la cual el artículo 186 del Código Nacional de Policía^[614] no fue retirado del ordenamiento, pero su aplicabilidad quedó condicionada a garantizar los derechos fundamentales de la persona que va a ser sometida a privación de libertad. Aunado a lo anterior, la Corte difirió los efectos de la sentencia, porque la declaratoria de inexecutable de las normas

estudiadas desproveía de herramientas a las autoridades administrativas para el cumplimiento de sus deberes constitucionales. Al respecto manifestó:

En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo resuelto en el ordinal anterior, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario y respetando las siguientes garantías constitucionales: i) se deberá rendir inmediatamente informe motivado al ministerio público, copia del cual se le entregará inmediatamente al retenido; ii) se le permitirá al retenido comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo; iii) el retenido no podrá ser ubicado en el mismo lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá ser separado en razón de su género; iv) la retención cesará cuando el retenido supere el estado de excitación o embriaguez, o cuando una persona responsable pueda asumir la protección requerida, y en ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas; v) los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia; vi) los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición^[615].

B. CAPTURA DURANTE EL PROCESO PENAL (SE INICIA CON LA IMPUTACIÓN)

Durante el proceso penal se presentan las siguientes situaciones de captura: (1) para hacer efectiva la medida de aseguramiento; (2) en los casos de urgencia directamente por el fiscal, cuando sin haberse dictado la medida de aseguramiento existen los requisitos para tal fin y se presenta un riesgo inminente de que la persona pueda eludir la justicia, entorpecer la práctica de pruebas o constituye peligro para la sociedad, y no sea posible solicitarla ante el juez de garantías; y (3) cuando sea necesario conducir testigos al proceso (su fundamento es el artículo 28 superior).

Tal como se advirtió, dentro del proceso penal es posible capturar al imputado cuando se cumplen ciertas condiciones. Estas se aplican de manera genérica para las distintas hipótesis de captura con ocasión del proceso penal y dependen de la

procedencia de una medida de aseguramiento (privativa de la libertad).

Ya se analizó cómo a partir de los artículos 295 y 296 CPP la afectación de la libertad tiene por objeto:

- a. Que la medida busque asegurar la comparecencia del imputado al proceso, proteger a la comunidad y a las víctimas, y evitar obstrucciones a la justicia;
- b. Que la medida sea necesaria en función de los anteriores objetivos; esta necesidad se determina por medio de un juicio de proporcionalidad;
- c. Que, dadas las circunstancias concretas y la naturaleza de medida de aseguramiento imponible, la captura resulte proporcionada (por ejemplo, puede ser desproporcionada cuando es factible la excarcelación por el estado de embarazo).

El artículo 308 CPP, por su parte, establece los requisitos para que la medida de aseguramiento proceda: la necesidad de que haya evidencia o información que permita inferir que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva objeto de investigación. El análisis de cada una de estas finalidades se realizará cuando estudiemos las medidas de aseguramiento.

I. CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El artículo 307 CPP establece cuáles son las medidas de aseguramiento en el ordenamiento penal colombiano. Se dividen en privativas y no privativas de la libertad. Algunas medidas no privativas implican restricciones intensas a la libertad, en tanto que otras suponen afectaciones leves a derechos fundamentales.

Cuando se trata de la adopción de medidas de aseguramiento privativas de la libertad, en principio no existe ninguna razón para considerar desproporcionada la captura. En estos casos, claramente la forzada comparecencia del imputado ante el juez de control de garantías no implica una afectación excesiva en función de la medida que debe adoptarse.

Ahora bien: cabría preguntarse qué sucede con la proporcionalidad necesaria de la medida (captura) si resulta claro que procede la libertad provisional (excarcelación). En tal caso es claro que la captura pierde su razón de ser, porque

si no se produce la privación efectiva de la libertad, no hay necesidad de la captura.

2. CAPTURA DESPUÉS DE LA IMPUTACIÓN (INICIACIÓN DEL PROCESO)

A partir del momento en que se formula la imputación es factible proferir medida de aseguramiento. Las medidas privativas o no privativas de libertad deben adoptarse en la audiencia de imputación o a partir de la realización de dicha diligencia, actuación procesal que constituye el inicio del proceso penal y momento en el cual la investigación se entiende formalizada.

Teniendo en cuenta los requisitos sustanciales y formales para dictar medida de aseguramiento privativa de la libertad, es posible que proceda la captura para hacer efectiva dicha medida. Para tal fin deben estar demostrados los elementos materiales probatorios que permiten afectar la libertad. Cuando la privación de la libertad tenga por finalidad evitar que se obstruya la investigación, que se eluda la acción de la justicia o cuando hay motivos fundados para pensar que la persona pondrá en peligro a la comunidad o a la víctima y no se haya podido, por cualquier circunstancia, realizar audiencia para tomar la determinación mencionada, podrá ordenar la captura directamente la Fiscalía.

En consecuencia, cuando se dicta la medida de aseguramiento o se sustituye una medida no privativa de la libertad por otra que afecte este derecho constitucional procede la captura. Una vez producida la decisión del juez de control de garantías en la audiencia respectiva, debe ejecutarse la medida y ordenarse la aprehensión del imputado, salvo que, por supuesto, esté demostrada una causal de libertad provisional (arts. 306 y 316 CPP).

Si después de la imputación, no habiéndose solicitado inmediatamente la medida de aseguramiento de detención preventiva, surge la necesidad de privar de la libertad al procesado, por regla general deberá solicitarse la medida de aseguramiento antes de efectuar la captura. Sin embargo, en casos muy excepcionales es factible efectuar una captura antes de realizar la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento siempre que se haya imputado el hecho

delictuoso, cuando surja la necesidad en los términos explicados al estudiar el tema de la captura excepcional antes de la imputación y no sea posible acceder a un juez de control de garantías.

3. CONDUCCIÓN DE TESTIGOS

Conforme al artículo 384 CPP, el juez de conocimiento, en desarrollo del juicio oral, puede expedir, con destino a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad, orden de aprehensión y conducción al testigo debidamente citado que se negare a comparecer. Esta decisión del juez se toma con ocasión del proceso penal, para efectos de su correcta realización o trámite. La fuente normativa de la competencia del juez de conocimiento es el artículo 28 constitucional, desarrollado por el artículo 58 del Código Nacional de Policía. En todo caso, deberán respetarse los requisitos establecidos para expedir esta orden de privación de la libertad. La misma facultad la tiene el juez de control de garantías en las audiencias que están bajo su dirección.

4. OTROS CASOS DE CAPTURA DENTRO DEL PROCESO

A continuación nos limitaremos a citar algunos de los casos más importantes en que es procedente la captura durante el proceso: (1) cuando se revoca la libertad provisional (cuando se ha concedido el beneficio por cumplimiento de pena en la cual se tuvo en cuenta el porcentaje permitido para la libertad condicional); (2) contra las personas que obstaculicen o no presten la colaboración para la realización de cualquier diligencia (art. 143.3 CPP); (3) para la imposición de sanción disciplinaria (art. 143.4 CPP); y (4) para hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva (art. 313 CPP).

C. CAPTURA DESPUÉS DE DICTARSE SENTENCIA CONDENATORIA

El artículo 296 CPP establece que la afectación de la libertad puede tener como

fin el cumplimiento de la pena. En este caso se está frente a la facultad de ordenar la privación de la libertad basada en el artículo 28 C. N. y no en el artículo 25o C. N., porque no se busca proteger alguno de los intereses y derechos fijados en esta norma, sino que la orden es consecuencia de la imposición de una pena. En términos generales, la autoridad judicial competente para expedir estas órdenes de captura es el juez de ejecución de penas y de medidas de seguridad cuando la sentencia está ejecutoriada. Sin embargo, debe aclararse que cuando se profiere el sentido del fallo, si es condenatorio queda a discreción del juez de conocimiento determinar si se cumplen los requisitos para privación inmediata de libertad.

El cumplimiento de la pena es un asunto complejo que no permite limitar la posibilidad de la captura simplemente para la ejecución de la pena (arts. 459 y 464 CPP) o la aplicación de la medida de seguridad (art. 466 CPP), sino que también comprende los siguientes aspectos:

1. Cuando desaparecen las razones que originaron la suspensión de la ejecución de la pena. Sobre este particular no existe norma expresa, pero debe entenderse que desaparecidas las circunstancias que impidieron ejecutar la sanción, debe darse cumplimiento al mandato de los artículos 468 y 469 CPP.

2. Cuando se revoca la condena de ejecución condicional porque se han incumplido las obligaciones que se impusieron al conceder el subrogado, o se ha cometido nuevo delito, o no se hubieren pagado los perjuicios civiles dentro del término fijado por el juez (arts. 66 C. P. y 473 y 475 CPP);

3. Cuando se revoca la libertad condicional para hacer efectivo el resto de la pena que se haya dejado de cumplir (arts. 66 C. P. y 473 CPP);

4. Cuando se revoca la prisión domiciliaria (art. 38 C. P.);

5. Cuando se violan las obligaciones previstas en la pena alternativa y debe cumplirse la pena principal (esto, tratándose de la Ley de Justicia y Paz).

Veamos en detalle la primera de esas decisiones, que requiere mayor análisis:

I. REVOCATORIA DEL SUBROGADO DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

En la praxis judicial la revocatoria del subrogado se ha entendido de manera simplemente formal: la violación de las obligaciones impuestas, cualquiera que fuere su entidad y con independencia de la causa que la produjo, es suficiente para hacer efectiva la pena. En consecuencia, se ha entendido que es posible revocar unilateralmente el subrogado y hacer efectiva la sanción impuesta sin necesidad de ninguna actuación previa que garantice el principio del contradictorio.

Para la revocatoria del subrogado penal y hacer efectiva la pena se requieren dos presupuestos: el presupuesto material relativo a la violación de obligaciones y el presupuesto formal relacionado con la pertinencia del contradictorio.

a. EN CUANTO AL PRESUPUESTO MATERIAL

Sobre el presupuesto material, es necesario afirmar que sólo cuando el condenado viola en forma grave e injustificada cualquiera de las obligaciones consagradas en el artículo 65 del Código Penal se procede a hacer efectiva la pena de prisión. Por lo tanto, aquí se impone un cuidadoso examen judicial para analizar la necesidad de la pena, por las siguientes razones:

- En el derecho colombiano existen dos momentos procesales para hacer efectiva una pena: la sentencia condenatoria y cuando se revoca el subrogado de la ejecución condicional de la pena o la libertad condicional. En consecuencia, cualquiera que sea el momento de ejecución de la sanción, deben tenerse en cuenta las finalidades de la pena previstas en el artículo 4.^o C. P.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena encuentra fundamento filosófico en la llamada “prevención especial”, según la cual no es necesario hacer efectiva la pena cuando la personalidad del imputado, la naturaleza y las modalidades del hecho punible permitan al juez suponer que no hay necesidad de aplicar la sanción (art. 63 C. P.). En estos casos la sanción puede suspenderse por un período de prueba de dos a cinco años, durante los cuales el condenado deberá cumplir ciertas obligaciones, so pena de perder el derecho.

Si interpretamos teleológicamente el artículo 65 C. P., concluiremos que todas las obligaciones impuestas al condenado tienen como finalidad principal

obtener su reinserción a la vida en sociedad, sin necesidad de privarlo efectivamente de la libertad. Por esta razón, se le exige observar buena conducta, someterse a la vigilancia de las autoridades, etc. Sin embargo, la violación de alguna de estas obligaciones no implica *ipso jure* que deba hacerse efectiva la pena. Cuando se incumplen obligaciones, el juez tiene que valorar su entidad y causa, a fin de determinar si ese comportamiento implica que la resocialización sólo puede lograrse con la efectiva privación de la libertad.

A la anterior conclusión se llega si se parte del artículo 4.^o C. P. En efecto, la revocatoria del subrogado no puede desconocer la filosofía de este precepto. Es decir, la violación de cualquier obligación impone al juez el deber de estudiar si su entidad amerita la resocialización del condenado mediante la privación de la libertad, en consideración de que el comportamiento posdelictual aconseja, por sus modalidades, hacer efectiva la sanción. No obstante, si al estudiar la violación el juez considera que la magnitud y los motivos determinantes de ella no exigen el cumplimiento de la pena, porque la cárcel no sería el medio adecuado para lograr la reinserción social, el fallador debe abstenerse de privar de la libertad, porque se violaría el artículo 4.^o C. P.

- Si la fuerza mayor, el caso fortuito, el estado de necesidad, en fin, las causales de exclusión de responsabilidad (art. 32 C. P.) son motivos suficientes para exonerar de la pena a un procesado, no entendemos cómo estos motivos puedan ser irrelevantes para efectos de la revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional.

- Obsérvese cómo el Código de Procedimiento Penal establece que el incumplimiento de las obligaciones impuestas en el auto que concedió el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad por sí solo no es suficiente para privar de la libertad al condenado. Se exige que se le reciban descargos a la persona, porque es posible que justifique su incumplimiento (art. 477 CPP). Por consiguiente, debe concluirse que procede la revocatoria del subrogado penal cuando el incumplimiento sea injustificado.

- Lo anterior nos lleva a afirmar la necesidad de realizar un juicio de proporcionalidad. El concepto de “grave e injustificado incumplimiento” supone

que deben valorarse tanto la gravedad del incumplimiento como la idoneidad de los argumentos para explicarlo. Se trata de requisitos concurrentes.

— NECESIDAD DE REALIZAR

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

La gravedad no puede determinarse en abstracto; tampoco admite un juicio equivalente o igual para cada caso de incumplimiento de una obligación. Por ejemplo, resulta absolutamente desproporcionado exigir a una persona que goza de la suspensión condicional de la pena que informe el cambio de residencia cuando ello es producto de un hecho notorio y público -por ejemplo, un desastre natural- o del incumplimiento del Estado en protegerla, como ocurre en caso de desplazamiento forzado. En efecto, el desplazado que tiene suspendida la ejecución de la pena seguramente no informará de su “cambio” de residencia, pero tampoco ha tenido oportunidad de hacerlo. De estos ejemplos se desprende que deben considerarse factores como el carácter voluntario o no del cambio de residencia y que éste implique o no la tenencia de una nueva, etc.

Al punto anterior debemos añadir que, como parte del examen judicial material sobre la revocatoria de la suspensión condicional, existe la obligación de valorar el concepto de “buena conducta” del condenado.

En una democracia constitucional las autoridades públicas no pueden utilizar el poder del Estado para imponer una moral propia o particular a los ciudadanos, sino que todas las decisiones judiciales se deben apoyar en consideraciones eminentemente jurídicas. Sobre el particular, en la Sentencia C-371 del 2002 la Corte Constitucional señaló:

Es claro, entonces, que el concepto de “buena conducta”, no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de

fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado.

[...]

La obligación de observar buena conducta se traduce, entonces, en deberes jurídicos cuyo incumplimiento acarrea las sanciones que en cada caso hayan sido previstas por el ordenamiento. No se trata, pues, de una decisión subjetiva del operador jurídico, a partir de su propia apreciación sobre lo que debe entenderse por buena conducta, sino que en cada caso, es necesario acreditar las infracciones a los deberes jurídicos que puedan considerarse como manifestaciones de mala conducta, situación que impone una valoración objetiva, a partir del propio ordenamiento^[1616].

Estos dos argumentos bastan para poner de presente que no es posible tener el solo incumplimiento como causa de revocatoria del subrogado. La gravedad de dicho incumplimiento dependerá, por completo, de los parámetros a partir de los cuales se establece si se trata de un incumplimiento del deber leve, medio o intenso. Cabe observar que las obligaciones no están fijadas de manera absoluta y en todos los casos como simples reglas, sino que incorporan elementos propios de normas con estructura de principios. Ello es particularmente evidente respecto de la “buena conducta” e “imposibilidad económica”. La valoración judicial está sujeta a un doble juicio de proporcionalidad: uno derivado del carácter grave del incumplimiento y otro producto de la interpretación del alcance del deber.

A lo anterior debe agregarse el ejercicio y goce de los derechos constitucionales. Dado que la medida persigue la resocialización, ésta solo se puede lograr a partir del pleno disfrute de tales derechos. Por lo mismo y como es propio de cualquier juicio de proporcionalidad, el goce de los derechos debe incluirse como parámetro para verificar el incumplimiento grave de las obligaciones. En principio, no puede estimarse como incumplimiento grave el ejercicio de un derecho fundamental.

b. SOBRE EL PRESUPUESTO FORMAL

En cuanto al presupuesto formal, es necesario que antes de proceder a la revocatoria se garantice el principio general del contradictorio. El derecho a la defensa consagrado en los artículos 29 de la Carta y 15 CPP nos enseña que “Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas en el juicio oral y en el incidente de reparación integral, como las que se practiquen en forma anticipada”. Esto significa que en la relación jurídico-procesal no puede haber un solo momento en que no esté garantizado el derecho a la defensa (art. 8.º CPP).

El artículo 29 de la Carta establece que toda sanción debe imponerse con un procedimiento previo que permita al imputado controvertir el cargo que se le formula. Si el principio de contradicción rige en aquellos casos en que va a imponerse arresto como consecuencia de desobediencia (art. 143 CPP), no encontramos ninguna razón para negarlo frente a un hecho más grave, como exigir el cumplimiento efectivo de una pena.

Los constitucionalistas han interpretado el artículo 29 de la Carta en sentido amplio y han sostenido que la aplicación de una sanción, cualquiera que ella sea (civil, administrativa, comercial, cambiaria, correccional, disciplinaria, laboral, privativa de la libertad o patrimonial), debe estar precedida del principio general del contradictorio. Dicho de modo más sencillo: antes de imponer una sanción tiene que escucharse a la persona que pueda resultar afectada con una decisión.

La Constitución vigente no estableció ninguna excepción al principio general de la bilateralidad de la audiencia o del contradictorio y no permite la imposición de sanciones sin juicio previo. Según lo anterior, la revocatoria del subrogado penal no puede obrar unilateralmente y el juez de ejecución de penas debe buscar por todos los medios la comparecencia del condenado, para que explique las razones de su incumplimiento (art. 477 CPP). Es imperioso darle la oportunidad a la parte que ejerce la defensa (sentenciado o defensor) para que señale las causas que impidieron cumplir las obligaciones impuestas. Ahora bien: basta con que el Estado brinde la oportunidad de contradicción, de manera que si las partes no hacen uso de esa prerrogativa (v. *gr.*, no comparecen o no dan explicaciones), el juez puede proceder a la revocatoria si considera que el

incumplimiento es de tal entidad que torna indispensable hacer efectiva la pena (art. 477 CPP).

Valga decir aquí que para revocar la libertad condicional deben seguirse los mismos lineamientos señalados para la revocatoria de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Debe precisarse que existen otros beneficios como la detención domiciliaria o el cumplimiento de la pena alternativa, esta última en los procesos adelantados bajo el régimen de la Ley de Justicia y Paz, que en el evento de incumplirse las obligaciones impuestas no se trata de revocar dichas decisiones sino de sustituirlas.

Lo que opera en el primer caso es la sustitución del lugar de detención para cumplir la pena intramuros, y en el segundo, la sustitución por la pena principal que debe contener la sentencia, para aquellas personas que se han desmovilizado y se han acogido a la reglamentación de la normatividad mencionada. En estos casos también deben cumplirse los requisitos estudiados para revocar la suspensión condicional (descargos y controversia).

VII. LEVANTAMIENTO DEL ESTADO DE CAPTURA

Antes de abordar el tema del levantamiento del estado de captura es necesario dejar claro que el Código de Procedimiento Penal consagra en el artículo 298 (modificado por la Ley 1453 del 2011) un período de vigencia máxima de un año de la orden de captura, transcurrido el cual sin que ésta se haya hecho efectiva, pierde automáticamente su eficacia. Sin embargo, la orden puede prorrogarse cuantas veces sea necesario a petición del fiscal, quien deberá sustentar la solicitud oralmente ante el juez de control de garantías, porque una vez que dicho funcionario ha expedido la orden de aprehensión o ha ejercido el respectivo control, es el único competente para disponer que tal mandamiento se prolongue en el tiempo para su ejecución.

Se habla del levantamiento del estado de captura cuando se está ante el cumplimiento de la finalidad perseguida con dicha orden. De una interpretación sistemática del ordenamiento procesal podemos inferir que se presentan varias situaciones en las cuales debe levantarse el estado de captura. Cabe mencionar

las siguientes:

a. En lo que tiene que ver con la captura *in flagranti* se acogió un criterio estrictamente objetivo, porque la persona que realiza la aprehensión generalmente no está en capacidad de efectuar ningún juicio de valor para determinar la adecuación típica del comportamiento o la concurrencia de causales excluyentes de responsabilidad. En consecuencia, puede capturarse en flagrancia por cualquier delito, así esté sancionado con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a cuatro años o con pena no privativa de la libertad o cuando no sea procedente la privación de libertad.

El juez de control de garantías debe levantar el estado de captura cuando de las evidencias materiales que le han sido presentadas se infiere que no concurren los requisitos del artículo 308 CPP.

b. También debe levantarse el estado de captura cuando el juez de control de garantías no efectúa la audiencia para resolver la petición de medida de aseguramiento en el acto mismo de la audiencia de imputación o inmediatamente después (art. 160 CPP). Si el funcionario no realiza tal pronunciamiento, incurre en prolongación ilícita de privación de la libertad por exceder los términos constitucionales y legales (36 horas) salvo caso excepcional de la captura en altamar (art. 298 CPP). Por consiguiente, debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 297 inciso 3.º y 302 inciso 4.º, que consagran controles internos de legalidad sobre la aprehensión, que deben ser cumplidos por el funcionario que tenga los detenidos a su disposición.

c. Debe levantarse el estado de captura cuando venzan los términos sin que se haya legalizado el estado de aprehensión, ante las autoridades de los establecimientos de reclusión respectivos (inc.2.º art. 304).

d. Cuando la orden de captura se cumple antes de la imputación y después de esta diligencia se demuestra que no es procedente la medida de aseguramiento de privación de la libertad.

VIII. CANCELACIÓN DE LAS ÓRDENES DE CAPTURA

Se entiende que la orden de captura debe ser cancelada cuando por cualquier

motivo pierda su vigencia. En este caso resulta indiferente que el imputado sea vinculado o no al proceso, o que éste haya terminado por cualquier circunstancia.

Son múltiples las hipótesis en las cuales debe cancelarse la orden de captura. Sin pretender hacer una enumeración taxativa, citaremos a continuación algunos casos.

a. Cuando se ha ordenado la captura para ejecutar una medida de aseguramiento de detención y ésta ha sido revocada (art. 318).

b. Cuando se ordena la captura para ejecutar una medida de aseguramiento de detención, pero el juez de control garantías ha otorgado libertad provisional con base en cualquiera de las causales del artículo 317 CPP. El juez de control de garantías, por solicitud del fiscal, el defensor, el ministerio público o de manera oficiosa, está obligado, en la misma decisión que concede la libertad provisional, a cancelar inmediatamente las órdenes de captura.

c. De la misma manera debe proceder el juez de conocimiento de primera instancia cuando dicta preclusión o anuncia el fallo absolutorio, momento procesal en el cual debe conceder libertad conforme a la causal primera del artículo 317 CPP.

d. Cuando el juez de conocimiento anuncia el fallo definitivo y otorga el subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional (art. 451 CPP).

e. Cuando la finalidad de la medida pierde vigencia.

f. Cuando la medida de privación de la libertad es sustituida por una no privativa.

g. Finalmente, existe un último caso en que no es necesaria la captura. Se trata de aquellas situaciones en las cuales a una persona se le ha otorgado detención domiciliaria. En estas circunstancias resulta desproporcionado aprehender al procesado con el único fin de hacer la reseña, prevista para estos casos, ya que el lugar de reclusión será su domicilio.

IX. CONCLUSIONES

La captura es una modalidad de restricción a la libertad personal. Es un acto complejo que consiste en la orden de un juez de la República, soportada en razones constitucionales y legales. Por lo tanto, no puede confundirse con los motivos que dieron origen a la privación de la libertad, ni con el acto físico de la aprehensión.

La captura cumple sus fines en el marco de un proceso penal. Es decir, la captura es una forma de privación de la libertad sustentada exclusivamente en los fines constitucionales y legales del proceso penal.

La captura está a medio camino entre la aprehensión y los motivos fundados para ordenar la privación de la libertad y, por lo tanto, su validez depende de estos dos elementos, es decir, que los motivos sean constitucional y legalmente válidos y que la aprehensión se haga con el respeto de todos los derechos fundamentales, en especial el de dignidad humana.

La expedición de una orden de captura sólo resulta constitucionalmente proporcionada en la medida en que se deba imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad como la detención preventiva (intramural). Lo anterior implica que la captura no es un mecanismo de vinculación de una persona al proceso penal (interpretación restrictiva del artículo 126 CPP).

Por regla general, sólo es posible capturar a una persona en virtud de una orden escrita de autoridad judicial competente (principio de reserva judicial). El mandamiento escrito permite realizar una verificación de la orden de captura y sus motivos. Además, debe indicar los datos necesarios de la persona o las personas objeto de la orden de captura, con el fin de que sean identificadas e individualizadas. Finalmente, la orden de captura debe señalar el nombre del fiscal que dirige la investigación y el número de radicación que identifica la actuación. Los anteriores requisitos garantizan un máximo de protección de los derechos fundamentales de la persona que será privada de la libertad.

La solicitud de la orden de captura compete realizarla necesariamente al fiscal, quien deberá acompañar la evidencia e información suficiente que sustente los motivos de la captura. Esta petición se realiza ante el juez de control de garantías. El fiscal tiene la carga argumentativa.

La policía judicial no puede solicitar orden de captura directamente ante el

juez de control de garantías, porque esta competencia está radicada exclusivamente en cabeza del fiscal.

La ejecución de la orden de captura, esto es, la aprehensión y la custodia de la persona privada de la libertad, tiene varios requisitos necesarios para su validez: debe informarse al capturado acerca de los derechos que le asisten, entre los que se encuentran (i) el derecho a una suficiente información del hecho que se le atribuye, del motivo de su captura y del funcionario que la ordenó; el derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión y a que efectivamente se establezca ese contacto; (3) el derecho que tiene a guardar silencio, a saber que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; (4) el derecho a designar un abogado de confianza en el menor tiempo posible, a entrevistarse con él cuanto antes y a ser informado de que en caso de no designar abogado, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveerá su defensa.

Además, la captura debe resultar proporcionada a las condiciones personales del posible aprehendido, al hecho punible por el cual es investigado y cuya autoría se le imputa, y al momento y lugar de la aprehensión, lo que implica, por ejemplo, la prohibición del uso excesivo de fuerza.

Frente a la custodia o vigilancia, esta debe llevarse a cabo conforme al principio de dignidad humana, lo cual implica, entre otras, (1) la prohibición de formas sutiles de presión asimilables a la tortura, (2) la prohibición de denegación de acceso a medicamentos, medios de sostenimiento de la vida o tratamientos médicos, como diálisis, y (3) la prohibición de denegación de alimentación, de líquidos o de la posibilidad de dormir.

La captura será contraria a la Constitución cuando se viole el artículo 28 superior, cuando no se respeten los términos establecidos en la Carta o la ley para tomar ciertas decisiones, cuando no se respeten los derechos implícitos en la forma de ejecución de la orden y cuando haya desconocimiento de garantías legales que trascienden a la violación de principios, valores y derechos constitucionales.

La captura en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente sólo tiene dos excepciones consagradas directamente en la Carta: los eventos de flagrancia y los casos excepcionales en que la Fiscalía General de la Nación puede librar la orden de captura. Los particulares sólo pueden realizar capturas en casos de flagrancia y captura públicamente requerida.

Una vez efectuada la captura, ésta debe ser legalizada en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías, en la cual el funcionario evaluará tanto la situación en que se produjo la restricción de la libertad -flagrancia u orden judicial- como el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para hacer efectivos los derechos del capturado.

Frente a la competencia territorial para realizar la audiencia de legalización de la captura, se sigue la regla general según la cual es competente el juez del territorio donde se desarrollaron los hechos. Sin embargo, si la captura se produce en lugar distinto del de la comisión de la conducta punible, la función de control de garantías podrá ser efectuada por el juez penal municipal del territorio donde se realizó la aprehensión o de aquel donde, por razones de urgencia o seguridad, haya sido recluido el capturado. A falta de éste, se acudirá al juez municipal de otra especialidad.

En la audiencia de legalización de captura -como en toda audiencia en la que se afecten derechos fundamentales- debe permitirse un debate probatorio adecuado para garantizar el derecho de defensa, lo cual incluye la exclusión de evidencias (ilegales o ilícitas). En este punto, el juez de control de garantías tiene competencia para aplicar el instituto de la exclusión probatoria cuando el procedimiento de captura es el medio para obtener elementos probatorios viciados o ilícitos.

En igual sentido, cabe predicar que el juez de control de garantías debe examinar la obtención de información durante el procedimiento de captura. Dicho funcionario debe excluir todos los medios de prueba que hayan sido producto de una captura ilegal, siempre y cuando la aprehensión haya sido el medio por el cual se obtuvo el elemento material probatorio.

La audiencia de legalización de captura, imputación y definición de situación jurídica debe por regla general efectuarse en una actuación procesal concentrada

dentro de las 36 horas siguientes a la captura sin que exista excepción por el número de delitos, número de defensores o investigados.

La captura puede ordenarse en varios momentos procesales: antes de iniciarse el proceso penal, con ocasión de éste o después de culminada la actuación procesal.

Antes de iniciarse el proceso penal la captura procede en las siguientes hipótesis: (i) casos de flagrancia y (2) casos en que por cuestiones de urgencia el juez de control de garantías o el fiscal libran orden de captura, siempre y cuando se cumplan los requisitos constitucionales objetivos y subjetivos para que proceda una medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Las 24 horas que permite el Código Nacional de Policía a las autoridades para retener a una persona, con la finalidad de verificar la existencia de órdenes de captura, deben entenderse incorporadas dentro de las 36 horas que establece la Constitución en el artículo 28 para realizar la audiencia de legalidad de la captura, imputación y determinar si se impone medida de aseguramiento.

Por regla general, la conducta debe constituir delito para poder capturar en flagrancia; sin embargo, cuando la captura sea realizada por un particular no le es exigible hacer valoraciones sobre la adecuación típica de la conducta, circunstancia de justificación, etc., pero de los hechos debe inferirse que se trata de una conducta delictiva.

No toda conducta delictiva puede dar lugar a la captura en casos de flagrancia, porque ésta debe valorarse conforme al principio de proporcionalidad para determinar la insignificancia o no del hecho considerado delito. Esto tiene especial relevancia cuando se trata de capturas en flagrancia realizada por miembros de la Policía Nacional.

Entre el momento de la captura en flagrancia y la presentación de la persona privada de la libertad ante el juez de control de garantías -lo que incluye su entrega a una autoridad de policía, la remisión ante un fiscal y posterior conducción ante un juez de control de garantías- no puede sobrepasarse el lapso de 36 horas, por mandato expreso del artículo 28 superior. Sin embargo, la Sentencia C-025 del 2002 estableció que pueden darse circunstancias excepcionalísimas para una prórroga válida de este término. En estos casos, la

validez de la captura dependerá de la diligencia con que las autoridades que la efectuaron hubieren realizado los actos necesarios para poner a la persona privada de la libertad a disposición del juez de garantías. En casos excepcionales y con el fin de que pueda la defensa preparar sus argumentos, puede prorrogar las 36 horas por un término estrictamente necesario. La Ley 1453 del 2011 consagra la forma de contabilizar el término en casos excepcionales como capturas en altamar.

Si la persona que lleva a cabo la aprehensión es un particular (públicamente requerida), éste deberá conducir al capturado ante una autoridad policial, que puede ser la policía administrativa o quien ejerza funciones de policía judicial, y rendir ante ésta un informe verbal sobre lo ocurrido. Por el contrario, si es una autoridad quien lleva a cabo la aprehensión, deberá poner al aprehendido directamente a disposición de la Fiscalía y presentar el respectivo informe. El fiscal, por su parte, con base en ese informe, deberá poner en libertad o presentar a la persona ante el juez de control de garantías, según el caso.

En virtud del principio de reserva judicial frente a la afectación de los derechos fundamentales, en particular frente al derecho a la libertad, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-176 del 2007, declaró inexecutable la llamada “captura administrativa”, razón por la cual en la actualidad la captura (salvo casos de flagrancia) sólo procede en el marco de un proceso penal. Sin embargo, en desarrollo de las funciones constitucionales de prevención, la Policía Nacional conserva algunas facultades para realizar injerencias mínimas en el derecho a la libertad, como sucede con la retención transitoria, condicionada al respeto de las garantías fundamentales o la retención para verificación de otras órdenes de captura vigentes, siempre y cuando la captura se haya hecho en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente.

Durante el proceso penal se presentan situaciones genéricas de captura: para hacer efectiva la medida de aseguramiento, cuando en casos excepcionales y directamente por el fiscal se libra orden de captura por cumplirse los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento y cuando sea necesario conducir testigos al proceso.

La captura con ocasión del proceso penal sólo procede cuando sea factible

imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva. Para determinar este punto se deben tener en cuenta tres elementos: (i) que la medida tenga por objeto asegurar la comparecencia del imputado al proceso, proteger a la comunidad y a las víctimas y evitar obstrucciones a la justicia (fines constitucionales de la medida de aseguramiento); (2) que la medida sea necesaria, en función de los anteriores objetivos; esta necesidad se determina en el marco de un juicio de proporcionalidad; y (3) que, dadas las circunstancias concretas y la medida de aseguramiento imponible, la captura resulte proporcionada.

Por regla general, a partir del momento en que se formula la imputación es factible proferir medida de aseguramiento, y, cuando ésta es privativa de la libertad, procede, por lo tanto, la captura para hacerla efectiva siempre que no se otorgue libertad provisional.

La Constitución y la ley han previsto la posibilidad de que el fiscal general de la Nación o sus delegados dicten órdenes de captura de forma excepcionalísima. Como requisitos de esta facultad se exige: En primer lugar, que haya elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada. En segundo lugar, que concurra cualquiera de las siguientes circunstancias: (1) riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar en donde se lleva a cabo la investigación; (2) riesgo de alteración probatoria; peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no se realiza la captura, el indiciado ejecute en contra de ellas una conducta punible; y (4) que el fiscal demuestre que hizo todos los esfuerzos posibles para encontrar un juez de control de garantías, y debe explicar las circunstancias que impidieron que lo localizara.

Esta captura puede realizarse antes de la imputación y como resultado de la investigación previa y en caso excepcional durante el proceso (después de la imputación) para que se dicte medida de aseguramiento.

En desarrollo del juicio oral, el juez de conocimiento puede expedir, con destino a la Policía Nacional o a cualquier otra autoridad, orden de aprehensión y conducción al testigo debidamente citado que se negare a comparecer.

Existen otros casos de captura, como: (1) cuando se revoca la libertad provisional, (2) se sustituye una medida de aseguramiento no privativa de la libertad por detención preventiva, (3) la captura que se libra contra las personas que obstaculicen o no presten la colaboración para la realización de cualquier diligencia, (4) la captura para la imposición de sanción disciplinaria o (5) para hacer efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Además se presentan casos de captura después del proceso, cuando se hace efectiva la sentencia condenatoria. El artículo 296 CPP establece que la afectación de la libertad puede tener como fin el cumplimiento de la pena. La captura, en estos casos, incluye las siguientes hipótesis, además del cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad al momento de dictar sentencia condenatoria: (1) cuando desaparecieron las razones que originaron la suspensión de la ejecución de la pena; (2) cuando se revoca la condena de ejecución condicional si se han incumplido las obligaciones que se impusieron al conceder el subrogado, o se ha cometido nuevo delito, o no se hubieren pagado los perjuicios civiles dentro del término fijado por el juez; (3) cuando se revoca la libertad condicional, para hacer efectivo el resto de la pena que se haya dejado de cumplir; (4) cuando se revoca la prisión domiciliaria.

En cuanto a la revocatoria del subrogado penal para hacer efectiva la pena, se requieren dos presupuestos: uno material, relativo a la violación de obligaciones, y otro formal, relacionado con la pertinencia del contradictorio. Frente al primero, se debe afirmar que no todo incumplimiento de las obligaciones deriva en la revocatoria del beneficio, porque corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad establecer los motivos del incumplimiento y su gravedad. En este orden de ideas, el segundo requisito implica que la decisión del juez no es mecánica o simplemente instrumental sino que éste debe garantizar el respectivo contradictorio al procesado, en desarrollo del debido proceso. Estos requisitos son aplicables cuando se revoca la libertad provisional (cuando se ha concedido el beneficio por cumplimiento de pena en la cual se tuvo en cuenta el porcentaje permitido para la libertad condicional) o se sustituye la pena alternativa por la principal (Justicia y Paz).

El levantamiento del estado de captura. A este respecto existen tres casos, a

saber: (1) para los eventos de captura en flagrancia, el juez de control de garantías debe levantar el estado de aprehensión cuando de las evidencias materiales que le han sido presentadas se infiere que no concurren los requisitos del artículo 308 CPP (detención); (2) se debe levantar el estado de privación de libertad cuando el juez de control de garantías no realiza la audiencia para resolver la petición de medida de aseguramiento dentro del término señalado para el efecto; (3) cuando se venzan los términos sin que el estado de aprehensión se hubiese legalizado ante las autoridades de los establecimientos de reclusión.

Cancelación de la orden de captura. Por regla general, el Código de Procedimiento Penal consagra, en el artículo 298, un período de vigencia máxima de un año de la orden de captura, transcurrido el cual sin que ésta se haya hecho efectiva, pierde automáticamente su eficacia; sin embargo, puede prorrogarse cuantas veces sea necesario, a petición del fiscal. Además, debe ser cancelada cuando por cualquier motivo desaparezca la finalidad para la cual fue expedida, como cuando se ha ordenado la captura para ejecutar medida de aseguramiento de detención y ésta ha sido revocada; cuando se ordena la captura para ejecutar una medida de aseguramiento de detención pero el juez de control de garantías ha otorgado libertad provisional con base en cualquiera de las causales del artículo 317 CPP; cuando se dicta preclusión o anuncia el fallo absolutorio o cuando el juez de conocimiento anuncia el fallo definitivo y otorga el subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional.

CAPÍTULO SEGUNDO

Medidas de aseguramiento

I. SISTEMAS DE REGLAS Y PRINCIPIOS EN MATERIA DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

La Ley 906 del 2004 consagra una serie de medidas de aseguramiento de distinto alcance e intensidad en cuanto a la afectación o limitación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas al proceso. El diseño legal de este sistema de medidas de aseguramiento es un desarrollo de los postulados constitucionales establecidos, principalmente, en el numeral i del artículo 250 de la Carta.

De tiempo atrás, la Corte Constitucional ha reconocido que la imposición de medidas de aseguramiento implica una fuerte tensión de principios constitucionales, que se estructura conforme a la siguiente ecuación: sin responsabilidad no hay privación o afectación de la libertad vs. necesidad de privación, o limitación del mencionado derecho durante la investigación. Normativamente esta ecuación se apoya en los derechos a la libertad personal (art. 28 C. N.) y a la presunción de inocencia (art. 29 C. N.) y, por otro lado, en las condiciones y reglas para autorizar la afectación de la libertad personal y en la eficacia del sistema de justicia, como también en la protección de los derechos de la comunidad y las víctimas.

Una visión absoluta de los extremos en tensión haría inaplicable el sistema de justicia penal y pondría en serias dificultades al Estado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales de protección de los derechos fundamentales. En efecto, pretender el carácter absoluto de la libertad personal en conjunción con la presunción de inocencia impediría al Estado, en muchas ocasiones, hacer efectiva la sanción o evitar que la persona investigada obstruya la justicia o impedir que continúe la afectación de los derechos de la víctima. De manera contraria, asumir que siempre es necesario limitar la libertad personal supondría que simples sospechas, sin respaldo alguno, o la sola denuncia constituirán fundamento suficiente para adoptar una medida con la consecuente imposibilidad de goce de la libertad.

Tal y como lo ha interpretado la Corte Constitucional^{[617](#)}, la Carta diseñó un

sistema de equilibrio para resolver esta tensión, porque está construido sobre la base de normas con estructura de principios, los cuales ofrecen un espectro de interpretación y aplicación más amplio que debe valorarse en el caso concreto. En consecuencia, no se parte de una regla rígida en cualquiera de los extremos. En la Sentencia C-327 de 1997 la Corte recogió esta idea en los siguientes términos:

[...] aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.

Hasta la expedición del Acto Legislativo 03 del 2002, la Constitución no tenía un esquema completo y preciso en torno de la afectación de la libertad durante la investigación, razón por la cual la Corte Constitucional infirió, de las disposiciones contenidas en la Carta Política, los supuestos y casos en que el constituyente autorizaba la afectación o privación de la libertad durante la investigación penal^{618}. El nuevo diseño constitucional, como se analizó en el primer tomo de esta obra, redefinió por completo este equilibrio para fijar un esquema preciso de limitaciones a la libertad personal durante la investigación o trámite del proceso. En la actualidad, sólo podrá limitarse la libertad cuando ello resulte necesario para asegurar “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”, según lo dispone el numeral i del artículo 250 superior.

Esta definición constitucional de las causas que autorizan la afectación de la libertad personal no utilizó la adopción de reglas para precisar los casos en que procede la limitación del mencionado derecho fundamental. Corresponde, en consecuencia, al legislador delimitar el contenido o las condiciones en las cuales se estima que existen dificultades para asegurar la comparecencia, la conservación de la prueba o la protección de la comunidad y las víctimas. La

interpretación de tal esquema legislativo debe guiarse, en todo caso, por el respeto al mandato de proporcionalidad implícito en la disposición constitucional.

En abstracto, el legislador sólo define hipótesis en las cuales podría considerarse necesaria la medida, por lo que tal necesidad deberá ser valorada en el caso concreto. Ello se explica por elementales principios de hermenéutica constitucional, que enseñan que la restricción a un derecho fundamental debe estar justificada, esto es, debe resultar proporcionada. En consecuencia, está proscrita la aplicación automática de los criterios de autorización para la afectación de la libertad personal:

[...] la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir, que su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia) y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, arts. 1.º y 2.º) [\[619\]](#).

- CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD PARA APLICAR MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD

En el plano constitucional se han expuesto algunos criterios de proporcionalidad que deben imperar en la interpretación y aplicación de las medidas restrictivas de la libertad. El juicio estricto de proporcionalidad partirá del análisis del grado de afectación de la libertad frente al beneficio legítimo logrado con la medida. Cuanto mayor sea la afectación, mayor será el beneficio.

El legislador desarrolló estos criterios constitucionales mediante la adopción de principios (arts. 295 y 296 CPP) y reglas para que proceda la afectación a la libertad bajo la figura de medidas de aseguramiento. De esta manera se limita el grado de indeterminación constitucional, en particular al definir (1) qué se

entiende por posibilidad de que no concurra la persona indiciada, (2) cuándo existe obstrucción a la justicia y (3) cuándo están en peligro la comunidad y la víctima; además (4), también consagró como fundamento de la afectación de la libertad el juicio de proporcionalidad (art. 295). El efecto de este esquema normativo origina la imposibilidad de una aplicación de las medidas de aseguramiento sin una valoración previa, en que demuestre que la restricción resulta adecuada, necesaria, proporcionada y razonada, según ordena el artículo 295 CPP.

Con fundamento en el marco teórico referido, estudiaremos lo relativo a las medidas de aseguramiento. Para tal fin, se analizarán primero las medidas privativas de la libertad personal y luego aquellas alternativas a su privación. En la última parte se considerarán algunos aspectos comunes de estas instituciones jurídicas.

II. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva constituye la más grave e intensa afectación de la libertad personal, previa a la imposición de una condena penal. Por lo mismo, el legislador ha establecido una amplia regulación que determina en abstracto las condiciones bajo las cuales resulta legítima tal afectación. Debido a lo anterior, el análisis que sigue considerará varios elementos comunes a las medidas de aseguramiento.

A. REQUISITOS NORMATIVOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La adopción de medidas de aseguramiento, entre ellas la detención preventiva, está sujeta a las condiciones bajo las cuales se define constitucionalmente, por una parte, el equilibrio entre libertad personal y presunción de inocencia y, por otra, la legítima afectación de la libertad^{[620](#)}. En el plano legal, este equilibrio se puede estudiar a partir de tres disposiciones que regulan la adopción de cualquier medida de aseguramiento: artículos 295, 296 y 308 CPP.

Para el caso de la detención preventiva, sólo si se cumplen los mandatos contenidos en los mencionados artículos y, además, se demuestran las circunstancias previstas en el artículo 313 ibídem, es posible adoptar la medida restrictiva de la libertad. Este esquema está desarrollado sobre la base de normas de distinta naturaleza: reglas y principios.

La adopción de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva debe ser el resultado de observar una serie de elementos y presupuestos claramente establecidos. Tales elementos están definidos, de forma general, por los artículos 308 y 313 CPP. El primero de estos artículos establece requisitos comunes a todas las medidas de aseguramiento, si no se cumplen no pueden considerarse o estudiarse las previsiones establecidas en el artículo 313 CPP.

El esquema se complementa con la introducción de un juicio de proporcionalidad en los términos del artículo 295 ibídem. Por su propia naturaleza, la aplicación del juicio de proporcionalidad sólo puede predicarse de aquellos requisitos legales donde se observa una estructura de principios y no de reglas; lo anterior hace referencia a los mandatos de los numerales 1 , 2 y 3 del artículo 308 CPP, en concordancia con el artículo 296 ibídem.

Las prescripciones del artículo 313 se estructuran, por el contrario, bajo el esquema de reglas. El legislador ha concebido este esquema como un sistema de pasos concatenados, de suerte que sólo si se satisface un requisito es posible entrar a verificar el cumplimiento del siguiente. Esta cadena tiene el siguiente orden:

- Inferencia razonable de autoría o participación en un delito investigado;
- Necesidad de la medida para garantizar la comparecencia, evitar obstrucción a la justicia o peligro a la comunidad o a la víctima;

Condiciones específicas de procedencia de la detención preventiva.

La tesis presentada en el estatuto procesal tiene su antecedente en una propuesta elaborada hace más de treinta años por el comisionado para la reforma JAIME BERNAL CUÉLLAR, quien planteó que para dictar la medida de aseguramiento de detención preventiva no bastaba con la existencia de elementos sobre la probabilidad de la responsabilidad, sino que también debían

tenerse en cuenta los fines de la detención. Sobre el particular sostuvo BERNAL CUÉLLAR en la exposición de motivos:

En cuanto a los requisitos de esta providencia, además de exigir la vinculación previa, y conforme a la mejor doctrina, no solo se hacen necesarios los de orden probatorio y los de la naturaleza del delito, sino también otros que deben tenerse en cuenta, como son la personalidad del agente, las consecuencias sociales del ilícito y los fines de la investigación, pues en la medida en que el procesado esté dispuesto a comparecer en juicio, a pesar de que se den los demás requisitos, el funcionario, si lo estima conveniente, podrá abstenerse de retenerlo para la instrucción⁴⁶²¹.

I. PRESUPUESTO DE INFERENCIA RAZONABLE

El artículo 308 CPP exige una inferencia razonable de autoría o de participación en la conducta delictiva que se investiga. Aunque aparentemente esto no genera problema alguno, surgen aquí dos preguntas: por una parte, ¿es exigible el descubrimiento de la prueba que acredita tales circunstancias?; por otra, ¿basta el indicio de autoría?

Consideramos que la simple inferencia de autoría resulta insuficiente para justificar la detención preventiva, porque se requiere además un sustento probatorio que determine un pronóstico de responsabilidad. Lo anterior porque nos encontramos frente a una colisión entre la detención preventiva y el derecho a la libertad, tensión que, por mandato constitucional, debe resolverse a favor de la libertad. Esta interpretación surge también de la ley, en cuanto refiere la inferencia de autoría a la investigación de una *conducta delictiva*, esto es, una conducta que sea típica, antijurídica y culpable.

Sobre el particular resulta pertinente tener presente que el artículo 9.º del Código Penal (Ley 599 del 2000) establece que “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”, lo cual impone la obligación de probar los elementos que integran la conducta punible. Téngase en cuenta, además, que en el plano de la detención el indicio de autoría tampoco es prueba de la antijuridicidad o de la responsabilidad por la conducta investigada.

A lo anterior debe agregarse que las inferencias y construcciones indiciarias, como base para determinar la medida de aseguramiento, pueden coincidir con las exigencias de imputación. No obstante, el legislador ha distinguido entre las razones para imputar y aquellas para solicitar la detención preventiva (o cualquier otra medida de aseguramiento), y este distinto tratamiento podría llevar a pensar que no necesariamente deban coincidir los momentos de la imputación y la detención.

Si se comparan los artículos 287 y 308 CPP se advierte que entre ellos existen evidentes similitudes, como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

<i>Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación.</i> El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado <i>es autor</i> o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este Código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.	<i>Artículo 308. Requisitos.</i> El juez de control de garantías, a petición del fiscal general de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado <i>puede ser</i> autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos [...].

Pese a su similitud, el contenido modal de cada disposición es distinto. En efecto, el artículo 287 exige una suerte de certeza, lo cual se advierte en la expresión en cursiva en el cuadro anterior. Obsérvese cómo el legislador hace obligatoria para la imputación la inferencia razonable de que el investigado “*es autor o partícipe*”. Por su parte, el artículo 308 establece una probabilidad que desvirtúa la exigencia de un alto grado de certeza: “*puede ser autor o partícipe*”.

Debe decirse que en ningún momento el legislador ha exigido certeza absoluta, en el sentido de necesidad (operador modal de lo necesario), pero sí grados de certeza, por las siguientes razones: (1) por las enormes dificultades para establecer relaciones absolutas de necesidad y (2) porque la evidencia es inicialmente aportada por la Fiscalía, dado que la defensa también puede allegar evidencias opuestas o contrarias durante el juicio. Inevitablemente se parte de una posición en que la autoría o participación, de ordinario, siempre será

cuestionable.

Lo anterior podría llevar a pensar que no es posible, en la práctica, distinguir entre uno y otro requisito, porque al no tratarse de una situación de lo absoluto - esto es, que exista una prueba plena de autoría o participación-, tanto la imputación como la solicitud de la detención preventiva estarían en el mismo plano de indeterminación. Esta posición desconocería, sin embargo, la estructura propia del sistema acusatorio, en la cual ninguna inferencia es absoluta (en el sentido de necesidad lógica), por cuanto todo es susceptible de discusión en el juicio. La solicitud de una medida de aseguramiento, la imputación o la acusación no suponen la certeza sobre la realización de un hecho punible, sino una valoración sobre la conducta de una persona a partir de ciertos elementos de juicio. Se parte así de una situación inicial de absoluta presunción de inocencia hasta llegar a la responsabilidad penal, donde se desvirtúa tal presunción bajo las consideraciones de una decisión más allá de toda duda razonable.

Lo anterior muestra que la imputación exige aportar evidencia física, material probatorio recogido o información recaudada, de la que pueda inferirse, *con un alto grado de probabilidad*, que el investigado es autor o partícipe. Para la solicitud de medida de aseguramiento, entonces, no se requiere tal grado de probabilidad. Ahora bien: dada la circunstancia de que se está frente a un tema de valoración, bien puede acudirse a la dogmática de la prueba indiciaria para mostrar de qué manera opera esta distinción.

- LOS INDICIOS EN LA IMPUTACIÓN Y EN LA SOLICITUD DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

De tiempo atrás, se ha distinguido entre el indicio necesario y el contingente. El primero se refiere al indicio que está construido de tal manera que sólo existe una conclusión posible o, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, a “aquellos hechos que de manera indefectible y rigurosamente cierta evidencian la existencia de otros, lo cual por regla general, solo acontece con los fenómenos de la naturaleza”^{[622](#)}, mientras que el contingente supone situaciones de silogismo que sólo admiten inferencias de probabilidad. Estos se presentan, por

ejemplo, “cuando las causas o consecuencias de determinado fenómeno son varias; así, cada vez que partiendo de un hecho indicador previamente demostrado lleguemos a una conclusión que no es única sino que constituye tan solo una entre la pluralidad de posibles conclusiones, estaremos frente a un indicio contingente”¹⁶²³.

Los indicios contingentes, a su vez, se dividen en graves, leves y levísimos. Aquí nos interesa la distinción entre los dos primeros. El indicio grave se presenta cuando a partir del hecho indicador son pocas las conclusiones que pueden inferirse, en tanto que el leve es aquel en el cual se verifica que a partir del mismo hecho indicador pueden obtenerse varios hechos indicados. El primero, entonces, supone un mayor grado de probabilidad, en tanto que en el segundo la inferencia admite mayor cuestionamiento. Obsérvese que en ninguno de los dos casos se alcanza certeza, sino mayores o menores grados de probabilidad sobre la certeza de la conclusión.

El legislador no se ha referido a la prueba indiciaria para definir los parámetros probatorios en materia de imputación o de solicitud de medidas de aseguramiento. Tal referencia es imposible, porque propiamente durante la investigación no hay pruebas. Con todo, la alusión a la prueba indiciaria sí permite comprender la diferencia entre los aspectos lógicos definidos por el legislador.

Ahora bien: la distinción en cuanto a los requisitos para imputar y para solicitar la medida de aseguramiento se explica porque el control de legalidad sobre la solicitud de medida de aseguramiento no versa en estricto sentido solo sobre la autoría y la participación (análisis realizado en la audiencia de imputación), sino sobre el hecho de que la persona (el imputado) pueda obstruir la justicia, evadir su acción o representar peligro para la comunidad o la víctima. Es decir, el centro del debate está desplazado a los temas del comportamiento procesal y social del imputado.

De allí que, aunque los requisitos sean distintos, sin imputación no hay lugar a la adopción de medidas de aseguramiento. Frente a los eventuales peligros sobre los elementos probatorios antes de la imputación, deberán adoptarse

medidas de custodia de la evidencia (art. 250 C. N.), así como brindar protección a la población civil o a las víctimas, tarea que, por ejemplo, corresponde constitucionalmente a la Fiscalía. En síntesis: para dictar medida de aseguramiento, además de los requisitos propios de la imputación, se exigen los requeridos para fundamentar las finalidades de dicha medida.

A lo anterior se suma un requisito de estricta proporcionalidad. Si además del indicio de autoría existe indicio de justificación de la conducta, resulta abiertamente excesivo el privar de la libertad a una persona para luego proceder a su liberación atendiendo precisamente a dicha justificación.

A la postura mencionada podría objetarse que para la acusación (art. 336 CPP) sólo se exige que “se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”, razón por la cual resultaría un contrasentido el que se realizara un análisis de justificación o de responsabilidad antes del juicio. Esta objeción, en consecuencia, partiría del supuesto de que la Fiscalía (o el juez de control de garantías) no es competente para realizar este tipo de juicios o valoraciones, asunto que estaría absolutamente reservado al juez de conocimiento y sujeto a lo controvertido en el juicio. Esta postura surge, en realidad, de entender que los derechos fundamentales están vinculados y son dependientes de las estructuras de investigación y juzgamiento en cuanto a su afectación. Equivaldría a suponer que, respecto de la Fiscalía, el legislador ha introducido una excepción al mandato del artículo 2.º constitucional, en cuanto dicho ente acusador sería el único órgano estatal que no tendría la obligación de “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Si se acogiese esta interpretación, los derechos no serían un límite y condición de organización y funcionamiento de los órganos estatales y los procedimientos ante la administración y la justicia, sino que estaríamos en un esquema contrario, donde el goce de los derechos depende por entero de la organización y el funcionamiento del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que a pesar de las condiciones y prescripciones relativas a la acusación, el ente investigador no puede renunciar a sus obligaciones constitucionales, de suerte que si advierte la existencia de causales de justificación o de indicios excluyentes de responsabilidad penal,

debe abstenerse de solicitar la detención preventiva (y cualquier otra medida). Sería un claro caso de exceso pedir imposición de medida de aseguramiento cuando existan evidencias que demuestren una posible causal de exclusión de responsabilidad, medida cuyo control está encomendado al juez de garantías. Conforme lo anterior, se advierte la importante función de este juez para la salvaguarda y protección de los derechos fundamentales de los asociados.

2. FINES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

El numeral i del artículo 250 constitucional y los artículos 296 y 308 CPP establecen que la medida de aseguramiento está autorizada exclusivamente para el cumplimiento de determinados fines: asegurar la comparecencia, proteger a la comunidad y a la víctima y preservar las pruebas (evitar la obstrucción a la justicia).

Sin embargo, como es propio de un sistema estructurado sobre principios, en las disposiciones indicadas se exige que la medida sea necesaria para asegurar el cumplimiento de tales fines, es decir, no basta con que se observe que resultaría útil o conveniente, sino que tiene que satisfacerse el requisito de necesidad^[624].

Este requisito de necesidad impone la realización de un juicio de proporcionalidad frente a las circunstancias concretas (art. 295 CPP), que se traduce en lo siguiente: no en todos los casos en los que pueda considerarse estructurado algún fin de la detención ésta resulta legítima. El juicio de proporcionalidad supone, como ya se ha explicado, un análisis de varios elementos, en el siguiente orden: que la limitación persiga un fin constitucional, que resulte adecuado y necesario y, además, estrictamente proporcionado. En sentencia de segunda instancia del 4 de febrero del 2009^[625], la Corte Suprema de Justicia sostuvo el siguiente criterio sobre las finalidades y la proporcionalidad de la detención preventiva:

[...] además de velar porque se encuentren satisfechos los requisitos sustanciales y formales (artículo 356, Sentencia C-774/oi) que darían lugar a la imposición de una medida limitante de la libertad personal, el funcionario judicial debe ser cuidadoso en

respetar la garantía de la presunción de inocencia, sin perder de vista que la detención tiene carácter preventivo mas no sancionatorio. Por este motivo al momento de explorar la viabilidad de adoptar esta clase de decisión, ha de discurrir de manera serena y ponderada, haciendo suyos también los principios informadores de la proporcionalidad y la racionalidad.

En suma, el marco constitucional y legal para sopesar si frente a un evento en que es procedente la medida de aseguramiento (artículo 357 de la Ley 600 del 2000) es posible aplicarla, está delimitado por los fines que la constitución señala, desarrollados por el legislador en los artículos 3.º y 355 ibídem, debiéndose auscultar en cada caso concreto si aparece acreditada la necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena, impedir la fuga o la continuación de la actividad delictual, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, sin que medie en el análisis correspondiente agravio a la presunción de inocencia.

En consecuencia, los criterios que definen la aplicación del encarcelamiento preventivo son los siguientes:

a. SE BUSCA IMPEDIR LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA

El numeral 1 del artículo 250 constitucional establece como fin de la medida de aseguramiento la conservación de la prueba. El legislador ha traducido este fin bajo el concepto de evitar la obstrucción a la justicia, definido en el artículo 309 CPP. Según el desarrollo legislativo, la obstrucción a la justicia se presenta cuando hay “motivos graves y fundados” que den cuenta de la capacidad del imputado para afectar medios de prueba, a los testigos, o desviar o dificultar la labor de investigación.

Sobre este punto, debe analizarse la expresión “motivos graves y fundados”. En principio, se exigiría una valoración subjetiva del fiscal que solicita la medida de aseguramiento o del juez de control de garantías que valora la solicitud. No obstante, la doctrina reconoce que este aspecto se valora objetivamente. ROXIN concreta el significado del peligro de entorpecimiento en

la sospecha fundada de que el imputado: “a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba, b) influirá de manera desleal en coimputados, testigos o peritos (por lo tanto no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente), o c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos, dificultando la investigación de la verdad”^{626}.

Resulta inadmisibles fundar el riesgo de obstrucción en los comportamientos constitucional y legalmente permitidos. En este sentido, no puede darse por demostrado el riesgo de obstrucción en la negativa a reconocer un documento como estrategia de defensa o no colaborar con el aporte de información que luego puede constituirse en prueba de cargo. Precisamente por tal razón, la ley exige que los motivos sean fundados, lo cual implica que la apreciación debe basarse en evidencia o elementos indiciarios que permitan realizar de manera clara la operación mental de quien solicita la medida o de quien la autoriza. Sólo así es posible establecer si la conclusión de la posible obstrucción es arbitraria o si supone un “error manifiesto de apreciación”.

b. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD

El artículo 310 CPP define los elementos a partir de los cuales puede inferirse que la persona representa un peligro para la comunidad y, por lo mismo, se autorizaría la adopción de la medida de detención preventiva.

El legislador dispuso que debía considerarse, en primer lugar, “la gravedad del hecho y la pena imponible”, y luego los casos previstos en los numerales de la disposición. En consecuencia, si el hecho investigado no es grave o la pena imponible no es severa, no podrá estimarse que la “libertad del imputado resulta peligrosa para la comunidad”. Aquí caben las apreciaciones expuestas en el punto anterior al referirnos a la obstrucción a la justicia. Es necesario que la apreciación de la gravedad se realice de manera que resulte claro que no hay un error manifiesto.

En la redacción original de la Ley 906 del 2004 no resultaban suficientes los criterios de gravedad del hecho y la pena imponible, sino que además se exigía

la concurrencia de algunas de las circunstancias establecidas en el artículo materia de estudio. Con la Ley 1142 del 2007 se aminoró esta exigencia, indicándole al juez que para estimar cumplido el riesgo para la comunidad es suficiente la gravedad del hecho y la modalidad de la conducta punible. El examen de las circunstancias en el caso concreto es potestativo del juez.

Al cambiar la noción de “gravedad del hecho” por “gravedad y modalidad de la conducta punible” se impone también un criterio distinto. Cuando el legislador utilizó la expresión “gravedad del hecho” era evidente una referencia a las conductas que, social y normativamente, son graves, como el terrorismo o los delitos de lesa humanidad. No obstante, la apreciación en concreto de los hechos puede advertir otros elementos de gravedad para la comunidad.

Por ejemplo, la destrucción de un bien o el despilfarro de recursos públicos en una pequeña cantidad podrían apreciarse en abstracto como conductas no graves. Empero, tratándose de un bien indispensable para el funcionamiento de la comunidad o de un ente territorial con exiguos recursos, es factible argumentar claros indicios de gravedad. Al hablarse de gravedad y modalidad de la conducta punible tenemos que recurrir preferentemente a criterios normativos, de tal forma que la gravedad se apreciará según los bienes jurídicos vulnerados (seguridad pública, patrimonio económico, etc.), en tanto que la modalidad implicaría recurrir a las figuras del concurso, la autoría, así como las circunstancias agravantes o atenuantes de la punibilidad.

- GRAVEDAD COMO CRITERIO PARA ESTIMAR EL PELIGRO

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1198 del 2008^[1627], al referirse a la gravedad y modalidad de la conducta punible como criterio esencialmente prevalente para estimar el peligro del imputado para la comunidad, declaró que este criterio por sí solo no consulta la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad y desatiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida. En tal sentido, condicionó la exequibilidad de la norma a que no se entienda que la modalidad y la gravedad de la conducta pueden estimarse como único criterio para establecer la procedencia excepcional

de la privación de la libertad. Por el contrario, es necesario tener en cuenta si se cumplen los fines constitucionales de la detención. A tales efectos, el juez constitucional afirma:

Así, la preceptiva del artículo 24 de la Ley 1142 del 2007, según la cual para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, pero que, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente las demás circunstancias allí contenidas, no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento. Al establecer como suficientes la gravedad y la modalidad de la conducta se desconocen esos criterios y con ello el principio de libertad que cobija el proceso penal y el de legalidad de la medida preventiva para su privación, pues se olvida que no es suficiente ese criterio para determinar la procedencia o no del decreto de la misma, es imperativo que se consulte su necesidad, la cual no puede estar determinada en esos dos criterios objetivos, máxime cuando en Colombia no existe una política criminal clara que determine cuales son realmente las conductas graves^[4628].

Atendiendo a estas precisiones de la Corte Constitucional, es claro que el juez de control de garantías debe hacer la valoración de los dos presupuestos en forma conjunta, esto es, la gravedad de la conducta punible y la modalidad de comisión, pero también deben atenderse las circunstancias que menciona la norma.

La Ley 1453 del 2011, en su artículo 65, modifica el artículo 24 de la Ley 1142 del 2007, para determinar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la comunidad. En este sentido se establecen los siguientes criterios: (a) gravedad y modalidad de la conducta punible y (b) se hace especial énfasis en que “además” se atiendan los fines constitucionales de la detención preventiva, circunstancia que está en total consonancia con lo expuesto y manifestado en esta obra sobre la necesidad de interpretar todo el ordenamiento procesal, y en especial las normas relativas a la afectación de la libertad, a partir de los mandatos constitucionales.

- CRITERIOS NORMATIVOS PARA DETERMINAR
EL PELIGRO PARA LA COMUNIDAD

El artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 1453 del 2011 antes citada, estableció las circunstancias catalogadas como peligrosas para la comunidad. Los criterios contenidos en la norma deben entenderse de carácter enunciativo, sin que pueda interpretarse que la configuración de uno de ellos es suficiente para determinar el peligro. Es necesario hacer un ejercicio integral de valoración. Tales casos son:

- i . Antecedentes penales, es decir, la existencia de sentencias condenatorias vigentes en contra del imputado por delito doloso o preterintencional (numeral 4);
2. Haber sido acusado o estar sujeto a una medida restrictiva de la libertad (numeral 3);
3. Cuando se utilizan armas de fuego o armas blancas (numeral 5);
4. Cuando se utilizan medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en los casos de accidentes de tránsito (numeral 6);
5. Cuando el hecho punible sea abuso sexual en menor de 14 años (numeral 7); y
6. Cuando efectivamente se haga parte de un grupo de delincuencia organizada (numeral 8).

En relación con el concepto “sentencias vigentes”, debe tenerse en cuenta que la vigencia se predica de aquellas decisiones que no han sido cumplidas y se encuentran en firme (ejecutoriadas), es decir, no sujetas a recursos de apelación o casación. A ello se añade una segunda condición, en la medida en que el artículo 248 superior sólo autoriza a considerar antecedentes las condenas definitivas^{629}.

El hecho de que una persona haya sido condenada y haya cumplido la pena no se puede tener como circunstancia para incrementar la valoración de la “peligrosidad”, porque se le otorgaría a la condena la condición de perpetuidad.

Sin embargo, eso no significa que ese antecedente no pueda ser un factor relevante para la decisión. Lo que se resalta es que no debe ser el único.

— OTROS CRITERIOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVIDAD

Los otros requisitos señalados en el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal suponen un ejercicio analítico más elaborado. Por ejemplo, la continuación de la actividad delictiva o su *probable* vinculación con organizaciones criminales (numeral 2) requiere un mínimo de prueba que demuestre tal circunstancia. Por su parte, “el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos” apunta a un juicio de valor sobre la capacidad para cometer delitos que afectan a la comunidad.

Este esquema legislativo exige analizar de manera precisa el concepto de “prevención general”^[630] que ha considerado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que puede estudiarse en materia de detención preventiva. Al respecto manifestó:

Desde el punto de vista de la prevención general, la sociedad debe quedar notificada que la comisión de ciertos comportamientos, dada su particular gravedad, merece ser tratados de manera drástica, no solo para fortalecer su confianza en la prevalencia del derecho, desarrollar su actitud de respeto al ordenamiento jurídico y satisfacer su conciencia jurídica, sino porque un tratamiento benigno le llevaría el mensaje de que no hay proporcionalidad entre la lesión del bien jurídico y sus consecuencias penales, esto es, que no hay justicia, con una sensación de apertura a la impunidad, lo que estimularía a otros a seguir el mal ejemplo, pues tendrían la expectativa de que de ser descubiertos serían tratados en forma benévola y con preferencia^[631].

Si bien de la lectura de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se desprende que este concepto se ha utilizado primordialmente para analizar beneficios en relación con la ejecución de la pena, también es claro que en algunas ocasiones se ha acogido para considerar la procedencia de la detención preventiva. Bajo esta óptica, la Sala de Casación

Penal ha indicado que, guiado por el principio de prevención general, si el hecho punible por el cual se investiga a la persona (por ejemplo, prevaricato por acción de un funcionario judicial o apropiación de recursos públicos) indica que ésta puede representar un peligro para la comunidad, bajo el principio de prevención general, no es posible brindar un “beneficio” y, de esta manera, procede la detención preventiva.

El modelo acusatorio rechaza este tipo de análisis porque el “peligro para la comunidad” no puede analizarse simplemente a partir del hecho investigado. La prevención general que puede soportar la acción punitiva del Estado se concreta básicamente en la sanción penal, debiendo prevalecer durante la investigación la presunción de inocencia y, en consecuencia, la máxima protección posible a la libertad. De allí que el análisis debe conducir a que razonablemente se espere que la persona, de dejarse en libertad, represente un peligro real para la comunidad y no simplemente establecer la ecuación investigación de un hecho punible grave-peligro para la comunidad. De lo contrario se llegaría a la situación de que basta con la iniciación de la investigación para que la persona se presuma como posible peligro para la comunidad.

— LA SIMPLE SINDICACIÓN NO ES CRITERIO PARA
DETERMINAR UNA AFECTACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

La ecuación mencionada resulta similar a la analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 1994^[4632], en la cual descartó esta situación: sindicación de delito grave = capacidad de afectación futura de la sociedad. En esta decisión se rechazó el argumento de que la simple sindicación o situación de indiciado (que aquí podría traducirse en investigación) es sinónimo de capacidad de afectación del orden público, así:

A la luz de la Carta y de los principios de dignidad y de libertad, en los que se informa, no es posible anticipar ni presuponer la responsabilidad futura y eventual de una persona sólo por el hecho de estar sindicada y aun condenada por la comisión de un pasado hecho delictivo. La reprochabilidad de una conducta antijurídica se plantea

cuando dicho comportamiento se verifica y no antes y, de configurarse, el fundamento y el límite de la responsabilidad se determina con base en la culpabilidad, esto es, debe demostrarse que en el caso concreto el sujeto podía obrar de otro modo, o sea conforme a las exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico.

El concepto de “peligro para la comunidad” debe considerar, entonces, la capacidad que tiene la persona para atacar contra el colectivo y no la circunstancia en sí de iniciar una investigación en su contra. Es decir, la detención preventiva no cumple una función de “prevención general”, tarea relegada a la ejecución de la pena.

Las modificaciones al artículo 310 CPP, introducidas por el artículo 64 de la Ley 1453 del 2011, también merecen análisis, porque se han adicionado otros supuestos como la utilización de armas de fuego o armas blancas en la comisión del delito o el uso de medios motorizados sin que correspondan a accidentes de tránsito, la pertenencia a bandas de criminalidad organizada o el abuso sexual en menor de 14 años.

Basta con reafirmar lo dicho por la Corte Constitucional a este respecto y frente a las demás causales, esto es, que dichos criterios no pueden operar de manera autónoma, sino contextualmente y con los fines constitucionales que le son claros a la restricción de la libertad.

C. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA

El legislador ha indicado que hay peligro para la víctima cuando “existan motivos fundados que permitan inferir que [el imputado] podrá atacar contra la víctima, su familia o sus bienes” (art. 311 cpp). Se ha optado por enunciar elementos objetivos a fin de brindar protección a la víctima. No basta con el temor de la víctima hacia el imputado, sino que dicho temor debe estar soportado con evidencia (motivos fundados) que permita inferir la conducta prohibida. En consecuencia, es obligatoria la existencia de manifestaciones externas de la conducta del investigado para que opere este criterio.

En nuestro concepto, esta regulación resulta acertada en cuanto logra

conciliar la libertad personal con el deber de protección de la víctima. Los derechos de ésta y los de su familia no requieren, necesariamente, de la privación de la libertad del imputado para estar asegurados. Lo anterior significa que el Estado tiene la obligación de diseñar otros mecanismos de protección, como vigilancia policial, etc.

D. POSIBILIDAD DE NO COMPARECENCIA

La posibilidad de no comparecencia de una persona al proceso o al juicio es, sin lugar a dudas, un problema que afecta notablemente la eficacia de la justicia. El legislador optó por un esquema en el cual se debe tener en cuenta la gravedad del hecho y ciertos indicadores de posibilidad de evasión. Respecto de la gravedad del hecho, nos remitimos a lo expuesto sobre la obstrucción a la justicia.

Ahora bien: el legislador ha considerado indicativo de la *posibilidad* de evasión la falta de arraigo, la factibilidad de ocultamiento, la actitud del imputado frente al hecho investigado y el comportamiento anterior. De ello se derivan dos consecuencias: por una parte, que las circunstancias mencionadas no prueban de forma suficiente que la persona evadirá la acción de la justicia y, por otra, que es necesario un juicio de valor, sobre la base de evidencia que determine que la probabilidad de evasión es alta. Si tal evidencia falta o el juicio de valor resultaren insuficientes -es decir, si el juicio de valor no permite explicar por qué de la evidencia de falta de arraigo, por ejemplo, se deriva en el caso concreto la posibilidad de evasión-, resulta imperioso para el juez de control de garantías negar la solicitud. Así, de la sola posibilidad que tiene una persona de salir del país no se infiere la probabilidad de no comparecencia.

La Ley 1142 del 2007 limitó igualmente el análisis del juez de control de garantías en este tema, al establecer que la estimación de no comparecencia se satisface *en especial* con la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible. Tal criterio era meramente objetivo y, por la misma razón, no permitía un examen judicial de todas las variables que posibilitaran afirmar la no comparecencia al proceso. Como es sabido, la comparecencia es básicamente un

examen de la conducta procesal del imputado.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1198 del 2008^[1633], declaró la inexequibilidad de la expresión “en especial” contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 del 2007, porque la modalidad del hecho, la gravedad de la conducta y la pena imponible no pueden ser los únicos y especiales elementos para precisar si hay lugar a la acción estatal de privación de la libertad, comoquiera que es necesario, además, que se analicen los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 del 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento, para garantizar no solo su comparecencia sino también el cumplimiento de la sentencia.

3. EXAMEN DE PROCEDENCIA (NECESIDAD)

DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva sólo procede cuando se satisfacen los requisitos anteriores. Por lo tanto, el examen de necesidad es imprescindible, tal y como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia al decir:

[...] cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no solo comprende presupuestos formales y sustanciales sino también en torno a su necesidad.

Por consiguiente, en primer lugar se verá compelido a analizar si se cumplen los condicionamientos previstos en la ley para decretar la medida de aseguramiento en sentido general, ya sean privativas o no de la libertad (artículo 307 de la Ley 906 del 2004), contemplados en el artículo 308 ibídem.

Dichos presupuestos se proyectan en un doble sentido: por una parte, según el inciso primero de esta preceptiva, determinar si de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente se puede inferir razonablemente que el imputado es probable autor o partícipe de la

conducta delictiva investigada. Por otra, auscultar sobre su necesidad en los términos anteriormente expuestos, esto es, conforme a los fines inherentes a tales medidas contenidos en los tres numerales de la misma norma.

En segundo lugar, y sólo cuando ha superado el análisis anterior, el funcionario ha de establecer la procedencia de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, circunscrita a los casos específicos previstos en el artículo 3i3, adicionado por el 26 de la Ley 1142 del 2007¹⁶³⁴.

Analizados los anteriores aspectos, debe determinarse la procedencia en concreto, para lo cual deben tenerse en cuenta los siguientes requisitos objetivos:

- a. Que se trate de delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados (art. 35 CPP);
- b. Que se trate de delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años;
- c. Que se trate de delitos a que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes;
- d. Que la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

Se trata de situaciones constitutivas de un régimen de reglas, de manera que basta con observar el requisito normativo para su aplicación. Sobre estos requisitos deben hacerse las siguientes consideraciones:

a. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA DETENCIÓN PREVENTIVA

En primer lugar, debe tenerse presente que el artículo 14 de la Ley 89o del 2004 incrementó la pena mínima de los tipos penales previstos en el Código Penal (Ley 599 del 2000), de manera que el cálculo sobre el mínimo de pena prevista

exige tener en cuenta dicho estatuto. El legislador, en el numeral segundo del artículo 313 CPP, estableció como requisito objetivo que la norma penal que se considere violada establezca como pena mínima cuatro años o más. Refirió dicha exigencia exclusivamente a los delitos investigables de oficio, lo cual excluye necesariamente aquellos comportamientos que requieren querrela de parte. Debe precisarse que el aumento punitivo previsto en la Ley 890 del 2004 solo puede aplicarse a los procesos que se tramiten con base en la Ley 906 del 2004, conforme lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia⁽⁶³⁵⁾.

En segundo lugar, el legislador no hizo distinción entre pena básica y circunstancias de agravación o atenuación punitiva. En nuestro concepto, el carácter excepcional de la detención preventiva obliga a considerar tales situaciones. La inferencia de autoría (al igual que la de responsabilidad) debe permitir que se establezca, *prima facie*, si la conducta investigada está sujeta a una agravación o atenuación punitiva. Sólo de esta manera se asegura que la detención preventiva no se torne en una medida excesiva e ilegal.

Así mismo, es necesario tener en cuenta que el legislador, al imponer un límite a la procedencia de la detención preventiva, determinado por el *quantum* de la pena, en realidad hace una ponderación entre la libertad personal y las necesidades de realización de los fines constitucionales previstos en el numeral i del artículo 25o constitucional. Tal ponderación tiene que interpretarse de manera restrictiva y conforme, según se ha indicado, a un régimen de reglas. En consecuencia, sólo si la pena imponible en el caso concreto es igual o superior a cuatro años es posible solicitar o autorizar la detención preventiva, para lo cual se tomará en consideración tanto los mínimos y máximos legales, según el tipo penal, como los incrementos o disminuciones por concepto de circunstancias de atenuación o agravación punitiva.

La pauta fundamental para precisar la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión está dada por la pena mínima consagrada. En nuestro entender, la pena mínima no puede referirse exclusivamente a la contenida en el tipo básico o especial que describe el comportamiento punible objeto de investigación, sino que deben incluirse los

agravantes o atenuantes probados.

De lo expuesto surge el siguiente interrogante: para la fijación de la pena mínima, ¿es posible tener en cuenta como circunstancia específica de agravación y atenuación punitiva el fenómeno de los delitos conexos y de los llamados “dispositivos amplificadores del tipo penal”?

Para responder el interrogante debemos considerar que el Código no se ha referido a la pena mínima imponible en el caso concreto, sino a las directrices punitivas señaladas *in abstracto* en el respectivo tipo penal. No obstante, el caso concreto tiene relevancia para la determinación de la pena mínima, porque el juez de control de garantías debe reconocer desde la imputación las circunstancias que concurren y si modifican los extremos punitivos del tipo. No se trata de fijar la pena mínima imponible en el caso concreto (individualización de la sanción), sino de delimitar en abstracto los extremos punitivos dentro de los cuales podrá moverse el juzgador. Es decir, deben tenerse en cuenta todas aquellas situaciones concurrentes que conduzcan a modificar los extremos punitivos del tipo, en especial la pena mínima.

b. LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE AGRAVACIÓN CONCURRENTES

De igual manera, debemos tener en cuenta que el Código de Procedimiento Penal no hace mención a la expresión “circunstancias específicas de agravación concurrentes”, porque optó por hacer referencia sólo a la pena mínima señalada en el respectivo tipo penal, partiendo del supuesto de que en el estatuto punitivo existen circunstancias específicas de agravación y atenuación, consagradas en la parte general y en la especial, que modifican en abstracto el respectivo tipo. Por ende, al modificarlo es claro que dichas circunstancias juegan papel importante para determinar la pena mínima imponible y, entonces, saber si hay lugar a la medida de aseguramiento. La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto lo siguiente:

Acierta el señor fiscal al censurar el argumento del *a quo*, atinente a que para

determinar la pena mínima prevista en el tipo penal a fin de establecer si se debe o no resolver la situación jurídica es necesario considerar las circunstancias genéricas de menor o mayor punibilidad, habida cuenta [de] que en la providencia tomada como referencia esta Sala de la Corte con toda claridad dejó sentado que para esos fines sólo tendrán incidencia las circunstancias de agravación o atenuación que al momento de la comisión de los hechos tuvieran la virtud de modificar el marco punitivo fijado en el correspondiente tipo penal, pero nunca las genéricas que cuentan para dosificar la pena en concreto y que son las imputadas al procesado en la resolución de acusación^[4636].

Sin embargo, debemos considerar que el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal consagra los casos en que procede la medida de aseguramiento y allí se refiere a la pena mínima del respectivo delito, no a la del tipo penal básico o especial. Es claro, entonces, que integran el concepto de “hecho punible” todas aquellas circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la realización del comportamiento.

En consecuencia, respondemos la pregunta formulada antes en forma afirmativa, porque consideramos que los llamados “dispositivos amplificadores” del tipo de injusto (tentativa -artículo 27 del Código Penal- y complicidad -artículo 30 ibíd.) deben tenerse en cuenta para precisar el mínimo de la pena del delito investigado, porque ellos permiten disminuir la sanción prevista en el tipo penal donde encuentre adecuación la conducta. Tal disminución puede establecer una pena por debajo del límite de cuatro años de prisión, lo cual incide sustancialmente en la aplicación de la medida de aseguramiento. Es posible que respecto de la misma conducta punible deba resolverse la situación jurídica a unas personas con detención preventiva y a otras con medida de aseguramiento diferente, no privativa de la libertad (previstas en el artículo 307.B cpp). Por ejemplo, es perfectamente posible que se ordene la detención para el autor y para el cómplice la obligación de sometimiento a mecanismos de vigilancia electrónica, porque el *quantum* de la pena no queda dentro de los límites exigibles (art. 307.B.1 CPP) para tal efecto.

C. CONCURSO DE DELITOS: INCREMENTO PUNITIVO

Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Para analizar los requisitos de imposición de la medida de aseguramiento no puede tenerse en cuenta el incremento punitivo propio del concurso efectivo de conductas punibles, por las siguientes razones:

El Código se refiere (interpretación teleológica) a la pena señalada en el respectivo tipo penal, atendiendo a las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes y a los dispositivos amplificadores (tentativa y complicidad). El concurso de conductas punibles no puede ubicarse dentro de las anteriores categorías, porque no constituye una circunstancia de agravación punitiva de la norma infringida, ni está instituido como medio que sirva para modificar los extremos punitivos de la norma quebrantada, como sí acontece con los dispositivos amplificadores y con las circunstancias específicas de atenuación y agravación.

Además, la figura del concurso no implica que los varios delitos pierdan su individualidad o que varias conductas punibles se consideren una sola para estructurar una nueva figura jurídica. Frente a esta situación debe darse el mismo tratamiento que se ha aplicado, sin discusión, a la forma como opera la prescripción, en el sentido de contabilizar los términos autónomamente para cada conducta punible.

De lo anterior se concluye que no es indispensable adoptar medidas de aseguramiento a fin de poder llevar el proceso hasta la acusación porque estas decisiones no hacen parte de la estructura básica del proceso acusatorio. Sólo si existen razones imperiosas está justificado solicitar la medida, habida consideración de su necesidad.

Finalmente, es indispensable poner de presente que los casos en que procede la detención preventiva consagrados en el artículo 313 de la Ley 906 del 2004 son aplicables a situaciones anteriores a su vigencia, siempre que así lo requiera la aplicación del principio de favorabilidad. En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades^{[637](#)}.

En suma, como criterio fundamental para la imposición de la medida de

aseguramiento, es incuestionable que debe existir identidad entre la audiencia de imputación y la medida de aseguramiento (hechos y adecuaciones típicas). Dicho en otros términos, la configuración fáctico-jurídica propuesta por el fiscal debe servir de pronóstico de la imposición de medida, porque en la imputación se define el delito o los delitos por los que se procede con las debidas agravantes y atenuantes. La concordancia se exige entre los hechos y la adecuación típica. Recuérdese que la función de la audiencia de imputación es, entre otras, determinar los hechos y su denominación jurídica.

A pesar de que los hechos están fijados *prima facie* en la audiencia de imputación, después pueden ser completados, agregados o modificados (pero también desvirtuados), siempre y cuando tengan relevancia jurídica. De ahí que cuando varíen las circunstancias originarias lo procedente es realizar una nueva audiencia en la que se “actualiza”, adiciona o modifica la imputación de los hechos. Si de esta nueva adecuación proviene una situación legal diferente, debe realizarse la audiencia preliminar donde se discuta lo relacionado a las medidas de aseguramiento.

Las reglas aquí expuestas son aplicables para la determinación de la procedencia de todas las medidas de aseguramiento.

C. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD A PARTIR DE LOS FINES DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Se ha explicado que el sistema acogido por el legislador, que parte de la propia Constitución, no supone simple aplicación de reglas, sino que introdujo la lógica de los principios. Esta lógica, marcada por la orden constitucional y legal de probar la necesidad de la medida de aseguramiento, obliga a realizar un juicio de proporcionalidad al momento de presentar la solicitud de detención preventiva (o cualquier otra medida) y en la justificación de la imposición de dicha medida.

El juicio de proporcionalidad es de dos niveles: (1) respecto de la realización de los fines de la medida de aseguramiento y (2) en relación con la solicitud específica de la medida de detención preventiva (justificación). De esta forma puede establecerse si efectivamente es necesaria una medida de aseguramiento y

cuál es la pertinente. Veamos:

I. PRIMER EJERCICIO DE PONDERACIÓN. JUSTIFICACIÓN
DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O DETERMINACIÓN
DE LA QUE SE CONSIDERE ADECUADA
BAJO EL PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

Según se ha analizado, no basta con demostrar o presentar evidencia de la cual pueda inferirse que el imputado puede obstaculizar la justicia, evadir su acción o representar un peligro para la comunidad o para la víctima. Es imperativo, además, que la medida de aseguramiento sea necesaria. Lo anterior supone que al momento de solicitar y autorizar o imponer la medida se demuestre que no existe medio alternativo menos lesivo para proteger los intereses constitucionales que comportan los fines de las medidas de aseguramiento. En consecuencia, es forzoso que el ente investigador opte primero por medidas que no afecten de manera intensa la libertad personal. Sólo si resulta imposible tal opción, la medida de aseguramiento de privación de la libertad resulta necesaria^{[638](#)}.

Frente a los medios materiales probatorios o a la evidencia, el numeral 3 del artículo 250 constitucional faculta a la Fiscalía para asegurar los elementos materiales probatorios y solicitar al juez de control de garantías la autorización de la afectación de derechos fundamentales para lograr tal propósito. Por su parte, el numeral 7 del artículo 250 superior establece como función de la Fiscalía “velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal”. Es claro, entonces, que la Fiscalía cuenta con diferentes alternativas para lograr la protección de la comunidad y la conservación de la prueba, mecanismos que deben ser utilizados antes de solicitar, si fuere necesario, la detención preventiva.

Como lo indica el procesalista JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ, los fines de la detención no pueden ser calificados a partir de presunciones, sino que deben tener fundamento en la existencia de *la probabilidad* de que el imputado, en caso

de permanecer en libertad, se sustraiga de la acción de la justicia, evite ser juzgado, o se sustraiga a la pena que se le podría imponer, pueda obstaculizar la investigación a través de la alteración de los medios de prueba o pueda reiterar conductas delictivas. De allí que si el imputado ofrece garantías suficientes de que no se sustraerá a la acción de la justicia, no obstaculizará la investigación y no pondrá en peligro a la comunidad o a las víctimas, resulta ilegítima la imposición de una medida de aseguramiento.

2. SEGUNDO EJERCICIO DE PONDERACIÓN.

NECESIDAD EN SÍ MISMA DE LA DETENCIÓN

O PONDERACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

Establecida la justificación de la medida de aseguramiento, es indispensable analizar si la detención como medida extrema es necesaria, porque bien podría optarse por otra medida no privativa de la libertad. Tratándose de una intensa afectación de la libertad personal, la adopción de la detención preventiva debe resultar imperiosa frente al beneficio que se espera, es decir, *sólo si la detención es la única manera de asegurar los fines de las medidas de aseguramiento puede reputarse legítima.*

El legislador avanzó sobre este punto, en nuestro concepto de todas formas no lo suficiente, al prever que la detención domiciliaria procederá “Cuando para el cumplimiento de los fines previstos respecto de la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado” (artículo 27 de la Ley 1142 del 2007, que modificó el artículo 314 CPP).

Conforme al subprincipio de necesidad, el juez de garantías no puede optar por posiciones extremas entre imponer o no la medida de aseguramiento de detención preventiva (intramural o domiciliaria), ya que la ley no obliga al funcionario a tomar una de estas dos alternativas, sino que está facultado desde la Constitución para buscar una solución que afecte en menor medida los derechos fundamentales y que logre los fines constitucionales de las medidas de

aseguramiento. Así, por ejemplo, cuando se encuentren reunidos los requisitos objetivos para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión (artículo 313 CPP), es posible que para garantizar los fines que busca la limitación al derecho a la libertad se pueda optar por una medida no privativa de la libertad que afecte de manera media y no intensa dicho derecho fundamental. Así, si existe la posibilidad de que la persona eluda la acción de la justicia (v. gr. salir del país), podrá optar por controles electrónicos o por medidas que impidan abandonar el territorio o si de lo que se trata es evitar la obstrucción de la justicia, podrá imponerse la prohibición de concurrir a ciertos lugares, previo juicio estricto de proporcionalidad.

3. EL FISCAL TIENE LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR QUE SE RESUELVA LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL IMPUTADO

Por su parte, el fiscal está obligado, después de la imputación, a solicitar al juez de control de garantías que resuelva la situación jurídica del imputado, mediante la imposición o no de medida de aseguramiento (privativa o no de libertad). Para tal efecto, debe motivar su pedimento conforme las reglas legales y los requisitos estudiados antes. El CPP no prohíbe que se formulen estas solicitudes y no existe razón constitucional para circunscribir la posible afectación de la libertad a la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por el contrario, el numeral i del artículo 250 superior regula, de manera general, la posibilidad que tiene el fiscal de solicitar “medidas que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal”, lo cual comprende la necesidad de resolver la situación jurídica del imputado, definiendo si es procedente o no una medida de aseguramiento y, de ser así, si ésta debe ser privativa o no de la libertad. La obligación de resolver la situación jurídica implica dar cumplimiento al debido proceso y en especial (1) permitir el adecuado ejercicio del derecho de defensa; (2) dar seguridad a las personas en relación con la imposición o no de una medida de aseguramiento e impedir solicitudes sucesivas en relación con la privación de libertad y (3) garantizar la libertad, porque una persona, si está detenida y no es acusada oportunamente,

deberá quedar en libertad (excarcelación o libertad provisional). Así debe ocurrir con las demás medidas de aseguramiento (no privativas de la libertad), en el sentido de que si se vencen los términos para acusar, debe ser suspendida su aplicación o revocar dicha medida para evitar que se continúen afectando derechos fundamentales a pesar de haber transcurrido el tiempo para adoptar determinadas decisiones. La obligación del fiscal de solicitar que se resuelva la situación jurídica en la forma indicada garantiza el derecho de defensa y los intereses de las víctimas en relación con los principios de verdad, justicia y reparación.

La decisión del juez de imponer o no medida de aseguramiento es susceptible de recursos ordinarios (reposición o apelación), con el fin de que todos los intervinientes presenten sus argumentos para respaldar o no el pronunciamiento judicial (solo reposición en los procesos de única instancia). La obligación que se impone a la Fiscalía para que postule la necesidad o no de afectar un derecho fundamental, y especialmente el de libertad, no solo protege la seguridad jurídica a que deben someterse los intervinientes sino el cumplimiento del debido proceso dentro del cual las decisiones no deben depender de la subjetividad de los funcionarios a quienes corresponda tomar decisiones. Por eso no son viables las peticiones sucesivas para afectar derechos fundamentales, una vez se haya decidido, salvo que exista una variación en la evidencia física, en los elementos materiales probatorios o un error protuberante que justifiquen una nueva valoración sobre la necesidad de la medida personal o real. Debe recordarse que en este punto no existe un control horizontal sobre las decisiones de los jueces de control de garantías.

4. SOLICITUD DE LA VÍCTIMA

La víctima podrá solicitar la medida de aseguramiento siempre que sus derechos e intereses pueden ser afectados. Para estos fines, la persona que hace la solicitud de imposición de medida de aseguramiento debe cumplir una carga argumentativa y probatoria igual a la que se le exige al ente acusador para afectar derechos fundamentales. De conformidad con el artículo 59 de la Ley

1453 del 2011, la víctima o su apoderado pueden hacer dicha solicitud y, además, impone la obligación al juez de control de garantías de realizar una evaluación sobre los motivos por los cuales la Fiscalía no ha solicitado medida de aseguramiento.

Si existen razones para temer que el imputado atente contra los derechos de la víctima o que como consecuencia de la evasión o la obstrucción a la justicia no pueda obtenerse la verdad o lograrse la reparación, debe tramitarse la solicitud propuesta por la víctima. La Corte Constitucional ya había advertido lo anterior al reconocer la existencia de un derecho fundamental a la verdad, a la justicia y a la reparación^{639}. Al respecto es ilustrativo el siguiente pasaje de la Sentencia C-805 del 2002, cuando existía la institución de la parte civil como forma de intervenir la víctima o perjudicado:

[...] si la finalidad de la parte civil dentro del proceso penal no es meramente económica, como en efecto lo ha venido precisando esta corporación^{640}, no puede concebirse que la posibilidad de intervenir durante el proceso penal esté circunscrita únicamente en función de una retribución pecuniaria. En un plano de igualdad, la parte civil, como sujeto procesal que es, debe tener la facultad de actuar en términos y condiciones similares a como lo pueden hacer los demás sujetos procesales para garantizar el respeto al principio de legalidad, la observancia del debido proceso y, en últimas, asegurar el cabal cumplimiento de los fines del Estado y el acceso efectivo a la administración de justicia: su condición no es la de un simple interviniente sino la de un verdadero protagonista en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia^{641}.

Estos mismos argumentos fueron reiterados en la Sentencia C-209 del 2007, en la cual la Corte Constitucional afirmó la posibilidad que tiene la víctima de pedir la medida de aseguramiento:

[...] se declarará la exequibilidad del artículo 306, del artículo 316 y del artículo 342 de la Ley 906 del 2004, en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente, ya sea el de control de garantías o el de conocimiento, según corresponda, a solicitar la medida respectiva.

Lo anterior no significa que el juez competente, al recibir de manera directa la solicitud de la víctima en el sentido de que se imponga una medida de aseguramiento o una medida de protección específica, deba proceder a dictarla sin seguir el procedimiento señalado en las normas aplicables. Así, por ejemplo, en el caso de las medidas de aseguramiento debe previamente escuchar al fiscal, a la defensa y al ministerio público, como lo exige el propio artículo 306 acusado^{642}.

5. SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO

El ministerio público puede actuar ante el juez de control de garantías para demandar la protección de la Constitución y la ley. Por tal motivo, si la actuación u omisión de la Fiscalía tiene como consecuencia la violación de derechos fundamentales o el desconocimiento del ordenamiento jurídico, el representante del ministerio público bien podría solicitar al juez de control de garantías que revise o adopte las medidas de aseguramiento que garanticen el restablecimiento del derecho.

D. TRÁMITE PARA ESTUDIAR LA POSIBILIDAD DE APLICAR CUALQUIER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El artículo 306 CPP establece el trámite para solicitar la medida de aseguramiento. La disposición consagra una serie de obligaciones para la Fiscalía y la participación de la defensa y el ministerio público. Así mismo, señala la existencia de una “controversia pertinente”. Respecto de estos aspectos se pueden hacer los siguientes comentarios:

I. INFORMACIÓN QUE DEBE SUMINISTRAR LA FISCALÍA (DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS)

Según la disposición citada, la Fiscalía debe indicar “la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia”. Los dos elementos -persona y delito- no merecen mayores comentarios, porque

se trata de elementales requisitos de identificación de la persona sobre la cual recaerá la medida solicitada y el hecho punible por el cual se le investiga. La Corte Suprema se ha manifestado frente a la exigencia de identificación de la siguiente manera:

De todo lo expuesto se concluye que los métodos de identificación, y de manera particular los relacionados en los artículos 252 y 253 del Código de Procedimiento Penal, tienen como finalidad identificar los autores o partícipes de la conducta materia de investigación por la Fiscalía, en los casos en que no se tiene certeza de quién o quiénes son exactamente esos imputados.

A dichos métodos se acude, entonces, cuando no se tenga conocimiento o exista duda de la persona o personas en contra de las cuáles debe dirigirse la investigación. En este sentido cabe resaltar que si el autor del comportamiento criminal ha sido sorprendido o aprehendido en situación de flagrancia, o la identificación ha sido suficientemente realizada a través de alguno o varios de los otros métodos autorizados por la ley (art. 251), o se trata de una persona conocida por la víctima o por un testigo presencial, o el indiciado o imputado ha admitido su responsabilidad en el hecho delictivo investigado, resulta evidente que en dichos eventos, esto es, en los que no hay dudas sobre la identidad del indiciado, obviamente la identificación se entiende lograda, de modo que en tales hipótesis la diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas, según sea el caso, resultan superfluas^[643].

En cuanto a los “elementos de conocimiento”, surge la duda de si se trata de una exigencia de descubrir las pruebas, en cuyo caso se entraría en aparente contradicción con el régimen de la audiencia de acusación, momento establecido para que se descubra la prueba en sentido estricto (art. 344 CPP). Consideramos que si bien la ley ordena que el descubrimiento de evidencia ocurra en la audiencia de acusación, en materia de la imposición de medidas de aseguramiento debe darse un tratamiento conforme al objeto de controversia en las audiencias preliminares en las cuales se solicite afectación de derechos fundamentales. De esta forma se reafirma la posición jurídica ya planteada, en

que no es posible la limitación de derechos sin la indispensable controversia probatoria.

Según se ha explicado, la adopción de medidas de aseguramiento está sujeta a dos situaciones fácticas distintas: (a) la primera relativa a la demostración de la realización del hecho punible (incluye la identificación o individualización del autor) (art. 308 CPP) y (b) la segunda referida a la necesidad de la medida (art. 296 CPP). Respecto del primer punto, éste se define con la imputación, razón por la cual se sujeta a las reglas propias de ese momento. Cosa distinta ocurre con la necesidad de imponer cualquier medida de aseguramiento.

La adopción de medidas de aseguramiento sólo se justifica en los casos previstos en la Constitución y que han sido desarrollados legalmente. Algunas hipótesis no guardan relación directa con el objeto del debate en el proceso penal (por ejemplo, la finalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida); es decir, no determinan por regla general la realización del hecho (presupuesto para imputar), la justificación o no de la conducta y la responsabilidad. Para mayor claridad, en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento se discuten aspectos tanto relacionados con el objeto del proceso (inferencia de autoría y participación) como otros ajenos a la responsabilidad penal, como sucede con los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento.

Es claro que para soportar la petición de medida de aseguramiento la Fiscalía tiene el deber de probar que el imputado está en alguna de las hipótesis normativas que autorizan la adopción de la medida. Tales elementos de prueba (elementos de juicio y de conocimiento, en los términos del artículo 306 CPP) pueden y deben ser objeto de controversia, como lo dispone el ordenamiento procesal. Para que el derecho a la contradicción sea efectivo tiene que permitirse el descubrimiento de las evidencias que soportan la petición, lo que incluye las pruebas favorables al imputado.

Si bien la Constitución señala el momento en que debe descubrirse la evidencia, es decir, con la acusación, es incuestionable entender que se trata de un límite máximo, es decir, de la última oportunidad para presentar o solicitar pruebas. Sin embargo, este límite no impide los descubrimientos parciales

anteriores, cuando ellos sean necesarios para el ejercicio del derecho a la defensa (lo que se descubra en este momento procesal, de todas maneras, debe ser mencionado en la audiencia de acusación para que sea tenido en cuenta en el juicio). En tal sentido se manifestó la Corte Constitucional en la Sentencia C-1194 del 2005^{644}, al afirmar lo siguiente:

La normativa del Código de Procedimiento Penal permite también que descubrimientos puntuales tengan lugar en el juicio oral (inciso final del artículo 344 del CPP) o, incluso, en la etapa de investigación, cuando se imponen medidas de aseguramiento contra el procesado (art. 306 cpp^{645}), pese a que la ley no se refiera nominalmente a ellos como descubrimientos.

Pero, además, se busca que la decisión del juez de control de garantías esté basada en información que permita una valoración precisa de los hechos, por una parte, para que el mismo funcionario no resulte víctima de una suerte de inducción a error por parte del fiscal y, por otra, porque se trata de un desarrollo del principio de lealtad (art. 12 CPP) que puede ser fuente de importantes discusiones jurídicas y, eventualmente, llevar a la inconstitucionalidad o ilegalidad la decisión del juez de control de garantías. Sobre el particular cabe recordar la situación de la “vía de hecho por consecuencia”, propuesta por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-014 del 2001^{646}, en los siguientes términos:

Con esto, se pone de presente que es posible distinguir la sentencia violatoria de derechos fundamentales por defectos propios del aparato judicial -presupuesto de la vía de hecho-, de aquellas providencias judiciales que aunque no desconocen de manera directa la Constitución, comportan un perjuicio iusfundamental como consecuencia del incumplimiento por parte de distintos órganos estatales de la orden constitucional de colaborar armónicamente con la administración de justicia con el objeto de garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales. Se trata de una suerte de vía de hecho por consecuencia, en la que el juez, a pesar de haber desplegado los medios a su alcance para ubicar al procesado, actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en

realidad ésta se ha realizado con vulneración de derechos constitucionales, al inducirlo en error. En tales casos -vía de hecho por consecuencia- se presenta una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.

Evidentemente, al ocultarse información al juez de control de garantías el fiscal obra al margen del principio de lealtad, porque lo conduce a adoptar decisiones que, sin justificación alguna, afectan el derecho fundamental a la libertad del investigado. El ocultamiento de determinadas evidencias por parte de la Fiscalía cuando se afecta un derecho fundamental constituye una forma de invalidez de la decisión jurídica, que puede solucionarse a través de la solicitud de revocatoria para que en dicha audiencia se examinen integralmente las evidencias o los elementos probatorios que puedan modificar el límite establecido a cualquier derecho fundamental.

2. DESCUBRIMIENTO DE LAS PRUEBAS FAVORABLES EN PODER DE LA FISCALÍA Y POSIBILIDAD DE PRESENTAR EVIDENCIAS POR PARTE DE LA DEFENSA O INTERVINIENTES CON EL FIN DE LOGRAR UNA REAL CONTROVERSIA

El artículo 306 CPP autoriza a la defensa (al igual que al ministerio público) a que controvierta la información que presenta la Fiscalía. De nuevo podría sostenerse que se impone el descubrimiento de la prueba, por lo cual reiteramos lo expuesto en el punto anterior. Al aceptar esta posición nos preguntamos: ¿sobre qué recae la controversia?

De lo expuesto hasta el momento se desprende que debe estar determinado el objeto de controversia para el momento procesal en que se solicita la realización de cualquier audiencia. Claramente la defensa tiene derecho a pedir la suficiente ilustración sobre la información que presenta el fiscal (o quien haga la solicitud - por ejemplo, la víctima) para sustentar los elementos objetivos, como la materialidad del delito o su calificación jurídica o cualquier otro aspecto según la finalidad que se persigue cuando se convoca a una audiencia. Es decir, tiene

derecho a demandar que la Fiscalía precise y aclare los aspectos relevantes sobre la información que suministra, a fin de que el juez tenga un panorama integral claro sobre las razones fácticas de la petición.

El alcance de tal facultad o, en otras palabras, la determinación de cuándo se considera suficiente la información es un asunto que debe valorar el juez en cada caso. Por lo tanto, se concluye que no es una audiencia para determinar la responsabilidad penal anticipada, sino una audiencia en la que se debate sobre el tema estricto de la libertad. Así lo considera la Corte Constitucional al afirmar:

[...] la presentación, contradicción y evaluación de los elementos de conocimiento invocados por el fiscal en esta audiencia, no impiden que luego en la etapa del juicio sean practicadas todas las pruebas encaminadas a demostrar la responsabilidad penal del acusado, las cuales, por supuesto, deben ser sometidas a la oportunidad de contradicción por parte de la defensa. El que ciertos elementos de conocimiento hayan sido suficientes para ordenar una medida de aseguramiento no significa que también lo sean para demostrar la responsabilidad penal del acusado. La carga probatoria es mucho mayor en este segundo evento como se deduce de los artículos 372 y 381 del Código, según los cuales la prueba, que por regla general es la practicada en el juicio oral, tiene como fin “llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe” y “Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”.

La presentación, contradicción y evaluación de los “elementos de conocimiento” que dispone el artículo 306 no es contraria al Acto Legislativo 03 del 2002 pues la norma acusada no permite el debate probatorio sobre la responsabilidad del acusado, en un momento anterior al del juicio oral sino que asegura las garantías procesales de la defensa en armonía con el artículo 29 de la Constitución y los tratados de derechos humanos. Por lo tanto, permite el ejercicio de la contradicción sobre un aspecto del procedimiento penal anterior a lo que se debate en el juicio, es decir la necesidad de la medida de aseguramiento^[1647].

Por otra parte, la controversia girará en torno de los juicios de proporcionalidad que ha debido exponer la Fiscalía y que constituyen la razón para solicitar la medida de detención o cualquier otra medida. A ello se refiere el artículo 306 CPP cuando señala que la Fiscalía debe exponer las razones “para sustentar la medida”. Podrá discutirse si la medida de aseguramiento es necesaria y si la detención preventiva también lo es. El carácter adversativo del sistema acusatorio supone la confrontación de versiones de la verdad, lo que se aplica no solo al debate de responsabilidad durante el juicio, sino también a la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los investigados. La controversia debe limitarse a los aspectos que tengan relación con la medida de aseguramiento solicitada y a la que pueda aplicarse conforme al criterio de las partes y del juez de control de garantías.

Para cumplir la controversia en relación con el objeto para el cual se convoca la audiencia, es posible que sea necesario analizar los elementos probatorios o evidencias presentados por la defensa, con los cuales puede refutar las aseveraciones del ente acusador. Lo mismo puede ocurrir con cualquier otro interviniente (artículo 29 C. N.)

3. JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Y PRONUNCIAMIENTOS FRENTE A LOS ELEMENTOS

PROBATORIOS O EVIDENCIAS CON BASE EN LOS CUALES

SE SOLICITARON MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Un último punto merece ser comentado. Es el relativo a si el juez de control de garantías debe manifestarse sobre el material probatorio que fundamenta la inferencia de autoría o participación que formula el fiscal para solicitar la medida de aseguramiento, en concreto. Dicho en otros términos, se trata de averiguar si el juez de control de garantías puede tomar decisiones para negar la solicitud de medida de aseguramiento con base en la ilegalidad de los elementos materiales probatorios, o la evidencia física, o en información obtenida sin las advertencias legales que constituyen problemas de prohibición en cuanto valoración probatoria.

Desde la interpretación constitucional del artículo 29 de la Carta es obvio que una prueba declarada nula no puede generar ningún efecto jurídico, toda vez que la sanción de nulidad de pleno derecho así lo indica. En consecuencia, por ninguna razón podría imponerse una medida restrictiva de libertad con fundamento en una prueba ilícita o en una información obtenida ilegalmente. Luego, como lo advertimos antes, este concepto (nulidad de pleno derecho) obliga a que la ilicitud de prueba se declare en cualquier momento del proceso y se excluya como elemento probatorio. Lo anterior significa que por ningún motivo puede decretarse una medida privativa de la libertad con fundamento en pruebas ilegales e inconstitucionales. Esta prohibición se debe aplicar a cualquier caso en que se pretenda afectar un derecho fundamental (medidas no privativas de libertad, medidas reales sobre bienes, etc.).

En conclusión, la extensión de la controversia en sede de control de garantías para la adopción de la medida de aseguramiento implica el estudio principalmente de los siguientes puntos:

- Debate sobre los elementos de prueba -incluye los favorables recolectados por el ente acusador- y sobre los argumentos que expone la Fiscalía en relación con el tipo penal por el cual procede la detención preventiva o cualquier otra medida de aseguramiento.

- Debate sobre los elementos de autoría y participación en el delito investigado que pretende hacer valer la Fiscalía.

- Debate sobre la racionalidad de la inferencia de autoría o participación realizada por el fiscal.

- Debate sobre la legalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información que aporte la Fiscalía. Este aspecto implica que el juez pueda decretar la ilicitud (exclusión) probatoria para determinar si adopta o no la medida de aseguramiento.

- Debate sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida.

- Debate sobre medios probatorios presentados por la defensa con el fin de refutar la solicitud de la Fiscalía.

- Debate sobre los riesgos procesales que propone la Fiscalía, esto es, obstrucción, peligro para la comunidad o las víctimas o posibilidad de no

comparecencia del imputado.

E. VALIDEZ DE LA AUDIENCIA Y POSIBILIDAD
DE LAS PARTES DE DISCUTIR EVIDENCIA
REFERIDA AL OBJETO DEL DEBATE

Según el artículo 306 CPP, la validez de la audiencia en la cual se decreta una medida de aseguramiento depende de la presencia del defensor; se trata de un requisito de obligatoria observancia. La referencia a la “presencia” del defensor no puede entenderse sólo en el sentido de que éste concorra físicamente a la audiencia. Por el contrario, en desarrollo del derecho de defensa (art. 29 C. N.) y, más precisamente, del derecho a una defensa material y técnica, la presencia del defensor debe entenderse en un sentido material, es decir, que el defensor realmente participe de la controversia, salvo que resulte evidente que un eventual silencio haga parte de la estrategia de defensa previamente diseñada, cuestión que corresponderá evaluar al juez en desarrollo del deber de hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 4.º CPP.

Al lado de esta referencia explícita a un requisito de validez, de la disposición comentada y conforme a lo expuesto surge uno adicional: al igual que el fiscal tiene el deber de justificar plenamente su petición, el juez de control de garantías, como corresponde a cualquier autoridad judicial, debe motivar plena y suficientemente su decisión. Es decir, el juez de control de garantías tiene la obligación de concretar y hacer explícitas las razones por las cuales considera que se cumplen los requisitos constitucionales y legales para adoptar o no la medida restrictiva de la libertad.

De allí que deba rechazarse cualquier postura que parta de la idea de que el juez de control de garantías cumple una función estrictamente notarial, porque supuestamente le está vedado entrar a juzgar las razones expuestas por las partes. Por el contrario, el principio adversativo implica que el juez permanentemente deba actuar como árbitro y decidir (no avalar) sobre las peticiones de la Fiscalía. Sólo de esta manera se asegura que la afectación de la libertad personal es producto de una decisión constitucionalmente admisible y no solo el resultado

del ejercicio ilimitado del poder público. Sobre este punto cabe recordar la posición de la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 del 2001^[648]:

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

De igual forma, como ya se dijo, debe señalarse que las partes pueden descubrir pruebas que se opongan a las presentadas por el fiscal para sustentar la detención y en general para cualquier medida de aseguramiento. De los elementos probatorios descubiertos por la Fiscalía, la defensa o cualquier interviniente, antes de ser incorporados debe darse traslado a las demás personas que puedan intervenir en la respectiva audiencia.

- CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

La jurisprudencia es clara al afirmar que la inactividad del juez de control de garantías en la adopción de medidas de aseguramiento conduce a la nulidad de la actuación por violación del debido proceso. Esta afirmación se desprende de la decisión de la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene:

[...] el funcionario optó por la fórmula facilista y genérica de señalar que la medida era viable conforme a los elementos cognoscitivos ofrecidos por la Fiscalía al solicitar su imposición, sin acometer el más mínimo análisis sobre el particular, máxime cuando auscultados dichos elementos se advierte que exhiben deficiencias respecto de algunas de las ilicitudes cobijadas con la medida de aseguramiento.

Dada la naturaleza exceptiva de la medida y de acuerdo con lo expuesto en precedencia, el juez de garantías ha debido respecto de cada uno de los delitos imputados examinar si de los elementos materiales de prueba ofrecidos por la Fiscalía en verdad se infería

razonablemente la probable autoría o participación del imputado, proceder que brilla por su ausencia.

Es tan evidente la ausencia argumentativa sobre el punto en cuestión que, para mayor perplejidad, al final de la decisión cuando el funcionario individualiza las conductas delictivas por las cuales procede la medida asegurativa, ante el requerimiento de la Fiscalía en relación con el delito de secuestro, porque no fue expresamente mencionado, opta por preguntar a la representante del ente fiscal si ofreció prueba en relación con esa delincuencia y, tras obtener respuesta afirmativa, decide irreflexivamente incluirla, no sin antes correr traslado a los intervinientes a fin de indagar si están de acuerdo con su inclusión.

Lo expuesto en precedencia demuestra con claridad que el funcionario prescindió de cualquier ponderación y optó por plegarse sin valoración alguna a lo solicitado por la Fiscalía, impidiendo de esa forma a los intervinientes conocer los argumentos por medio de los cuales concluye que en este caso se infiere razonablemente la autoría del imputado en las diversas conductas atribuidas, no obstante tratarse de un análisis insoslayable en orden a justificar la imposición de la medida de aseguramiento, según lo visto.

[...]

Resta señalar que no es dable excusar la ausencia de fundamentación de las providencias en el deber que le asiste a los jueces de motivar brevemente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes, según dispone el numeral 4 del artículo 139 del ordenamiento procesal penal, pues ello de manera alguna implica sacrificar la carga argumentativa suficiente y adecuada para sustentar una decisión judicial, como esa misma preceptiva así lo prevé, única forma de posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales a la contradicción y controversia^[649].

F. DECISIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS
(OBLIGACIÓN DE RESOLVER LA

La decisión en torno de la imposición de una medida de aseguramiento está reservada al juez de control de garantías. Como cualquier decisión judicial, ésta debe motivarse y es susceptible de revisión mediante los recursos ordinarios.

En relación con este tema, cabe considerar los siguientes puntos: extensión del control oficioso y la solicitud por parte de la víctima o del ministerio público. Analicemos estos aspectos:

- AMPLIAS FACULTADES EN LA AUDIENCIA QUE
DECIDE SOBRE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:
NO OPERA LA JUSTICIA ROGADA

En cuanto al control oficioso, esto es, si el juez de control de garantías debe sujetarse estrictamente a los pedimentos de la Fiscalía y simplemente tomar una decisión a favor o en contra de la solicitud, es importante tener en cuenta que, para efectos de control de derechos fundamentales, no opera la noción de justicia rogada. Es decir, el juez tiene amplias facultades para determinar si impone o no medida de aseguramiento conforme a la adecuación típica propuesta por la Fiscalía o, por el contrario, seleccionar la disposición legal donde considere que tiene adecuación el comportamiento investigado, siempre que se respete el hecho o los hechos que conforman la imputación.

Incluso, el juez puede decretar pruebas de oficio cuando considere que ello resulta necesario para la toma de la decisión correcta. La Corte Constitucional fue clara a este respecto al permitir la prueba de oficio en sede de audiencias preliminares de control:

[...] la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada que a continuación

se expone:

El artículo 361 de la Ley 906 del 2004 se encuentra incluido en el libro III del Juicio en el sistema penal acusatorio, capítulo I, correspondiente a la audiencia preparatoria. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se encuentra dividido en siete libros, el I, correspondiente a disposiciones generales, el libro II sobre las Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistemas Probatorios, el III sobre el Juicio, el libro iv, relativo a la ejecución de sentencias, el libro v sobre Cooperación Internacional, el libro vi, Justicia Restaurativa y, el libro vil sobre el Régimen de Implementación.

Nótese, que no solo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo significa que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria, sino también que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras se ubica en la etapa de contradicción entre las partes, en la fase del proceso en la que se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal^[1650].

La imposición de la medida de aseguramiento sólo procede a partir de la existencia de una imputación. Para determinar las facultades de los intervinientes en la audiencia de decisión sobre la medida de aseguramiento es necesario partir de la premisa general de que sólo se habla de proceso en sentido formal desde la imputación, porque únicamente a partir de este momento existe un pronóstico sobre la gravedad de la conducta, su comisión y los posibles riesgos que configura la permanencia del imputado en libertad.

El fiscal siempre deberá soportar probatoriamente los motivos que en su opinión hacen pertinente la adopción o no de medida de aseguramiento. Ello

implica un descubrimiento probatorio parcial, en cuanto afecte derechos fundamentales, lo cual podrá generar controversia al respecto.

Si la petición carece de fundamento por falta de soporte argumentativo y probatorio, el juez puede ordenar al fiscal que descubra todos los elementos de juicio necesarios para afectar o no derechos fundamentales, incluyendo los que favorezcan al indiciado para respaldar la decisión que deba adoptarse. La función de control de garantías lleva implícito un papel activo del juez.

- REGLAS GENERALES

De lo dicho podemos precisar algunas reglas generales en esta materia:

a. En todos los casos, después de la imputación, el fiscal debe solicitar al juez de control de garantías que resuelva la situación jurídica del imputado, con la imposición o no de medida de aseguramiento (privativa o no de libertad), para dar así cumplimiento al numeral i del artículo 250 constitucional y garantizar adecuadamente los derechos de quienes intervienen en el proceso penal.

b. Para resolver la situación jurídica del imputado y adoptar la decisión conforme a derecho, debe descubrirse la evidencia física y los elementos materiales probatorios que el juez de control de garantías considere necesarios, lo cual incluye aquellos que sean favorables al imputado.

c. La no imposición expresa y motivada de medida de aseguramiento constituye una garantía fundamental para el imputado, porque de esta manera se reafirma la seguridad jurídica para la persona sometida a proceso en relación con la cual se determina la viabilidad o no de medida de aseguramiento y la regla según la cual la restricción de la libertad es excepcional.

d. Las peticiones que realicen las partes en la audiencia preliminar en la cual se decide sobre la imposición o no de medida de aseguramiento no vinculan al juez, quien, por el contrario, al tener el control sobre la legalidad y la posible afectación de derechos fundamentales, tiene amplio poder decisorio.

e. En el moderno proceso penal el juez de control de garantías está instituido para velar por los derechos de los intervinientes -por ejemplo, la libertad de quien es procesado o imputado-. Por tal motivo, su función en la audiencia que

resuelve imposición o no de medida de aseguramiento no se limita a decidir sobre la detención preventiva, sino que ésta es amplia e integral para afectar o no al imputado con otra medida de aseguramiento. El juez de garantías, conforme a las evidencias descubiertas y a la controversia que se haga en dicha audiencia y con el fin de proteger a las víctimas, podrá imponer y seleccionar una medida de aseguramiento diferente de la propuesta por el ente acusador.

f. El juez puede rechazar la petición de medida de detención o cualquier otra propuesta por el fiscal cuando considere que el supuesto de hecho investigado no tiene una mínima comprobación.

g. El juez puede también inferir el motivo de imposición de medida de aseguramiento de los hechos mismos que se le presentan, aun cuando el fiscal no argumente nada al respecto, es decir, cuando se esté ante una petición deficiente. En efecto, el juez de control de garantías tiene amplio poder de dirección de la audiencia, porque una vez se fija el objeto de la vista pública, se debe resolver todo lo inherente al asunto que deba tratarse. En consecuencia:

- Si el fiscal hace una solicitud principal (por ejemplo, medida de detención) y omite razonar sobre una subsidiaria (privación domiciliaria), el juez puede pronunciarse al respecto cuando considere que la otra u otras medidas son procedentes. Así las cosas, el juez puede decidir incluso acerca de lo no pedido por el fiscal.

- La defensa puede hacer peticiones generales para garantizar su seguridad jurídica en el proceso. Puede solicitar que el juez decida sobre la medida de aseguramiento o, en general, sobre la situación jurídica, o puede hacer diversas peticiones aunque éstas parezcan contradictorias. Por ejemplo, puede oponerse a la medida de detención preventiva y manifestar que si el juez decide imponerla, solicita la detención en lugar de residencia. Así como el proceso busca construir la verdad, con colaboración de todos los intervinientes, la defensa participa en este diálogo desde el momento de existencia formal del proceso y en ocasiones, antes (investigación preliminar).

Las amplias facultades del juez de control de garantías en los temas propuestos también operan en relación con el juez de segunda instancia.

G. REVOCATORIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA O DE CUALQUIER MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El artículo 318 CPP se refiere a la revocatoria y sustitución de las medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad. La revocatoria consiste en eliminar la medida, porque ésta ya no tiene fundamento al haber desaparecido los requisitos establecidos para su imposición (art. 308 CPP).

Sea lo primero advertir que en cualquier etapa en que se proponga la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención o cualquier otra medida, la solicitud debe tramitarse en audiencia ante el juez de control de garantías, porque tiene la competencia general para definir lo relacionado con la afectación del derecho a la libertad. La facultad para impulsar este trámite radica en cada una de las personas intervinientes durante el proceso penal, siempre que concurra interés legítimo para tal efecto.

I. GENERALIDADES ACERCA DE LA REVOCATORIA

Las principales características de la revocatoria de las providencias en el proceso penal son las siguientes:

a. PUEDEN REVOCARSE LAS DECISIONES QUE NO CONSTITUYEN PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL SUBSIGUIENTE

El proceso penal está dividido en una serie de momentos o períodos fundamentales, necesarios para lograr una marcha ordenada de las diversas etapas. Este desarrollo organizado y metódico del proceso es conocido como “principio de eventualidad”, también llamado “de preclusión”:

Tiende a buscar orden, claridad y rapidez en la marcha del proceso, es muy vigoroso en los procedimientos escritos y sólo muy parcialmente en los orales. Se entiende por tal la división del proceso en una serie de momentos o períodos fundamentales, que algunos

han calificado de compartimientos o estancos, en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad de las partes y del juez de manera que determinados actos deben corresponder a determinado período fuera del cual no pueden ser ejercitados y si se ejecutan no tienen valor^{651}.

El proceso se edifica sobre una serie de etapas que a su vez constituyen presupuesto de los períodos subsiguientes. Debido al orden estricto que debe seguirse para la buena marcha del proceso, una vez agotado cualquiera de esos períodos fundamentales ya no es posible reactivar controversias propias de dichos momentos, porque se afectarían los actos procesales subsiguientes. Pero dentro del proceso penal también se toman otras decisiones (orales o escritas) que, si bien revisten importancia, no alcanzan a constituir presupuesto procesal de las etapas subsiguientes, porque con ellas o sin ellas, el proceso puede avanzar sin traumatismo alguno. Cuando esas decisiones, repetimos, no son condición procesal de las etapas posteriores, el funcionario puede corregir o remover tales decisiones mediante la revocatoria, sin necesidad de acudir al mecanismo de la nulidad.

Cuando las decisiones tomadas en el proceso contienen las características mencionadas se dice que tienen “ejecutoria formal”, esto es, que a pesar de haberse vencido la oportunidad establecida por la ley para la interposición de recursos, e incluso cuando estos estuvieren decididos, el funcionario en cualquier momento procesal, a petición de parte, puede revocar tales determinaciones. En el proceso penal expresamente existe referencia a la revocatoria de providencias judiciales, por ejemplo las relacionadas con la medida de aseguramiento (art. 318.c CPP).

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento no consagró de manera expresa y taxativa la mencionada institución jurídica, esto no es óbice para predicar la revocatoria de diferentes decisiones judiciales. Obsérvese cómo la *ratio legis* de la revocatoria de esta clase de providencias estriba en que con dichas decisiones no se causan traumatismos a etapas ya superadas, porque no constituyen su presupuesto procesal. Con medida de aseguramiento o no, se puede formular la acusación o dictar sentencia en contra del imputado. En el proceso penal se

toman decisiones similares, para las cuales no se ha previsto expresamente la posibilidad de revocatoria, pero que por no constituir presupuesto de las actuaciones realizadas tras dichas providencias, debe afirmarse que también la admiten^{652}.

En cambio, hay otros pronunciamientos que sí constituyen presupuesto procesal de las actuaciones subsiguientes, porque sin ellos no se puede avanzar en el desarrollo de las etapas posteriores. Sin imputación no puede proferirse medida de aseguramiento o acusación; sin formulación de acusación, sin lectura de dicha acusación, no puede realizarse audiencia preparatoria; sin audiencia preparatoria del juicio no puede celebrarse la audiencia pública de juzgamiento, etc. Cuando alguna de esas decisiones, indispensables para el decurso procesal, está afectada de grave irregularidad, el vicio debe corregirse mediante la nulidad, debido a que la influencia que ejerce sobre las actuaciones posteriores impide su revocatoria. En estos casos no cabe la revocatoria de la decisión, porque quedarían sin sustento jurídico las otras determinaciones que se hubieren tomado con base en ella. Cuando es tal la influencia que ejercen sobre el resto de la actuación, se dice que tienen “ejecutoria material”, y una vez desatados los recursos que se hubieren interpuesto (cuando sean viables) no procede sino la declaratoria de nulidad, porque la naturaleza del vicio en que se incurrió impone reponer parte de la actuación que se ha realizado.

B. LA PETICIÓN DE REVOCATORIA DEBE FORMULARSE DESPUÉS DE VENCIDA LA OPORTUNIDAD PARA INTERPONER RECURSOS CONTRA LA DECISIÓN ADOPTADA EN AUDIENCIA

Esta petición no es un medio de impugnación de las decisiones judiciales, porque para ello se consagró el mecanismo de los recursos (reposición y apelación), con base en los cuales el interviniente o persona que tiene interés jurídico opone su criterio personal sobre la valoración de la prueba y la interpretación de las normas al expuesto por el funcionario en dicha decisión. Por este motivo, si la parte tiene aún la posibilidad de interponer los recursos, en virtud del principio de preclusión de las etapas procesales, debe acudir a este

mecanismo y no al de la revocatoria^{653}. Puede presentarse el caso de que durante el trámite de la apelación se aporte prueba que desnaturalice los fundamentos para mantener la medida de aseguramiento, evento en el cual sería factible estudiar la posibilidad de revocatoria; en tal caso se debe comunicar la decisión correspondiente al juez de segunda instancia, si se ha interpuesto el recurso de alzada.

C. LA REVOCATORIA REQUIERE MODIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS

Por regla general, para que sea procedente la revocatoria directa es necesario que se presente modificación de los elementos materiales probatorios, porque la revocatoria de las providencias no puede servir para subsanar las omisiones de las partes en el proceso.

Si el interviniente o parte procesal no interpone a tiempo los recursos de reposición o apelación, no puede utilizar la revocatoria para lograr la impugnación de decisiones que formalmente quedaron ejecutoriadas. Se entiende que la revocatoria es un mecanismo creado para obtener pronunciamientos judiciales cuando los medios materiales probatorios que sirvieron de soporte a la resolución se han modificado, porque después de la decisión se aducen nuevos elementos de juicio.

Las decisiones que se adopten en relación con la afectación o no de derechos fundamentales a pesar de tener ejecutoria formal deben conservar seguridad jurídica, lo cual significa que no es viable que los intervinientes formulen solicitudes sucesivas con la pretensión de que se modifiquen en cualquier sentido las medidas de aseguramiento impuestas, tanto personales como reales, salvo cuando se presenten evidencias o medios probatorios que requieran nueva valoración del punto sometido a debate.

d. REVOCATORIA POR ERRORES MANIFIESTOS

Consideramos que las excepciones al principio planteado, en el sentido de que la

revocatoria sólo es procedente por elementos materiales probatorios sobrevinientes, se presentan cuando el funcionario incurre en errores ostensibles y manifiestos y cuando la decisión es producto de la inducción a error (vía de hecho por consecuencia). El primer evento se refiere a la valoración que el juez de control de garantías realiza a partir de la información que le es puesta de presente por el fiscal. El segundo, cuando la decisión resulta inadmisible por basarse en información errada o que no fue excluida a pesar de su ilicitud, como consecuencia de la inobservancia de las obligaciones o irregularidades de la Fiscalía o de los órganos estatales que suministran información al juez^{654}. En estos casos puede utilizarse el mecanismo de la revocatoria para corregir los desvíos^{655}.

e. REVOCATORIA POR FALTA DE COMPETENCIA

Es posible solicitar la revocatoria de las decisiones judiciales que tengan ejecutoria formal, cuando dicho pronunciamiento ha sido realizado por un funcionario que carece de competencia -por ejemplo, cuando se trata de una persona con fuero constitucional y la decisión la adopta un fiscal local o un juez municipal.

f. SOLICITUD DE REVOCATORIA

La solicitud de revocatoria (art. 318 CPP) puede ser formulada por el fiscal, el ministerio público o la defensa con fundamento en la desaparición o modificación de los supuestos que fueron tenidos en cuenta para fundamentar la restricción de la libertad conforme al artículo 308 CPP.

g. RECURSOS CONTRA LA DECISIÓN DE REVOCATORIA

El artículo 318 CPP consideraba que contra la decisión de revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento adoptada por el juez de control de garantías no procedía recurso alguno. Sin embargo, la Sentencia C-456 del 2006

declaró inexecutable tal previsión. Por lo tanto, la variación de las condiciones que permitieron tomar la decisión de detención preventiva o la posibilidad de sustitución son pronunciamientos judiciales susceptibles de recursos, lo cual no significa que su ejecutoria no sea de cumplimiento inmediato, conforme lo explica el juez constitucional:

[...] el inciso final de la norma acusada preceptúa que no procede recurso alguno contra la decisión del juez de garantías que resuelve la solicitud de la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento. A este respecto ha de señalarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 317 del mismo Código de Procedimiento Penal las decisiones sobre la libertad del imputado o acusado son de inmediato cumplimiento, lo que no significa que no puedan ser objeto de impugnación esas decisiones mediante la interposición de los recursos correspondientes. Así ocurre, en efecto, y por ello el artículo 177 del mismo Código de Procedimiento Penal establece la apelación, en el efecto devolutivo, del auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento. Siendo ello así, carecería de sentido que exista ese recurso cuando se impone la medida de aseguramiento y que subsistiera la prohibición de interponerlo contra la decisión que resuelve una solicitud de revocatoria de la misma o en relación con la sustitución de esa medida por otra. En tal virtud, habrá de declararse entonces, y en armonía con lo resuelto en esta sentencia[,], que es inexecutable la expresión “contra esta decisión no procede recurso alguno” que fue objeto de la acusación de inconstitucionalidad.

2. DIFERENCIAS ENTRE EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y LA REVOCATORIA

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en relación con la oportunidad de los actos procesales lo siguiente:

La oportunidad de un acto procesal se refiere no solo al tiempo, sino al modo de su producción. Es decir que, para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. La conjunción de tiempo y modo

pertinentes es así, lo que genera la oportunidad procesal, puesto que si falta el modo a que la ley sujeta la producción del acto, aunque éste se intente en tiempo hábil, será como si no se hubiera producido. Lo impone así la necesidad del orden en los juicios, tanto en pro de la seguridad de los litigantes, que sabrán a qué atenerse en el desenvolvimiento del debate, sin estar expuestos a incidencias sorpresivas, como también en razón de la economía procesal, de la expedición de los jueces y de la efectividad de sus decisiones^{656}.

Si los actos procesales, para que tengan eficacia, deben ser realizados dentro de ciertos límites temporales y espaciales, y sobre la base de que se cumplan determinados presupuestos en la relación jurídica, es indiscutible que no es lo mismo un recurso de reposición que la solicitud de revocatoria de una decisión judicial.

Las principales diferencias entre el recurso de reposición y la solicitud de revocatoria de una providencia judicial son las siguientes:

a. El recurso de reposición es un medio de impugnación que tiene por finalidad obtener, del mismo juez que la profirió, una modificación de la decisión judicial con base en los mismos supuestos probatorios que han servido de fundamento a la resolución. Se trata de una oposición de criterios entre la parte y el funcionario sobre los elementos jurídicos o probatorios que sirvieron de soporte a la providencia. La revocatoria de algunas decisiones judiciales, por su parte, es un acto de postulación, que generalmente sólo puede invocarse cuando se modifiquen los supuestos probatorios que sirvieron de base a la providencia cuya revocatoria se solicita. No se trata de que el sujeto procesal oponga su criterio personal al del juez en relación con la estimación de los elementos materiales probatorios, sino que ordinariamente deben aparecer nuevos elementos de juicio que varían el acervo probatorio con base en el cual se profirió la decisión.

b. El recurso de reposición sólo se puede interponer dentro del término de ejecutoria formal de la providencia, y el traslado para alegar es común a todas las partes por tratarse de notificación en estrados (art. 169 CPP). La revocatoria de las providencias debe pedirse una vez vencido el término de ejecutoria

formal, es decir, concluido el lapso establecido por la ley para la interposición de recursos. La revocatoria de una medida de aseguramiento se resolverá en audiencia por el juez de control de garantías.

c. Contra el pronunciamiento que decide la reposición no es posible oponer ningún recurso, a no ser que contenga puntos nuevos no tenidos en cuenta en la providencia anterior o se adquiriera interés para impugnar. En esta hipótesis es posible interponer reposición y apelación respecto de los puntos nuevos (art. 176 CPP). Contra la decisión que resuelve la revocatoria proceden los recursos de reposición y apelación (arts. 318 CPP).

3. DIFERENCIAS ENTRE LA REVOCATORIA Y LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Entre la revocatoria y la sustitución de la medida de aseguramiento existen diferencias que se fundamentan, principalmente, en lo que se busca con cada una de estas instituciones. En efecto, en la revocatoria se pueden cuestionar los elementos materiales probatorios con el objeto de realizar un control sobre la inferencia razonable de autoría y participación o sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales de la medida de aseguramiento, para remover la afectación al derecho fundamental de la libertad, mientras que en la solicitud de sustitución se cuestiona si la afectación del derecho fundamental corresponde a un juicio de proporcionalidad, para determinar el cambio de una medida por otra, respecto del cumplimiento de los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento.

Bajo este mismo entendido, cuando se apela una decisión que decide sobre la revocatoria, el recurrente cuestiona los elementos materiales probatorios que le sirvieron de fundamento, es decir, las evidencias que apuntan a demostrar una posible autoría o participación en el hecho delictuoso y los requisitos constitucionales para la limitación del derecho fundamental a la libertad. En cambio, cuando se apela la decisión que sustituye la medida de aseguramiento se debate exclusivamente la proporcionalidad de la medida.

4. CASOS QUE PERMITEN LA REVOCATORIA Y POSIBLE SUSTITUCIÓN POR OTRA MEDIDA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

a. VARIACIÓN DE LA ADECUACIÓN TÍPICA DESPUÉS DE LA IMPUTACIÓN

Cuando el juez de control de garantías adopta la medida de aseguramiento de detención, lo hace previo análisis de los elementos materiales probatorios que le han sido presentados por la Fiscalía y teniendo en cuenta los hechos y la adecuación típica propuestos en la imputación. No obstante, en el curso de la investigación pueden surgir hechos que determinen cambios en la adecuación típica que sirvió de fundamento para imponer la afectación intensa al derecho a la libertad (detención) o que modifica los presupuestos para adoptar dicha medida.

El cambio de adecuación puede generar una modificación de la medida adoptada, en cuyo caso el funcionario debe revocarla o sustituirla. Si ocurre una sustitución de la medida, será necesario corregir la imputación, especialmente en aquellas circunstancias en las cuales existe una modificación en la selección de la norma que describe el comportamiento ilícito, lo cual garantiza, además, que con la variación de la adecuación típica la persona procesada pueda allanarse a esta nueva imputación. Lo anterior, por cuanto la medida de aseguramiento es la consecuencia de la adecuación típica hecha en la imputación. La naturaleza de la medida depende de lo dicho en la imputación.

En otros términos, la medida de aseguramiento depende de la adecuación típica del comportamiento, de la naturaleza y el *quantum* de la pena, por lo cual no puede subsistir en el proceso una medida que no corresponda de manera exacta a la selección del tipo presuntamente violado.

b. VARIACIONES EN EL GRADO DE EJECUCIÓN Y PARTICIPACIÓN

En este caso se conserva la adecuación típica original y sólo se modifican los extremos punitivos del tipo, en virtud de circunstancias de agravación o atenuación específicas. Por ejemplo, cuando se demuestre que el imputado es coautor y no cómplice o que el delito no es tentado sino consumado, o cuando se disminuya la pena por reintegro e indemnización en los delitos contra el patrimonio económico, o por restitución en el delito de peculado, etc. Cualquier modificación en este sentido puede implicar la revocación o sustitución de la medida de aseguramiento.

C. DESAPARICIÓN DE LAS FINALIDADES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Cuando se conserven los requisitos previstos en los artículos 308, inciso i.º, y 313 CPP, pero desaparezcan las finalidades por las cuales se dictó la medida de aseguramiento (comparecencia al proceso, obstrucción de la práctica de pruebas, etc., numerales 1, 2 y 3 del artículo 308 CPP), habrá lugar a la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención o de cualquier otra.

Con el fin de evitar peticiones sucesivas sobre el mismo punto jurídico, el artículo 318 CPP limitaba a una sola oportunidad el pedimento de la revocatoria. La Sentencia C-456 del 2006 declaró inexecutable esta limitación, con el siguiente argumento:

No resulta constitucionalmente admisible mantener vigente una medida restrictiva de la libertad, a pesar de que de la valoración de las circunstancias objetivas que se presenten de manera sobreviniente, se imponga el cese de la efectiva privación de la libertad del sindicado o la sustitución de la medida por haber desaparecido los fundamentos que dieron origen a su imposición. De ser así, la medida resultaría arbitraria por carecer de los requisitos legales y por sustentarse en una finalidad y en un objetivo inválido e innecesario que no concurre con los mandatos constitucionales. Limitar la posibilidad de solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, en la forma que lo establece el artículo 318 de la ley 906 del 2004, significa imponer límites que restringen sin ningún fundamento el derecho a la libertad y crea en el individuo una

situación de indefensión, en tanto que su justo reclamo para recobrar la libertad por haber desaparecido las causas de su restricción, es desatendido por la limitación que la ley le impuso, con lo cual se transgrede el debido proceso y su derecho de defensa. Así las cosas, restringir a una sola vez la posibilidad de solicitar la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, constituye una regulación que en criterio de esta Corte no responde a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, toda vez que conlleva una limitación del derecho a la libertad individual del imputado no adecuada y desproporcionada a la finalidad que pretende cumplir^[657].

La decisión de la Corte responde a la dinámica del proceso en cuanto que son posibles múltiples variaciones de la adecuación típica, especialmente cuando existen descripciones de comportamientos delictuosos similares o por razón de la aducción de medios probatorios que modifiquen las bases para mantener o no una determinada decisión o medida.

H. PARA AFECTAR EL DERECHO A LA LIBERTAD MEDIANTE
LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO ES
NECESARIO QUE SE HAYA EFECTUADO LA IMPUTACIÓN

El proceso acusatorio está estructurado por diferentes actuaciones judiciales, de tal forma que unas son presupuesto indispensable del trámite de otras. En su orden cronológico, deben surtirse las siguientes actuaciones para dar cumplimiento al debido proceso y proteger el derecho de defensa: (1) legalización de la captura; (2) imputación; (3) escrito de acusación; (4) audiencia de lectura de acusación; (5) audiencia preparatoria y (6) juicio oral.

Otras actuaciones pueden realizarse o no sin que se altere la estructura del proceso acusatorio -por ejemplo, la adopción de medidas cautelares personales o reales (detención, embargo, etc.)-, porque no son presupuesto de la actuación que corresponda realizar luego.

A pesar de la existencia de actuaciones no indispensables en el diseño del sistema acusatorio, se requiere de ciertos presupuestos para poder proferirlas. Por ejemplo, sólo puede dictarse medida de aseguramiento cuando se ha

realizado imputación, por la simple y elemental razón de que para adoptar medidas privativas o no de libertad se requiere la existencia de proceso penal. En otros términos, si la imputación es la actuación judicial en la cual se determina el hecho delictuoso y la probabilidad de autoría o participación, es lógico que constituya una actuación procesal fundamental para ordenar una medida de aseguramiento y su respectiva selección.

Debe entenderse que la imputación es el primer momento procesal donde se adopta una decisión judicial vinculante para determinar si es o no procedente la medida, porque a partir de este pronunciamiento se determina la adecuación típica del comportamiento y, en consecuencia, la existencia o no de requisitos para afectar la libertad. Lo mismo ocurre con otras actuaciones procesales como el allanamiento a cargos o la posibilidad de acuerdos para tramitar un procedimiento abreviado.

No obstante lo expuesto, la Corte Constitucional, en decisión de tutela, da a entender la posible procedencia de medida que afecte la libertad sin que exista imputación. Respetuosamente, debemos decir que en nuestro concepto ese fallo desnaturaliza el sistema acusatorio^{658}, conforme a los argumentos antes planteados.

III. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DISTINTAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

A. REGLAS SOBRE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DISTINTAS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Los artículos 314 y 315 CPP regulan la adopción de medidas de aseguramiento distintas de la detención preventiva. Esta normatividad tiene imprecisiones que deben solucionarse mediante una interpretación sistemática de su regulación y de las disposiciones constitucionales. A continuación señalaremos algunos de los problemas derivados de esta imprecisa regulación legislativa.

I. LOS ARTÍCULOS 314 Y 315 CPP. INTERPRETACIÓN

RESTRICTIVA Y EL CARÁCTER EXCLUYENTE “PRIMA FACIE”

Los artículos 314 (sustitución de la detención preventiva por detención en el lugar de residencia) y 315 CPP (supuestos para imponer medidas de aseguramiento no privativas de la libertad) regulan las condiciones bajo las cuales es posible adoptar (sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 en armonía con los artículos 295 y 296 CPP) medidas de aseguramiento distintas de la detención preventiva en establecimiento carcelario.

La interpretación simplemente exegética y asistemática de estos artículos llevaría a concluir que (i) la detención domiciliaria sólo procede en las circunstancias previstas en el artículo 314 y (2) que las medidas de aseguramiento contenidas en el literal B del artículo 307 CPP (medidas de aseguramiento no privativas de la libertad) sólo se aplican si se trata de hechos punibles respecto de los cuales no es posible la detención preventiva. En consecuencia, podría pensarse que la detención preventiva es la única medida de aseguramiento imponible en los casos regulados por el artículo 313 CPP.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva de los artículos 314 y 315 CPP entra en franca contradicción no solo con los principios contenidos en los artículos 295 y 296 CPP, sino también con el principio de libertad protegido por la Constitución Política (art. 28). Lo anterior, en cuanto tal interpretación conduce a medidas desproporcionadas.

I. LOS ARTÍCULOS 314 Y 315 CPP. INTERPRETACIÓN

SISTEMÁTICA E INTERPRETACIÓN

CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

En el tomo primero de la presente obra se analizó lo relativo a la interpretación constitucional y su proyección en la interpretación de textos legales. Se anotaba que además de los métodos material, sistemático y finalístico existen ciertos principios que orientan la actividad interpretativa, entre ellos el *pro libertate*. Sobre éste se indicó que constituye una herramienta de hermenéutica muy importante porque restringe las opciones interpretativas del legislador y del juez

constitucional, en tanto que se impone aquella interpretación o solución normativa que limite en menor grado el derecho a la libertad. Conforme a lo anterior, si existe una interpretación de los artículos 314 y 315 CPP que asegure un mayor grado de protección a la libertad y, además, resulta altamente viable frente a la unidad constitucional y el carácter sistemático del procedimiento penal, debe preferirse.

En este capítulo se analizó *in extenso* la figura de la detención preventiva. Se ha advertido que si bien el legislador pareciera restringir las opciones de decisión de los jueces de control de garantías, en realidad, al vincular la adopción de cualquier medida restrictiva de la libertad a criterios de proporcionalidad (art. 295 CPP), necesariamente indica la posibilidad de que se adopten medidas que afecten la libertad pero que resulten menos lesivas del derecho, es decir, autoriza a optar por una medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva, incluso sin solicitud específica de parte, ya que, como se ha dicho, el juez de control de garantías tiene amplia competencia para proteger los derechos fundamentales de los intervinientes.

A partir de lo anterior es posible considerar una interpretación distinta de la puramente exegetica de los artículos 314 y 315 CPP.

3. ARTÍCULO 314 CPP. LA PONDERACIÓN LEGISLATIVA Y LA PONDERACIÓN JUDICIAL

La prohibición de tomar medidas desproporcionadas es absoluta y se dirige por igual a todos los órganos estatales. De allí que deba admitirse que tanto el legislador como el juez tienen la carga de someter sus actuaciones y decisiones a este requerimiento.

En relación con el legislador, implica que está vedado expedir disposiciones que resulten desproporcionadas. Lo anterior se traduce en la necesidad de realizar juicios de proporcionalidad, para advertir si frente a determinada situación una medida general puede resultar desproporcionada y, en consecuencia, exigir que se apliquen disposiciones exceptivas o permitir su reconocimiento, dejando su imposición concreta al juez o funcionario encargado

de la aplicación del derecho.

Por la ausencia de regulación legal sobre posibles situaciones de desproporción en la aplicación de las normas generales o la insuficiencia de la regulación normativa, el principio de proporcionalidad^{659} impone al juez la carga de adoptar una solución que haga compatible el régimen legal con la Constitución. Ello puede lograrse correctamente mediante la excepción de inconstitucionalidad o, cuando sea procedente, por medio de la interpretación conforme a la Constitución^{660}.

El artículo 314 CPP establece que “La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos”. El legislador previó cinco situaciones en las cuales puede sustituirse la detención preventiva intramural. Según se indicó antes, dicha normatividad puede interpretarse de manera restrictiva bajo el entendido de que sólo en tales casos el juez de control de garantías puede ordenar la sustitución de la detención preventiva. Sin embargo, es posible otra interpretación más respetuosa del principio *pro libertate*.

En efecto, la regulación contenida en el artículo 314 CPP, en realidad, es un juicio de proporcionalidad realizado en sede legislativa. Frente a las cinco situaciones fijadas en la disposición, el legislador consideró que resulta excesivo, por diversas razones, detener preventivamente a una persona en establecimiento carcelario. Pero tal enumeración no agota la existencia de posibles situaciones de exceso que pueden derivarse de la detención. Tales situaciones deberán ser consideradas en concreto por el juez de control de garantías, quien, en caso de advertir la desproporción de la detención preventiva intramural, podría ordenar la detención domiciliaria. Lo mismo puede ocurrir cuando se apliquen las prohibiciones de otorgamiento de detención domiciliaria previsto en la Ley 1474 del 2011, porque en dichos eventos el legislador hizo a priori un juicio de proporcionalidad.

No sobra recordar que, en todo caso, la detención domiciliaria en sí misma está sujeta a un juicio de proporcionalidad. El hecho de que el legislador autorice la detención domiciliaria en ciertos casos no implica que el juez se libere de la

carga de determinar si en la situación concreta resulta o no excesiva la detención intramural. Los artículos 314 y 315 CPP constituyen una hermenéutica donde el legislador ha distinguido aquellas conductas punibles respecto de las cuales se estima que en sí misma la detención preventiva resulta desproporcionada.

En desarrollo del numeral 1 del artículo 250 superior se consideró que para asegurar la comparecencia del investigado al juicio, la protección de la comunidad y la víctima, y la realización de la justicia, no siempre es necesaria la medida de aseguramiento de detención, puesto que pueden ser suficientes las medidas no privativas de la libertad.

Como ha podido apreciarse, no debe partirse del escenario invasivo que suele comportar la detención preventiva, porque en casos puntuales esta medida puede resultar desproporcionada. En tales casos el juez de control de garantías está en la obligación de adoptar una medida de aseguramiento distinta de la detención, porque se da por descontado que se realizó un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de alguna medida de aseguramiento, lo que corresponde al primer juicio de proporcionalidad ya mencionado. Sólo así se asegura que el Estado cumpla su función constitucional de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales^{[661](#)}.

B. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD DISTINTAS DE LA DETENCIÓN INTRAMURAL: LA DETENCIÓN EN EL LUGAR DE RESIDENCIA

Los artículos 307 y 314 CPP fijaron las condiciones bajo las cuales procede la detención en el lugar de residencia. A continuación se analizarán algunos de sus requisitos legales y características:

I. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL LUGAR DE RESIDENCIA

Un primer elemento que debe destacarse es el cambio lexicográfico adoptado

por el legislador. En lugar de utilizar el término *domicilio*^{662}, optó por fijar el sitio de detención en el “lugar de residencia”. Con ello ha superado la indeterminación que suponía la expresión “domicilio” utilizada por el Código Penal anterior, en tanto que en términos del Código Civil (arts. 76 y ss.) esa noción tiene una connotación más amplia que la expresión *residencia*. Por eso, el artículo 38 de la Ley 599 del 2000 dispone la posibilidad de ejecución domiciliaria de la pena “en el lugar de residencia o morada del sentenciado”, cuyo concepto es claramente más restringido.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ya había advertido que *domicilio*, para efectos de detención domiciliaria, equivale a *residencia*, así:

El párrafo del artículo 357 de la Ley 600 del 2000, en concordancia con el 38 de la ley 599 del 2000 señala que la detención preventiva se puede sustituir por domiciliaria en los mismos eventos y condiciones consagradas para la ejecución de la prisión en el lugar de residencia o morada del sentenciado^{663}.

La Corte ha sostenido también que el “lugar de residencia o morada” a que se refiere la norma no corresponde al concepto civil de domicilio, cuyo alcance ha sido entendido como el lugar donde habitualmente una persona ejerce sus actividades principales. El concepto de “domicilio”, entonces, debe interpretarse como el sitio de residencia del imputado^{664}.

A una persona en detención domiciliaria (sitio de residencia) no puede tenerse en cuenta como redención de pena una actividad realizada fuera del lugar de detención, sin autorización y control por parte de autoridad. El artículo 314 CPP es preciso en señalar que la detención domiciliaria comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto y para trabajar cuando el imputado es cabeza de familia con hijos menores de 12 años o personas que no puedan valerse por sí mismas.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que los alejamientos temporales del imputado del curso del proceso o el hecho de haberse librado orden de captura para hacer efectiva su comparecencia no excluyen por sí solos la concesión del beneficio de la detención domiciliaria. Sobre el particular,

manifestó:

En consecuencia, su alejamiento de la actuación procesal a raíz del proferimiento de la detención preventiva en su contra y por el fracaso de los organismos de seguridad en lograr su captura no pueden tomarse para deducir de ellos consecuencias perjudiciales para la procesada no contempladas en la ley, pues, como advirtió la sala mayoritaria del Tribunal, tal actitud no enerva el acceso a la detención domiciliaria^[1665].

2. OBLIGACIONES

Otorgado el beneficio de detención en el sitio de residencia, el imputado debe suscribir un acta en la que de manera general se compromete a permanecer allí o en un lugar sustitutivo para los mismos fines y someterse a los controles que el juez considere necesarios. Las obligaciones que adquiere el imputado de manera general se circunscriben a permanecer en el lugar que se haya indicado. De manera excepcional y con fines de control en la ejecución de la medida, pueden adicionarse sistemas personales o mecánicos de vigilancia.

A partir de lo anterior, podría preguntarse lo siguiente: ¿debe exigirse caución como forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el imputado cuando se le autoriza cumplir la detención en su residencia o en el lugar sustitutivo que indique el funcionario?

Una interpretación sistemática del Código conduce a sostener que no es procedente la mencionada exigencia por las siguientes razones:

1. Las restricciones a cualquier derecho y la imposición de obligaciones están sometidas al principio de legalidad y taxatividad, salvo que el legislador permita incluir obligaciones similares a las que enuncia la respectiva disposición legal. En consecuencia, el inciso final del artículo 314 CPP establece de manera expresa las obligaciones a que debe someterse la persona en detención domiciliaria, sin que se permitan aplicaciones análogas de la ley.

2. El artículo 316 CPP establece las consecuencias por incumplimiento o violación de las obligaciones contraídas y en ninguna parte hace mención a la caución, sino a la posible reclusión en establecimiento carcelario u otras medidas

no privativas de la libertad; y

3. La caución es también una medida de aseguramiento no privativa de la libertad (artículo 307 literal b, numeral 8 CPP), por ello no es factible imponerla cuando se concede la detención domiciliaria. La caución puede igualmente garantizar ciertos beneficios penales, como la prisión domiciliaria (artículo 38 numeral 3 C. P.) y la libertad condicional (artículo 65 C. P.).

3. CONSIDERACIONES SOBRE LAS CAUSALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 314 CPP

El artículo 314 CPP, modificado por las leyes 1142 del 2007 y 1474 del 2011, establece las causales bajo las cuales el legislador consideró que resulta desproporcionada la detención preventiva intramural y otorga competencia al juez de control de garantías para ordenar la detención en el lugar de residencia. Aquí se harán algunas consideraciones solo sobre los aspectos importantes de tales causales.

a. NUMERAL 1: LA RECLUSIÓN EN EL SITIO DE RESIDENCIA SATISFACE LOS FINES DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El numeral 1 del artículo 314 CPP establece la procedencia del internamiento domiciliario (residencia) preventivo cuando para el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que deberá ser fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición de dicha medida, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado^{666}.

La importancia de esta disposición es evidente, porque muestra que la medida de aseguramiento cumple unos fines específicos, que siempre deben realizarse. Por lo mismo, (1) si la medida de aseguramiento no cumple con tales fines (aquellos previstos en el artículo 296 CPP), se torna abiertamente ilegal, y (2) la adopción de una medida cualquiera no es un acto mecánico o, como se diría

popularmente, un “acto notarial”. La medida de aseguramiento es, como se ha insistido a lo largo de este capítulo, el resultado de un juicio realizado por el juez de control de garantías sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida.

La disposición que se analiza no hace otra cosa que reiterar y reivindicar tales exigencias en relación con la adopción de medidas de aseguramiento. Esta norma resulta asimismo importante por cuanto condiciona la decisión que se deba adoptar a las necesidades reales del proceso. Por tanto, si no es indispensable la detención preventiva, cabe una medida de aseguramiento menos lesiva al derecho de la libertad (no privativa).

Con todo, se insiste, esta disposición no resulta totalmente afortunada en la medida en que, si se parte de una interpretación restrictiva, permitiría asumir que el único caso en que procede un análisis sobre la realización de los fines de la medida de aseguramiento es el descrito en el numeral I de la norma mencionada (art. 314 CPP) y sólo para sustituir la detención preventiva intramural por privación de la libertad en el sitio de residencia. Esta interpretación resulta contraria a los postulados constitucionales, al conducir a una restricción desproporcionada del derecho a la libertad personal. Aquí se trata en realidad, primero, de un juicio de proporcionalidad realizado en sede legislativa que no tiene como consecuencia impedir que el juez de control de garantías, en un segundo momento, realice otro juicio frente a casos en los cuales resulta desproporcionada *cualquier* medida privativa de la libertad. Este argumento se desprende de la decisión de la Corte Constitucional C-318 del 2008^[667]. Como lo dijimos en otro aparte, es posible que a pesar de haberse incurrido en un determinado delito previsto en la lista que prohíbe la detención domiciliaria, pueda concederse este beneficio aplicando el juicio de proporcionalidad, que corresponde hacer al juez en cada caso concreto.

b. NUMERALES 2,3Y 4: PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA

Los numerales 2, 3 y 4 del artículo 314 CPP prevén situaciones en las cuales la

detención preventiva en establecimiento carcelario o penitenciario atentaría gravemente contra la dignidad humana.

La anterior consideración obliga a referirnos al juicio que el juez de control de garantías realiza sobre la personalidad del imputado o acusado, a que se hace alusión en el numeral 2. Este análisis debe dirigirse exclusivamente a establecer si, dadas las características de la personalidad del imputado o acusado, la detención en el lugar de residencia resulta idónea para garantizar la protección de los intereses constitucionales y legales (comparecencia al juicio, protección a la comunidad y a la víctima y evitar obstrucciones a la justicia) que justifican la medida.

C. NUMERAL 5: PROTECCIÓN A MENORES Y PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA

La quinta causal que autoriza sustituir la detención preventiva intramural está dirigida a permitir que el imputado o acusado que fuere cabeza de familia brinde protección a los hijos menores o a quienes sufren incapacidad permanente. En este caso, el artículo 314 CPP faculta a la persona a laborar, para poder cumplir con las finalidades de la norma.

Consideramos que la disposición debe ser interpretada a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley 82 de 1993, que establece lo siguiente:

Para los efectos de la presente ley, entiéndase por “mujer cabeza de familia”^{668} quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Así las cosas, el legislador consagró en el CPP una institución jurídica que tiene una definición precisa en el ordenamiento colombiano, por lo que tal institución está dirigida a proteger a una persona determinada, de quien dependen

económicamente otras personas. En otras palabras, es un mecanismo legal de protección del mínimo vital de personas dependientes económica y socialmente de la mujer (u hombre) cabeza de familia^[669].

- VARIANTES INTRODUCIDAS POR LA LEY 1142 DEL 2007

La Ley 1142 del 2007 introdujo dos variantes significativas a este respecto. En primer lugar, dispuso que además de analizar el lugar de residencia deben estudiarse los antecedentes familiares, sociales y laborales del imputado, lo que dentro de la órbita del análisis subjetivo del destinatario de la norma indica que la valoración que haga el juez de este presupuesto no puede convertirse en una forma de discriminación. Por ejemplo, no sería procedente negar la sustitución de la detención preventiva con fundamento en el hecho de que el imputado es desempleado y, por lo tanto, su antecedente laboral es negativo, porque bien se sabe que esta es una condición que padece un número significativo de ciudadanos en nuestro país.

En segundo lugar, la ley mencionada introduce un párrafo nuevo en el que aparece un catálogo de delitos que no admiten la sustitución de internamiento carcelario preventivo por detención domiciliaria. Por su parte, la Ley 1474 del 2011 modifica este párrafo para incluir otros delitos que no permiten dicho beneficio y que están relacionados con tipos penales para la lucha contra la corrupción. Este catálogo no se puede interpretar de forma absoluta; si existen casos en los que se trate de un delito incluido en la lista mencionada, cometido por un imputado que se encuentre en situación de vulnerabilidad por enfermedad o frente a la imputada que está por dar a luz, es factible que opere la figura de la sustitución. En ciertos casos pueden aplicarse los argumentos propuestos en este capítulo, cuando se analizaron los cinco casos que previó el legislador como factibles para permitir la detención en el lugar de residencia, normas que no pueden ser interpretadas de manera exegética.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-318 del 2008^[670] condicionó la constitucionalidad del párrafo del artículo 314 CPP, en el entendido de que el

juez podrá conceder la sustitución de la medida siempre y cuando el peticionario fundamente, en concreto, que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial respecto de las víctimas del delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 27 de la Ley 1142 del 2007. Los argumentos se reiteran en la Sentencia C-904 del mismo año^{671}.

Lo que el legislador hizo en este caso, se reafirma, fue un juicio primario y abstracto de proporcionalidad para prohibir la sustitución de la medida en situaciones generales, lo cual no impide que el juez al momento de estudiar el caso concreto realice un nuevo juicio de proporcionalidad y considere que existe la necesidad de sustitución de la medida de aseguramiento.

En reciente decisión^{672}, la Corte Suprema de Justicia modificó su jurisprudencia en cuanto a los requisitos para otorgar el beneficio de prisión domiciliaria, cuando la persona es cabeza de familia. Consideró el alto tribunal, en resumen, lo siguiente:

1. No basta con demostrar el requisito de ser cabeza de familia y tener, por esta razón, la custodia o cuidado de menores de edad o de personas que no pueden valerse por sí mismas.

2. Debe tenerse en cuenta la naturaleza y gravedad de los hechos delictuosos.

3. Los antecedentes penales de la persona que solicita el domicilio, así como el lugar de cumplimiento de la pena o medida de aseguramiento de detención.

4. Aunque el artículo 44 de la Constitución Nacional establece la prevalencia de los derechos de los niños sobre otros, tal enunciado normativo no excluye el juicio de ponderación cuando existen derechos que pueden verse lesionados y necesariamente tienen que ser protegidos.

IV. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

El literal B del artículo 307 CPP señala las distintas medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, imponibles en el nuevo modelo acusatorio. Ya

analizamos, de manera general, la procedibilidad de dichas medidas de aseguramiento. En este apartado se considerarán algunos puntos específicos en torno de la adopción de estas medidas.

A. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Para explicar las previsiones contenidas en las diferentes normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que establecen de forma perentoria la privación efectiva de la libertad como excepcional (y así dar cumplimiento al derecho fundamental de la presunción de inocencia), el Código de Procedimiento Penal reduce la medida de aseguramiento de detención preventiva a los casos antes analizados.

Con el propósito de ejercer vigilancia y control sobre las personas que de manera presunta han infringido la ley penal, pero cuyo comportamiento o naturaleza del delito no permite la privación de la libertad, el ordenamiento reguló diferentes formas de evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, obstruya la investigación o realice conductas que atenten contra derechos de la colectividad y de las víctimas.

Estas formas restringen derechos fundamentales en diferentes grados y modalidades, por lo que su selección por parte del fiscal y del juez de garantías no dependerá sólo de criterios subjetivos, sino de la naturaleza del hecho, de la personalidad del imputado, de sus antecedentes, de su actividad profesional, etc., aspectos que constituyen referentes necesarios para determinar hasta qué punto se justifica la limitación de algunos derechos. En este orden de ideas, es factible que se establezcan prohibiciones, como no salir del país, del lugar de residencia o de un determinado ámbito territorial, no concurrir a ciertos lugares, etc., condiciones que sólo exigen el compromiso personal del imputado.

La limitación a los derechos puede ser leve (como en el caso anterior), media o intensa, como ocurre con la vigilancia mecánica (electrónica) personal o la realizada por una institución, o también la limitación en cuanto a la posibilidad de desplazamiento dentro de determinadas horas, etc. ^{673}.

B. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA

El artículo 315 CPP establece que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad pueden adoptarse “siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

Este mandato no hace más que reiterar lo expuesto hasta el momento en relación con la obligación de que las medidas de aseguramiento resulten razonables y proporcionadas. Se insiste en que no cabe una adopción automática de medidas de aseguramiento, sino que el juez de control de garantías tiene la obligación de establecer si la medida realmente permitirá la realización del fin constitucional y legal establecido para ello y, además, si dadas las circunstancias concretas, la medida de aseguramiento no compromete de manera injustificada otros derechos o intereses constitucionales en juego.

C. ADOPCIÓN CONJUNTA DE MEDIDAS

El artículo 315 CPP, reformado por la Ley 1142 del 2007, autoriza al juez de control de garantías para que adopte una o varias de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Esta facultad procede para delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, en caso de delitos querellables cuando no sean de competencia de jueces de circuito especializados, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro años. Como lo dijimos, también es viable aplicar medidas no privativas de la libertad para delitos que en principio, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 313 CPP, supondrían la aplicación de la detención preventiva, pero que analizados los fines constitucionales, algunos de ellos pueden garantizarse con medidas de menor afectación de derechos fundamentales. Las medidas que pueden adoptarse son las siguientes:

I. CUANDO ES UN SOLO DELITO

- La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
 - La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
 - La obligación de presentarse periódicamente o cuando la persona sea requerida ante el juez o ante la autoridad que él designe.
 - La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de ella y su relación con el hecho.
 - La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
 - La prohibición de concurrir a determinados lugares o reuniones.
 - La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
 - La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
 - La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m.

Esta facultad responde a la necesidad de razonabilidad y eficacia de las medidas de aseguramiento. Se advierte que no existe una indicación normativa general sobre las medidas de aseguramiento imponibles a una persona imputada o acusada, porque estas deberán evaluarse en el caso concreto, siempre bajo parámetros de proporcionalidad, porque, de todas formas, su carácter de medida cautelar puede generar afectaciones leves o intensas de derechos constitucionales distintos de la libertad personal. Estas medidas, reiteramos, pueden significar la limitación de otros aspectos de la libertad y afectar de forma grave otros derechos fundamentales.

Por otra parte, advertida la necesidad de la medida de aseguramiento, corresponde al juez de control de garantías fijar, según las particularidades de cada caso, aquellas que aseguren la protección del interés constitucional que soporta la adopción de la medida. Ello explica que el juez tenga un importante margen de apreciación para determinar la manera de asegurar dicho cumplimiento, de tal forma que puede fijar una o varias medidas. Lo anterior

supone que en conjunto no resulten desproporcionadas, como lo sería, por ejemplo, someter a la persona a vigilancia electrónica y, a la vez, imponer la obligación de control a una institución determinada.

2. PLURALIDAD DE MEDIDAS CUANDO

HAY CONCURSO DE DELITOS

Cuando se investigan conjuntamente delitos conexos, ¿es posible aplicar diversas medidas de aseguramiento, por ejemplo cuando un delito amerita detención y otro cualquier medida de aseguramiento no privativa de libertad? En estas situaciones, ¿qué acontece?, ¿debe dictarse una sola medida de aseguramiento?, ¿la medida más grave debe incluir a las demás?, ¿debe dictarse auto de detención por los dos o más hechos punibles?

Sobre el particular consideramos que en las hipótesis de delitos conexos con medida de aseguramiento de diversa naturaleza (por ejemplo, caución y detención), si se reúnen las exigencias probatorias previstas en el Código de Procedimiento Penal, debe proferirse la medida de aseguramiento correspondiente a cada hecho punible. No es viable que la medida más grave subsuma la menos grave. Fundamentamos esta posición en las siguientes razones:

I. El fiscal debe solicitar al juez de garantías que se resuelva la situación jurídica en relación con todos los delitos por los cuales se ha formulado imputación, para que si es del caso se impongan medidas concurrentes. Si el juez opta por imponer solamente la medida de aseguramiento más grave, por ejemplo la detención, no se estaría definiendo la situación jurídica del imputado frente a todos los hechos punibles investigados.

2. No es posible que la medida de aseguramiento más grave, por ejemplo la detención, subsuma las demás medidas de aseguramiento, porque se estaría creando un mecanismo de conversión de medidas no previsto en la ley.

3. Es necesario que exista un pronunciamiento sobre todos los delitos conexos. Deberá solicitarse la medida de aseguramiento correspondiente, si se estructuran los requisitos previstos en el Código de Procedimiento Penal.

De conformidad con lo anterior, surge también la siguiente pregunta: ¿qué objeto tiene imponer medidas que son incompatibles entre sí, como la detención y la prohibición de salir del lugar de habitación en determinadas horas?

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento, debe precisarse que cuando se imponen medidas de aseguramiento incompatibles entre sí, una de éstas quedará suspendida hasta cuando se pueda ejecutar. La finalidad de imponerlas consiste en que si una medida de aseguramiento es revocada, podrá hacerse efectiva la otra cuando sea factible. En el caso citado, si se impone detención y caución, esta última quedaría en suspenso y sólo se obligaría a consignar su valor si la detención es revocada.

La imposición de dos o más medidas de aseguramiento, bajo el presupuesto de que las menos graves quedan suspendidas, tiene además un sustento constitucional íntimamente vinculado al debido proceso: el imputado tiene interés en que se defina su situación jurídica en relación con todos los hechos punibles, porque es posible que impugne alguna de las medidas de aseguramiento (por ejemplo, la caución) porque no tiene los presupuestos fácticos o jurídicos. Cuando desaparezca la medida que implique privación de la libertad (detención) ya tiene definida su situación frente a los otros ilícitos, y por consiguiente recuperará sin obstáculo alguno su libertad.

En conclusión, es necesario que estén definidas las medidas de aseguramiento respecto de todos los ilícitos investigados, y, por ende, si se reúnen los requisitos establecidos en el código de procedimiento penal, es posible que se dispongan medidas de aseguramiento de diversa naturaleza.

La imposición de varias medidas de aseguramiento sólo es factible cuando los delitos conexos investigados admitan decisiones de diferente naturaleza. Por el contrario, si las diversas infracciones permiten una misma medida, en dicho caso debe imponerse una sola para todos los delitos, siempre que se reúnan los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal. En estas situaciones deben mantenerse íntegramente las consecuencias propias de la unidad procesal, que entrañan, por regla general, unidad de imputación.

De lo anterior se concluye que en relación con los delitos conexos no puede partirse del supuesto de adoptar una sola medida de aseguramiento en la cual

queden subsumidas las demás que deban tomarse. Es necesario definir la clase de medida de aseguramiento que corresponda para cada delito en particular. Si una de las medidas es la detención, no podrán hacerse efectivas las otras mientras subsista la privación de la libertad. Sólo adquirirán relevancia jurídica las medidas de aseguramiento diferentes de la detención, cuando esta última desaparezca jurídicamente. Cuando los delitos conexos admitan medida de aseguramiento de la misma naturaleza sólo se impondrá una medida, para lo cual deberá precisarse que concurren los requisitos para imponerla en relación con cada delito.

D. INSTRUMENTOS DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA

El legislador previó la utilización de instrumentos de vigilancia electrónica como medida no privativa de la libertad. El Decreto 177 del 24 de enero del 2008, expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia, reglamentó los artículos 27 y 50 de la Ley 1142 del 2007. Para quienes se encuentren en detención domiciliaria, la citada normatividad dispuso tres sistemas de vigilancia electrónica conocidos como seguimiento pasivo RF (pulsera electrónica), el seguimiento activo GPS (Global Positioning System [Sistema de Posicionamiento Global]) y reconocimiento de voz.

Por su parte, la Ley 1453 del 2011, en su artículo i.º, modifica el artículo 38A de la Ley 599 del 2000, que consagra los mecanismos de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión durante la ejecución de la pena. Esto, por supuesto, bajo condiciones concretas y especiales mencionadas por dicha norma.

E. CAUCIÓN PRENDARIA

El numeral 8 literal B del artículo 307 CPP prevé la medida de aseguramiento consistente en una “caución real adecuada”, que no podrá imponerse a personas de “notoria insolvencia”. Sobre este punto resulta importante advertir que el legislador no estableció un valor determinado, sino que lo sujetó al principio de adecuación y, por otra parte, a su prohibición frente a personas de escasos

recursos.

En cuanto al carácter “adecuado” de la caución, la medida de aseguramiento debe garantizar que el interés constitucional y legal que explica su adopción sea efectivamente resguardado. El valor de la caución debe fijarse de manera que sea suficiente para garantizar que la persona se abstendrá de realizar los actos que la medida de aseguramiento busca evitar o que efectivamente cumpla con las obligaciones de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad.

El tema central radica en definir un criterio para calificar de “adecuada” la caución. Este aspecto debe determinarse teniendo en cuenta dos factores:

I. La capacidad económica de la persona. El monto de la caución debe ser en cuantía que, según el patrimonio o los recursos de la persona, se derive un interés personal en cumplir con las obligaciones propias de la medida de aseguramiento.

2. Sus necesidades personales. En relación con este punto, la caución no puede tornarse en una cuantía que afecte de manera desproporcionada las condiciones de vida. Lo anterior no solo debe entenderse como una forma de proteger el mínimo vital de la persona, sino también como una manera de evaluar la proporcionalidad de la medida, porque la caución no puede conducir a la pobreza de la persona o a un grave incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias. Tampoco puede traducirse en la afectación de derechos fundamentales de miembros de su familia, como la interrupción de tratamientos médicos, la suspensión del pago de la educación de los hijos (punto que se agrava por cuanto el Estado colombiano no garantiza, a la fecha, educación gratuita y universal), etc.

En relación con la prohibición de imponer una caución a persona de notoria insolvencia, el legislador busca evitar que la medida de aseguramiento resulte excesivamente gravosa para la persona, desde dos puntos de vista: por una parte, porque es contrario a derecho imponer una obligación de imposible cumplimiento y, por otra, porque la caución misma no puede, como se indicó en el punto anterior, conducir a incrementar (en este caso) la pobreza de la persona. El artículo 319 CPP establece que la persona que carece de recursos debe demostrar “suficientemente esa incapacidad”, y la ley autoriza imponer otra

medida.

Lo anterior obliga a preguntarse: ¿cuál es la medida imponible? Necesariamente no puede tratarse de una medida restrictiva de la libertad, por lo cual habrá que optar, en este caso, por una medida de aseguramiento que resulte similar en sus efectos restrictivos de los derechos fundamentales, si la caución era la única opción. Ahora bien: puede sostenerse que ninguna medida de aseguramiento tiene efectos similares sobre los derechos fundamentales del imputado de aquellos que se derivan de la caución. Con fundamento en lo anterior y dada la defensa radical de la libertad, se estaría ante la necesaria obligación de abstenerse de imponer medida alguna, ya que no existiría medida restrictiva de derechos proporcionada para el caso en cuestión.

Finalmente, cabe considerar la prohibición de interponer recursos en contra de esta decisión. Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional admite que el legislador tiene un amplio margen de apreciación para fijar las etapas procesales y los recursos contra las decisiones dentro del proceso, estimamos que, por tratarse de una medida que afecta derechos fundamentales, necesariamente debe proceder recurso en contra de la decisión del juez de control de garantías. Por consiguiente, si se acepta que no son procedentes los recursos ordinarios se pondría a la persona afectada por una caución desproporcionada ante la posibilidad de acudir ante el juez de tutela.

F. PROHIBICIÓN DE SALIR DEL LUGAR DE HABITACIÓN ENTRE LAS 6:00 P. M. Y LAS 6:00 A. M.

La prohibición de salir del lugar de habitación en horas nocturnas indudablemente guarda una estrecha relación con la detención domiciliaria. La diferencia entre las figuras mencionadas es exclusivamente temporal, porque la detención domiciliaria implica restricción permanente sobre la libertad personal, mientras que aquella es eminentemente temporal.

Que el legislador la haya clasificado dentro del grupo de medidas no privativas de la libertad sólo se explica por el hecho de que durante las horas diurnas la persona mantiene la libertad para desarrollar su proyecto de vida. Se

trata de una restricción menos severa sobre la libertad personal, porque resulta claro que las medidas de aseguramiento no tienen por exclusivo objeto afectar físicamente la libertad personal sino cualquier esfera de la libertad individual, como en este caso.

V. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PROPIAS
DE LA DETENCIÓN EN EL LUGAR DE RESIDENCIA
O DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO
NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

El artículo 316 CPP establece los efectos del incumplimiento por parte del imputado de las obligaciones impuestas judicialmente al concederle la detención domiciliaria, o las inherentes a la medida de aseguramiento no privativa de la libertad. Conforme a la disposición, si el imputado o acusado incumple alguna de las obligaciones impuestas al concederle la detención domiciliaria, a petición del fiscal o del agente del ministerio público el juez ordenará su reclusión en establecimiento carcelario.

De conformidad con el artículo 316 CPP, modificado por el artículo 29 de la Ley 1142 del 2007, cuando el imputado o acusado incumpla algunas de las obligaciones que le fueron impuestas al concederle la detención domiciliaria, la Fiscalía y el ministerio público están facultados para solicitar ante el juez de control de garantías la detención intramural. Cuando el incumplimiento se trate de las obligaciones impuestas por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, lo procedente es la sustitución de aquella por la reclusión en el lugar de residencia siempre y cuando se cumplan los requisitos para imponer la medida privativa, o por otra medida no privativa de la libertad, con la cual se cumplan los requisitos constitucionales de esta afectación, previo juicio de ponderación respecto de la gravedad del incumplimiento. Si el incumplimiento es reiterado, se puede solicitar e imponer medida de detención intramural. En la Sentencia C-209 del 2007^[674] la Corte declaró condicionalmente exequible esa disposición, bajo el entendido de “que la víctima también puede acudir directamente al juez competente a solicitar la medida correspondiente”.

El incumplimiento de las obligaciones no debe conducir a una sanción (en cuyo caso se exigiría un proceso sancionatorio), sino a la revisión de la utilidad de la medida de aseguramiento adoptada. Como se ha explicado en los tomos primero y segundo de esta obra, el juicio de proporcionalidad supone un análisis de la idoneidad de la medida para lograr el fin perseguido. El incumplimiento de las obligaciones sólo apunta a que la medida no ha resultado útil para lograr el objetivo: impedir la obstrucción a la justicia, proteger a las víctimas o a la comunidad y evitar la fuga del imputado.

Por otra parte, el legislador restringió la posibilidad de solicitar la modificación de la medida de aseguramiento en caso de incumplimiento a petición de la Fiscalía General de la Nación o del ministerio público. Consideramos que el no incluir a la víctima constituye una restricción que carece de soporte constitucional, habida cuenta de que el cambio está dirigido a proteger sus derechos fundamentales.

VI. CONCLUSIONES

En relación con las medidas de aseguramiento existe una fuerte tensión de derechos fundamentales: por un lado, los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia y, por otro, las condiciones y reglas para autorizar la afectación de la libertad personal y los deberes del Estado de protección de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos, en especial de las víctimas. Esta tensión se resuelve con la aplicación del principio de proporcionalidad y con la interpretación adecuada de las normas que tienen estructura de reglas y principios.

La Constitución establece un esquema preciso de limitaciones a la libertad personal durante la investigación. En la actualidad sólo podrá limitarse la libertad cuando ello resulte necesario para asegurar “la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” (numeral i del artículo 250 superior). Corresponde al legislador delimitar el contenido o las condiciones bajo las cuales se estima que existen dificultades para cumplir los aspectos o fines

mencionados.

Toda afectación de derechos fundamentales (que incluye la adopción de las medidas de aseguramiento) debe estar precedida de un juicio de proporcionalidad, en el cual es relevante y fundamental el análisis del subprincipio de necesidad, determinado por los fines constitucionales comunes a todas las medidas de aseguramiento. Es indispensable que el juez adopte la medida menos restrictiva para los derechos fundamentales, incluso si se cumplen los requisitos objetivos del artículo 313 CPP.

La adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva debe observar una serie de elementos definidos especialmente en los artículos 308, 313, 295 y 296 CPP. El esquema de análisis de la medida comprende tres juicios de valor sucesivos: (i) inferencia razonable de autoría o participación en un delito investigado; (2) necesidad de la medida con el fin de garantizar la comparecencia del imputado, evitar obstrucción a la justicia o para evitar peligro a la comunidad o a la víctima; (3) análisis de las condiciones específicas de procedencia de la detención preventiva o cualquier otra medida. Lo anterior bajo la óptica de un juicio estricto de proporcionalidad.

La simple inferencia de autoría resulta insuficiente para justificar la detención preventiva, porque se requiere, además, un sustento probatorio que determine un pronóstico de responsabilidad.

La imputación es requisito necesario para dictar medida de aseguramiento. El control sobre la solicitud de medida de aseguramiento permite una controversia sobre la inferencia razonable de autoría y participación (así esta se haya realizado en audiencia de imputación) y sobre los requisitos objetivos y subjetivos de la medida. De allí que, aunque los requisitos sean distintos, sin imputación no hay lugar a la adopción de ninguna medida de aseguramiento.

Si dentro de la audiencia de imputación o en la que se propone medida de aseguramiento se advierte la existencia de causales de justificación o de indicios excluyentes de la responsabilidad penal, no es procedente la solicitud de la detención preventiva ni de otra medida limitativa de la libertad.

El juicio de proporcionalidad para la adopción de la medida de aseguramiento incluye establecer que la limitación a la libertad persiga un fin constitucional,

que resulte adecuado y necesario y, además, estrictamente proporcionado. La Constitución prefiguró estos fines constitucionales, que han sido desarrollados legislativamente por los artículos 309 a 312 CPP.

Los fines constitucionales de las medidas de aseguramiento son (num. i art. 25o C. N., arts. 296 y 308 CPP): asegurar la comparecencia del imputado, amparar a la comunidad y la víctima, y proteger las pruebas (evitar la obstrucción a la justicia).

La obstrucción a la justicia se presenta cuando existan “motivos graves y fundados” que den cuenta de la capacidad del imputado para afectar medios de prueba, a los testigos o desviar o dificultar la labor de investigación. Es necesariamente una valoración objetiva sobre la posibilidad de obstrucción a la justicia. Además, resulta inadmisibles fundar el riesgo de obstrucción en los comportamientos constitucional y legalmente permitidos (prohibición de autoincriminación).

Frente al peligro para la comunidad, el legislador dispuso que debía considerarse, en primer lugar, “la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible” y, además, el cumplimiento de los fines constitucionales de la medida de detención preventiva; por lo tanto, si la conducta no es grave, ni tiene una pena elevada, no es dable imponer la medida. Este es un criterio normativo, de tal manera que la gravedad se apreciará conforme a los bienes jurídicos vulnerados, en tanto que la modalidad implicaría recurrir al grado de ejecución del comportamiento, las figuras del concurso, la autoría y formas de participación -así como a las circunstancias agravantes o atenuantes de la punibilidad.

Frente al peligro para la víctima, el legislador ha indicado que se configura en la medida en que haya motivos fundados que permitan inferir que el imputado podrá atacar contra ella, su familia o sus bienes. Son elementos objetivos, razón por la cual no basta el temor de la víctima hacia el imputado, sino que dicho temor debe estar soportado con evidencia que permita inferir la conducta prohibida.

Frente a la posibilidad de no comparecencia, el legislador optó por un esquema en el cual se tendrá en cuenta la gravedad del hecho y ciertos

indicadores de posibilidad de evasión. Para establecer esa posibilidad existen algunos criterios como la falta de arraigo, la posibilidad de ocultamiento, la actitud del imputado frente al hecho investigado y el comportamiento anterior del procesado.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-1198 del 2008, estimó que la modalidad y gravedad de la conducta y la pena por imponer no pueden ser los únicos y especiales criterios para determinar si es procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva, sino que deben ser tenidos en cuenta los supuestos contenidos en el artículo 312 CPP, para determinar si se cumplen los fines constitucionales de la detención.

El juicio de ponderación, propio de la medida de aseguramiento de detención preventiva (también de las demás medidas), exige dos juicios valorativos. En primer lugar, establecer la necesidad de la medida de aseguramiento o determinación de ésta bajo el principio de gradualidad y, en segundo lugar, evaluar la necesidad en sí misma de la detención en sentido estricto. El primero implica que la Fiscalía debe demostrar que no hay medio alternativo menos lesivo para proteger los intereses constitucionales que comportan los fines de las medidas de aseguramiento. El segundo punto de análisis implica establecer si la detención es la única manera de asegurar los fines de la medida de aseguramiento.

La decisión sobre la imposición de una medida de aseguramiento está reservada al juez de control de garantías, y debe estar debidamente motivada. En este punto consideramos que el juez de control de garantías goza de amplias facultades respecto de esa decisión, en particular porque para efectos de control de derechos fundamentales no opera la noción de justicia rogada.

En todos los casos, después de realizarse la audiencia de imputación el fiscal debe solicitar al juez de garantías que resuelva la situación jurídica del imputado y decida si impone o no medida de aseguramiento. Si el ente acusador omite hacer solicitud para que se defina lo relacionado con la imposición de medida de aseguramiento, el juez puede requerirlo para que lo haga. De igual manera, si su argumentación frente a la medida resulta deficiente, el juzgador puede decidir sobre el punto no tratado por las partes aun cuando tenga que pedir al fiscal la

información que considere necesaria para la toma de decisión. La función de control de garantías lleva implícito un papel activo del juez. Las amplias facultades del juez de control de garantías en los temas propuestos también operan en la segunda instancia.

El juez no limita su actividad a aceptar o no la medida de aseguramiento propuesta por el fiscal. Por el contrario, debe seleccionar la que considere adecuada al caso materia de investigación, conforme a las normas constitucionales o legales.

La medida de aseguramiento puede ser solicitada por el fiscal, la víctima y el representante del ministerio público, este último siempre y cuando la actuación u omisión de la Fiscalía tenga como consecuencia la violación de derechos fundamentales o la violación del ordenamiento jurídico.

En cuanto al trámite, el fiscal debe indicar la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia. Además, debe garantizarse la controversia pertinente, lo cual implica que para que el derecho a la contradicción sea efectivo tiene que haber un descubrimiento de las evidencias que soportan la petición y aquellas que puedan ser favorables al imputado. Así mismo, el juez debe permitir que la defensa presente elementos probatorios, facultad que también tiene cualquier otro interviniente en la audiencia respectiva.

Frente a la controversia necesaria para adoptar la medida de aseguramiento se debe precisar que la diligencia respectiva no es una audiencia para determinar la responsabilidad penal anticipada, sino un escenario en el que se debate sobre el tópico estricto de la libertad. En este orden de ideas, los temas por debatir son fundamentalmente: (1) los elementos de prueba y argumentos que expone la Fiscalía en relación con el tipo penal por el cual procede la detención preventiva o cualquier otra medida; (2) los elementos probatorios de autoría y participación en el delito investigado que la Fiscalía pretende hacer valer; (3) la racionalidad de la inferencia de autoría o participación analizada por el fiscal; (4) la legalidad de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información que aporte la Fiscalía. Este aspecto permite afirmar que el juez tiene facultad para decretar la ilicitud probatoria en sede de adopción de medida de aseguramiento;

(5) la necesidad y proporcionalidad de la medida; (6) los riesgos procesales que debe sustentar la Fiscalía, esto es, obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad o las víctimas, o posibilidad de no comparecencia del imputado.

La validez de la audiencia está sujeta a la presencia del defensor, porque se espera, por regla general, su participación activa en la controversia.

El artículo 318 CPP establece la posibilidad de revocar o sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva o cualquier otra medida. Las principales situaciones que permiten la revocación o posible sustitución por otra medida son: (1) la variación de la adecuación después de la imputación; (2) los cambios en el grado de ejecución y participación y (3) la desaparición de las finalidades para dictar la medida.

Debe distinguirse entre revocatoria y sustitución de la medida de aseguramiento. Así mismo, entre solicitud de revocatoria y la interposición del recurso de reposición.

La revocatoria de la medida de aseguramiento se diferencia de su sustitución, principalmente, en la finalidad buscada: la revocatoria persigue eliminar la medida porque ésta carece de sustento, mientras que la sustitución busca cambiar la medida por otra.

La revocatoria se caracteriza porque: (1) se pueden modificar las decisiones que no constituyen presupuesto de la actuación procesal subsiguiente; (2) la petición de revocatoria debe formularse después de vencida la oportunidad para interponer recursos contra la decisión adoptada en audiencia o que estos hayan sido resueltos. Puede presentarse el caso de que durante el trámite de la apelación se aporte prueba que desnaturalice los fundamentos para mantener la medida de aseguramiento, evento en el cual sería factible estudiar la posibilidad de revocatoria independiente del trámite del recurso; (3) por regla general, para que sea procedente la revocatoria directa es necesario que se presente modificación de los elementos materiales probatorios, excepto cuando el funcionario incurre en errores ostensibles y manifiestos y cuando la decisión es producto de la inducción a error (vía de hecho por consecuencia); (4) la solicitud de revocatoria puede ser formulada por el fiscal, el ministerio público y la defensa; (5) la decisión de revocatoria es susceptible de recursos; el de apelación

se concede en el efecto devolutivo; (6) procede contra decisiones que tienen ejecutoria formal; (7) debe tratarse de providencia que no constituye presupuesto de la actividad procesal subsiguiente.

La reposición de la medida de aseguramiento tiene, por el contrario, las siguientes características: (1) el recurso de reposición es un medio de impugnación que busca modificar la decisión con base en los mismos supuestos probatorios que la fundamentaron; (2) el recurso de reposición sólo se puede interponer dentro del término de ejecutoria formal de la providencia, y el traslado para alegar es común a todas las partes; (3) contra el pronunciamiento que decide la reposición no es posible oponer ningún recurso, salvo que contenga puntos nuevos no considerados en la decisión contra la cual se interpuso la reposición o se adquiriera interés para impugnar.

Dentro de las medidas privativas de la libertad se encuentra también la detención en el lugar de residencia. El imputado debe suscribir un acta en la que se compromete a permanecer en el lugar de residencia o en un lugar sustitutivo y someterse a los controles que el juez considere necesarios. Esta forma de privación de la libertad no es incompatible con otros sistemas de vigilancia.

Frente a las medidas de aseguramiento distintas de la detención preventiva, en especial cuando se trata de la sustitución de la detención en establecimiento carcelario por privación de libertad en la residencia, existe una regulación imprecisa que debe buscar su finalidad mediante una interpretación conforme a la Constitución. En efecto, el artículo 314 CPP previó cinco situaciones en las cuales puede sustituirse la detención carcelaria por domiciliaria, pero estas no deben ser entendidas como los únicos casos porque no se trata de una enumeración taxativa sino enunciativa, en los cuales se puede realizar esta sustitución ya que una interpretación respetuosa del principio *pro libertate* implica entender que los casos mencionados en la norma constituyen un juicio de ponderación realizado en sede legislativa. Es necesario sostener que corresponde al juez de control de garantías realizar el juicio de proporcionalidad en cada caso concreto y determinar si procede la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención en el lugar de residencia, incluso por fuera de los casos señalados en el artículo 314 CPP.

Las prohibiciones previstas en las leyes⁴⁶⁷⁵ para no conceder detención en el lugar de residencia constituyen un juicio anticipado de proporcionalidad realizado por el legislador, que no impide que el juez de control de garantías realice un juicio adicional concreto que le permita concluir que es viable dicha clase de detención (por ejemplo, cuando la mujer está próxima a dar a luz o la persona padece grave enfermedad), a pesar de que el delito cometido no permita la detención en el lugar de residencia.

Con base en una interpretación sistemática del Código, consideramos que no es procedente exigir una caución como requisito para obtener el beneficio de detención en el lugar de residencia, ya que se violaría el principio de legalidad y taxatividad. Además, no existe una facultad expresa para que el juez aplique por analogía otros requisitos adicionales para otorgar la detención en la respectiva residencia.

El artículo 314 CPP establece, de forma no taxativa, los casos en que procede la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención en el lugar de residencia. Este artículo contiene varias hipótesis sobre la necesidad y el cumplimiento de los fines de la medida restrictiva en el marco del juicio de ponderación (numeral i), relacionados con la protección de la dignidad humana (numerales 2, 3 y 4) y la protección de menores y personas en estado de debilidad manifiesta.

Existen medidas no privativas de la libertad reguladas por el artículo 307 CPP, que tienen como propósito ejercer vigilancia y control sobre las personas que de manera presunta han infringido la ley penal, pero cuyo comportamiento no permite la privación de la libertad. La limitación a los derechos fundamentales con la adopción de estas medidas puede ser leve, media o intensa, según la medida de que se trate.

La adopción de las medidas no privativas de la libertad por parte del juez de garantías debe estar sujeta también a un juicio de proporcionalidad.

Cuando se trate de delitos conexos y exista prueba para fundamentar medida de aseguramiento por los diferentes hechos punibles, debe resolverse la situación jurídica de manera integral y en consecuencia determinar qué medida de

aseguramiento corresponde a cada comportamiento ilícito, salvo que en relación con todos se pueda imponer la misma medida. Por razón de esta posición, algunas medidas pueden quedar en suspenso mientras otras se hacen efectivas.

CAPÍTULO TERCERO

La libertad provisional

I. LIBERTAD DE LA PERSONA AFECTADA CON MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: CONCEPTO NORMATIVO DE LIBERTAD

El régimen previsto en la Ley 600 del 2000, relativo a las medidas de aseguramiento, sólo preveía la detención preventiva y el artículo 365 ibídem regulaba lo relacionado con la libertad del imputado. Según dicha normatividad, la libertad provisional sólo tenía aplicación tratándose de detención preventiva, porque la institución mencionada implicaba la aprehensión de la persona. En nuestro concepto, tal esquema desaparece en el nuevo modelo de procedimiento penal por las siguientes razones:

El artículo 317 CPP regula las causales de libertad respecto de las medidas de aseguramiento que se hayan proferido. *Prima facie*, parece establecer dos regímenes completamente distintos según la clase de medida impuesta. Respecto de las no “privativas” de libertad (es decir, las del artículo 307 CPP), “tendrán vigencia durante toda la actuación” y respecto de las privativas, se dice que “la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos [...]”.

Esta postura, no obstante, parte de una interpretación restringida de la expresión “libertad” contenida en el mencionado artículo 317 CPP y de la oración “no privativa de la libertad” contenida en el artículo 307 CPP. Según el legislador, la expresión *libertad* sólo se refiere a la libertad física, porque se ha entendido que el legislador distingue entre aquellas medidas que implican la restricción (por vía de privación) a la libertad personal (aprehensión) y aquellas que no tienen tal efecto.

Si bien esta posición parte de una clara distinción que ha hecho el legislador (entre medidas de aseguramiento privativas y no privativas de la libertad) entre aprehensión física o no de la persona, resulta claro que todas las medidas de aseguramiento previstas en el artículo 307 CPP suponen una restricción a la libertad, entendida aquí la expresión *libertad* en su sentido normativo genérico y que, indiscutiblemente, coincide con el contenido normativo de la cláusula general de libertad (art. 28 C. N.). Según se analizó, la libertad personal

(retención física) es sólo uno de los elementos de la cláusula general de libertad; la Corte Constitucional, recordemos, ha señalado en torno de este derecho:

La libertad, como principio y derecho humano, que le reconoce al hombre el poder de autodeterminarse, comprende en su núcleo esencial tanto “la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios”, como “la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”^[1,676] .⁶⁷⁷

En consecuencia, basta con observar cualquiera de las medidas no privativas de la libertad para concluir que éstas implican serias limitaciones para que la persona pueda desplegar un “ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales”. Así las cosas, y en atención al principio *favor libertatis*, no parece haber una razón jurídica que permita interpretar de manera restrictiva la expresión *libertad*, con la introducción de una distinción que no necesariamente se desprende de la disposición.

La interpretación restrictiva del concepto de “libertad”, en el sentido de que solo se afecta cuando se realiza aprehensión material de la persona (detención preventiva), implicaría, como se ha entendido erróneamente, que la institución de la libertad provisional solo tiene desarrollo o aplicación para las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (detención preventiva intramural o domiciliaria). Resultaría desproporcionado que existiera un beneficio para la afectación mayor y se mantuvieran indefinidamente las restricciones para afectaciones menores que implican las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Según lo anterior, debe realizarse una interpretación conforme a la Constitución y extender los efectos de las causales de libertad provisional a todos los casos en que se haya impuesto cualquier clase de medida de aseguramiento.

De ahí que, en nuestro concepto, las causales de libertad señaladas en el artículo 317 CPP son aplicables a todas las medidas de aseguramiento. Siguiendo

este criterio, se analizará la figura de la “libertad provisional” o, mejor, libertad de la persona afectada por una medida de aseguramiento. En consecuencia, si se han vencido los términos que permiten la libertad provisional cuando existe medida preventiva de detención también es factible que tratándose de medidas no privativas se revoque dicha decisión para que no continúe la limitación a un derecho fundamental.

II. NOCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional es un derecho que puede invocar toda persona afectada por una medida de aseguramiento. Este beneficio consiste en que no se hará efectiva o no se mantendrá la medida de aseguramiento durante todo el tiempo que dure el proceso, por supuesto, siempre que se conserven las condiciones con base en las cuales se reconoció el derecho^{678}.

El fundamento de la institución jurídica en estudio es el siguiente: en primer lugar, se trata de razones de estricta proporcionalidad, porque resultaría opuesto a este enunciado, por ejemplo, que la persona permaneciera privada de la libertad por un término superior al de la pena imponible. De hecho, una medida de aseguramiento no puede ser igual o más gravosa que una sanción penal. En segundo lugar, se está ante razones de política criminal, como cuando el Estado hace uso del principio de oportunidad. Finalmente, se busca evitar afectaciones prolongadas de la libertad cuando se desconocen o incumplen los términos establecidos en la ley para concluir ciertas etapas procesales -por ejemplo: para formular acusación o para iniciar el juicio oral.

Las causales de libertad provisional, “a pesar de hallarse contenidas en estatutos de procedimiento, consagran derechos sustanciales en favor del imputado”^{679}, que tienen incidencia en muchos aspectos materiales y procesales. Por ejemplo, cuando existe tránsito de legislación y el hecho se cometió en vigencia de una causal de libertad que contenía menos requisitos para su concesión que la nueva regulación, es necesario aplicar el principio de favorabilidad.

III. PRESUPUESTO PARA CONCEDER EL DERECHO:
NO ES NECESARIO QUE LA PERSONA SE ENCUENTRE
EFECTIVAMENTE PRIVADA DE LA LIBERTAD

La concesión de la “libertad provisional” supone la existencia de una afectación jurídica del derecho a la libertad. Sin embargo, y esto debe recalcar, *no es necesario que exista afectación material*. Por ejemplo, si se trata de libertad provisional frente a una medida privativa de la libertad, basta con que ésta se haya impuesto, sin que sea necesario que la persona se encuentre privada de la libertad efectivamente en un sitio de reclusión^{680}.

Bajo el esquema del modelo anterior, como ya se dijo, se entendía que la libertad provisional sólo se refería a la libertad física de la persona (Ley 600 del 2000), por esto algunos sostuvieron que, para gozar de la libertad con fundamento en cualquiera de las causales mencionadas en la ley era indispensable la privación física de la persona, por considerar que la expresión “libertad provisional” equivalía a la acción material de suspensión del estado de encarcelamiento. Tal postura jurídica es el resultado de la aplicación e interpretación gramatical de la expresión “libertad”.

Lo correcto es entender que las medidas de aseguramiento afectan los derechos fundamentales a partir del momento en que se profieren, con independencia de que se ejecuten materialmente. En consecuencia, por vía de ejemplo, la libertad provisional por regla general puede proceder esté o no materialmente privada de libertad la persona. Debe precisarse que existen causales que requieren privación efectiva de la libertad, como ocurre con los numerales 1, 4 y 5 consagrados en el artículo 317 de la Ley 906 del 2004.

IV. PROCEDIMIENTO PARA SU DECISIÓN

A. CRITERIOS GENERALES

El legislador no ha definido procedimiento alguno para tramitar la solicitud de

“libertad provisional”. Lo cierto es que, conforme a los artículos 154 y 155 de la legislación procesal penal, la libertad debe decidirse en una audiencia preliminar ante el juez de control de garantías.

El artículo 317 CPP^{681} establece como causales de libertad las siguientes:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada de tipicidad que para este efecto se haga, o se hubiere decretado la preclusión, o se hubiere absuelto al acusado.

2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.

3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.

4. Cuando transcurridos 60 días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294 CPP. El término será de 90 días cuando se presente concurso de delitos o cuando sean tres o más los imputados.

5. Cuando transcurridos 120 días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se hubiere iniciado la audiencia de juzgamiento.

La Ley 1453 del 2011 incorpora algunas modificaciones al artículo 317 en los siguientes términos:

Parágrafo 1.º. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia. En todo caso, la audiencia se iniciara cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en el numeral 5 del artículo 317 de la Ley 599 del 2000.

Los términos previstos en los numerales 4 y 5 se contabilizarán en forma ininterrumpida.

Parágrafo 2.º. En los procesos que conocen los jueces penales de los circuitos especializados, para que proceda la libertad provisional, los términos previstos en los numerales 4 y 5 de este artículo se duplicarán.

El artículo 38 de la Ley 1474 del 2011 introdujo el siguiente parágrafo al artículo 317 del Código de Procedimiento Penal:

En los procesos por delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la administración pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, los términos previstos en los numerales 4 y 5 se duplicarán cuando sean tres (3) o más los imputados o los delitos objeto de investigación.

De esta redacción se desprende que la libertad provisional se resuelve de manera distinta según la causal que se invoque. En efecto, las causales i.^a, 4.^a y 5.^a suponen una petición específica y concreta sobre el tema previsto en los mencionados numerales, que puede ocurrir en cualquier momento en que se den los supuestos de hecho de las respectivas disposiciones. Por su parte, la causal 2.^a exige la realización de actuaciones adicionales ante el juez de control de garantías: examen de la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad, momento en el cual se reconoce dicha institución jurídica. Mientras que la causal 3.^a exige la intervención del juez de conocimiento en los términos del artículo 293 CPP, para efectos de aceptar los acuerdos entre el imputado y la Fiscalía. Es decir, no se trata de trámites autónomos, sino condicionados a la existencia de determinadas actuaciones. En cuanto a la causal i.^a, se requiere la intervención del juez de garantías o conocimiento, dependiendo de la alternativa en la cual se funde la petición.

B. PETICIÓN DE PARTE O ACTUACIÓN DE OFICIO

Por ser la libertad provisional un perjuicio procesal que en cierta manera permite

el goce del derecho fundamental a la libertad individual, es un deber de la Fiscalía el proponer la libertad provisional (art. 2.º CPP), así como un derecho del afectado el solicitarla.

Los jueces de garantías o conocimiento actúan ordinariamente por petición de la Fiscalía o los demás intervinientes. En tratándose de libertad provisional, por ser un derecho fundamental, pueden actuar oficiosamente cuando al resolver cualquier aspecto jurídico surge la necesidad de conceder la libertad. Por ejemplo, cuando se resuelve favorablemente la solicitud de preclusión. En este caso, por tratarse de un tema conexo al decidido, como lo dijimos en otro aparte de este libro, el juez tiene competencia para definir lo concerniente a todos los temas que sean conexos o guarden relación, por lo que en el ejemplo propuesto oficiosamente debe poner en libertad a la persona.

En cuanto al juez -sea de control de garantías o de conocimiento-, su intervención está sujeta a un análisis distinto, dependiendo de la causal de que se trate. Respecto de las causales 1.a, 4.a y 5.a, la intervención del juez de control de garantías o del juez de conocimiento (causal 5.a art. 317 CPP) es consecuencia de una petición (de la Fiscalía General de la Nación o del afectado por la medida de aseguramiento) o de su actividad oficiosa.

Por su parte, en relación con las causales 2.a y 3.a, la decisión del juez (de control de garantías en el primer caso y de conocimiento en el segundo) es oficiosa. Lo anterior se desprende directamente de las citadas disposiciones, porque en cada caso el legislador indicó que la libertad procedía “como consecuencia de”^{682}. Dicho en otras palabras, al controlarse la decisión relativa a la aplicación del principio de oportunidad o cuando se valoran las cláusulas del acuerdo suscrito entre el imputado y la Fiscalía, el juez -de control de garantías o de conocimiento, respectivamente- tiene que considerar lo relativo a la libertad provisional.

Por tratarse de un pronunciamiento que resuelve aspectos sustanciales que hacen referencia a la libertad individual, el juez debe motivar su decisión, para que cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, que tenga interés jurídico y esté legitimado, pueda proponer los recursos correspondientes.

V. OPORTUNIDAD PARA CONCEDER LA LIBERTAD
PROVISIONAL: DURANTE LA INVESTIGACIÓN,
EL JUZGAMIENTO, EN SEGUNDA INSTANCIA
Y EN SEDE DE CASACIÓN

Por regla general, las causales de libertad, según su naturaleza y finalidades, deben ser propuestas y reconocidas antes de la ejecutoria de la sentencia. Cuando existe sentencia condenatoria ejecutoriada, cesan los efectos de las medidas de aseguramiento, porque a partir de este momento la privación de la libertad es la consecuencia de la imposición de una pena, razón por la cual la libertad sólo se obtiene por cumplimiento de la sanción o concesión de los subrogados.

1. El Código de Procedimiento Penal consagra implícitamente algunos límites a la oportunidad para solicitar el derecho a la libertad provisional, según la causal invocada. Algunas de las causales sólo tienen aplicación durante la investigación -por ejemplo, el vencimiento de términos para acusar o precluir- y otras en la etapa de juzgamiento -piénsese en el vencimiento de términos para iniciar la audiencia de juicio oral después de la acusación.

Durante la etapa de investigación procede la libertad provisional con fundamento en las siguientes causales: (1) cuando en primera instancia se decreta la preclusión de procedimiento y esta haya sido apelada porque si no se interponen recursos la libertad será incondicional; (2) por el transcurso del tiempo sin que se haya presentado la acusación; (3) cuando se dé aplicación al principio de oportunidad o (4) por pena cumplida.

En el juzgamiento obran todas las causales señaladas en el artículo 317 CPP, excepto la que se refiere al vencimiento del término legal sin que se haya formulado acusación.

2. De ordinario las causales de libertad pueden invocarse y concederse en primera o segunda instancia, y excepcionalmente en el trámite del recurso extraordinario de casación. Durante el trámite de la casación, tradicionalmente se ha entendido que hay limitaciones para que la Corte Suprema de Justicia conozca de la libertad provisional. En nuestro concepto, tales limitaciones sólo

se refieren a los siguientes casos:

- Cuando el estudio de la causal de libertad provisional implique una decisión anticipada sobre la demanda de casación.
- Cuando el pronunciamiento sobre una petición de libertad coincida con el objeto del recurso de apelación¹⁶³ cuando la Corte conozca en segunda instancia.

Téngase en cuenta que el inciso 1.º del artículo 181 CPP establece que la casación procede por violación de los derechos fundamentales. Dicho quebrantamiento se produce, como hemos planteado en esta obra, por desconocimiento del principio de proporcionalidad o por violación del principio de plazo razonable. Por eso creemos perfectamente posible que una persona que de manera excesiva ha permanecido privada de la libertad acuda ante la Corte Suprema de Justicia, que tramita el recurso de casación, para solicitar su libertad. Debemos precisar que la libertad es un derecho fundamental en relación con el cual se han diseñado múltiples mecanismos para su protección. Así mismo, dentro del desarrollo sistemático del código se establecen oportunidades para solicitar el restablecimiento de la libertad, pero indiscutiblemente no puede someterse la desafectación del derecho a la libertad a esquemas estrictamente formales, que impidan o dilaten el restablecimiento del derecho a la libertad, por tal razón cualquier autoridad, previo juicio de proporcionalidad, debe decidir sobre la desafectación de un derecho fundamental, siempre que su rol funcional se lo permita.

- También se ha aducido que, en virtud del principio de limitación, la Corte no podría pronunciarse sobre aspectos que no hayan sido objeto del recurso. Si bien el principio de limitación se predica frente a un recurso técnico, no puede olvidarse que a todo juez corresponde garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, como lo dispone el artículo 2.º constitucional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

[...]

163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la

sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen.

I64. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

I65. Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida^[1684].

El artículo 180 CPP no limita el recurso de casación a un control de legalidad; debe entenderse que éste procede por violación (afectación, en la terminología del Código) de derechos fundamentales en razón de falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida del bloque de constitucionalidad o la Constitución. Así las cosas, la Corte Suprema de Justicia estaría en la obligación de respetar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre, por ejemplo, el plazo razonable o la tutela judicial efectiva. Insistimos en que el restablecimiento de un derecho procede de manera inmediata y no puede quedar sometido a discusiones simplemente formales entre los diferentes funcionarios en quienes concurre la posibilidad de desafectar cualquier derecho.

3. Por regla general, el juez de primera instancia pierde competencia cuando profiere la providencia que concede el recurso en el efecto suspensivo; por esta razón, cualquier solicitud de libertad debe tramitarse ante el funcionario de segunda instancia, así se haya solicitado la libertad antes de conceder el recurso y los documentos que lo sustentan se aporten después^[1685]. Sin embargo, en algunas hipótesis excepcionales podría decidir el funcionario de primera instancia. Lo anterior, por ejemplo, cuando una decisión no oportuna afecte desproporcionadamente el derecho fundamental a la libertad, como ocurriría si se presenta la causal de pena cumplida. De la misma forma se debe proceder cuando se concede el recurso de casación; insistimos, en estos casos debe

resolver el juez que acaba de proferir el fallo o que haya concedido el recurso extraordinario de casación.

En resumen, podemos afirmar que la libertad provisional puede otorgarse, con las limitaciones que hemos propuesto, en primera o segunda instancia y en sede de casación. Por eso es lógico concluir que la libertad provisional tiene relevancia jurídica antes de sentencia ejecutoriada de segunda o única instancia, ya que si la decisión en este grado judicial es condenatoria, los pedimentos que se hagan para obtener la libertad deben fundamentarse, *generalmente*, en las instituciones jurídicas de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, la libertad condicional, la liberación definitiva por cumplimiento de pena o por no ejecución material de la pena o de la sanción o en casos excepcionales -por ejemplo, cuando la persona por su edad requiere un tratamiento especializado por enfermedad grave-. En este caso es indispensable un juicio de proporcionalidad estricto por parte del respectivo funcionario (art. 68 C. P.)

VI. CAUSALES DE LIBERTAD PROVISIONAL^{686}

Las hipótesis de libertad provisional que se tratarán a continuación sólo pueden ser aplicadas o reconocidas cuando esté vigente una medida de aseguramiento. Para efectos metodológicos, cuando fuere pertinente, se hará un análisis distinto según se trate de libertad por pérdida de eficacia o levantamiento de medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad.

A. LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

El numeral 1 del artículo 317 CPP establece varias hipótesis para que no se ejecuten materialmente las medidas de aseguramiento. La primera de ellas corresponde a la libertad por “pena cumplida”. Conforme a este numeral, la libertad procede “cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga”.

Dada la naturaleza de esta causal, se analizará de manera independiente su

aplicación respecto de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y la posibilidad, como ya se ha mencionado, de extenderla a aquellas no privativas de la libertad.

I. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES

SOBRE LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA

Ya se analizó la problemática del plazo razonable y la duración de la medida de aseguramiento. En su momento se dijo que la ausencia de norma sobre la duración máxima de las medidas de aseguramiento constituye una grave omisión legislativa. Tal omisión no se suple con el derecho que consagra la ley a la libertad provisional por pena cumplida.

Según lo estipulado en el numeral i del artículo 250 constitucional, las medidas de aseguramiento son legítimas para garantizar o proteger determinados intereses y derechos constitucionales, por lo cual es claro que la medida de aseguramiento no puede considerarse equivalente a la pena, como parece disponerlo el numeral citado.

En la Sentencia C-301 de 1993^[687] la Corte Constitucional indicó que no resulta razonable afirmar que el término de la medida de aseguramiento pueda ser igual al de la pena que se deba imponer (en aquella oportunidad se analizaba la detención preventiva). Al respecto dijo la Corte lo siguiente:

En este sentido, el legislador encuentra una limitación constitucional de sus atribuciones (arts. 29 y 93 C. N.) en asuntos punitivos y de política criminal, debiendo estar justificadas racionalmente las demoras o dilaciones temporales de la investigación y juzgamiento de las personas detenidas preventivamente. *La mera elección de un plazo -igual al máximo de la pena- no justifica ni hace razonable la restricción indefinida de la libertad por el hecho de que el legislador así lo establezca en ejercicio de sus funciones* [énfasis nuestro].

En consecuencia, el numeral i del artículo 317 CPP debe interpretarse cuidadosamente, porque carecería de razonabilidad que sea causal de libertad

provisional el cumplimiento de una pena no impuesta aún. Por otro lado, la ausencia de tal disposición (término de duración de la medida de aseguramiento) podría llevar a situaciones igualmente inconstitucionales, porque no habría un término máximo de afectación de la libertad. Para enfrentar esta situación, consideramos que debe reconocerse el derecho a la libertad provisional por violación del plazo razonable.

2. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO PRIVATIVA

DE LA LIBERTAD Y LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA^{688}

Todas las causales de libertad exigen como presupuesto que en la decisión que ordena la detención del imputado se haya realizado la respectiva adecuación típica provisional del comportamiento. Recuérdese que en todos los casos -aun en los delitos que no ameritan detención preventiva- el juez de control de garantías está obligado a determinar si existen elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida, de los cuales pueda inferirse que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, así no se encuentre privado efectivamente de la libertad.

Aun cuando muchas decisiones que afectan la libertad del imputado son transitorias y pueden tener variaciones según los elementos materiales probatorios o evidencias que se recauden, debe existir un mínimo de seguridad jurídica en el sentido de que el juez de control de garantías no puede variar una determinada adecuación típica del comportamiento y modificarla a su entera discreción, cada vez que el detenido solicite libertad provisional.

Si existe detención preventiva y no han sido recaudadas más evidencias o información, la libertad provisional debe concederse o negarse según el precepto que se dice violado. Diferente es el caso cuando se obtienen elementos materiales probatorios después de la detención y cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta para proferirla. En este caso es necesario, en audiencia preliminar, establecer la incidencia de los nuevos elementos de juicio en la adecuación típica para negar o conceder la libertad. La calificación jurídica establecida en la audiencia de formulación de imputación o acusación, si no ha

tenido variaciones, es la base legal para estimar la pena que se ha de imponer y, en consecuencia, determinar si procede la libertad provisional por pena cumplida.

- EN EL CÓMPUTO DE LA PENA DEBE TENERSE
EN CUENTA EL TIEMPO DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Para comprobar si el procesado ha cumplido, en privación efectiva de la libertad, un tiempo igual al que le correspondería como pena en caso de sentencia condenatoria, el estatuto procesal ha consagrado tres instituciones que sirven para realizar el cómputo respectivo:

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Código Penal, el tiempo de detención preventiva cumplido en un proceso que se adelanta simultáneamente con otro u otros, y en el cual se hubiere absuelto o precluido la investigación, debe tenerse en cuenta como parte de la pena cumplida en cualquiera de los otros procesos en que se condene a privación de la libertad. Así mismo se debe precisar que se habla de simultaneidad de procesos, para evitar que una persona que haya sido privada de la libertad y después absuelta cometa otro delito, caso en el cual el término de la primera detención no puede ser computado para efectos de este segundo delito.

No resultaría lógico que una persona privada de la libertad durante determinado tiempo, en procesos que tienen por objeto investigar diferentes comportamientos ilícitos, no pueda sumar ese tiempo en relación con cualquiera de los delitos investigados. Lo mismo debe ocurrir cuando se dicta sentencia condenatoria por uno de los delitos investigados y por otro se absuelve. En ningún caso el tiempo que permanece una persona en privación de la libertad puede desconocerse y, por tal motivo, su cómputo debe hacerse en la forma en que le resulte más favorable para efectos de obtener la libertad.

De la misma manera, si se considera que para conceder la libertad provisional por esta causal siempre se hace un juicio hacia el futuro a fin de que el juzgador se pregunte qué pena se impondrá en caso de dictar sentencia condenatoria, no tendría sentido, entonces, privar de la libertad al imputado durante todo el

tiempo del proceso a sabiendas (según los cálculos realizados) de que en la sentencia se va a decretar su libertad, porque se atentaría contra la filosofía que informa el proceso penal y las finalidades de éste.

Ahora bien: la persona que está cumpliendo una pena no puede pretender que ese tiempo se le tenga en cuenta como parte de la detención preventiva en otros procesos. Ha afirmado la Corte Suprema de justicia lo siguiente:

Pretender -como lo hace el solicitante- que simultáneamente paga pena en una cárcel y que se está materializando su detención domiciliaria es una necesidad. Al quedar a disposición del proceso en el cual fue condenado y ser trasladado al establecimiento carcelario, quedaron automáticamente suspendidos los efectos de la medida de aseguramiento hasta el día en el cual se declare que cumplió la pena o se le conceda la libertad condicional, si llegaren para ese momento a coincidir las circunstancias procesales con las actuales. Esto significa que, puesto en libertad [...] en el proceso [x], debe ser dejado a disposición del [y]^[1689].

2. Para determinar el monto o *quantum* de la pena que ha cumplido la persona en detención preventiva, y de tal manera fundamentar la libertad provisional, es procedente tener en cuenta los descuentos o disminuciones por trabajo o estudio, tal como lo establece el artículo 472 CPP. Debe quedar claro que cualquier rebaja que se haga a condenados o simplemente investigados, prevista en cualquier estatuto, como el Código Penitenciario, debe ser aplicada para el cómputo de la pena, porque son normas que consagran prerrogativas para evitar el cumplimiento integral de la sanción impuesta o de la que pueda imponerse. En esta situación, también es necesario tener en cuenta el aumento punitivo en caso de concurso.

3. En virtud de los artículos 64 C. P. y 471 CPP, se considera que se ha cumplido la pena cuando se reúnan los requisitos de la *libertad condicional*^[1690].

Para efectos de la concesión de la libertad provisional materia de estudio, es indispensable confrontar y analizar los antecedentes de la persona para poder afirmar que no constituye un riesgo para la sociedad, el otorgamiento del beneficio mencionado. Tal y como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia, no

vulnera la presunción de inocencia el estudio de los antecedentes de todo orden para efectos de la libertad provisional. Dijo ese tribunal lo siguiente:

La conducta desplegada por el agente en desarrollo del hecho punible involucra necesariamente rasgos de su personalidad, de su conducta y manera de asumir sus roles sociales, que al permitirle vulnerar el orden jurídico frente a la posibilidad de actuar de modo diferente constituye un referente imprescindible para el funcionario judicial, no por especulación o capricho, sino por voluntad de la ley.

En igual sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-087 de 1997^[4691], declaró exequible el artículo 72 CPP sobre libertad condicional. Dijo que para decidir sobre una solicitud de libertad condicional el juez puede analizar los “antecedentes de todo orden”. Como se puede inferir de lo expuesto, resulta incuestionable que cuando es invocada como causal de excarcelación el cumplimiento de pena, deben tenerse en cuenta las finalidades de la pena (prevención, protección y resocialización)^[4692].

Es necesario precisar que la competencia para conceder la libertad no puede establecerse mediante una regla fija, según la etapa procesal en que se solicite u otorgue. En cada caso debe estudiarse la naturaleza de la causal y los juicios jurídicos que deba realizar el respectivo juez. Cuando el análisis de la respectiva causal implique posible compromiso sobre la responsabilidad de la persona, la competencia le corresponde al juez de garantías cualquiera sea la etapa procesal. Por el contrario, si se trata de aspectos objetivos y se está en la etapa de juzgamiento, puede resolverla el juez de conocimiento. Ordinariamente, cuando se tramita la solicitud hasta antes de que sea aceptada la acusación por el juez de conocimiento, le corresponde al juez de garantías. Aceptada la acusación, al juez de conocimiento. Y ejecutoriada la sentencia, al juez de ejecución de penas.

3. LIBERTAD POR PENA CUMPLIDA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

Las anteriores consideraciones se extienden, *mutatis mutandis*, a las medidas de

aseguramiento no privativas de la libertad. No obstante, pueden presentarse dificultades para precisar la manera de aplicar este criterio -libertad por pena cumplida- a esta clase de medidas, por lo cual haremos algunos comentarios al respecto.

a. La protección de la libertad es un deber, y no es necesaria su privación efectiva para considerar que ha sido limitado este derecho. Por esta razón, cabe preguntarse: ¿se justifica afectar la libertad -personal o física, o la libertad individual normativa- de una persona por un término mayor a la pena imponible? Recuérdese que la medida de aseguramiento es una medida de carácter cautelar y, por lo mismo, no puede resultar más gravosa que la sanción que pueda imponerse.

En consecuencia, el concepto de “pena cumplida” debe aplicarse de manera analógica en el siguiente evento; no es posible que una medida de aseguramiento no privativa de la libertad se prolongue por más tiempo que aquel que corresponde a la pena imponible según el hecho.

b. Cabría considerar que en estos eventos se apliquen los criterios propios de la libertad condicional. El artículo 64 C. P. señala algunos requisitos para la libertad condicional, y aquí interesa la condición de “[que] su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena”.

Este razonamiento, sin embargo, enfrentaría el serio problema de proporcionalidad que hemos expuesto para fundamentar la posibilidad de aplicar este criterio a las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad: no resulta proporcionado el que frente a la medida más gravosa (detención preventiva) opere un beneficio consistente en la libertad antes de cumplirse el término de la pena, mientras que para la medida menos gravosa tal opción no exista. La exigencia del legislador relativa a analizar la buena conducta y la necesidad de continuar o no con la ejecución de la pena alude, en últimas, a un juicio de proporcionalidad. Entonces, si se tiene en cuenta que la pena cumple una función “protectora y preventiva, pero que su fin fundamental es la resocialización” (art. 9.º Ley 65 de 1993) y que el tratamiento penitenciario busca precisamente dicha resocialización (art. 10.º Ley 65 de 1993), resulta claro

que si a partir de la conducta desplegada por la persona afectada por la medida de aseguramiento no privativa de la libertad se determina que ésta no es necesaria -en la medida en que se ha logrado resocialización-, debe otorgarse la libertad provisional, que en este caso podrá consistir, por ejemplo, en la suspensión del mecanismo de seguimiento electrónico o de la prohibición de concurrir a determinados lugares, etc.

B. LIBERTAD POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El artículo 250 de la Constitución Política impone a la Fiscalía la obligación de “adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan la características de un delito [...] siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”. La norma expresamente consagra la posibilidad de conceder la libertad por aplicación del principio de oportunidad en las siguientes hipótesis:

1. Cuando se demuestra alguna de las causales establecidas en el artículo 324 CPP. La aplicación de estas causales, en esencia, exige utilizar el criterio de proporcionalidad para definir si el proceso penal se justifica o es conveniente frente a los estándares internacionales fijados como su objeto: verdad, justicia y reparación. Se trata, como se expuso en detalle en el primer tomo de esta obra, de un pronunciamiento a partir de un acto complejo donde concurre la posición del fiscal de renunciar a la persecución penal (decisión que debe apoyarse en los fundamentos materiales probatorios y el respectivo análisis del juicio de proporcionalidad) y la revisión y aprobación de esta solicitud por el juez de control de garantías.

El principio de oportunidad, conforme a la Constitución y a la ley, permite tanto la renuncia como la suspensión o interrupción del proceso. Tratándose de la renuncia no procede la libertad provisional, sino la libertad definitiva de la persona afectada por la medida, porque la consecuencia de la decisión es extinguir la acción penal de conformidad con el artículo 329 CPP. Si se recurre la decisión que concede el principio de oportunidad, el beneficiado quedará en

libertad provisional, porque sólo será definitiva cuando se confirme el pronunciamiento judicial.

2. En materia de oportunidad, el numeral 7 del artículo 324 y el parágrafo del artículo 325 CPP permiten al fiscal suspender el procedimiento; tal suspensión no puede exceder de tres años, con el fin de poner a prueba la posibilidad de cumplir el plan de reparación del daño propuesto por el imputado. En este caso, el imputado quedará en libertad provisional como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad en su modalidad de suspensión, pero cuando se tome la decisión definitiva sobre el cumplimiento de las condiciones, la libertad será definitiva. Estos aspectos fueron desarrollados en el tomo primero de esta obra.

Si el motivo de suspensión obedece a una causa diferente de la mencionada (colaboración con la justicia), consideramos que no se puede proceder automáticamente sino que debe hacerse un juicio estricto de proporcionalidad, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, el estado del proceso y la eficacia de la administración de justicia.

C. LIBERTAD COMO CONSECUENCIA DE ACUERDO
ACEPTADO POR EL JUEZ DE CONOCIMIENTO.
EL SIMPLE ACUERDO NO CONSTITUYE MOTIVO
PARA CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL

Esta causal del artículo 317 CPP deja múltiples interrogantes relacionados con su utilidad, teniendo en cuenta los casos en que procede, y con la posible violación de los preceptos constitucionales. Todo indica que esta causal, posiblemente, no tiene aplicación por lo siguiente:

I. Si el acuerdo permite modificar la adecuación típica o suprimir una causal de agravación, puede ocurrir que la pena para el delito acordado sea inferior a cuatro años o que la competencia para el juzgamiento no esté atribuida a los jueces penales del circuito especializados (requisitos para imponer medida de aseguramiento de detención), por lo que sería improcedente aplicar una causal de libertad cuando lo lógico es revocar la medida privativa de libertad.

2. Así mismo, es posible que, por razón del estado procesal en que se logra el acuerdo, desaparezcan las finalidades que fueron tenidas en cuenta para fundamentar la medida de aseguramiento, lo que desembocará en la necesidad de revocar esta medida y la causal de libertad resultará entonces inaplicable -por ejemplo, que dentro del contenido del acuerdo se convenga el otorgamiento de un subrogado penal que implique libertad (condena de ejecución condicional).

3. Es factible que, por razón del acuerdo, la Fiscalía determine no formular acusación por uno de los delitos investigados, o sea que renuncia al deber de realizar la persecución penal prevista en el inciso i.º del artículo 25º superior. En este caso, el acta que contiene el acuerdo y que es aprobada por el juez de conocimiento sustituye la acusación y en consecuencia se debe proferir el fallo conforme a lo que se haya acordado entre la Fiscalía y el imputado. Significa lo anterior que no se requiere pronunciamiento especial en relación con el comportamiento ilícito a cuya investigación ha renunciado la Fiscalía. La afirmación tiene como objeto evitar confusiones con la aplicación del principio de oportunidad o causales de preclusión, porque la extinción de la acción penal o la renuncia a la persecución penal tienen como fuente la decisión aprobatoria. El principio de oportunidad tiene una estructura diferente y procede por causales específicas, lo mismo que la preclusión, las cuales no coinciden con el esquema de los preacuerdos y las negociaciones.

En este caso aplicaría una especie del principio de oportunidad, lo que en nuestro entender no puede hacerse por estos mecanismos de acuerdos, porque el principio de oportunidad tiene causales, trámites y consecuencias propios, previstos en la norma constitucional mencionada. En otros términos, si existen los elementos materiales probatorios para formular acusación, sólo es viable renunciar a la persecución penal con base en la institución denominada “principio de oportunidad”, por lo cual no es procedente discutir cuestiones de libertad provisional.

4. También es posible que, en virtud del acuerdo, se supriman causales de agravación o se modifique la adecuación típica, pero la pena por imponer sea superior a cuatro años en su mínimo o se trate de comportamientos de competencia de los jueces del circuito especializados. En estos casos no sería

procedente la libertad provisional porque se desconocerían las finalidades de la detención y la eficacia del derecho material, lo que así mismo constituiría violación de todas las reglas, el contenido y las finalidades que regulan las medidas de aseguramiento privativas de libertad. Piénsese en el siguiente caso: se investiga un delito de homicidio agravado cuya pena es de 25 a 40 años de prisión; por razón del acuerdo se propone eliminar la causal de agravación y continuar la investigación por delito de homicidio simple, cuya pena es de 13 a 25 años de prisión. Si se pretende otorgar la libertad provisional por motivo del simple acuerdo, se vulneraría de manera ostensible el artículo 13 constitucional, porque se otorgaría trato jurídico distinto a dos situaciones iguales. Por ejemplo, quien haya cometido homicidio simple tendría que someterse a detención preventiva efectiva, mientras que la persona que logró el acuerdo, en el caso hipotético propuesto, gozaría del beneficio de libertad provisional.

En conclusión, si aprobados los acuerdos se dan los requisitos objetivos para el reconocimiento de la libertad, la concesión del beneficio como consecuencia de la negociación será procedente. Lo que nunca puede ser factible es que el acuerdo incluya la libertad provisional cuando no se cumplan los requisitos establecidos para obtenerla.

D. LIBERTAD COMO CONSECUENCIA DE VENCIMIENTO DE TÉRMINOS PARA ACUSAR O PARA INICIAR EL JUICIO ORAL Y DURACIÓN DEL JUICIO ORAL

Las causales de los numerales 4 y 5 del artículo 317 CPP relativas al vencimiento del término de 60 días para presentar la acusación o solicitar la preclusión de la investigación, 90 cuando sean tres o más los imputados o exista concurso delictivo y de 120 días contados a partir de la formulación de la acusación, para dar inicio a la audiencia de juicio oral, son estrictamente objetivas, porque basta con establecer el cumplimiento o no del término previsto en la ley para que opere el beneficio de libertad provisional, salvo que sean hechos atribuibles a la defensa. Por su naturaleza, tampoco hay dificultad alguna para aplicar estas causales de libertad a las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad,

que, como hemos visto en este apartado, también constituyen una limitación a la libertad normativa. Para tal efecto deben suspenderse las restricciones que se hayan impuesto al derecho fundamental de la libertad.

Sin embargo, las anteriores regulaciones normativas no se pueden predicar respecto del término de duración del juicio oral. Tanto el régimen de la Ley 600 del 2000 como el de la Ley 906 del 2004 omiten toda consideración sobre la libertad provisional por duración excesiva del juicio. Es claro que el legislador impuso un término preciso para llevar el caso a juicio (artículo 49 de la Ley 1453 del 2011), pero no estableció las consecuencias de su dilación. Esta circunstancia obliga a considerar si resulta admisible que durante el juicio la libertad de la persona permanezca afectada de manera indefinida. Es posible proponer tres soluciones: (1) permanencia de la afectación; (2) aplicación analógica de las reglas sobre término para iniciar el juicio y (3) consideración a partir del principio de plazo razonable.

I. PERMANENCIA DE LA AFECTACIÓN

Consideramos que esta alternativa resulta abiertamente inconstitucional porque, tal como se ha advertido a lo largo de esta obra, las medidas de aseguramiento tienen una exclusiva función cautelar. Por lo mismo, no pueden convertirse en medidas permanentes, y su existencia sólo está justificada mientras subsisten las razones para su imposición. Así mismo, la dilación en el proceso o, en otras palabras, el desconocimiento del derecho a un juicio con celeridad no puede operar en contra de la libertad del acusado. De ahí que, si la única razón para mantener afectada la libertad de una persona es la duración del proceso, tal razón no soporta un juicio de proporcionalidad, porque se partiría del incumplimiento de los deberes estatales.

2. EL PROBLEMA DE LA EXCESIVA DURACIÓN DEL JUICIO.

POSIBILIDAD DE APLICAR ANALÓGICAMENTE

EL TÉRMINO PARA INICIAR EL JUICIO PREVISTO

EN EL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 317 CPP

La segunda propuesta consiste en aplicar analógicamente el término previsto por el legislador para iniciar el juicio. En relación con ese punto, el legislador ha dispuesto términos distintos para definir actuaciones distintas. El artículo 175 CPP establece un término para llevar el proceso a juicio, que comprende dos situaciones: 45 días para iniciar la audiencia preparatoria, contabilizados a partir de la acusación, y 45 días para iniciar el juicio oral a partir de la audiencia preparatoria (términos regulados por la Ley 1453 del 2011, que pueden ser duplicados si se cumplen los requisitos establecidos en el párrafo agregado al mencionado artículo por la Ley 1474 del 2011). Los anteriores términos regulan el cumplimiento de dos etapas procesales que anteceden al juicio y que sirven para preparar la discusión probatoria en sede oral. Por su parte, es el artículo 317 CPP, numeral 5, el que establece que será causal de libertad si han transcurrido 120 días, contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, sin que se haya dado inicio a la audiencia de juzgamiento.

Analicemos el argumento de aplicación analógica del término para iniciar el juicio y la duración excesiva del trámite de la audiencia de juzgamiento. En relación con esta última actuación, cualquiera sea su duración, no existe causal de libertad provisional. En consecuencia, la audiencia de juzgamiento puede prolongarse estando la persona indefinidamente privada de la libertad.

La aplicación analógica de la ley no es un proceso sencillo. Tal como lo han reconocido tratadistas de la lógica, es necesario establecer aquello que hace similares las dos situaciones y que, en consecuencia (sin que ello implique necesidad lógica), hace admisible el traslado de una conclusión al evento no previsto. Según COPI y COHEN^{693}, existen varios criterios para establecer tal admisibilidad; entre ellos, el *criterio de pertinencia* de los factores consiste en la identificación de atributos que afectan por igual a los dos extremos del análisis^{694}.

Lo anterior, traducido al mundo jurídico, corresponde a la idea de que la pertinencia se relaciona con la *ratio juris*. Al respecto, GENY señala: “Así comprendido, está bien el principio que nos aparece como la razón permanente y profunda de la ley (*ratio juris*); es el único que puede y debe decidir respecto de

la analogía”^{695}. GUASTINI, por su parte, indica que el argumento analógico implica “la previa identificación de su *ratio* [al referirse a la aplicación analógica de una norma], esto es, precisamente de la razón, del motivo, de la finalidad con que la norma fue establecida. Esto equivale a ascender desde la norma al ‘principio’ que la funda como su justificación”^{696}.

En relación con el tema que nos ocupa, el numeral 5 del artículo 317 CPP tiene como razón fundamental establecer un máximo a la afectación de la libertad. Sin embargo, debe considerarse que tal limitación está directamente vinculada al hecho de que el legislador también ha fijado un término máximo de duración entre las etapas procesales, regulado en el artículo 175 CPP, antes mencionado. Lo anterior guarda estrecha relación con el derecho de la persona “a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”^{697}. Es claro que la “ratio juris” consagrada en el numeral 5 del artículo 317 CPP está dirigida a salvaguardar la libertad frente a una prohibición de dilación en la iniciación del juicio, que compete al Estado. Es decir que la libertad es el resultado de la inacción estatal y se resuelve de la siguiente forma: si el Estado no actúa, es obligatorio conceder la libertad.

Esta ecuación no encaja plenamente en el caso del juicio oral. La duración del juicio oral puede explicarse por múltiples razones: (1) inacción estatal; (2) suspensiones prolongadas; (3) práctica de pruebas fuera de la audiencia; (4) complejidad del debate probatorio, etc. Sólo en los casos 1 y 2 estaríamos en una situación similar al numeral 5 del artículo 317 CPP. En efecto, en tales situaciones habría una no actuación que debe conducir a la libertad del acusado. En estos dos casos cabría la libertad provisional por vía analógica, es decir, el término previsto en el artículo 49 de la Ley 1453 del 2011, que se refiere al lapso establecido para iniciar el juicio oral. Consideramos que en los demás casos debe pensarse en que se establezca por vía judicial un plazo razonable, con base en el principio de proporcionalidad, para que no sea indefinida la privación de la libertad o sometida a la extensión de un juicio que por múltiples razones se puede proyectar durante varios meses o años.

3. SOBRE EL PLAZO RAZONABLE Y LA DURACIÓN DEL JUICIO

Tal como se ha analizado a lo largo de esta obra, la violación del principio de plazo razonable tiene consecuencias para la libertad de los afectados por medidas restrictivas o privativas de este derecho. En este orden de ideas, si la duración del debate probatorio se torna irrazonable, debe concederse la libertad provisional. Tal irrazonabilidad se desprende de las circunstancias específicas del caso. Cuando sin razón alguna el ente acusador dilata el análisis probatorio (como acudir a un sinnúmero de testigos para demostrar la realización de la conducta punible) o entorpece de manera irrazonable el análisis que desarrolla la defensa, debe concederse la libertad, porque tales conductas no justifican el mantener a una persona afectada en su derecho fundamental a la libertad.

Lo anterior, por otra parte, permite distinguir entre aquellos debates que son complejos por su propia naturaleza y aquellos que se tornan complejos en razón de las estrategias dilatorias de los defensores. En el último caso, es la propia defensa la que ha llevado a una duración excesiva del juicio y, en tal caso, no resulta razonable que se conceda la libertad. Al fin y al cabo, la duración de la afectación es producto del ejercicio abusivo del derecho de defensa.

4. CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS Y PLAZO RAZONABLE

La jurisprudencia ha intentado regular la problemática que surge cuando se deja la interpretación de los plazos en el procedimiento penal a la Fiscalía y a los jueces. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de febrero del 2009 contiene una interpretación acertada frente a la contabilización de términos en el proceso penal, porque reconoce que el criterio para ese efecto debe estar orientado a evitar la dilación injustificada de los trámites, como parte del derecho fundamental al debido proceso (inciso 3.º del artículo 29 de la Constitución), en armonía con el desarrollo legal de la normativa internacional, especialmente de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y en el numeral 3 literal *c* del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles

y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968). Para efectos de la libertad, la jurisprudencia aportó interesantes elementos para interpretar el artículo 157 de la legislación procesal, así:

Las actuaciones que se surtan ante el juez de conocimiento se adelantarán en días y horas hábiles, de acuerdo con el horario judicial establecido oficialmente”; no incluye en tal vademécum de posibilidades la presentación del escrito de acusación por parte de la Fiscalía, como que sólo está señalando la necesidad de establecer conforme a los diversos factores de competencia el juez a quien corresponderá el curso de la fase del debate oral. Por las mismas razones, también los términos de que trata el artículo 294 de la Ley 906 del 2004 deben ser contabilizados para los efectos allí establecidos de manera continua^[698].

Frente al artículo 317 CPP, es claro que esta forma continua de contabilizar los términos es una hermenéutica adecuada en dos casos: (1) cuando, conforme a la regla general, transcurran 60 días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación sin que se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión y (2) cuando hayan transcurrido 120 días contados a partir de la fecha de la formulación de acusación y no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.

Por otra parte, en la Sentencia C-1198 del 2008 la jurisprudencia constitucional declaró inexecutable parte del párrafo que la Ley 1142 del 2007 adicionó al artículo 317 CPP, que establecía:

En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad. No habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa justa o razonable.

La Corte declaró la inexecutable de la expresión “justa o” contenida en el párrafo del artículo 30 de la Ley 1142 del 2007, por cuanto su indeterminación conducía a una indefinición acerca de cuándo se realizará la audiencia de juicio

oral, lo cual vulnera la garantía de la libertad personal (art. 28 C. P.) y la observancia estricta de los términos procesales (art. 228 C. P.). En cuanto a la improcedencia de la libertad del acusado cuando no se hubiere iniciado la audiencia por una causa “razonable”, la Corte señaló que es imprescindible que se funde en hechos externos y objetivos constitutivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia -como un ataque terrorista al despacho judicial-, pero de ninguna manera el juez podrá invocar la ineficiencia o ineficacia de la administración de justicia -congestión judicial- ni actuar arbitrariamente.

Además, para evitar que la suspensión de la audiencia se prolongue en detrimento de la libertad personal del acusado, la Sala de Casación Penal determinó que la suspensión no puede prolongarse más allá de cuando haya desaparecido su causa.

VII. CONCLUSIONES

Las causales de libertad reguladas en el artículo 317 CPP, respecto de las medidas de aseguramiento, pareciera que se interpretan ordinariamente en relación con la detención preventiva, mientras que las no privativas estarían vigentes durante toda la actuación. Sin embargo, esta interpretación de la norma no es acorde con el concepto normativo de libertad, según el cual la libertad personal es sólo uno de los elementos de la cláusula general de libertad del artículo 28 superior. Por lo tanto, en nuestro concepto, las causales de libertad señaladas en el artículo 317 CPP son aplicables a todas las medidas de aseguramiento privativas o no de la libertad física; en las primeras se concede la libertad en sentido estricto (libertad física), mientras que en las segundas se levantan, se revocan o se sustituyen las restricciones pertinentes.

El derecho a la libertad provisional puede definirse como el beneficio consistente en que no se hará efectiva la medida de aseguramiento durante todo el tiempo que dure el proceso, siempre que se conserven las condiciones con base en las cuales se reconoció este derecho.

No es necesario que haya afectación material al derecho a la libertad para

acceder a este beneficio. Por ejemplo, en materia de libertad provisional frente a una medida privativa de la libertad, basta con imponer la medida sin que ella se haya hecho efectiva.

Pese a que el legislador no ha definido procedimiento alguno para el trámite para resolver la solicitud de libertad provisional, conforme a los artículos 154 y 155 de la legislación procesal penal, la libertad se debe decidir en una audiencia preliminar dirigida ordinariamente por un juez de control de garantías.

Son causales para solicitar la libertad provisional: (1) el cumplimiento de la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se hubiere decretado la preclusión, o se hubiere absuelto al acusado; (2) la aplicación del principio de oportunidad; (3) como consecuencia de las cláusulas del acuerdo, cuando hubiere sido aceptado por el juez de conocimiento; (4) cuando transcurridos 60 días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión; el término será de 90 días en caso de concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados; (5) cuando transcurridos 120 días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación no se diere inicio a la audiencia de juzgamiento.

Respecto de la solicitud, esta puede ser realizada por el defensor o por el mismo afectado. Además, existe un deber de proponerla por parte del fiscal cuando se cumplan las condiciones para tal fin. Por su parte, la intervención del juez de garantías o del juez de conocimiento se condicionará al tipo de causal invocada; cuando se trata de las causales 1.^a, 4.^a y 5.^a del artículo 317 CPP, su actuación se deriva de una petición o de su actividad oficiosa. Por el contrario, cuando se trate de las causales 2.^a y 3.^a de esa norma, la actividad del juez es oficiosa.

Por regla general, las causales de libertad, según su naturaleza y sus finalidades, deben ser propuestas y reconocidas antes de la ejecutoria de la sentencia.

Durante la etapa de investigación procede la libertad provisional con fundamento en las siguientes causales: (1) cuando en primera instancia se decreta la preclusión de procedimiento; (2) por el transcurso del tiempo sin que

se haya presentado la acusación; (3) cuando se aplique el principio de oportunidad y (4) por pena cumplida.

En el juzgamiento obran las causales señaladas en el artículo 317 CPP, excepto la que versa sobre la no formulación de la acusación.

La libertad provisional puede concederse en cualquier etapa del proceso (primera y segunda instancia y en sede de casación). Frente a la actividad funcional de la Corte Suprema de Justicia en materia de libertad provisional, existen sólo dos limitaciones para que el alto tribunal se pronuncie sobre las causales de manera anticipada a la sentencia: cuando la decisión sobre la libertad provisional implique un pronunciamiento anticipado de la demanda de casación y cuando la petición de libertad coincida con el objeto del recurso de apelación.

Por regla general, el juez de primera instancia pierde competencia cuando profiere la providencia que concede el recurso en el efecto suspensivo, por lo que cualquier solicitud de libertad debe tramitarse ante el servidor público de segunda instancia. Sin embargo, excepcionalmente podría decidir el funcionario de primera instancia cuando una decisión no oportuna afecte de modo desproporcionado el derecho fundamental a la libertad (por ejemplo, en el caso de pena cumplida); lo mismo ocurre cuando se conceda el recurso de casación.

En lo que se refiere a la causal de libertad por pena cumplida, esta disposición debe ser cuidadosamente interpretada, porque carece de razonabilidad que el cumplimiento de una pena no impuesta sea causal de libertad provisional. No obstante, la ausencia de tal disposición podría llevar a situaciones igualmente inconstitucionales, porque no existiría un término máximo de afectación de la libertad. Para subsanar la situación debe reconocerse el derecho a la libertad provisional por violación del plazo razonable, caso en el cual la libertad se concede cuando se haya cumplido el porcentaje previsto para el subrogado legal de libertad condicional.

Para la contabilización del término de la libertad provisional por pena cumplida, cuando se trate de medidas de aseguramiento privativas de la libertad o no, se debe tener en cuenta la pena señalada por el precepto que se supone violado, de acuerdo con la manifestación realizada en la audiencia de imputación o acusación.

Si se trata de una pena no privativa de la libertad y se dan las circunstancias que permiten excarcelación cuando se ha impuesto medida de aseguramiento de detención, lo lógico es levantar los efectos de la medida no privativa, porque sería opuesto a derecho el que los beneficios se otorgaran en relación con las medidas de aseguramiento más graves y se siguiera afectando de manera indeterminada cuando se trata de medidas de menor entidad.

La causal de libertad por pena cumplida es perfectamente aplicable a las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, ya que no es posible que una medida de aseguramiento no privativa de la libertad se prolongue por más tiempo de aquel que corresponde a la pena imponible según el hecho investigado. En estos casos se levantan o revocan las restricciones a la libertad normativa en ejecución.

Para efectos de computar el cumplimiento de la pena se deben tener en cuenta tres instituciones: (1) el tiempo de detención preventiva cumplido en un proceso que se adelanta simultáneamente con otro u otros, en el cual se hubiere absuelto o precluido la investigación; (2) para determinar el monto o *quantum* de la pena que ha cumplido la persona en detención preventiva y de tal manera fundamentar la libertad provisional, es procedente tener en cuenta los descuentos o disminuciones por trabajo o estudio, tal como lo establece el artículo 472 CPP, salvo las excepciones legales (cuando la víctima es menor de edad, artículo 199 de la Ley 1098 del 2006); (3) en virtud de los artículos 64 C. P. y 471 CPP, se considera que se ha cumplido la pena cuando se reúnen los requisitos de la libertad condicional.

La competencia para conceder la libertad no puede establecerse mediante una regla fija, conforme a la etapa procesal en que se solicite u otorgue. En cada caso debe estudiarse la naturaleza de la causal y los juicios jurídicos que deba realizar el respectivo juez. Cuando el análisis de la respectiva causal implique posible compromiso sobre la responsabilidad de la persona, la competencia le corresponde al juez de garantías cualquiera sea la etapa procesal. Por el contrario, si se trata de aspectos (causales) objetivos y se está en la etapa de juzgamiento, puede resolverla el juez de conocimiento. Ordinariamente, cuando se tramita la solicitud hasta antes de que sea aceptada la acusación por el juez de

conocimiento, le corresponde al juez de garantías; aceptada la acusación, al juez de conocimiento; y ejecutoriada la sentencia, al juez de ejecución de penas.

Cuando la causal invocada sea la aplicación del principio de oportunidad, se debe tener en cuenta que la Constitución y la ley permiten tanto la renuncia como la suspensión o interrupción del proceso. Tratándose del primer caso no procede la libertad provisional, sino la libertad definitiva de la persona afectada por la medida, porque la consecuencia de la decisión es la extinción de la acción penal, de conformidad con el artículo 329 CPP. Si se interpone recurso de apelación, la libertad será provisional mientras se surte el recurso; si se confirma la decisión, la libertad será definitiva. Por lo tanto, la libertad provisional procede sólo en los casos de suspensión o interrupción.

Por diferentes razones, consideramos que la libertad provisional basada únicamente en los acuerdos y negociaciones es inaplicable, ya que, aprobados los acuerdos, si están demostrados los requisitos objetivos para el otorgamiento de la libertad, será procedente su concesión de manera definitiva y no provisional.

Las causales basadas en el vencimiento de términos para cumplir ciertas etapas procesales, esto es, de 60 días para presentar el escrito de acusación, precluir o aplicar el principio de oportunidad y, por otro lado, de 120 días entre la audiencia de acusación y el inicio del juicio oral, son estrictamente objetivas, ante lo cual basta con verificar ese vencimiento para su aplicación. Aquí se tendrán en cuenta las limitaciones normativas y jurisprudenciales aplicables - por ejemplo, que el vencimiento de los términos no sea atribuible a maniobras dilatorias de la defensa.

En el caso de duración excesiva del juicio, la libertad de la persona no puede resultar indefinidamente afectada. En estas circunstancias, es posible acudir a tres alternativas: (1) permanencia de la afectación, (2) aplicación analógica de reglas sobre el término para iniciar el juicio y (3) consideraciones a partir del principio de plazo razonable. En los casos de inacción estatal y suspensiones prolongadas puede reconocerse de forma análoga lo establecido en el numeral 5 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal. En los restantes será necesaria la aplicación de la teoría del plazo razonable.

CAPÍTULO CUARTO

Habeas corpus

La regulación del *habeas corpus* aparece en la Ley 1095 del 2006. Esta ley estatutaria consagra el concepto, la competencia para definir la acción, las garantías involucradas en el restablecimiento de la libertad y las pocas formalidades para su ejercicio. Podemos referirnos al contenido de la normatividad de la siguiente forma:

I. CONCEPTO

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el *habeas corpus* tiene carácter dual: es derecho fundamental y acción tutelar de la libertad personal^[699]. La Sentencia C-620 del 2001^[700] explicó:

Según el citado artículo[,], el *habeas corpus* tiene una doble connotación pues es derecho fundamental y acción tutelar de la libertad personal. Sin embargo, el hecho de considerarse como acción no le quita el carácter de derecho fundamental pues mediante ella simplemente aquél se hace efectivo [...]

Tal derecho fundamental se encuentra reconocido en varios instrumentos internacionales, entre los que cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, los cuales rigen en Colombia y tienen fuerza vinculante por disposición del artículo 93 C. N.

Los tratados internacionales, y especialmente la Convención Interamericana de Derechos Humanos[,], establecen claramente que el *habeas corpus* es un derecho que no se suspende en los estados de excepción o anormalidad. Además, el *habeas corpus* es un derecho que no solo protege la libertad física de las personas sino también es un medio para proteger la integridad física y la vida de las mismas, pues la experiencia histórica ha demostrado que en las dictaduras la privación de la libertad es el primer paso para luego torturar y desaparecer a aquellas personas que no gozan de la simpatía del régimen de turno; este fenómeno fue motivo de análisis por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-08/87 (30 de enero), serie A, n.º 8, párrafos 35, 37 a 40 y 42, que textualmente señala:

El *habeas corpus*, para cumplir con su objeto de verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad, exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el *habeas corpus* como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el *habeas corpus* es parcial o totalmente suspendido.

El *habeas corpus* se convierte así en el instrumento máximo de garantía de la libertad individual cuando ésta ha sido limitada por cualquier autoridad, en forma arbitraria, ilegal o injusta, como también de otros derechos, entre los que se destacan la vida y la integridad física.

El concepto referido fue reiterado en la Sentencia C-187 del 2006^[4701], que adelantó el control de constitucionalidad de la ley estatutaria. Pero, además, el *habeas corpus*, en su consideración de derecho fundamental, presenta una dimensión instrumental, porque protege no solo el derecho a la libertad sino también el derecho a la vida y a la integridad personal, y todos los derechos fundamentales que resultan asimismo expuestos en las situaciones de abuso de poder propias de las privaciones irregulares de la libertad.

II. ÁMBITO DE CONTROL

La acción de *habeas corpus* consiste en un control sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales relativos a la aprehensión de una persona. El ámbito de control está definido por los artículos 28 y 250 constitucionales. El *habeas corpus* opera como medio de protección contra cualquier aprehensión, y debe

entenderse que lo hace no solo contra las privaciones de la libertad realizadas dentro del marco del proceso penal, tal y como ocurre, por ejemplo, en el caso de la flagrancia, que implica una aprehensión antes de la existencia del proceso.

Por otra parte, en relación con actuaciones dentro del proceso penal, es decir, luego de la imputación, el recurso de *habeas corpus* es en principio subsidiario, por cuanto el constituyente dispuso la existencia de un órgano específico de control: el juez de garantías. Esto obliga a hacer dos precisiones. La primera: cuando se trata de conductas omisivas de la Fiscalía General de la Nación, el *habeas corpus* se torna en el mecanismo principal de protección, habida consideración de su mayor grado de eficacia (medio de defensa eficaz). La segunda: frente a decisiones del juez de control de garantías, el *habeas corpus* opera como un control de constitucionalidad en relación con decisiones judiciales, sobre la base de su desproporción.

La procedencia del *habeas corpus* obliga al juez a examinar la violación de las garantías constitucionales en la privación de la libertad. En tal sentido, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

Como hipótesis en las cuales la persona es privada de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, se pueden citar los casos en los cuales una autoridad priva de la libertad a una persona en lugar diferente al sitio destinado de manera oficial para la detención de persona, o lo hace sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, o lo realiza sin el cumplimiento de las formalidades previstas en la ley, o por un motivo que no esté definido en ésta.

También se presenta la hipótesis de que sea la propia autoridad judicial, la que al disponer sobre la privación de la libertad de una persona, lo haga sin las formalidades legales o por un motivo no definido en la ley^[4702].

El control formal exige que el juez examine los elementos comunes a toda privación de la libertad personal, vale decir:

– *Prefiguración normativa de los motivos de privación.* Sólo podrá ordenarse la privación de la libertad por los motivos definidos en el ordenamiento jurídico.

– *Taxatividad de las causas de privación.* No basta con que existan los motivos definidos normativamente, porque en el sistema jurídico deben establecerse las causas bajo las cuales los motivos se entienden realizados.

– *Cumplimiento de requisitos formales.* El juez debe considerar que la orden haya sido expedida por autoridad judicial competente, salvo que se trate de la captura excepcional por parte de la Fiscalía General de la Nación, flagrancia o medidas de prevención adoptadas por la Policía Nacional. También deberá verificar que la orden haya sido expedida de manera escrita, o por cualquier medio técnico que registre su expedición, y esté sustentada en motivos previamente definidos en la ley, entre otras formalidades.

B. CONTROL MATERIAL

Superado el control formal, el juez que conoce del *habeas corpus* considera o estudia las condiciones materiales de la privación de la libertad. Como cualquier afectación de un derecho fundamental, la privación de la libertad debe ser proporcionada. En consecuencia, el juez está obligado a verificar que la medida persigue un fin constitucionalmente válido, que es adecuada, necesaria y estrictamente proporcionada.

Lo anterior podría llevar a la conclusión de que el juez que conoce de la acción de *habeas corpus* está llamado a realizar un juicio pleno sobre las condiciones materiales que informaron la captura o sirvieron de fundamento a ella. En nuestro concepto, tal posición es errada, porque obligaría al juez a suplantar la autoridad judicial encargada de dicha labor. El parámetro de análisis en este caso se restringe a una sola situación: error evidente. Ello supone que se trata de situaciones absolutamente desproporcionadas, en las cuales es indiscutible que la medida no es necesaria.

III. TIPOLOGÍA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

La violación del derecho a la libertad personal puede presentarse de dos maneras

básicas:

A. VIOLACIONES AB INITIO

Cuando la aprehensión y la privación de la libertad son producto de una medida adoptada al margen de los presupuestos constitucionales y legales para su procedencia. Se trata de casos en los cuales es evidente que se realizó una actuación sin sustento jurídico. Ello puede obedecer:

- A que la orden no fue expedida por autoridad competente: en este caso existe una orden judicial de privación de la libertad, pero dicho funcionario carece de competencia para expedirla; la distribución de competencias no solo apunta a la posibilidad de proferir sentencias, sino a tomar decisiones que afectan derechos fundamentales;

- A que la privación de la libertad se efectuó sin orden de autoridad competente: en este caso se presenta una actuación de hecho, que básicamente equivale al delito de retención arbitraria;

- A que la orden fue expedida por autoridad competente, pero no se respetaron las formalidades constitucionales; es decir, la orden no fue dictada por escrito o carece de motivación;

- A que la orden expedida por autoridad competente y por escrito, o de cualquier forma técnica que registre su expedición, no responde a las causales taxativas de privación de la libertad.

B. PROLONGACIÓN ILÍCITA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

En este caso la orden de privación de la libertad ha sido legítimamente expedida, pero han cesado las condiciones o circunstancias que permiten mantener a la persona privada de su libertad. La Corte Constitucional se ha referido a este tema al afirmar que la prolongación ilegal de la privación de la libertad también puede comportar varias hipótesis -por ejemplo, mantener privada de la libertad a una persona después de que una autoridad judicial ha ordenado legalmente su

libertad.

Así mismo, las detenciones legales se convierten en ilegales cuando la autoridad judicial prolonga la privación de la libertad por un lapso superior al permitido por la Constitución y la ley, u omite resolver dentro de los términos legales la solicitud de libertad provisional presentada por quien tiene derecho. Frente al tema propuesto, consideremos las siguientes situaciones que se pueden presentar:

I. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DESPUÉS DE QUE LA CAPTURA HA CUMPLIDO SU FINALIDAD

En algunas situaciones, el ordenamiento jurídico permite la privación de la libertad con el fin de practicar una actuación específica; cumplida ésta, el imputado debe ser puesto inmediatamente en libertad; de lo contrario, se incurrirá en prolongación ilícita de privación de la libertad. Por vía de ejemplo, enunciaremos algunas de tales hipótesis:

- Cuando se realiza la captura en flagrancia por delitos que tengan señalada pena no privativa de la libertad o de prisión inferior a cuatro años o, en términos generales, cuando se trata de delito por el cual no procede la detención preventiva; en estos casos la persona debe ser puesta inmediatamente en libertad (inc. 4.^o art. 302 CPP);
- Cuando, cumplida la diligencia para la cual ha sido conducida la persona, ésta continúa privada de la libertad (arts. 384 CPP y 58 Dcto. 1355 de 1970).

2. CUANDO EL IMPUTADO ES PUESTO A DISPOSICIÓN DE UNA AUTORIDAD EXCEDIENDO LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Código de Procedimiento establece términos perentorios para que el capturado sea puesto a disposición del fiscal o juez de control de garantías. La violación de estos términos implica prolongación ilícita de privación de la libertad y, por consiguiente, prosperará el amparo jurisdiccional. Por vía de

ejemplo, enunciaremos los principales casos:

- Cuando una persona ha sido capturada con base en orden escrita de autoridad judicial competente debe ser puesta *inmediata y directamente* (36 horas) a disposición del juez de control de garantías (art. 297 CPP).

- En los casos de retención transitoria autorizada por el Código Nacional de Policía: en estas situaciones la duración de la detención está determinada según el motivo que originó la aprehensión; por lo demás, si se conjugan factores en los cuales el retenido es solicitado por autoridad judicial, el funcionario de policía debe ponerlo a disposición de quien lo requiere (arts. 58 y 62 Dcto. ¹³⁵⁵ de 1970).

- Cuando una persona es sorprendida en flagrancia debe ser capturada y “conducida en el acto, o a más tardar en el término de la distancia, ante el fiscal” (art. 302 CPP)⁽⁷⁰³⁾.

3. NO CONVALIDACIÓN PORQUE EMPIECE A CORRER OTRO TÉRMINO

En todos los anteriores casos, el hecho de que empiece a correr un nuevo término para el funcionario a cuya disposición se pone el imputado *no convalida* la prolongación ilícita de la privación de la libertad. El *habeas corpus* prospera por la sola razón de que el aprehensor deje vencer los términos que tenía, porque en ese momento se consuma la extensión indebida de la privación de la libertad. Esta posición se apoya en que el Código de Procedimiento Penal no consagra la convalidación de un acto irregular cuando empieza a correr el término para el funcionario a quien fue puesta a disposición la persona aprehendida.

El Código señala que el término para poner a disposición del juez de control de garantías al capturado es de 36 horas (arts. 28 C. N. y 302 CPP). Sin embargo, cuando la policía judicial extienda la privación de la libertad más allá de los límites establecidos, prospera el *habeas corpus* aunque hubiere empezado a correr el término propio de la actuación subsiguiente. El término de 36 horas, salvo excepciones como la de captura en altamar, es para entregar a la persona,

legalizar captura, imputar y resolver situación jurídica. Lo anterior significa que si durante el trámite de las anteriores actuaciones mencionadas se superan las 36 horas, procede el *habeas corpus*.

4. VENCIMIENTO DE TÉRMINOS PARA REALIZAR UNA ACTUACIÓN O TOMAR UNA DETERMINACIÓN

En algunos casos la prolongación ilícita de la privación de la libertad obedece a que el funcionario dejó vencer los términos para practicar actuaciones judiciales o pronunciarse sobre la libertad del imputado.

Si una persona es capturada y por desorganización en la administración de justicia es entregada sucesivamente a diferentes autoridades para que alguna de ellas asuma la competencia, el término para resolver sobre el control de la captura, la imputación o la imposición de la medida de aseguramiento se cuenta a partir del momento en que se puso a disposición de la primera autoridad jurisdiccional (36 horas). Para efectos de este amparo, los términos no empiezan a contarse desde el momento en que alguno de los funcionarios se declare competente, porque crearía un fácil mecanismo de burla para el *habeas corpus* y los términos perentorios que tiene el Estado para adoptar decisiones. Con razón, la Corte Constitucional ha sostenido que en ciertos casos existen deberes que se predicen del Estado en general y no de un funcionario en particular. Las fallas anónimas en la prestación de un servicio público que conduzcan a la vulneración de un derecho fundamental constituyen una vía de hecho por consecuencia^[704].

Dejar vencer los términos para resolver una petición de libertad puede dar lugar a la garantía constitucional del *habeas corpus*, tal como lo sostuvo la Unidad de Fiscalías delegadas ante el Tribunal Nacional:

[...] en el evento de que, una vez asumido el conocimiento del proceso por el funcionario competente, éste no resolviera su solicitud dentro del término estipulado en la ley, la persona afectada con esa tardanza cuenta con el *habeas corpus*, establecido en el artículo 30 C. N., para la protección de los derechos a la libertad física y al debido proceso en materia penal, como medio de defensa judicial más idóneo y eficaz que la

acción de tutela, y esta sólo sería procedente en el evento en que tampoco se resolviera el *habeas corpus* dentro del término de 3 días^[1705].

5. LIBERTAD POR CUMPLIMIENTO DE SANCIONES

Cuando se ha impuesto una sanción, una vez cumplida, la libertad debe ser decretada inmediatamente, porque de lo contrario se incurriría en extensión indebida de la privación de la libertad, con lo cual se estructura un acto arbitrario, que puede corregirse mediante la acción de *habeas corpus*.

IV. LÍMITES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

A. INMEDIATEZ

La decisión que se adopte con ocasión del conocimiento de una acción de *habeas corpus* tiene efecto inmediato: libertad inmediata de la persona privada ilegalmente de la libertad. Lo anterior implica que las entidades (jueces o fiscales) no deben utilizar maniobras posteriores que tiendan a evitar o dilatar la libertad efectiva de la persona.

Ahora bien: conforme a lo que hemos afirmado sobre la posibilidad de levantar las restricciones a la libertad normativa con medidas no privativas de la libertad por medio de instrumentos como la libertad provisional, consideramos que la acción de *habeas corpus* es también un mecanismo idóneo para evitar que se prolongue injustificadamente la limitación al derecho fundamental de la libertad.

B. CONTROL DE CUALQUIER DECISIÓN

La garantía del *habeas corpus* es procedente con respecto a cualquier decisión que tenga como consecuencia la privación de la libertad. Aquí opera de manera plena el carácter de derecho fundamental, oponible ante cualquier autoridad pública.

C. HABEAS CORPUS: REPARADOR, PREVENTIVO Y CORRECTIVO

Se ha entendido que el *habeas corpus* es un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, un instrumento legal para restablecer la libertad de locomoción de aquellas personas que han sido aprehendidas con violación de garantías constitucionales o legales. Con base en esta concepción, la mayoría de las legislaciones estructura el amparo jurisdiccional sobre una hipótesis: la privación efectiva de la libertad; en estos casos se habla de “*habeas corpus* reparador”. No obstante, se abre camino la aceptación de otras dos modalidades significativas: el *habeas corpus* preventivo y el *habeas corpus* correctivo. En estos casos la finalidad del amparo no es devolverle la libertad a la persona, sino impedir quebrantos futuros o el abuso del derecho en las condiciones de reclusión.

En el *habeas corpus* preventivo no existe una privación efectiva de la libertad, pero es inminente el acto arbitrario. Pensemos, por ejemplo, que un juez penal militar expide orden de captura contra un civil, o un funcionario de policía judicial contra cualquier ciudadano. En estas hipótesis, si se aplica el principio de no ejecución del agravio, no es necesario esperar la materialización de la orden de captura para invocar el *habeas corpus*. En estos casos la finalidad del *habeas corpus* consiste en cancelar las órdenes ilegales expedidas.

En el *habeas corpus* correctivo la aprehensión se ha producido con acatamiento de los mandatos constitucionales o legales; *ab initio* es irreprochable la actuación de la autoridad, pero no obstante se presenta una agravación ilegítima de la forma y las condiciones en que se cumple la privación de la libertad. La doctrina y la jurisprudencia argentinas han debatido este punto en relación con las limitaciones sexuales del recluso: una persona privada de la libertad contrajo matrimonio en la cárcel e interpuso el *habeas corpus* para que le permitan tener relaciones sexuales a fin de consumar el matrimonio. En la legislación colombiana podría darse esta modalidad cuando se recluye a alguien en lugar prohibido por la ley -por ejemplo, si un funcionario judicial se internara en una cárcel común o un imputable en un establecimiento psiquiátrico.

- APLICACIÓN EN EL ÁMBITO COLOMBIANO
DEL HABEAS CORPUS PREVENTIVO Y CORRECTIVO

En lo que respecta al *habeas corpus* reparador, no existe ninguna duda acerca de su aplicación en el derecho penal colombiano. El problema surge frente a las otras dos modalidades: ¿es procedente el *habeas corpus* preventivo?, ¿es procedente el *habeas corpus* correctivo? Nos parece que sí, y las razones que invocamos son las siguientes:

Sería un absurdo sostener que el *habeas corpus* sólo es procedente cuando la actuación se ha consumado y no cuando se trata de evitar. En uno de los ejemplos que hemos propuesto, relacionados con un juez penal militar que dicta una orden de captura contra un civil, el *habeas corpus* será procedente de forma preventiva, aun en el caso de no existir una materialización de la privación de la libertad.

Recordemos que la inminencia del acto arbitrario ya pone en peligro la libertad personal, y las autoridades están instituidas para proteger a las personas contra toda actividad que les ocasione daño. En contra de la tesis sostenida, seguramente se dirá que el artículo 30 superior se limitó a desarrollar al *habeas corpus* reparador, porque el texto exige privación de la libertad.

Sin embargo, no podemos perder de vista el hecho de que el *habeas corpus* es un mecanismo de control difuso de constitucionalidad. A través de este instrumento se consagra una garantía que permite al ciudadano solicitar a cualquier juez que se restablezcan los derechos consagrados en la Carta y que han sido vulnerados por actos indebidos. Con base en lo dicho, el juez que conoce del *habeas corpus* puede ordenar la cancelación de una orden de captura expedida con violación de las garantías constitucionales, aunque ella no se hubiere hecho efectiva. También puede ordenar que cesen las condiciones indebidas de reclusión y que el aprehendido sea internado en los establecimientos que ordena la ley, porque la modalidad del *habeas corpus* correctivo sirve para proteger el derecho fundamental de la libertad en todas sus manifestaciones.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado en varias oportunidades para estructurar el ejercicio constitucional del *habeas corpus*, aspecto que podemos sintetizar de la siguiente forma:

I. EL EJERCICIO DEL “HABEAS CORPUS” NO
SUSTITUYE EL TRÁMITE DEL PROCESO ORDINARIO

Esto quiere decir que a partir de la medida de aseguramiento todas las peticiones que tengan relación con la libertad del procesado deben elevarse dentro del mismo proceso penal y no a través del mecanismo constitucional de *habeas corpus*. En efecto, la Corte aclaró que si bien el *habeas corpus* no se condiciona al agotamiento de otros medios de defensa judicial, no por ello puede pretenderse que se convierta en mecanismo alternativo o sustitutivo de los procesos penales^{706}. En principio, deben seguirse los cauces normales que el propio ordenamiento otorga antes de recurrir al *habeas corpus*, como la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, la solicitud de libertad por vencimiento de términos o la solicitud de libertad por haber mediado alguna actuación de índole procesal que haga improcedente la detención^{707} o la afectación de la libertad con medidas no privativas de este derecho.

2. EL “HABEAS CORPUS”, SIENDO SUBSIDIARIO
O EXTRAORDINARIO, PROCEDE CUANDO
SE CONFIGURE UNA VÍA DE HECHO

Esta característica de la procedencia del *habeas corpus* es consecuencia lógica de la postura anterior, en que generalmente no es indispensable agotar todos los instrumentos previstos en el proceso para restablecer la libertad, porque supeditar el ejercicio de un derecho constitucional a definiciones judiciales precedentes sería tanto como negar la esencia del derecho a la libertad. Por estas

razones, si dentro del proceso se configura una vía de hecho en relación con el derecho a la libertad es perfectamente procedente recurrir a la acción de *habeas corpus*.

3. LA CONTABILIZACIÓN DE TÉRMINOS PARA EFECTOS DE RESTABLECER EL DERECHO A LA LIBERTAD NO SE INTERRUMPE, PERO TIENE EXCEPCIONES

La invocación del *habeas corpus* en la hipótesis de prolongación ilícita de la privación de la libertad se puede fundamentar en una errónea contabilización de los términos por parte del funcionario judicial.

Desde luego, los términos establecidos en el Código para efectos de conceder la libertad no pueden tenerse como absolutos, porque caben en ellos excepciones razonables. Por ejemplo, cuando se trata de los términos relacionados con el tiempo máximo que debe transcurrir entre la imputación y la presentación del escrito de acusación o entre la presentación del escrito de acusación y la realización del juicio oral.

En efecto, en una primera interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia se estableció que los 90 días para otorgar la libertad en aplicación del numeral 5 del artículo 317 CPP (esto bajo la modificación de la Ley 1142 del 2007) se debían contar de forma ininterrumpida^{708}, pero luego ese tribunal cambió su postura, para matizar lo que debe entenderse por *ininterrumpido*:

[...] la locución “ininterrumpido” tiene “salvedades obligadas”, relativas a ciertas “vicisitudes procesales”, enumerando como tales “la suspensión de términos por Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, la apelación de un auto adoptado durante el desarrollo de las audiencias^{709}, la contabilización de términos de distancia, alegaciones razonables de los sujetos procesales relativas a incapacidades, faltas justificadas o nominación de defensores; y otras causas que puedan calificarse como “justas o razonables”. Ofreciendo tan variadas excepciones, que en realidad no cabe suponer que en tal fase procesal los términos puedan contabilizarse en forma “ininterrumpida”.

El numeral 5 del artículo 317 en cita establece que es causal de libertad, el que hayan transcurrido noventa días, contados a partir de aquél en que se presentó el escrito de acusación, sin que se haya dado comienzo a la audiencia de juicio oral. Dicho precepto está condicionado, en el caso del trámite ordinario, o bien a que no haya causa justificada o razonable que lo haya impedido, ora a que el vencimiento de ese término no sea el resultado de maniobras dilatorias por parte del acusado o de su defensor^{710}.

De lo anterior se desprende que para la Corte, si bien el término mencionado debe cumplirse, éste puede extenderse por varios motivos que, de ser razonables y justificados, implicarían la improcedencia de la acción de *habeas corpus*, porque en realidad no se estaría frente a una prolongación ilegal de la libertad.

La Ley 1453 del 2011 no solo modifica el término previsto en el numeral 5 del artículo 317 CPP: también aclara, en su párrafo primero, que los términos establecidos en los numerales 4 y 5 del citado artículo se contabilizarán de forma ininterrumpida.

4. NO PUEDEN TOMARSE MEDIDAS QUE LIMITEN EL EFECTIVO GOCE DE LA LIBERTAD CONCEDIDA POR EL HABEAS CORPUS

Como se mencionó, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que no es legítimo que las autoridades que tienen a su cargo a una persona aprehendida físicamente tomen medidas que impliquen una defraudación al derecho del *habeas corpus* concedido por un juez de la República^{711}. Así, no resulta viable que se subsanen las falencias que dieron lugar a la concesión de la libertad para que, una vez ésta se ha recuperado, se vuelva a capturar inmediatamente a la persona -por ejemplo, dictar de manera precipitada medida de aseguramiento de detención preventiva cuando ha prosperado la acción de *habeas corpus* y se pretende en consecuencia evitar efectivamente la libertad material.

V. CONCLUSIONES

El *habeas corpus* encuentra regulación en varios instrumentos internacionales, en la Constitución y en la Ley 1095 del 2006. La naturaleza de esta figura es dual, como derecho fundamental y como acción tutelar de la libertad personal. En su condición de derecho fundamental tiene una dimensión instrumental, porque protege no solo el derecho a la libertad sino también el derecho a la vida, a la integridad personal y todos los derechos fundamentales que resultan asimismo expuestos en las situaciones de abuso de poder propias de las privaciones o restricciones irregulares de la libertad. En su acepción tutelar de la libertad, el *habeas corpus* se sigue identificando como una acción judicial para recuperar la libertad.

Su objetivo principal es la verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad.

El ámbito de control del *habeas corpus* comprende cualquier privación de la libertad, esté o no relacionada con el proceso penal. Es un control sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales relativos a la aprehensión de una persona (arts. 28 y 250 C. N.).

En el proceso penal el *habeas corpus* es un mecanismo subsidiario, ya que la protección de los derechos fundamentales está asignada al juez de control de garantías. Existen dos excepciones a esta subsidiariedad: la primera, las conductas omisivas de la Fiscalía General de la Nación (medio de defensa eficaz); la segunda, frente a decisiones del juez de garantías opera como un control de constitucionalidad en relación con decisiones judiciales, sobre la base de su desproporción.

El *habeas corpus* implica control tanto formal como material. En el ejercicio del control formal debe examinarse: (1) la prefiguración normativa de los motivos de privación; (2) la taxatividad de las causas de privación; (3) el cumplimiento de todos los requisitos formales para la limitación de la libertad. El control material, por su parte, implica un análisis para verificar que la medida persigue un fin constitucionalmente válido, que es adecuado, necesario y estrictamente proporcionado. El *habeas corpus* procederá en el marco de un error evidente de proporcionalidad de la privación de la libertad.

El atentado contra el derecho a la libertad personal puede presentarse por

violaciones *ab initio* o por prolongaciones ilícitas de la privación de la libertad.

La violación *ab initio* implica que la aprehensión y la subsiguiente privación de la libertad son producto de una medida adoptada al margen de los presupuestos constitucionales y legales para su procedencia.

La prolongación ilícita de la privación de la libertad implica que la orden de privación ha sido legítimamente expedida pero han cesado las condiciones que permiten mantener a la persona privada de su libertad.

La iniciación de un nuevo término para realizar una determinada actuación judicial o tomar cualquier decisión no convalida la violación del derecho a la libertad ya afectada.

Una de las principales características del *habeas corpus* es su inmediatez: la decisión de *habeas corpus* tiene efecto inaplazable, es decir, la libertad inmediata de la persona privada ilegalmente de la libertad.

El *habeas corpus* procede contra cualquier decisión que implique una privación a la libertad.

Tradicionalmente se ha entendido el *habeas corpus* como un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, un instrumento legal para restablecer la libertad de locomoción de aquellas personas que han sido aprehendidas con violación de las garantías constitucionales o legales. Esta forma de *habeas corpus* es conocida como “*habeas corpus* reparador”, pero existen también el *habeas corpus* preventivo y el correctivo, ambos aplicables en Colombia.

El *habeas corpus* preventivo tiene aplicación cuando no existe una privación efectiva de la libertad, pero es inminente el acto arbitrario.

El *habeas corpus* correctivo opera en los casos en que la aprehensión se ha producido con acatamiento de los mandatos constitucionales o legales pero se presenta una agravación ilegítima de la forma y las condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia configuró las siguientes reglas para el ejercicio del *habeas corpus*: (1) el ejercicio del *habeas corpus* no sustituye el trámite del proceso ordinario; (2) el *habeas corpus*, siendo subsidiario o extraordinario dentro del proceso penal, procede cuando se configure una vía de hecho; y (3) la contabilización del

término para efectos de restablecimiento del derecho a la libertad no se interrumpe, pero tiene excepciones.

Una vez concedido el *habeas corpus* debe hacerse efectivo el derecho a la libertad, por lo cual no es posible que las autoridades judiciales tomen medidas para impedir su ejercicio, por ejemplo, dictando una nueva orden de captura para aprehender a la persona de inmediato una vez fue puesta en libertad por razón del *habeas corpus*.

CAPÍTULO QUINTO

*Competencia del juez de ejecución de penas
en materia de protección del derecho a la libertad*

INTRODUCCIÓN

Dentro de la estructura del proceso penal moderno, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad está dotado de amplias facultades en todo lo referente a la libertad de la persona condenada a una pena -principal o accesoria- o a una medida de seguridad, ya que, en principio, una vez ejecutoriada la sentencia, el juez de conocimiento que profirió el fallo condenatorio pierde competencia sobre el objeto del proceso, lo cual incluye las decisiones sobre libertad. La competencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tiene sustento legal en la Ley 906 del 2004, específicamente en su artículo 38, pero también fundamento jurisprudencial que ha ampliado progresivamente la competencia de este funcionario, especialmente en temas no regulados expresamente por la ley procesal y que de no estar asignados a este juez, crearían vacíos de competencia en desmedro de los derechos fundamentales del procesado.

II. COMPETENCIAS LEGALES DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD

Como se mencionó, el artículo 38 CPP consagra la competencia funcional de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad. Dentro de esta norma existen claras facultades que se refieren directamente al derecho a la libertad. Veamos:

A. LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD CONOCEN SOBRE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SU REVOCATORIA

Según el numeral 3 del artículo 38 CPP, corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conceder y revocar la libertad condicional. Este

beneficio, junto con la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se encuentra dentro de los llamados “subrogados penales”, instituciones que tienen como objeto sustituir la ejecución de la sanción penal privativa de la libertad en un establecimiento de reclusión. El fundamento de estos subrogados es el principio de la dignidad humana, que busca humanizar la pena.

Para que sea procedente la libertad condicional deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 64 C. P. (modificado por las leyes 890 del 2004 y 1453 del 2011).

I. CUMPLIMIENTO DE DOS TERCERAS PARTES DE LA PENA

La legislación penal exige haber cumplido por lo menos las dos terceras partes de la pena de prisión. Para efectuar el cálculo se tiene como base la pena efectivamente impuesta en la sentencia, pero además deben tenerse en cuenta todos aquellos factores que influyan en la contabilización de la pena -por ejemplo, la redención de tiempo de la sanción por trabajo, estudio y enseñanza o cualquier circunstancia penitenciaria que implique una rebaja de pena, asuntos también de competencia del juez de ejecución de penas según los numerales 4 y 5 del artículo 38 CPP-. Todo lo anterior salvo prohibiciones en contrario, como cuando la víctima es un menor de edad según la Ley 1098 del 2005 (art. 199, num. 4).

2. PAGO DE LA MULTA

El beneficio está supeditado al pago de la multa que se haya impuesto en la sentencia como pena. En la Sentencia C-194 del 2005^{[17121](#)}, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de este condicionamiento, mientras se entienda que el pago de la multa está sujeto a las directrices del artículo 39 C. P., por lo cual es posible amortizar la cuantía realizando determinados trabajos.

3. INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS

Para acceder a la libertad condicional se debe haber indemnizado a las víctimas del delito. La Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-823 del 2005^{[1713](#)} que el no pago previo de la reparación a la víctima no impide la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional, siempre que se demuestre, ante el juez de ejecución de penas, la insolvencia del condenado y se le garantice a la víctima y al ministerio público la posibilidad de contradicción sobre el tema mencionado (insolvencia). Sobre este punto dijo la Corte:

En el presente caso frente a la precisa citación descrita -la actual insolvencia económica del condenado por circunstancias no atribuibles a él- es claro para la Corte que se está frente a una situación en la quedada la decisión del Legislador de exigir previamente a la concesión del subrogado de libertad condicional el pago total de la reparación a la víctima-, quien está en absoluta imposibilidad de cumplir con tal exigencia a pesar de cumplir con las demás condiciones que la Ley establece para el efecto no podrá acceder a dicho beneficio. Ello genera una situación contraria a los mandatos superiores de vigencia de un orden justo (Preámbulo arts. 1, 2 C. P.). Ello implica que en función del respeto de los referidos principios superiores el Legislador al establecer como condición imperativa y previa a la concesión del subrogado penal ha debido prever la situación en la cual el obligado a la reparación a la víctima se encuentra en real imposibilidad absoluta de pagar la reparación a la víctima previamente a la concesión del referido subrogado. La norma acusada, no da en efecto al juez, debiendo hacerlo, ninguna posibilidad de valorar la situación concreta del condenado incurriéndose así en una omisión legislativa. En ese orden de ideas la Corte declarará exequibles por los cargos analizados las expresiones “y de la reparación a la víctima” contenidas en el primer inciso del artículo 64 del Código Penal tal como quedó modificado por el artículo 5.º de la Ley 890 del 2004, en el entendido [de] que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas, la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional.

4. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD CONDICIONAL POR TENER ANTECEDENTES PENALES

(DELITOS DOLOSOS O PRETERINTENCIONALES)

Frente a la libertad condicional, deben tenerse en cuenta las limitaciones incorporadas por la Ley 1474 del 2011, con la cual se introdujo el artículo 68-A del Código Penal. Según esta norma, no es posible que el juez de ejecución de penas otorgue beneficios o subrogados penales o autorice mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional o incluso la prisión domiciliaria, cuando la persona hubiere sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco años anteriores a la sentencia que se ejecuta.

Además, esta norma impone la misma prohibición a las personas que hubieren sido condenadas por delitos contra la administración pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional. No obstante, consideramos que esta disposición debe interpretarse apoyada en criterios de ponderación sin que afecte los principios y fines que rigen las penas y el derecho a la igualdad, de forma tal que no establezca diferencias de trato injustificadas.

Finalmente, se debe anotar que una vez cumplidos estos requisitos objetivos, la libertad condicional no se concede de forma automática, sino que corresponde al juez de ejecución de penas realizar una valoración sobre la procedencia de este beneficio. Esta valoración implica efectuar un juicio estricto de proporcionalidad sobre la afectación a la libertad, prestando especial atención a la necesidad de privación efectiva en el establecimiento carcelario o en el lugar de residencia.

Para los fines anteriores debe analizarse, además de la gravedad de la conducta (num. 3, art. 38 CPP), las funciones de la pena y su cumplimiento (art. 4.º C. P.) y los derechos de las víctimas y su protección. La realización del juicio de proporcionalidad implica, desde luego, la exclusión de la arbitrariedad por parte del juez de ejecución de penas al momento de otorgar o negar la libertad condicional. Sobre este punto manifestó la Corte Constitucional:

En primer lugar, debe advertirse que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede apartarse del contenido de la sentencia condenatoria al momento de evaluar la procedencia del subrogado penal. Esta sujeción al contenido y juicio de la sentencia de condena garantiza que los parámetros dentro de los cuales se adopta la providencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad sea restringido, es decir, no pueda versar sobre la responsabilidad penal del condenado.

En los mismos términos, cuando la norma acusada dice que la libertad condicional podrá concederse previa valoración de la gravedad de la conducta, no significa que el juez de ejecución de penas y medida de seguridad quede autorizado para valorar la gravedad de la conducta. Lo que la norma indica es que dicho funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento, como criterio para conceder el subrogado penal.

Adicionalmente, el juicio que adelanta el juez de ejecución de penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del juez de ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado -resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuales son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión^[4714].

5. OBLIGACIONES DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA.

REVOCATORIA POR INCUMPLIMIENTO

Una vez otorgado el subrogado de libertad condicional, el condenado entra en un período de prueba, en el cual debe cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 65 C. P., entre las que se encuentran: (1) informar del cambio de residencia; (2) reparar los daños causados con el delito; (3) comparecer a los

requerimientos de las autoridades que tengan bajo su cargo la vigilancia del cumplimiento de la sentencia; (4) no salir del país sin autorización y (5) observar buena conducta.

Frente a esta última obligación la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-371 del 2002^[4715], condicionó su aplicación “siempre que se entienda que, en este contexto, la obligación de observar buena conducta solo es relevante en función del efecto que las eventuales infracciones de los específicos deberes jurídicos que la misma comporta, pueda tener en la valoración acerca de la necesidad de la pena en cada caso concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado 3.2.2 de esta providencia”. Resaltamos de la argumentación de esta sentencia lo siguiente:

[...] la obligación de observar buena conducta impuesta por el ordenamiento no es en sí misma contraria a la Constitución, y que tampoco es desproporcionado, que a la infracción de ese deber por quien es beneficiario de los subrogados penales de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de libertad condicional se le imponga como consecuencia la revocatoria del respectivo subrogado.

Sin embargo, en atención a esa consecuencia sobre la libertad personal, se tiene que la obligación de observar buena conducta no puede, para los efectos de la norma acusada, tener un alcance indiscriminado, porque no es razonable ni resulta proporcional que toda infracción al deber genérico de observar buena conducta, tenga como consecuencia una medida que se traduce en la privación de la libertad.

El incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas durante el período de prueba implica, en principio, la revocatoria de la libertad condicional. Sobre este asunto debemos recalcar que no todo incumplimiento de las obligaciones impuestas significa la revocatoria del respectivo beneficio; reiteramos que la demostración simplemente objetiva del incumplimiento de una de las obligaciones impuestas no es causa suficiente para revocar el beneficio: es indispensable que se oiga en descargos a la persona y se realicen los juicios de ponderación necesarios para determinar la gravedad de la falta y si es pertinente

mantener o no el beneficio; corresponde al juez de ejecución de penas hacer un análisis ponderado de las razones y del grado de incumplimiento, motivo por el cual deberá también garantizar el debido proceso y el necesario contradictorio, dando la oportunidad para que el condenado controvierta y explique las razones del supuesto incumplimiento. En este punto, como se dijo, son aplicables instituciones como las causales de justificación.

El trámite para el otorgamiento de la libertad condicional implica una solicitud por parte del condenado o de su abogado ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, que deberá acompañarse con las pruebas de los requisitos objetivos y subjetivos que exige el Código Penal para su concesión (art. 471 CPP).

El trámite de la revocatoria, según el artículo 473 CPP, puede ser realizado a solicitud de parte, específicamente de las autoridades encargadas de la vigilancia del cumplimiento de la sanción, y puede ser decretada de oficio. Consideramos que la víctima también puede elevar esta solicitud, en la medida en que tenga un interés para ello; éste se adquiere cuando considere que sus derechos pueden ser vulnerados. El Estado tiene que garantizar el acceso a la justicia para lograr la efectiva tutela de todos los derechos de las víctimas.

6. CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad tienen competencia para verificar si se cumplen o no los requisitos subjetivos u objetivos que permitieron otorgar la condena de ejecución condicional. En tales casos, podrá negar o revocar el mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad (artículo 477 CPP). De la misma manera, podrá determinar su aplicación a pesar de que el juez de conocimiento haya negado su reconocimiento, siempre que las circunstancias que sirvieron para no reconocerlo se hayan modificado. Además, según el artículo 38.A del Código Penal, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar la utilización de sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión, siempre y cuando se cumplan los requisitos subjetivos y objetivos impuestos en dicha norma. Así mismo, podrán prorrogar

por una sola vez el plazo para que el condenado, beneficiado con la condena de ejecución condicional, cumpla con la obligación de indemnizar los perjuicios (artículo 479 CPP).

B. LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD CONOCEN DE LA LIBERTAD DE LA PERSONA
CONDENADA EN LOS EVENTOS DE EXTINCIÓN
DE LA ACCIÓN PENAL Y CUANDO DESAPAREZCA
EL FUNDAMENTO NORMATIVO DE LA SANCIÓN

Son varias las hipótesis que pueden analizarse en este punto:

- El primer y más claro caso en el cual el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe decidir sobre la libertad de una persona condenada es cuando se cumple el tiempo establecido en la sentencia como pena privativa de la libertad, para lo cual tendrá en cuenta las disminuciones por trabajo y estudio o cualquier otro beneficio que disminuya la pena, excepto cuando la víctima es menor de edad (Ley 1098 del 2005). Como es lógico, una vez cumplida la pena desaparece la razón jurídica que permite al Estado retener a una persona.

Al tratarse de restituir plenamente un derecho fundamental como la libertad, es deber del juez de ejecución de penas decidir en el menor tiempo posible y ordenar, si procede, la libertad. De no hacerlo y si se torna desproporcionada la demora en la decisión, se estaría frente a un caso de prolongación ilícita de la restricción a la libertad, razón por la cual procede el *habeas corpus*.

- En segundo lugar, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conoce de los casos en que se entiende extinguida la pena, hipótesis reguladas por los artículos 88 y siguientes C. P. (num. 8, art. 38 CPP). En estos casos se está frente a situaciones en las cuales la sanción penal deja de tener una fuerza vinculante o carece de objeto -por ejemplo, el indulto, la amnistía impropia, despenalización de la conducta, prescripción de la pena, etc.

- En tercer lugar, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conoce sobre la aplicación del principio de favorabilidad (num. 7, art. 38 CPP). En estos casos, si aplicado este derecho constitucional la sanción del condenado

lo hace acreedor a un subrogado penal (suspensión de la ejecución condicional de la pena o libertad condicional) o se determina que ya ha cumplido con la sanción penal, el juez deberá decretar la libertad con base en estas situaciones. En otros términos, deben tenerse en cuenta todas las reglas propias del tránsito legislativo que permiten un adecuado desarrollo del derecho a la favorabilidad.

– En cuarto lugar, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad decide respecto de la libertad de una persona cuando esta fue condenada y después de la sentencia se declara la inconstitucionalidad de la norma que dio origen a la sanción (num. 9, art. 38 CPP). Evidentemente, si el tipo penal en el cual se funda la sentencia ha sido excluido del ordenamiento jurídico, la razón por la cual se priva a una persona de la libertad deja de tener validez, porque la restricción al derecho a la libertad no puede soportarse en una norma inexecutable.

El artículo 25 de la Ley 1453 del 2011, que modifica el 64 del estatuto penal, establece un supuesto de detención domiciliaria para favorecer la reintegración del condenado, en los siguientes términos:

Parágrafo: La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurran los presupuestos contemplados en los numerales 2, 3 4 y 5 del artículo 38 de la ley 599 del 2000, siempre que la pena impuesta no sea por delitos de genocidio, contra el derecho internacional humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de menores de edad, uso de menores de edad para la comisión de delitos, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada, administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas

armadas, y fabricación tráfico y porte de armas de fuego, municiones o explosivos.

Finalmente, el juez de ejecución de penas tiene que realizar los cálculos necesarios cuando haya varias sentencias condenatorias (acumulación jurídica de penas). Se trata de dosificación punitiva, situación en la cual el funcionario, por ejemplo, debe realizar el cálculo nuevamente para respetar la unidad procesal y la conexidad o cuando deba tenerse en cuenta el tiempo de detención en otro proceso.

III. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN VIRTUD DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE SUPLANTACIÓN DE LA IDENTIDAD Y HOMONIMIA

I. Lo primero que debe recalcar es que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad es también un juez constitucional y, por lo tanto, su principal función es la protección de los derechos fundamentales y las garantías básicas de los intervinientes en el proceso, en especial de la persona condenada.

En efecto, el texto original del artículo 79 de la Ley 600 del 2000^[716], norma de la cual se deriva el actual artículo 38 de la Ley 906 del 2004, en el que se establece la competencia funcional de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, expresaba que “El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad es el encargado de hacer cumplir la sanción penal, tendrá como función primordial, garantizar la legalidad en la ejecución de la misma, salvaguardar los derechos humanos de los condenados y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en su cumplimiento”. Aunque esta redacción fue suprimida del texto del mencionado artículo 79, el cumplimiento de estos mandatos no depende de su consagración legal expresa, porque los principios de legalidad de las sanciones, la salvaguarda de los derechos humanos y la prohibición de exceso constituyen verdaderos derechos fundamentales que derivan de la Constitución y, por lo tanto, son de aplicación directa por parte de

cualquier funcionario.

Dentro de las disposiciones que rigen la competencia funcional del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad encontramos que el numeral 1 del artículo 38 CPP otorga a este funcionario una facultad genérica que delimita todas sus funciones y que lo habilita a proferir las providencias necesarias para garantizar el cumplimiento de las sentencias condenatorias, siempre dentro del marco de la legalidad y la protección de los derechos fundamentales, en especial el de dignidad humana. Desde luego, no es factible, ni prudente para el legislador establecer en forma de *numerus clausus* las posibles actuaciones del juez de ejecución de penas a efectos de garantizar el cumplimiento de la sentencia, pero esto no quiere decir que no haya límites a su actuación. El principal de ellos es el principio constitucional de proporcionalidad en el cual el juez debe basar sus decisiones.

Consideramos que esta norma no debe ser interpretada restrictivamente respecto de la protección a los derechos fundamentales. Cuando el Código de Procedimiento Penal establece que “al juez de ejecución de penas le compete conocer de las decisiones necesarias para que las sentencias ejecutoriadas que impongan sanciones penales se cumplan”, implica que el juez debe garantizar no solo el cumplimiento de la pena impuesta, sino que dicha providencia o decisión no afecte injustificadamente derechos fundamentales.

2. Esta interpretación del numeral cobra especial relevancia en los casos de homonimia y suplantación, en los cuales, si bien existe una sentencia ejecutoriada, esta providencia está dirigida a una persona que no tuvo participación alguna en la comisión de los hechos juzgados, bien sea porque existe un error debido a la similitud del nombre de la persona condenada y el verdadero autor, o porque un tercero suplantó la identidad de esa persona para cometer el delito.

Si se analiza el artículo 38 del CCP se llega a la conclusión de que no está expresamente definida la competencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para resolver los casos de homonimia y suplantación en sentencias ya ejecutoriadas. Esta competencia ha sido atribuida por vía jurisprudencial, situación que, como se dijo, puede soportarse además en una interpretación

conforme a la Constitución del numeral primero de la norma citada.

En efecto, en la Sentencia T-949 del 2003¹⁷¹⁷ la Corte Constitucional revisó una acción de tutela en la cual se trataba el tema de la suplantación de identidad en un proceso penal. La segunda instancia en ese caso había correspondido a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, que expuso su doctrina en la materia y según la cual la acción de tutela no era procedente en ese caso, porque para proteger los derechos fundamentales de la persona objeto de suplantación se debía acudir en primera instancia ante el juez de ejecución de penas.

A. COMPETENCIA PARA DECLARAR SUPLANTACIÓN U HOMONIMIA

Como se observa, la declaratoria de suplantación u homonimia y la consecuente corrección de la sentencia son competencias que están en cabeza del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Valga destacar que esa posición de la Corte Suprema de Justicia ha sido expresada en varios precedentes jurisprudenciales. En efecto, frente a una situación similar, la Corte Suprema de Justicia expresó :

En esta oportunidad la Sala Penal resolvió el caso de una persona que había sido condenada, en contumacia, a 34 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado y fuga de presos. Esta persona, después de ser capturada y privada de la libertad, presentó acción de tutela contra las autoridades judiciales que conocieron del proceso alegando que no era él la misma persona que cometió los ilícitos, que su documento de identidad se había extraviado y que las autoridades judiciales incumplieron el deber de correcta individualización e identificación. La Sala Penal consideró que este tipo de asuntos debía ser conocido “de primera mano y con la debida diligencia” por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, autoridad encargada de definir la verdadera identidad del autor de los ilícitos la cual disponía de la facultad de decretar las pruebas técnicas adecuadas y verificar las informaciones de rigor.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha adoptado, con ciertos matices, la tesis de la Corte Suprema de Justicia frente a los casos de suplantación de identidad en procesos penales. Para la Corte es razonable que antes de acudir a la tutela las personas soliciten al juez de ejecución de penas que corrija aquellos casos de suplantación u homonimia, pero si estos no protegen los derechos fundamentales afectados pueden acudir a la acción de tutela. Sobre este punto, la citada Sentencia T-949 del 2003^[718] precisó lo siguiente:

Vistos los precedentes contentivos de la doctrina de la Sala Penal en la materia, considera la Corte Constitucional que hay razones constitucionales para mantenerla. En primer lugar, porque existe una atribución de competencia expresa en cabeza del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, como autoridad encargada de definir los asuntos relativos al cumplimiento y trámite posterior a la sentencia condenatoria (artículos 469 y ss., del Código de Procedimiento Penal); y en segundo lugar, porque este funcionario, al mantener contacto directo con el expediente del respectivo proceso penal, una vez se ha proferido sentencia condenatoria y tener la facultad de solicitar las pruebas conducentes y pertinentes, está en mejores condiciones jurídicas para resolver integralmente los problemas que este tipo de asuntos aparejan.

Lo anterior se explica, además, por las siguientes razones: primero, porque a la vez que la solicitud de corrección de la sentencia en caso de suplantación o de homonimia entraña un procedimiento célere, la misma no está sometida a un término preclusivo como el de los diez días en el caso de la acción de tutela, lo que permite un mayor margen de maniobra a la autoridad encargada de decidir sobre el particular; y segundo, porque el juez de ejecución de penas está en mejores condiciones para reformar la sentencia condenatoria y demás piezas procesales, si a ello hubiere lugar, así como para adelantar los trámites necesarios con el fin de establecer la verdadera identidad del infractor, e informar sobre el particular a las demás autoridades del Estado, facultades estas que son, en principio, extrañas al juez de tutela.

Para la Corte, tales atribuciones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad permiten que el Estado provea ante situaciones excepcionales la mayor protección

posible, tanto a los intereses de la persona afectada con la eventual suplantación o con la hipótesis de homonimia, como a los intereses de terceros, de la sociedad y del Estado, los cuales se protegen con la definición oportuna de la verdadera identidad del infractor de la ley penal y con la verificación de las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

B. MECANISMOS DE DEFENSA A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES QUE PUEDE ADOPTAR EL JUEZ
DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN
CASOS DE SUPLANTACIÓN DE IDENTIDAD Y HOMONIMIA

Ya se dijo que la competencia para conocer de las correcciones de sentencias en casos en que exista homonimia y suplantación corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Pero cabe preguntar qué mecanismos tiene este funcionario para evitar afectaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales. Es claro que el juez de ejecución puede declarar que la persona que se encuentra supuestamente individualizada en la sentencia no es la misma que cometió el delito (suplantación) o que la persona objeto de una restricción a sus derechos fundamentales no es la misma que fue objeto de sentencia, por un error derivado de la similitud en los nombres de éste y de la persona que cometió o participó en la comisión del hecho juzgado (homonimia). Mientras esa corrección se realiza, ordinariamente continúan vigentes las medidas que afectan los derechos de quien ha sido víctima del error o la suplantación.

Debe recordarse en este punto que, tal como lo estableció la jurisprudencia, el juez de ejecución de penas tiene la facultad de ordenar las pruebas necesarias para confirmar la existencia de la suplantación o la homonimia, razón por la cual, pese a que el proceso debe ser prioritario y adelantarse con la mayor celeridad posible, puede pasar un tiempo más o menos prolongado mientras el juez recauda las pruebas necesarias para fundamentar la corrección de la sentencia.

En estos casos consideramos que si existe una evidencia razonable que indique que posiblemente se está en las hipótesis mencionadas, el juez de

ejecución de penas y medidas de seguridad debe suspender las medidas que afecten los derechos fundamentales, en aplicación de los principios de proporcionalidad y *pro homine*. En desarrollo de esta facultad el juez podrá, por ejemplo, suspender órdenes de captura o incluso ordenar la libertad de las personas que se encuentren privadas del mencionado derecho fundamental.

C. POSIBILIDAD DE SUSPENDER LAS MEDIDAS QUE AFECTEN DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se dijo, dado que el juez puede considerar que antes de realizar la corrección de la sentencia es necesario practicar pruebas a fin de corroborar la existencia de la suplantación u homonimia, es imprescindible que durante ese lapso sean salvaguardados los derechos fundamentales que están en riesgo (buen nombre, *habeas data*, debido proceso, acceso a la administración de justicia, libertad, etc.).

Desde luego, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad tiene que analizar la viabilidad de la suspensión de esas medidas que afectan derechos fundamentales. Este análisis se debe basar, fundamentalmente, en la posibilidad de que exista una afectación grave e inminente a los derechos fundamentales, concepto tomado de la acción de tutela y que es perfectamente aplicable a los casos mencionados.

D. INMINENCIA DE UNA AFECTACIÓN GRAVE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como bien se sabe, la libertad personal es un derecho de gran valía en nuestro sistema constitucional. Por esta razón, en las decisiones adoptadas por los jueces debe tener prioridad su aplicación y todas las actuaciones deben ser desarrolladas de conformidad con este derecho. Sobre este punto, en la Sentencia T-308 de 1993 la Corte señaló lo siguiente:

[...] el principio *pro libertate* obliga a la administración a escoger entre los medios

limitativos habilitados por la ley para conseguir la finalidad prevista, aquél que resulte menos restrictivo de la libertad. La libertad como valor supremo del sistema jurídico (CP Preámbulo, art. 28) debe ser preservada en lo posible, y sólo en cuanto sea estrictamente indispensable puede ser objeto de limitación. A ella, sin embargo, no puede recurrirse cuando la administración está en posibilidad jurídica de utilizar un medio alternativo menos oneroso. La carga impuesta a los administrados por el ejercicio legítimo del poder público se revela excesiva si, pese a existir otros medios para la consecución o mantenimiento de fines sociales o intereses generales, la administración persiste en recurrir a aquellos que vulneran o amenazan en mayor grado los derechos o libertades.

Lo propio puede decirse de otros derechos en juego como el debido proceso, el buen nombre, el *habeas data*, etc., derechos que, al encontrarse en un caso como el de homonimia o la suplantación y de materializarse las medidas que restringen derechos fundamentales como la orden de captura, estarían desconociéndose.

En consecuencia, lo primero que debe entrar a determinar el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad es la certeza e inminencia del daño a los derechos fundamentales y, así mismo, su gravedad. Sólo bajo estos términos se encuentran justificadas las medidas de suspensión que puede adoptar el funcionario. Se insiste en que estas medidas precautelativas deben ser razonadas y partir de serios indicios que demuestren la posible situación de homonimia o suplantación. Además, estas decisiones deben tener en cuenta que no se afecten los derechos de las víctimas.

A continuación se mencionan algunos criterios para determinar la existencia de una afectación injustificada a los derechos fundamentales en los casos de homonimia y suplantación.

I. IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL DE DECRETAR

LA SUSPENSIÓN. NECESIDAD DE RETIRAR CUALQUIER

OBSTÁCULO PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES

La adopción de medidas provisionales como la suspensión de las órdenes de

captura, la suspensión de la ejecución de la sentencia e incluso de la pena tiene una justificación teórica similar a la que es utilizada en nuestro ordenamiento jurídico para adoptar medidas provisionales en procesos de tutela. Recuérdese en este punto que todas las autoridades -incluidas evidentemente las judiciales- tienen la obligación y el deber de amparar y proteger prioritariamente los derechos fundamentales de las personas, tal y como se desprende de las cláusulas constitucionales y especialmente del artículo 4.⁰ de la Carta Política.

En tales circunstancias, para proteger los derechos fundamentales de las personas los jueces inclusive podrán hacer uso de la denominada “excepción de inconstitucionalidad”. Hay varios precedentes constitucionales que admiten esta posibilidad. En efecto, en la Sentencia T-401 de 1992^[4719] la Corte Constitucional analizó el caso de la imprescriptibilidad de las medidas de seguridad; allí, este tribunal consideró que si bien los jueces tenían argumentos de tipo legal para justificar su decisión de no suspender las medidas, dichas razones no eran admisibles, por cuanto las normas aplicables al caso concreto, a pesar de estar dentro del ordenamiento jurídico y no haber sido declaradas inconstitucionales en una sentencia *erga omnes*, contrariaban las disposiciones constitucionales superiores. En esa providencia el tribunal constitucional expresó:

[...] si bien los jueces al negarse a ordenar la cesación de las medidas de seguridad, lo hacían en desarrollo de precisas competencias a ellos atribuidas por el Código Penal, no advirtieron, en las diferentes situaciones, cómo los efectos de la ley contrariaban las mencionadas disposiciones constitucionales, justo a partir del momento en que perdía sustento la razonabilidad de las medidas de seguridad y su reiterada negativa a levantarlas producía una prolongación indefinida e injusta de las mismas.

En conclusión, la Corte consideró que en aquellos casos en que una norma afecta garantías y derechos consagrados constitucionalmente, sus efectos deben cesar, situación perfectamente asimilable a aquellos casos en que existe una medida que afecta injustificadamente derechos fundamentales, por tratarse de situaciones de homonimia o suplantación. En estos casos, el hecho de existir una

sentencia ejecutoria no es obstáculo para proteger los derechos fundamentales, que prevalecen sobre todo el ordenamiento; tampoco es impedimento para que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad pueda adoptar estas medidas provisionales, con el argumento de que tales competencias no se encuentran expresamente atribuidas en la ley procesal.

— VIABILIDAD PARA SUSPENDER MEDIDAS

Se debe decir además que adoptar la suspensión de las medidas no implica un prejuzgamiento o una indicación acerca de cuál será la decisión que adoptará el juez de ejecución de penas una vez haya practicado las pruebas para verificar la homonimia o suplantación. Como lo ha destacado la jurisprudencia constitucional frente a las medidas provisionales en materia de tutela, éstas no implican un prejuzgamiento o una indicación sobre cuál será el sentido de la decisión final. Por el contrario, las medidas de protección son provisionales, ya que podrán modificarse en cualquier estado del proceso. Reiteramos que los razonamientos de la Corte Constitucional en materia de tutela son analógicamente aplicables a los supuestos analizados, especialmente porque se está frente a una inminente violación de derechos fundamentales, que irrogará un perjuicio irremediable. Sobre este punto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente (auto A166 del 2006^[720]):

Como lo ha dicho la Corte, con la adopción de las medidas provisionales se busca evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación del mismo o, habiéndose constatado la existencia de una violación, que ésta se torne más gravosa. [...] dicha medida la puede adoptar el juez respectivo desde la presentación de la demanda de tutela hasta antes de proferirse la sentencia, momento este último en cual, el juez, al resolver el caso de fondo, debe decidir si la medida provisional adoptada se convierte en permanente, esto es, definitiva, o si por el contrario debe revocarse. Cabe agregar que el juez, a petición de parte o en forma oficiosa, puede revocar en cualquier momento la medida provisional adoptada.

Y en el mismo sentido, en el Auto A035 del 2007 precisó:

[...]

3. Las medidas provisionales buscan evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en violación o, habiéndose constatado la existencia de una violación, ésta se torne más gravosa y las mismas pueden ser adoptadas durante el trámite del proceso o en la sentencia, toda vez que “únicamente durante el trámite o al momento de dictar la sentencia, se puede apreciar la urgencia y necesidad de la medida”.

4. Esta corporación ha establecido que la suspensión del acto violatorio o amenazador de un derecho fundamental “tiene como único objetivo la protección del derecho fundamental conculcado o gravemente amenazado y, obviamente, evitar que se causen mayores perjuicios o daños a la persona contra quien se dirige el acto”. Igualmente, ha sido considerado que “el juez de tutela puede ordenar todo lo que considere procedente para proteger los derechos fundamentales y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante”.

5. En el caso concreto, sin que esto implique de manera alguna prejuzgamiento o se indique el sentido de la sentencia definitiva, es preciso que la Sala de revisión adopte medidas frente a la decisión judicial que ha sido tomada por el Juzgado Primero Civil del Circuito pues, tal como lo informa el auto que acompaña la solicitud de práctica de medida cautelar, está demostrado que el despacho ante el cual se adelanta el proceso ejecutivo ha fijado fecha y hora para el remate en pública subasta del inmueble propiedad de la señora N. N.

2. NECESIDAD Y URGENCIA DE SUSPENDER LAS MEDIDAS QUE AFECTAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La suspensión de las medidas que puedan afectar derechos fundamentales en casos de homonimia y suplantación, como la suspensión de la sentencia o la suspensión de la orden de captura, procederá cuando se observe, a partir de la

situación fáctica concreta, que dicha decisión es necesaria y urgente.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe examinar si de no suspenderse las medidas se configurará una violación de los derechos en cuestión. En otras palabras, debe analizar si existe un daño inminente o un perjuicio irremediable sobre los derechos de la persona que posiblemente ha sido víctima de homonimia o suplantación, daño o perjuicio que amerite que el juez de ejecución ejerza todas las actuaciones a fin de proteger sus derechos.

En numerosas oportunidades la Corte Constitucional ha establecido los requisitos para determinar que, en un caso concreto, hay inminencia de un perjuicio irremediable. En la Sentencia T-919 del 2005 la Corte definió el contenido conceptual del perjuicio irremediable de la siguiente manera:

Se considera que el perjuicio para ser irremediable requiere ser i) inminente, es decir, que esté próximo a suceder de modo que el juez debe contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón de la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia; ii) grave, esto es, que implique detrimento de un bien altamente significativo para la persona, que puede ser moral o material, y que sea en todo caso susceptible de determinación jurídica^{721}; iii) que exija la adopción de medidas urgentes e impostergables, es decir, que por su entidad el perjuicio requiera de una acción pronta y oportuna, y no cuando se haya presentado un desenlace con efectos antijurídicos^{722}. En este sentido, las medidas que se adopten además deben ser una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, deben armonizar con las particularidades de cada caso y su carácter debe ser tal que no puedan posponerse en el tiempo para una oportuna y eficaz prevención del daño^{723}.

Sobre el punto materia de estudio son significativas las sentencias T-1331 del 2001 y SU-897 del 2000, en donde el máximo tribunal constitucional profundizó en el significado y el contenido conceptual de la inminencia del perjuicio irremediable. Para la Corte, debe entenderse como daño inminente la previsión objetiva de la ocurrencia de una afectación, un detrimento o un menoscabo a un derecho fundamental, que puede ser inferido a partir de evidencias fácticas.

3. NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO Y LA INMINENCIA DEL PERJUICIO

Además de lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que es necesario demostrar la gravedad del perjuicio y la existencia de un nexo de causalidad entre la actuación que se considera vulneradora de los derechos fundamentales y el daño en sí mismo considerado. Todo lo anterior se complementa con la prueba de la necesidad de adoptar urgentemente las medidas para evitar la consumación, concretización y materialización del perjuicio^[724].

E. FACULTADES PRECISAS DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En conclusión, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) como la de la Corte Constitucional han destacado que primordialmente los casos de suplantación de identidad y homonimia deben ponerse en conocimiento del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. A estas autoridades judiciales podrá solicitarse lo siguiente:

1. La práctica de pruebas;
2. La eliminación de antecedentes penales de los registros y bases de datos del Estado;
3. La corrección de la sentencia;
4. La suspensión de la ejecución de las penas y órdenes de captura, durante el tiempo en el que sean practicadas las pruebas.

Todas las anteriores actuaciones debe ser realizadas en el menor tiempo posible, porque, tal y como lo destaca la Sentencia T-949 del 2003^[725], “no parece razonable que además de que el Estado se equivoque en perjuicio del ciudadano, con ello le afecte derechos fundamentales, posteriormente decida exigirle requisitos adicionales para enmendar sus fallas”.

IV. CONCLUSIONES

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad posee amplias facultades en todo lo referente a la libertad de las personas condenadas. Esta competencia tiene sustento legal derivado de la Ley 906 del 2004, específicamente en su artículo 38. La jurisprudencia ha ampliado progresivamente la competencia de este funcionario.

Dentro de las competencias legales del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad está el conocer sobre la libertad condicional, institución sometida al cumplimiento de los requisitos del artículo 64 C. P. Estos requisitos incluyen el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena, el pago de la multa y la reparación de las víctimas, siempre dentro del marco constitucional.

Cumplidos los requisitos objetivos para el otorgamiento del subrogado, el juez de ejecución de penas debe realizar una valoración sobre procedencia del beneficio, esto es, hacer un juicio estricto de proporcionalidad sobre la afectación a la libertad, basado especialmente en la necesidad de la detención en el establecimiento carcelario o en el lugar de residencia, para lo cual deben analizarse, además de la gravedad de la conducta, las funciones de la pena y su cumplimiento y los derechos de las víctimas y su protección.

Otorgada la libertad condicional, el condenado entra en un período de prueba en el cual debe cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 65 C. P.

La revocatoria del subrogado por incumplimiento de las obligaciones impuestas durante el período de prueba no es automática. Por el contrario, es necesario un análisis ponderado de las razones y de la intensidad del incumplimiento, siempre con la garantía del derecho de defensa a través de la posibilidad de presentar pruebas y controvertir las existentes, lo cual es factible en todos los casos en que se afecten derechos fundamentales.

Corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad conocer de la libertad de la persona condenada en los casos de extinción de la acción penal y cuando desaparezca el fundamento normativo de la sanción. Las hipótesis son las siguientes: (1) cuando se cumpla el término establecido en la sentencia como pena privativa de la libertad y la persona se encuentre privada de este derecho; (2) cuando se presente cualquiera de los casos de extinción de la acción penal; (3) cuando procede la libertad por aplicación del principio de favorabilidad; (4)

en los casos de declaratoria de inexecutable de la norma en la que se fundamentó la sentencia condenatoria; y (5) cuando se despenaliza la conducta.

Además de las competencias legales, existe una extensión del rol funcional de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en aras de la protección de derechos fundamentales. Esta extensión se fundamenta en que el juez de ejecución es un juez constitucional y, por lo tanto, su principal función es la protección de los derechos fundamentales y de las garantías básicas de los intervinientes en el proceso, en especial de la persona condenada.

Una interpretación conforme a la Constitución del numeral 1 del artículo 38 CPP permite concluir que las facultades que tiene el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para garantizar el cumplimiento de la sentencia deben orientarse siempre a la protección de los derechos fundamentales. Lo anterior tiene especial relevancia en los casos de suplantación u homonimia en la sentencia condenatoria.

La declaratoria de suplantación u homonimia, así como la consecuente corrección de la sentencia, son competencias que están en cabeza del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, asignadas por vía jurisprudencial, tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional.

El juez de ejecución de penas tiene la facultad de ordenar las pruebas necesarias para confirmar o descartar la existencia de la suplantación o la homonimia.

Mientras se surten las actuaciones propias ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para la declaración de suplantación u homonimia, las afectaciones desproporcionadas de los derechos fundamentales derivadas de estas situaciones no pueden mantenerse. Por esta razón consideramos que este funcionario tiene competencia para tomar medidas preventivas de protección de los derechos fundamentales como suspender órdenes de captura o incluso ordenar la libertad de las personas que se encuentren sometidas a privación material. Lo anterior, siempre y cuando estén demostrados de manera suficiente indicios razonables que indiquen la posible existencia de la homonimia y la suplantación.

Para precisar la procedencia de las medidas de protección de los derechos

fundamentales en casos de homonimia y suplantación, el juez de ejecución de penas debe recurrir al concepto de afectación grave e inminente a los derechos fundamentales, estudiados en la acción de tutela.

Para establecer la afectación grave e inminente del derecho a la libertad se puede recurrir a los siguientes criterios propios de la acción de tutela: (1) se debe determinar la importancia constitucional de ordenar la suspensión de las medidas que afecten el derecho; (2) se debe precisar la necesidad y urgencia de suspender las medidas que afectan los derechos fundamentales; (3) se debe examinar el nexo de causalidad entre la medida y el perjuicio a los derechos fundamentales.

En conclusión, las facultades que tiene el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en casos de homonimia y suplantación son: (1) la práctica de pruebas; (2) la eliminación de antecedentes penales de los registros y bases de datos del Estado; (3) la corrección de la sentencia; (4) la suspensión de la ejecución de las penas y órdenes de captura, durante el tiempo en el que sean practicadas las pruebas.

PARTE QUINTA

DE LA UNIDAD PROCESAL

CAPÍTULO PRIMERO

*Concepto, oportunidad y factores
que determinan la unidad procesal*

I. CONCEPTO DE “UNIDAD PROCESAL”

Se entiende por “unidad procesal” el trámite conjunto de investigación y juzgamiento penales independientemente del número de personas que intervienen en el delito o de la pluralidad de delitos, siempre y cuando guarden relación procesal o sustancial entre ellos (arts. 50 y 51 CPP).

La unidad procesal puede definirse como una garantía en virtud de la cual se adelanta una sola actuación, cuando se presenta la realización de varios delitos o una pluralidad de autores en uno o varios comportamientos reprochables penalmente. La pluralidad delictiva con determinados vínculos o participación en la realización del hecho delictuoso, con efectos en la determinación de la unidad procesal, tiene especial tratamiento dogmático en el derecho penal material e influye en el derecho procesal. Por esta razón, abordaremos el tema desde las dos perspectivas.

A. LA UNIDAD PROCESAL COMO GARANTÍA

Adelantar una actuación por cada delito cuando existe una pluralidad delictiva o en relación con cada persona cuando se presente coautoría o participación genera una multiplicidad de procesos y de intervención de varias autoridades judiciales competentes. Esta situación tiene incidencias graves frente a las garantías de prohibición de persecución penal múltiple y cumplimiento estricto de la cosa juzgada, entre otras. Por estas razones, la unidad procesal adquiere la connotación de garantía procesal, que permite cumplir varios fines del procedimiento, tales como los siguientes:

I. EVITAR LA SUMA ARITMÉTICA DE PENAS

Nuestra legislación penal trae unas reglas claras de dosificación punitiva, conforme a las cuales, en el caso del concurso de conductas punibles, el imputado queda sujeto a la pena establecida para la conducta más grave,

aumentada hasta en otro tanto. No podrá excederse la suma aritmética de las penas previstas para las conductas punibles investigadas.

Si frente al concurso de delitos se adelanta un proceso por cada comportamiento ilícito independiente del número de intervinientes, las reglas de dosificación punitiva del derecho sustancial no tendrían efectos útiles. La noción de unidad procesal soluciona este problema, porque garantiza que el condenado responda, en términos proporcionales, a la comisión de los delitos que le han sido imputados.

2. RESPETO AL PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

No resulta adecuado al texto constitucional (artículo 209 superior) y al artículo 17 CPP adelantar varias actuaciones cuando existen vínculos entre ellas, en los casos de conexidad o participación criminal, que permiten la concentración del rito procesal. El principio de economía procesal tiene rango constitucional. Su fuente es el artículo 209 superior, en el cual se consagra con claridad que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

3. EJERCICIO ADECUADO DEL DERECHO DE DEFENSA

La unidad procesal permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa. En efecto, si no fuera así, los implicados en un proceso penal necesitarían defensor o defensores para varias actuaciones, aun cuando entre ellas existan relaciones inescindibles que podrían desarrollarse en una sola investigación y un único juzgamiento. No tramitar tales casos en un mismo proceso afecta el artículo 29 superior, porque la defensa tendría que intervenir sucesiva o simultáneamente en los diferentes procesos.

Para ejercer adecuada, rápida y efectiva defensa técnica y material, es necesario unificar la actividad investigativa y de juzgamiento, para lo cual deben

aplicarse los criterios señalados por la garantía de la unidad procesal.

4. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Con la misma lógica según la cual no puede replicarse la defensa en actuaciones separadas que deberían estar unificadas, se concluye que la multiplicidad de procesos afecta los derechos de las víctimas. Estas deberán ejercer sus facultades en todas las actuaciones que adelanta la Fiscalía.

a. UNIDAD PROCESAL Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO (TEORÍAS NATURALISTAS Y NORMATIVAS)

Nuestra tradición procesal ha estudiado la unidad procesal como un fenómeno simplemente normativo, identificado teóricamente con el concepto de “objeto del proceso”. En efecto, el procedimiento penal comparado ha entendido que el elemento esencial del proceso penal es el *hecho* que debe imputarse.

No obstante, la noción de hecho puede tener un tratamiento jurídico que no está referido a un solo delito. El hecho puede estar constituido por varias acciones u omisiones y esa concurrencia de comportamientos (unidad) impide adelantar varias actuaciones por una misma conducta.

Los vínculos que pueden existir entre diferentes conductas reprochables penalmente hacen parte de la estructura del objeto del proceso, porque debe existir un hilo conductor durante la investigación y el juzgamiento para reconstruir la verdad histórica de los hechos y de esta manera lograr los fines del derecho a través de una actuación procesal unificada.

b. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA UNIDAD PROCESAL

La doctrina foránea considera que la unidad procesal es una garantía enmarcada en el contexto del debido proceso. El español MORENO CATENA anota al respecto lo siguiente:

El proceso penal, como instrumento a través del que se determinan y, en su caso, se castigan los delitos y las faltas, ha de iniciarse cuando aparezca una acción u omisión dolosa o imprudente penal por la ley (art. 10 CP), de tal forma que ha de ser regla general que para la averiguación y enjuiciamiento de cada hecho delictivo debe abrirse un procedimiento penal independiente: “cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario” (art. 300 LECrim); cada acción u omisión delictiva habría de dar lugar a un proceso penal y a un enjuiciamiento de la autoridad judicial competente. Esta es la consecuencia procesal de la evolución al derecho penal liberal, cuando pasó de ser Derecho penal de autor a convertirse en un Derecho penal del hecho.

La consecuencia es doble: en primer lugar, los hechos delictivos sólo pueden ser juzgados una vez; en segundo lugar, cada hecho debe ser objeto de un procedimiento, con independencia o separación de los demás posibles delitos que haya podido cometer un imputado^[726].

Así lo ha reconocido también la Corte Constitucional al considerar el principio de unidad procesal como una garantía para el procesado consistente en no ser sometido innecesariamente a una multiplicidad de juicios:

[...]

4.2.2. El principio de unidad procesal

La acumulación jurídica de penas guarda así mismo una estrecha relación con el principio procesal de *unidad del proceso* conforme al cual por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, independientemente del número de autores o partícipes. El mismo principio rige el fenómeno de la conexidad, lo que implica que los delitos conexos, es decir aquellos que conserven un vínculo, ya sea de naturaleza sustancial o procesal (finalístico, consecuencial, de modo, de tiempo o de lugar, etc.) de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 51 de la ley procesal, se investigarán y juzgarán conjuntamente y por ende serán objeto de una misma sentencia. Al respecto señala el artículo 50 de la Ley 906 del 2004:

Unidad procesal. Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente [...].

De tal manera que el principio de unidad procesal, incorpora la garantía para el procesado de ser sometido a un solo proceso, y por ende a una única sentencia, frente a fenómenos de conexidad, hipótesis amplia que abarca, entre otros, los eventos de concurso delictual. Así se deriva del numeral 2.º del artículo 51 de la Ley 906 del 2004, conforme al cual, uno de los eventos en que el fiscal o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento se decrete la conexidad y por ende la acumulación de procesos, es cuando: “se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar”^{727}.

II. MODELO NORMATIVO DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

El artículo 91 de la Ley 600 del 2000 ^{728} reguló la unidad procesal de forma similar a como lo hace el sistema procesal penal alemán^{729}. En este sentido, señaló que el competente para conocer hechos delictivos conexos será “el funcionario de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto”.

La norma también dispone que en aquellos casos en los que existan diversos servidores judiciales con la misma jerarquía, la competencia será asignada conforme al factor territorial (en forma excluyente y preferente), de la siguiente manera:

- Donde se haya cometido el delito más grave;
- Donde se haya realizado el mayor número de delitos;
- Donde se haya producido la primera aprehensión;
- Donde se haya proferido primero apertura de instrucción.

Los anteriores criterios fueron mantenidos en la Ley 906 del 2004. En esta normatividad se precisó que la conexidad podrá solicitarse cuando el fiscal

formula acusación ante el juez de conocimiento (art. 51 CPP). Debe aclararse que la referencia legal al estudio de la conexidad “al formular la acusación” indica que esa es la última oportunidad procesal para unificar las investigaciones de hechos punibles adelantados de manera separada o cuando se trata de participación criminal y las imputaciones y acusaciones en relación con las diferentes personas se efectuaron en momentos procesales diferentes. Dicho en otras palabras, al formular la acusación es la última oportunidad para decretar la unidad procesal. En conclusión, insistimos, no es la única ni la primera posibilidad para dar cumplimiento al mandato legal materia de estudio.

De conformidad con el artículo 51 CPP (Ley 906 del 2004), existe conexidad en los siguientes casos:

1. Cuando el delito haya sido cometido en coparticipación criminal;
2. Cuando a una misma persona se le impute la realización de más de un delito y bajo una misma unidad de tiempo y lugar;
3. Cuando a una misma persona se le impute la realización de varios delitos, uno de ellos cometido para ocultar o facilitar otros, o “con ocasión o como consecuencia de otro”; y, finalmente,
4. Cuando se imputa a una o más personas la comisión de uno o varios delitos “en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra”^{[1730](#)}.

Esta disposición incorpora dentro del concepto de “unidad” las siguientes categorías: (1) autoría y participación, (2) competencias especiales referidas al juez natural, (3) noción de fuero constitucional y legal y (4) conexidad.

La unidad procesal está determinada por las situaciones propias del derecho sustantivo de coautoría y participación criminal y la pluralidad de hechos punibles (conexidad). En el campo procesal resultan de importancia la noción de fuero y aquellas situaciones que no permiten tramitar las investigaciones y los juzgamientos en una sola unidad. A esta última situación del proceso se le conoce como “ruptura de la unidad procesal”, que establece el artículo 53 CPP.

El artículo 50 CPP no regula en toda su complejidad el fenómeno de la unidad

procesal. Debe destacarse, por ejemplo, la investigación unitaria de delitos internacionales. Allí existen exigencias probatorias impuestas desde el bloque de constitucionalidad, para efectos de cumplir con las obligaciones previstas en los diferentes convenios con otros países, que imponen realizar una investigación exhaustiva en relación con las violaciones de derechos humanos o indagaciones correspondientes a infracciones graves del derecho internacional humanitario (por ejemplo, elementos contextuales).

III. FACTORES QUE DETERMINAN LA UNIDAD PROCESAL

A. UNIDAD EN VIRTUD DE LAS CATEGORÍAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La doctrina reconoce la relación entre autoría y unidad procesal como una forma de conexidad de carácter subjetivo. Se trata de los casos que deben ser enjuiciados con un mismo procedimiento y decididos en una sola sentencia, cuando han sido cometidos por varias personas. Esta noción involucra distintos aspectos, como (1) la codelinuencia, (2) la participación criminal y (3) la intervención conjunta o concertación previa.

I. AUTORÍA

La discusión relevante sobre autores y partícipes en el derecho penal tiene una importancia trascendental para la estructuración de la unidad procesal. Esta distinción entre intervinientes permite estudiar varios matices, que dependen de la corriente dogmática acogida y de los nuevos supuestos de criminalidad internacional.

La teoría que suele aceptarse mayoritariamente y que incluso al parecer acoge el Código Penal colombiano es la denominada del “dominio del hecho”, expuesta por ROXIN en su ya legendaria obra sobre autoría y participación. Con todo, sus planteamientos han comenzado a ser removidos por la denominada

“teoría funcionalista de la intervención delictiva”^{731}. Para la teoría del dominio del hecho, autor puede ser el que domine directamente el acontecimiento delictivo (autoría directa), quien domine la voluntad de otro (autoría mediata) o quien frente a una obra conjunta ejerza un dominio funcional (coautoría). Para la teoría penal funcionalista, el objeto de diferenciación no debe ser ya un elemento fáctico como el dominio, sino que debe obedecer a criterios de competencia estrictamente normativos.

En este orden de ideas, la diferencia que se reclama modernamente es aquella entre delitos de organización y delitos de infracción de deber, donde lo importante es el incumplimiento de deberes generales de vida en sociedad o deberes especiales de mantenimiento de una institución relevante para la sociedad. En los delitos de infracción de deber, expuestos por ROXIN^{732} inicialmente y desarrollados luego por JAKOBS y su discípulo SÁNCHEZ-VERA^{733}, y que han sido discutidos y acogidos por la Corte Suprema de Justicia^{734}, autor es quien o quienes lesionen el deber especial (por ejemplo, los guardianes de prisiones que facilitan una fuga de presos). Por esta vía, queda relativizada la necesidad de la figura de la coautoría.

Por su parte, los delitos de organización se asemejan a los de dominio, expuestos por ROXIN. En éstos, tendrá que analizarse la importancia del aporte o contribución en la lesión de la norma para así determinar si se es autor, coautor o partícipe^{735}. Nótese que la diferencia referida entre los dos tipos de delitos ya no es cualitativa como enseña la doctrina tradicional, sino cuantitativa, según el peso y significado del aporte^{736}. Entonces, cuando se pueda advertir que hay unidad procesal por la existencia de autores paralelos o coautores, la investigación y el juzgamiento unificados deben prevalecer o cumplirse de manera estricta, bien sea en virtud de la teoría del dominio del hecho o de la concepción funcionalista.

Debe tenerse en cuenta que la moderna criminalidad ha puesto de relieve la necesidad de establecer criterios de imputación para otras formas de comisión criminal. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos o crímenes internacionales y de

criminalidad organizada (terrorismo).

2. PARTICIPACIÓN

La unidad procesal debe extenderse a todas aquellas personas que, de forma mancomunada, concurren en la comisión de un delito mediante una contribución objetiva en su realización. Aquí, una vez más, cobran especial importancia los criterios dogmáticos de autoría y participación y la tendencia que se acoja.

Si se está ante la teoría del dominio del hecho, deberá entenderse que la unidad procesal se predica de la conducta de quienes son partícipes -por no tener el pleno dominio del hecho en las formas tradicionalmente expuestas por esta teoría-. Allí se mirarán las figuras de participación como la complicidad, la instigación o determinación, etc. En este caso, el instigador o determinador y el cómplice aparecen en una unidad de acción que implica efectivamente la aplicación de la conexidad subjetiva.

Si, por el contrario, se acogen planteamientos funcionalistas, deben mirarse las contribuciones para saber si la entidad de los aportes permite aplicar las categorías de complicidad o participación, caso en el cual los sujetos, por la unidad establecida, deberán ser juzgados en un mismo proceso.

Es factible que puedan presentarse dificultades frente a los denominados *delitos de infracción de deber*, por cuanto en ellos, *prima facie*, no opera la participación delictiva. Como se dijo, siempre la intervención se da en calidad de autoría. No obstante, deberá estudiarse en detalle este tema, porque la doctrina ha abierto esa posibilidad frente a casos donde están combinadas las intervenciones entre *intraneus* y *extraneus*^{[\[737\]](#)}.

3. INTERVINIENTE

Esta figura realmente “soluciona” el problema de la comisión de un delito por parte de varias personas, cuya imputación exige un sujeto activo calificado. El interviniente no tiene justamente esa calidad, de tal manera que para efectos de la configuración de la unidad procesal deben concurrir el autor como sujeto

activo calificado y el interviniente con sus calidades particulares. Esto guarda especial relación frente a la participación de un sujeto *extraneus* en un delito especial. Significa que el hecho punible solo puede ser cometido por un *intraneus* y que cobra especial importancia en los delitos de infracción de deber.

Esta institución del Código Penal colombiano resulta entonces accesoria y se predica únicamente de los partícipes. Aunque consideramos que esta es la correcta interpretación de la categoría del interviniente, debemos dejar claro que este entendimiento no es pacífico en la doctrina y menos en la jurisprudencia colombiana, por ello en algunas decisiones se interpreta como una forma de coautoría^{738}.

Relacionado con lo anterior, uno de los interrogantes que han sido planteados es el que tiene que ver con la rebaja de pena. Si se entiende que es una figura de coautoría sólo parece procedente la rebaja correspondiente como interviniente, mientras que si se asume que se está ante una forma de participación, la rebaja deberá ser doble: por interviniente y por partícipe.

B. UNIDAD EN VIRTUD DE HECHOS PUNIBLES

Desde 1976, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia deslindó los conceptos de conexidad sustancial y conexidad formal o procedimental. La conexidad sustancial ocurre cuando existe un vínculo común entre los varios hechos punibles perpetrados. La conexidad formal o procesal se estructura cuando sin existir nexo sustancial entre los delitos, por razones de conveniencia o comunidad del medio probatorio, se justifica la investigación conjunta de los hechos punibles.

En relación con la conexidad, el artículo 52 CPP conserva casi la misma redacción de la anterior legislación^{739}. A pesar del profuso desarrollo legal de la figura de la conexidad, ésta tiene un contenido conceptual soportado en la evolución jurisprudencial y doctrinaria. La indeterminación inicial de la figura hizo que sus características básicas fueran estructuradas a partir del análisis de casos concretos. Tanto la jurisprudencia como la doctrina suelen hacer una

distinción entre la conexidad *sustancial*, que tiene como base cuestiones fácticas (formas de realización de los comportamientos delictuosos), y la conexidad *formal o procedimental*, justificada por razones prácticas, de economía procesal y conveniencia en la investigación.

La primera de ellas se refiere a la identificación de vínculos comunes en la realización de diversos hechos punibles. La segunda considera que por diversas razones, entre otras de celeridad y conveniencia en el desarrollo de los procesos, es aconsejable que los casos sean examinados de manera conjunta a pesar de que a primera vista no existan relaciones entre los hechos investigados y juzgados.

La ley procesal penal colombiana se sitúa en un modelo normativo para determinar el objeto del proceso. Lo anterior no quiere decir el abandono de las teorías naturalistas. La unidad procesal se enmarca en el contenido del artículo 50 CPP, cuyo tenor literal es el siguiente:

Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Los delitos conexos se investigarán y juzgarán conjuntamente. La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales.

I. CONEXIDAD MATERIAL O SUSTANCIAL

En esta modalidad se exige la concurrencia de dos supuestos fundamentales: (1) pluralidad de hechos punibles y (2) un elemento común entre ellos, un hilo conductor entre las varias infracciones^{[1740](#)}.

La línea jurisprudencial de la Corte Suprema sigue la antigua clasificación italiana que establece el modelo de conexidad, con base en los conceptos propios del finalismo. De ahí que se hablara de diversos episodios delictuosos caracterizados por una sola motivación finalista. Vale decir, todos ellos deben estar vinculados en un propósito final que los unifica.

Actualmente el intérprete debe recurrir a los elementos del concurso de hechos punibles, así como a la teoría de los actos copenados o las teorías de la

imputación, para comprender los fenómenos legales en los que interviene una pluralidad de autores y en esta forma analizar el tema de la conexidad. No obstante, y debido a la utilización actual de la antigua teoría, es necesario recordar que la clasificación italiana considera tres modelos:

a. CONEXIDAD TELEOLÓGICA

Se trata de actos delictivos ejecutados por una misma persona que están ligados por un nexo de medio a fin. Se suele afirmar a este respecto que existe una misma cadena finalística, por ejemplo: secuestro para cometer un acceso carnal violento. El fin último del autor es la comisión del acceso carnal violento.

b. CONEXIDAD PARATÁTICA

Corresponde a los casos en que existen dos cadenas finalísticas que coinciden en determinado momento y conservan su autonomía para lograr un fin único. Se trata, entonces, de aquellos casos en que se comete un delito para poder realizar otro -por ejemplo, cometer un delito de narcotráfico y meses después consignar el dinero para lavar activos.

C. CONEXIDAD HIPOTÁTICA

Es el caso de un delito cometido para ocultar o procurar la impunidad de otro, atendiendo a un móvil que unifica las dos cadenas. Por ejemplo, causar la muerte por venganza a un enemigo y luego matar al testigo presencial para que no declare ni haga el reconocimiento del autor. En este caso, el segundo delito puede ser cometido por persona diversa.

En decisiones relativamente recientes, la Corte Suprema de Justicia sigue esta clasificación tripartita al afirmar:

Los delitos conexos son aquellos que se encuentran estrechamente entrelazados, como ocurre cuando un punible se comete como medio para alcanzar un fin delictivo

(conexidad teleológica), por ejemplo, cometer un homicidio para realizar un hurto. También, cuando una conducta punible se comete para asegurar el producto de otra, v. g. cuando se lavan los activos procedentes de un delito de extorsión (conexidad paratáctica) [...] en aquellos casos en los que el segundo delito se comete para ocultar uno anterior, por ejemplo, cuando se causa la muerte al testigo de un acceso carnal violento (conexidad hipotáctica)^[741].

Esta misma decisión recalca que el fenómeno de la conexidad, en atención a los últimos ordenamientos procesales, presenta la siguiente clasificación:

En punto del tema de la conexidad resulta oportuno señalar que en los últimos estatutos procesales, esto es, el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 del 2000 y la Ley 906 del 2004, se ha establecido que en virtud del principio de unidad procesal por cada *“hechopunible”*, *“conductapunible”* o *“delito”*, respectivamente, *“se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes, salvo las excepciones constitucionales o legales”*^[742].

A su vez, en los mismos ordenamientos se establecen los supuestos en los cuales tiene lugar la conexidad: (i) Cuando el delito ha sido cometido en coparticipación criminal. (ii) Cuando se impute a una persona más de un delito realizado con unidad de tiempo y lugar. (iii) Cuando se impute a una persona la comisión de varios delitos realizados unos con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro. Y (iv) Cuando se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

De conformidad con esta línea jurisprudencial, se deben hacer las siguientes consideraciones:

- Cuando se presente una pluralidad de infracciones no es de la esencia de la conexidad el que las conductas punibles sean realizadas por un mismo sujeto. Puede haber conexidad delictual en infracciones ejecutadas por diversas

personas, como en los casos de determinación y dominio del hecho por aparatos organizados de poder.

- Para determinar la conexidad no es necesario que el vínculo esté señalado expresa o tácitamente en el tipo penal. Por ejemplo, la relación entre el concierto para delinquir y los delitos cometidos por la asociación delictiva.

- Así mismo, no es de la esencia de la conexidad, cuando hay una pluralidad de sujetos, el que las dos cadenas finales converjan, porque bien pueden contraponerse, como ocurre con el llamado “concurso recíproco” en el cual los dos sujetos se sitúan mutuamente en posición antijurídica.

- La conexidad sustancial también puede tener un fundamento “cronológico”, que se presenta cuando en un mismo contexto de acción se realizan varios hechos punibles, forma de conexidad que acogió el Código de Procedimiento Penal en el artículo 51.4 al señalar que ésta se presenta cuando entre los varios delitos existe “relación razonable de lugar y tiempo”^{743}. La modalidad de conexidad cronológica se entiende para actos que no se realizan en el mismo contexto de acción, pero que están estrechamente vinculadas en el tiempo y en el espacio^{744}.

Lo expresado se resume así:

a. Un mismo sujeto agente

- El vínculo final está dado expresa o tácitamente en el tipo (teleológico o consecuencial).
- El vínculo lo aporta el sujeto agente (programa unitario, conexidad ideológica, consecuencial y ocasional).

b. Pluralidad de sujetos agentes y de infracciones

- Dos cadenas finalísticas, predicables cada una de ellas de diferente sujeto, que convergen en una finalidad común (según la Corte, delitos coordinados: encubrimiento y delito encubierto).
- Dos cadenas finalísticas que se contraponen (concurso recíproco).
- Dos cadenas finalísticas que surgen eventualmente (coparticipación transitoria).
- Pluralidad de hechos, unidos entre sí por una misma cadena finalística que convierte los varios actos en un solo hecho punible (delito continuado, art. 31 par. C. P.)
- Cuando con uno o varios actos se lesionen bienes jurídicos cuya titularidad está en cabeza de diversas personas; es decir, cuando existe una considerable pluralidad de sujetos pasivos (delito masa, art. 31 par. C. P.).
- Cuando las situaciones están vinculadas en el tiempo y el espacio, aun cuando no sean realizadas en el mismo contexto de acción (conexidad cronológica).

2. CONEXIDAD FORMAL O PROCESAL

A diferencia de la sustancial, la conexidad formal o procesal no requiere como presupuesto la existencia de vínculos determinados expresa o tácitamente por el supuesto fáctico jurídicamente relevante. La Corte Suprema de Justicia ha aceptado la existencia de la conexidad procesal en los siguientes términos:

[...] es dable tener en cuenta que la denominada “conexidad procesal”, como lo ha venido considerando la Sala, es aplicable porque con ella se logran los fines de la conexidad ya indicados, que a no dudarlo favorecen al procesado; así lo reconoció la Corte en anteriores decisiones, que reitera en esta oportunidad, tales como la de diciembre 14 de 1976 (*Gaceta Judicial*, t. clii, segunda parte, pp. 873 a 875) y la de junio 4 de 1982, M. P.: Luis Enrique Romero Soto^{745}.

La reunión de investigaciones surge por razones de conveniencia y de simple economía procesal. Otras decisiones de la Corte Suprema reafirman esta noción al decir:

Se ha dicho por la doctrina que la conexidad procesal tiene su justificación por distintas razones y motivos y entre los argumentos más comunes encontramos los siguientes: a) la unidad de prueba, porque de manera general en los casos de concurso y participación, la misma prueba que sirve para demostrar el cuerpo de uno de los delitos, puede servir de base para los otros y así también, el medio de convicción que sirve para demostrar la autoría o responsabilidad respecto a uno de los partícipes, puede servir para probar la de los demás copartícipes; b) la economía procesal, porque es evidente que teniendo en cuenta lo expresado con anterioridad, la conexidad procesal evita la duplicación de esfuerzos investigativos, que serían de absoluta necesidad al tener que practicar muchas veces las mismas pruebas en los varios procesos que se adelanten^{746}.

Podemos ubicar dentro de esta modalidad de conexidad los siguientes casos:

Conexidad procesal	– Unidad de sujeto activo. – Comunidad del medio probatorio. – Unidad de denuncia. – Cuando en un mismo contexto de acción se realizan varios hechos punibles (<i>v. gr.</i>, un accidente de tránsito). – Cuando exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes (conexidad homogénea). Por ejemplo: vender terrenos a varias personas sobre un inmueble de uso público (art. 51.4 CPP).

En todos estos casos, como ya se afirmó, por razones de conveniencia y de economía procesal, etc., puede adelantarse conjuntamente la investigación y el juzgamiento sobre hechos punibles que no tengan relaciones sustanciales. La investigación y el juicio en virtud de infracciones ligadas por vínculos procesales es imperativa y, por consiguiente, su inobservancia puede generar nulidad cuando se afecten garantías procesales.

C. OTRAS FORMAS DE CONEXIDAD QUE EXIGEN EL

CUMPLIMIENTO DEL CONCEPTO DE “UNIDAD PROCESAL”

I. UNIDAD EN VIRTUD DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA NATURALEZA DE LOS DELITOS-PATRÓN DE CONDUCTA

El bloque de constitucionalidad impone una serie de obligaciones provenientes de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia a que hacen referencia los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como órgano autorizado de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, destaca que la investigación de violaciones de derechos humanos debe asumirse con toda seriedad, porque una actividad investigativa deficiente puede conducir a la impunidad.

En consecuencia, y para efectos de la unidad procesal, la necesidad de investigación de conductas violatorias de derechos humanos impone necesariamente atender la naturaleza del delito investigado. Si el delito comporta una infracción a los derechos humanos será necesario acudir a determinados instrumentos de investigación, como el Protocolo de Estambul de 1999 para la averiguación de torturas o el Protocolo de Minnesota de 1991 para el caso de las ejecuciones arbitrarias. Pero, además, si los delitos tienen un contexto específico que coincida con un patrón de realización o de ejecución se hace necesaria la investigación unitaria de todos los comportamientos reprochables penalmente.

En la sentencia que analizó el caso “Goiburú y Otros *vs.* Paraguay” (del 22.09.2006), la Corte Interamericana entendió que los crímenes contra la humanidad no son una categoría exclusiva del derecho penal internacional, sino que, según el voto razonado del juez CANDADO, en él confluyen el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. Un patrón de conducta de conformidad con esta decisión corresponde a aquellos delitos que

Son perpetrados por individuos pero siguiendo políticas estatales, con la impotencia, o

tolerancia, o connivencia, o indiferencia del cuerpo social que nada hace para impedirlos; explícita o implícita, la política de Estado está presente en los crímenes contra la humanidad, inclusive contando con el uso de instituciones, personal y recursos del Estado. No se limitan a una simple acción aislada de individuos alucinados. Son fríamente calculados, planificados y ejecutados.

Con base en ello, las conductas punibles que correspondan a dicho patrón deben ser investigadas y juzgadas conjuntamente dentro del marco conceptual de la unidad procesal.

2. CRÍMENES INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional también tiene implicaciones para la unidad procesal, porque es bien sabido que la primera obligación del Estado signatario del Estatuto es la represión de conductas constitutivas de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. En tal sentido, se trata de delitos que normalmente tienen un contexto especial de comisión que implica una investigación unitaria para el descubrimiento de elementos de sistematicidad o generalidad de la conducta.

La Corte Suprema de Justicia ha incorporado estos criterios a la interpretación de la Ley 975 del 2005 o Ley de Justicia y Paz. Por lo tanto, la unidad de investigación por crímenes internacionales debe tener en cuenta la noción de contexto, esto es, que en caso de crímenes de lesa humanidad deberán considerarse circunstancias especiales de macrocriminalidad, conforme a las cuales se infiera que es política de un estado o de un grupo cometer conductas que son constitutivas de la violación de derechos humanos. En caso de crímenes de guerra, se habla de un contexto de conflicto armado internacional o interno que obedece al sistema de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Por vía de ejemplo, la jurisprudencia del derecho penal internacional hace los siguientes requerimientos para crímenes de lesa humanidad:

El crimen de lesa humanidad requiere un elemento material conocido como

ataque sistemático o masivo. La noción de sistematicidad, como lo señala el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso “Blaskic”^{747}, extrae su especificidad de los medios empleados para la realización del delito y se deduce de la descripción de cada configuración en especial que proviene del derecho internacional consuetudinario. El carácter sistemático hace referencia a cuatro elementos:

La existencia de un objetivo de carácter político, de un plan o de una ideología para destruir, perseguir o debilitar una comunidad;

1. La perpetración de un acto criminal de gran amplitud contra un grupo de civiles o la comisión repetida y continua de actos inhumanos con un vínculo entre ellos;

2. La preparación y el uso de medios y recursos públicos o privados significativos, ya sean de carácter militar o de cualquier otra naturaleza;

3. La participación de autoridades políticas o militares de alto nivel (no necesariamente estatal) en la descripción o el establecimiento del diseño de un método que permita el desarrollo de actividades criminales^{748}.

En el caso “Bemba”^{749}, la propia Corte Penal Internacional interpretó el concepto de “ataque sistemático” o “masivo” de la siguiente forma:

1. La noción de “ataque a la población civil” requiere que los civiles en sentido amplio sean el objeto primario y directo de las represalias del grupo que ejecuta la acción, de tal manera que incluso en el marco de conflictos armados si la población civil se convierte en objeto directo de acciones militares o acciones criminales disfrazadas de operación bélica, el delito puede catalogarse como crimen de lesa humanidad. A estos efectos el fiscal debe probar que el ataque no se dirige a un grupo especial o aislado, sino a la población civil de forma indiscriminada^{750}.

2. La noción de “ataque” no se interpreta con los conceptos tradicionales del derecho internacional humanitario. Realmente el lenguaje genuino del Estatuto de Roma se refiere a una campaña u operación contra la población civil que implica un “curso de conducta”. Si, por ejemplo, las tropas ingresan a un poblado sin ningún tipo de resistencia, es factible adaptar este concepto.

3. La noción de “ataque directo” comprende dos elementos acumulativos, esto es, la comisión múltiple de actos contra los civiles, lo que excluye acciones incidentales o aisladas, y la política organizacional o estatal que implica el seguimiento de un esquema o patrón regular de actuación que no requiere que esté formalizado, es decir, lo que es opuesto a una situación espontánea o aislada.

4. La noción de lo amplio o generalizado reitera la temática de la multiplicidad de víctimas.

3. UNIDAD EN RAZÓN DE VÍNCULOS DE LAS VÍCTIMAS DE DIVERSOS HECHOS PUNIBLES

La sistematicidad y la generalidad de una conducta punible suele involucrar un número plural de víctimas en lo que se ha llamado “criminalidad de masa”. Por lo tanto, en este contexto, para favorecer los derechos de las víctimas resulta necesario acudir a la unidad procesal en virtud del bloque de constitucionalidad, toda vez que adelantar procesos separados por un hecho sistemático y generalizado tendría como efecto la divergencia o antagonismo en las decisiones que deben ser unitarias por la naturaleza misma del delito.

Respecto de la Ley de Justicia y Paz, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

Ciertamente la formulación de imputación es un acto de comunicación al desmovilizado sobre la existencia de una investigación por unos hechos jurídicamente relevantes que le atañen; en principio, conforme a la sistemática procesal de la Ley 975 del 2005 y los decretos reglamentarios, esa noticia especial debe comprender el universo de los hechos revelados y conocidos, porque el legislador ha previsto que obedezca a la descripción de todos los hechos confesados de forma completa y veraz, y de los que conozca dentro del ámbito de su competencia (artículos 17 Ley 975 del 2005, 5.º del Decreto 4760 del 2005 y 9.º del Decreto 3391 de septiembre 29 del 2006).

Bajo ese contexto el ordenamiento podría dar lugar a interpretar la imputación como única; sin embargo, en casos como el que se examina donde (i) previamente la Fiscalía

ha adelantado actuaciones tendientes a averiguar la verdad material y esclarecer las conductas punibles cometidas, conforme al mandato del artículo 4.º del Decreto 4760 del 2005 (ii) el desmovilizado ha rendido versión (iii) de donde le resultó posible hacer la inferencia razonable de autoría o participación, a juicio de la Sala procede formular imputación por esas conductas sin que tal proceder entrañe violación a las garantías fundamentales de los intervinientes o desconocimiento al debido proceso, porque la imputación parcial no lesiona los derechos de las víctimas:

En efecto, para las víctimas de los hechos ya reconocidas continuar el trámite de la actuación sin tropiezos les resulta a todas luces favorable, en la medida que habrá un rápido pronunciamiento sobre verdad y justicia, logrando por esa vía una efectiva reparación sin dilaciones.

Pero un obrar de esa manera tampoco desfavorece a las víctimas no reconocidas, porque la ampliación de versión en escenario separado, además de permitir su identificación y acceso a la actuación en condición de intervinientes, hace posible la plena garantía de los derechos que les asisten, incluso con menores dificultades en la medida en que el número de delitos a investigar y el de víctimas por reparar se reduce a los que en el futuro cercano se confesarán^[4751].

IV. OPORTUNIDAD PARA APLICAR LA UNIDAD PROCESAL

La regla general es que la unidad procesal surge de la naturaleza de la comisión delictiva al presentarse el fenómeno de la conexidad o de los supuestos de participación en la ejecución del hecho. En consecuencia, el fiscal debe aplicar estos factores en el momento de definir el marco de la investigación penal (programa metodológico), para evitar futuras nulidades, pero se presentarán casos en los cuales, debido a la dinámica propia del proceso, no es factible mantener dicha unidad; por esta razón las investigaciones pueden realizarse separadas, sin perjuicio de su unificación durante el trámite de indagación previa o investigación, o una vez se formule la acusación, como lo establece el artículo 51 del Código de Procedimiento Penal.

Lo dicho parte de una visión lógica del proceso penal y de la preservación de las garantías de los imputados, porque no puede entenderse que el fiscal caprichosamente construya procesos separados o independientes a partir de una pluralidad de imputaciones autónomas o referidas a diferentes objetos de investigación, cuando existen factores de unificación procesal por la vía de la conexidad o la participación desde el principio o iniciación de la investigación. En consecuencia, la Fiscalía tiene la obligación de mantener la unidad procesal como regla general.

La no conservación estricta y transitoria de la unidad procesal debe entenderse como excepcional y debida necesariamente a la dinámica de la actuación. Por ejemplo, cuando se trata de una pluralidad de autores y se captura a uno de ellos en flagrancia y en relación con otro es necesario declararlo en contumacia o persona ausente, se pueden hacer dos imputaciones sucesivas sin que ello implique ruptura de la unidad procesal, sino simplemente una separación de la audiencia de imputación (diligencias sucesivas dentro del mismo proceso) que se debe realizar para dar comienzo formal al proceso, pero que luego se unifica con la formulación de una sola acusación para respetar la unidad procesal. En otros términos, dentro de una misma investigación pueden realizarse varias audiencias de imputación dependiendo del número de delitos o partícipes, sin que esto signifique la existencia de varios procesos.

En estricto sentido pueden presentarse varios actos de imputación referidos a diferentes delitos conexos o a personas (autoría o participación), pero integrantes del mismo objeto de investigación, lo cual significa, como se anotó, que la imputación constituye una sola actuación compuesta en ocasiones por diferentes actos, que tienen por finalidad iniciar un proceso por delitos conexos o contra varios autores o partícipes. Lo anterior constituye simples adiciones a la imputación original para de esta forma conservar la institución de la unidad procesal. Los mandatos constitucionales de inmediación, oralidad, concentración y publicidad son aplicables a todas las audiencias preliminares.

El artículo 51 del Código de Procedimiento Penal no puede interpretarse en el sentido de que sólo a partir de la acusación se puede determinar si existe conexidad o participación criminal para dar cumplimiento a la institución

denominada “unidad procesal”. En nuestro entender, la institución mencionada se estructura, como ya se dijo, por razón de la naturaleza del hecho o los hechos, la forma de ejecución del comportamiento, la finalidad de la actividad delictuosa, etc. En consecuencia, la aplicación de la unidad procesal no requiere, por regla general, orden judicial de ninguna naturaleza.

En conclusión, la unidad procesal debe aplicarse a partir de las primeras diligencias investigativas (programa metodológico). Lo anterior significa, repetimos, que la última oportunidad para dar cumplimiento a la unificación procesal (conexidad, participación, etc.) tiene relevancia una vez es formulada la acusación, como mecanismo previo para programar una sola audiencia de juicio oral.

El artículo 51 CPP reemplazó simplemente a la institución jurídica denominada “acumulación”, que encontraba consagración en las anteriores legislaciones y se aplicaba después de la formulación de cargos para dar trámite a la etapa de juzgamiento.

V. CONCLUSIONES

La unidad procesal no es una institución diseñada caprichosamente por el legislador y desarrollada por la jurisprudencia, porque la importancia radica en que su desconocimiento origina una persecución penal múltiple innecesaria. Esto es: varias causas contra un indiciado, aspecto que genera violación de derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho de defensa.

La unidad procesal surge, *prima facie*, de los hechos naturalísticamente considerados. Es decir: (1) conforme a su realización, (2) a las finalidades que persigue el autor, (3) a la forma de participación, etc. Esto obliga a diseñar correctamente el programa metodológico, en el cual debe tenerse en cuenta la pluralidad de conductas delictuosas y a todas las personas que han participado en su ejecución.

Los aspectos sustanciales del derecho penal tienen incidencia en la conformación de la unidad procesal; por ejemplo, lo relacionado con las teorías de la autoría y la participación, dominio del hecho, funcionalismo, aparatos

organizados de poder, etc.

La noción de unidad procesal no solo atiende a las figuras de la conexidad, participación criminal, razones de conveniencia probatoria, economía procesal, etc., sino también factores constitucionales, la naturaleza del delito, patrones de conducta, crímenes a la luz del derecho penal internacional, vínculos de las víctimas en relación con determinados hechos punibles, etc.

La conexidad sustancial y procesal tiene pleno desarrollo en la aplicación de la unidad procesal desde el inicio de la actividad investigativa, con lo que se busca evitar decisiones contradictorias y la violación de derechos fundamentales. La unidad procesal tiene fundamento en una interpretación conforme a la Constitución.

El mandato del artículo 51 CPP, en cuanto ordena determinar si existe conexidad o participación criminal, a partir de la formulación de acusación, debe entenderse como última oportunidad para reconocer la existencia de la unidad procesal, la cual debe operar desde la iniciación investigativa.

CAPÍTULO SEGUNDO

Ruptura de la unidad procesal

I. ASPECTOS GENERALES RELATIVOS A LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL

A. ACTOS QUE CONFORMAN UNA DETERMINADA ACTUACIÓN PROCESAL

La unidad procesal no constituye un fin en sí misma, sino que atiende a la preservación de las garantías constitucionales anotadas en el capítulo anterior. Por estas razones la unidad procesal no requiere declaración judicial, porque se entiende que la Fiscalía debe reconocer los factores de conexidad que incluye la pluralidad de delitos, como también la coautoría y participación (artículo 51 numeral I CPP), que la obligan a adelantar una sola actuación desde el momento en que inicia la investigación previa. No es otra la interpretación que debe darse al artículo 50 CPP, el cual establece que los delitos conexos se investigarán y juzgarán en un solo proceso de igual forma que cuando se presenta participación en la realización del hecho punible, salvo las excepciones constitucionales y legales.

Es necesario precisar que una actuación procesal puede realizarse mediante la ejecución de diferentes actos (de investigación, postulación o decisorios), sin que dicha circunstancia desconozca la institución jurídica denominada *unidad procesal*. Por ejemplo, frente a la existencia de conexidad de varios comportamientos delictuosos o la actividad de varias personas en su ejecución, pueden realizarse imputaciones sucesivas según las circunstancias en que se desarrolle la investigación, sin que esto signifique ruptura de la unidad procesal; simplemente, como ya se dijo, son actos procesales que conforman una sola actuación (imputación) y constituye presupuesto para formular una sola acusación, en cuyo momento se integran todos los actos de imputación. En otros términos, pueden realizarse varias audiencias de imputación sin que se altere el debido proceso, como también es posible aclarar, adicionar o complementar mediante varias audiencias preliminares (art. 50 CPP) la imputación inicial, sin que estos signifique violación de garantías constitucionales. Por el contrario, la

forma de realizar las actuaciones procesales mencionadas protege la unidad procesal.

Sin embargo, la disposición citada regula dos instituciones complementarias de la unidad procesal. Esto es: (1) la ruptura procesal de dicha unidad y (2) la nulidad de las actuaciones cuando la Fiscalía, sin atender a los criterios de conexidad, desconoce la mencionada institución con claro detrimento de las garantías de los imputados o acusados.

Cuando no se aplica o se desconoce la unidad procesal, el artículo 51 CPP faculta al juez para que, por solicitud de la Fiscalía o de la defensa, defina la conexidad con los criterios que establece la disposición, en el momento de la formulación de la acusación. En otras palabras, si un fiscal llega al momento procesal de la acusación sin la investigación unificada, es decir, formula varias acusaciones por uno o varios delitos conexos o contra una pluralidad de personas de manera independiente, a pesar de ser coautores o partícipes de un mismo hecho o de varios comportamientos, con base en claros criterios de protección de las garantías (en especial el ejercicio del derecho de defensa y el derecho de contradicción probatoria) el juez debe decretar la unificación de la actuación procesal para realizar una sola audiencia de juzgamiento (antes se denominaba “acumulación de procesos”).

Ahora bien: existen casos en que por expresa disposición legal se autoriza la ruptura de la unidad. Por ejemplo, cuando la ley prevé distintos jueces naturales, o cuando hay terminación anticipada de un proceso en relación con una persona o un delito, o cuando la dinámica procesal impide adelantar un solo procedimiento unificado. A este fenómeno se le conoce como *ruptura de la unidad procesal*.

B. LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL: CONTROL JUDICIAL

El reconocimiento de la unidad procesal, como ya se dijo, no requiere pronunciamiento judicial, porque se estructura en virtud de consideraciones materiales, procesales o por aplicación de la Carta Política. Debe admitirse sin

embargo, que el juez de conocimiento debe determinar la existencia de la unidad procesal, cuando recibe y estudia acusaciones plurales que estén amparadas o cumplan los requisitos exigidos para mantener la institución mencionada (unidad procesal). Cosa distinta ocurre con su ruptura, porque la unidad procesal es un verdadero derecho que se erige para garantizar principios como la justicia, evitar contradicciones en la investigación y el juzgamiento (decisiones) y proteger derechos como la igualdad, la defensa y el debido proceso. Su ruptura puede implicar la posible afectación de derechos fundamentales, no solo del procesado, sino también de las víctimas y de los demás intervinientes en el proceso.

La ruptura de la unidad procesal se puede presentar: (1) como consecuencia de la naturaleza de ciertas decisiones judiciales que necesariamente impiden continuar con una actuación procesal unificada (sentencia anticipada); y (2) cuando sin existir ninguna decisión que implique la ruptura de la unidad procesal es necesario separar las actuaciones -por ejemplo, cuando uno de los autores o partícipes goza de fuero constitucional, caso en el cual debe hacerse pronunciamiento expreso.

En los casos en que una decisión judicial inaplique la ruptura de la unidad procesal o, más exactamente, se mantenga la unidad de investigación y juzgamiento, debe entenderse que el juez realiza un control tácito sobre su viabilidad, sin necesidad de un pronunciamiento expreso. Dicho de otra forma, la unidad procesal no exige pronunciamiento expreso, salvo cuando se formula pluralidad de acusación conforme al artículo 51 CPP. Por el contrario, la ruptura de la unidad requiere pronunciamiento expreso o puede ser la consecuencia de una determinada decisión -por ejemplo, acusar por un solo delito existiendo conexidad.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del principio de reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales. En efecto, el máximo tribunal constitucional ha advertido en diversas ocasiones que únicamente los jueces están facultados para afectar (de manera grave o intensa) los derechos fundamentales:

Por medio del acto Legislativo 03 del 2002 el Constituyente optó por afianzar el

carácter acusatorio del sistema procesal penal colombiano, estructurando a la Fiscalía General de la Nación como una instancia especializada en la investigación de los delitos y estableciendo que, como regla general, las decisiones que restringen los derechos constitucionales de los investigados e imputados son tomadas por los jueces y tribunales^[1752].

Tanto las excepciones contenidas en el artículo 250 de la Carta, que básicamente se refieren a algunas limitaciones de derechos constitucionales por parte de la Fiscalía derivadas de la obtención de elementos materiales probatorios y evidencia física, allanamientos, interceptación de comunicaciones, registros y eventualmente la captura e injerencias leves, como las demás decisiones que tengan la potencialidad de afectar los derechos fundamentales en el proceso penal deben ser autorizadas o controladas judicialmente, lo cual incluye la declaratoria de ruptura de la unidad procesal.

En consecuencia, el fiscal tiene que solicitar al juez correspondiente que se pronuncie sobre la legalidad de la ruptura de la unidad procesal. Se pedirá al juez de conocimiento cuando tal ruptura se presenta durante la audiencia de acusación o después de ella, o cuando se origina por aplicación parcial de la preclusión en cualquier etapa. A su turno, se solicitará evaluar la ruptura de la unidad procesal al juez de control de garantías cuando se presenta antes de la audiencia de imputación y durante ella e incluso durante la etapa de investigación (audiencias preliminares).

Por las razones anteriores consideramos que lo ideal para el trámite de un proceso penal es que un mismo juez de control de garantías intervenga en todas las decisiones que puedan afectar los derechos fundamentales, o al menos que exista coordinación entre los diferentes funcionarios que intervienen. La anterior afirmación exige que al momento de presentar la imputación se le comunique al juez de garantías que existen otros comportamientos cometidos (conexos) o posible concurrencia de partícipes, que no se incluyen en dicho acto de postulación, y se debe aportar las razones de esa determinación, con el fin de que en cualquier momento se pueda adicionar la imputación si el trámite procesal lo permite.

En conclusión, la ruptura requiere control o pronunciamiento expreso (depende de cada caso) porque el desconocimiento de dicha institución jurídica puede generar nulidad en caso de que exista violación de derechos fundamentales, lo cual obliga a los jueces a determinar si se presenta dicho quebranto; de esta forma se da cumplimiento al artículo 25 de la Ley 1285 del 2009, que obliga a realizar control permanente a la actuación procesal cada vez que se agote una determinada etapa.

– MOTIVACIÓN DE LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL

El fiscal no solo debe informar de la existencia de la ruptura de la unidad procesal, sino que está obligado a exponer en detalle los motivos por los cuales se produjo, e incluso a ofrecer las evidencias que respalden su decisión en la audiencia en la que se resuelva cualquier acto de postulación y se presente la ruptura mencionada (según el estado de la actuación procesal) para que el juez correspondiente se pronuncie sobre su legalidad y, de no encontrar la ruptura conforme a derecho, tome los correctivos necesarios, según sea el caso, tal como se explicará más adelante.

En efecto, del artículo 53 CPP se infiere lo siguiente:

– Que el principio de la unidad procesal no es de carácter absoluto: admite la posibilidad de que se investiguen y fallen *por separado* hechos punibles conexos o que, en el caso de intervención de varias personas en la comisión del hecho punible, se indague de forma independiente la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes, a pesar de tratarse de la misma conducta ilícita^{753}.

– Las excepciones al principio de la unidad procesal aparecen determinadas en el ordenamiento jurídico. El citado artículo 53 CPP permite clasificar las excepciones conforme a los siguientes criterios:

1. La condición personal de los intervinientes;
2. Por nulidad parcial del proceso;
3. Por decisiones que ponen fin al proceso antes del fallo definitivo y no incluye todos los delitos o personas;

4. Por aplicación del principio de oportunidad y justicia restaurativa cuando no incluye todos los delitos o personas;

5. Cuando después de la acusación se advierta la existencia de otros delitos o partícipes;

6. Cuando por la complejidad de los hechos es imposible adelantar el proceso unificado, tal y como ocurre con mecanismos de justicia transicional como la priorización y selección.

C. RUPTURA POR INVESTIGACIONES QUE CORRESPONDAN A JURISDICCIONES ESPECIALES

La jurisdicción es un imperativo de obligatorio acatamiento debido a la distribución que hace la Constitución para cumplir la función de administrar justicia. Nuestra Carta permite que cierta categoría de personas tenga sus propias autoridades judiciales, específicamente los militares, los pueblos indígenas y la jurisdicción de paz (arts. 221, 246 y 247 superiores). En consecuencia, puede darse el caso de delitos conexos o intervención de personas cuya investigación y juzgamiento correspondan a distinta jurisdicción y, por lo tanto, no puede mantenerse la unidad procesal.

La anterior situación está consagrada en el artículo 53.1 CPP en los siguientes términos:

Cuando en la comisión de un delito intervenga una persona cuyo juzgamiento esté atribuido a una jurisdicción especial.

Esta disposición se relaciona con la competencia que se deriva de ciertas jurisdicciones *en virtud del factor subjetivo*, es decir, por la calidad o condición de las personas que han infringido la ley penal. Obsérvese que la disposición no se refiere de modo alguno a la competencia de ciertas jurisdicciones especiales en virtud del factor objetivo (naturaleza del hecho). Dentro de este tipo de situaciones se encuentran:

I. JURISDICCIÓN INDÍGENA

El artículo 30 de la Ley 906 del 2004 establece, dentro de las excepciones a la jurisdicción penal ordinaria, la comisión de delitos ejecutados por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, y los asuntos de los cuales conozca la jurisdicción indígena. El fundamento constitucional de la excepción -jurisdicción indígena- ha sido interpretado por la Corte Constitucional a partir de un derecho colectivo y ancestral que les permite a estas personas un derecho individual a mantener su singularidad frente a la cultura dominante^{754}.

De conformidad con la Corte Constitucional, la jurisdicción indígena habilita una especie de fuero que obliga al intérprete a romper la unidad procesal, en consideración de tres variables: (1) el delito cometido conforme a la condición cultural del indígena o factor personal; (2) el lugar de la comisión o factor territorial y (3) la afectación de personas o bienes que pertenecen a la comunidad indígena.

2. JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

En este caso el funcionario debe atender la condición del delito especial, esto es, que la comisión u omisión corresponda al militar que, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, comete un delito. La interpretación de los requisitos mencionados surge de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional: según las altas corporaciones la ruptura de la unidad procesal en este caso implica un examen del factor subjetivo, la especialidad del delito y su estrecha relación con el servicio^{755}. Recientemente se promulgó el Acto Legistaltivo 02 del 2012, que establece algunos aspectos necesarios para estructurar el fuero militar, ya precisados.

D. RUPTURA POR RAZÓN DEL FUERO (CONSTITUCIONAL Y LEGAL)

El ordenamiento constitucional y legal establece competencia especial para la investigación y el juzgamiento de ciertas personas que ocupan determinados cargos, lo cual implica la variación de la competencia ordinaria, bien por razón exclusivamente del cargo o por la función que desempeña.

En estos casos ordinariamente se rompe la unidad procesal para dar aplicación estricta al juez natural, por razón del cargo o funciones que ejerce la persona sometida a investigación o juzgamiento.

I. FUERO CONSTITUCIONAL

En nuestro ordenamiento no son excepcionales los casos en que es forzoso romper la unidad procesal por razones de orden constitucional, como aquellos en que uno de los copartícipes debe ser juzgado conforme a lo previsto en el artículo 174 superior. En este supuesto, ni siquiera el legislador podría ordenar el mantenimiento de la unidad procesal. Los juicios que se adelantan ante el Congreso, como presupuesto de procesabilidad para que la Corte Suprema de Justicia adquiera competencia, tienen carácter eminentemente político. Resultaría inadmisibles que un ciudadano particular fuera sometido a un juicio de responsabilidad de tal naturaleza^{756}.

De conformidad con el artículo 53.1 CPP, también hay lugar a la ruptura de la unidad procesal cuando alguno de los autores o partícipes tiene fuero constitucional para su investigación o juzgamiento. Por ejemplo: el magistrado de tribunal que realiza una conducta punible con la colaboración de un particular. El magistrado será juzgado por la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del fiscal general de la Nación, en tanto que el particular se someterá a las normas ordinarias de la competencia.

a. CONGRESISTAS

Tampoco se conserva la unidad procesal cuando alguno de los intervinientes en el delito no puede ser investigado por la Fiscalía General de la Nación. Por ejemplo, un congresista que realice un comportamiento punible en coautoría con

una persona que carezca de esta investidura.

Incluso la forma en que se concibe el fuero (congresistas) implica la ruptura de la unidad procesal cuando una persona que no ha tenido la calidad de congresista y se encuentra investigada pasa a ostentar tal calidad. Piénsese que un ciudadano cometió un hecho antes de ser elegido congresista. Al incorporarse al Senado de la República o a la Cámara de Representantes adquiere fuero pleno, lo que obliga, en caso de ser necesario, a la ruptura de la unidad procesal. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

El factor foral con que la Constitución ampara a los congresistas de la República, significa, desde la perspectiva de su protección personal, que en tanto estén vinculados a la actividad legislativa solo puedan ser investigados y juzgados por ésta corporación, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina el proceso judicial. Desde el punto de vista de la protección del órgano, el fuero los sigue amparando si se trata de hechos cometidos en o por razón de la función^[1757].

Conforme al párrafo del artículo 235 constitucional, cuando el congresista cumple el período respectivo y no es reelegido o por cualquier otra razón hace dejación del cargo, la competencia privativa de la Corte Suprema de Justicia se conserva en la medida en que el comportamiento investigado guarde relación con la función que desempeñaba como congresista. Las decisiones recientes sobre este tópico dejan en claro que el fuero se conserva a pesar de la dejación o la renuncia al cargo, siempre que exista vínculo entre el rol funcional y el comportamiento investigado, como ya se dijo.

El fuero constitucional permite diferenciar la investigación y el juzgamiento de los congresistas en relación con otros funcionarios, como se precisa a continuación:

El numeral 2 del artículo 235 superior establece fuero pleno para los congresistas durante el tiempo que desarrollen la actividad en el Senado o la Cámara de Representantes. En otros términos, el fuero pleno se otorga por razón del cargo que desempeñan, independientemente de que el delito que se investigue haya tenido ocurrencia antes de la posesión como congresista o no

guarde relación con la función, conforme a la Constitución Política.

La relación funcional, o sea el vínculo entre el delito y el ejercicio de la función, es importante para determinar la competencia una vez se haya hecho dejación del cargo, conforme lo determina el parágrafo del artículo mencionado. La Corte Suprema de Justicia tiene competencia para investigar, acusar y juzgar, o sea, aplica un sistema inquisitivo, lo cual constituye una excepción al sistema acusatorio.

b. OTROS FUNCIONARIOS

El artículo 235 de la Constitución enumera el fuero para otros servidores públicos pero dentro del marco del sistema acusatorio, porque es la Fiscalía la que adelanta la investigación y formula la acusación, y la Corte Suprema de Justicia realiza el juzgamiento.

2. FUERO LEGAL

El artículo 35.1 CPP regula el rompimiento de la unidad procesal cuando en la comisión de un hecho punible interviene una persona amparada con fuero legal y un particular. En este caso debe demostrarse la condición de servidor público al que, por razón de su cargo o función, se le reconoce que tiene fuero frente a la justicia penal (por ejemplo, jueces, viceprocurador, etc.).

Esta competencia se mantiene aún después de que el funcionario ha hecho dejación del cargo, cuando el delito que se investiga guarda relación con la función.

E. RUPTURA POR IMPOSIBILIDAD DE DESCUBRIR O IDENTIFICAR A TODOS LOS AUTORES DENTRO DE UN PLAZO QUE PERMITA REALIZAR UN SOLO PROCESO

Si uno de los intervinientes en la conducta punible es identificado sólo en la etapa de juzgamiento o cuando la actuación procesal está adelantada hasta tal

punto que es imposible suspender el proceso para poner en un mismo nivel la actuación procesal en relación con todos los vinculados legalmente, es necesario romper la unidad procesal, teniendo en cuenta los derechos de las personas que están siendo investigadas o juzgadas. En estos casos debe tenerse en cuenta si la falta de identificación de un partícipe obedece a una omisión del fiscal, para determinar la procedencia o no de la nulidad.

En consecuencia, si no es posible investigar y fallar conjuntamente la pluralidad de comportamientos, se hace necesario romper la unidad procesal (art. 53.5 CPP), porque la situación de los vinculados no podría quedar en suspenso mientras se investiga la conducta del copartícipe. Esta temática ya ha sido recogida por la Corte Suprema de Justicia en relación con los anteriores ordenamientos procesales, al afirmar:

El hecho mismo de que la ley admita excepciones al principio de la unidad procesal está indicando que éste no es un principio inflexible y que, por lo tanto, la omisión del mandato contenido en el artículo 167 del ordenamiento procesal no vulnera la estructura del proceso, ni quebranta ritualidades de imperativo cumplimiento, ni desconoce derechos fundamentales de las partes. La unidad procesal no opera, por ejemplo, en los casos en que uno de los procesados tenga fuero (art. 30 inc. 2.º CPP) [de conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal, se mantiene la unidad cuando figure como procesado persona que goce de fuero legal]; cuando al proferirse enjuiciamiento o sobreseimiento definitivo haya motivos para temer la existencia de otros copartícipes (art. 482); cuando con posterioridad al auto de proceder o al sobreseimiento definitivo se hagan cargos contra otra persona; cuando la tramitación contra los distintos sindicados deba separarse por haber sido alguno llamado a juicio y otro u otros sobreseídos temporalmente; cuando entre los copartícipes en delitos cuyo juzgamiento corresponda al jurado de conciencia no todos ellos sean imputables^[4758] [el Decreto 1861 de 1989 suprimió el jurado de conciencia].

Si se presenta escrito de acusación o se adopta decisión que de manera anticipada ponga fin a la actuación procesal, pero subsisten serios motivos para inferir que otras personas no identificadas hasta ese momento participaron en la

realización del hecho, el fiscal o el juez de conocimiento deben tomar las medidas conducentes para que se investigue este comportamiento. No puede suspenderse la actuación procesal aduciendo que deben estar identificadas todas las personas que intervinieron en la comisión de un ilícito. Por esta razón, lo pertinente es que el fiscal asuma la competencia de manera separada para la búsqueda y obtención de elementos materiales probatorios o información tendientes a lograr la individualización e identificación de las demás personas involucradas^{759}.

Si se formula imputación y no ha podido individualizarse o identificar un partícipe, no se rompe la unidad procesal porque durante el término previsto para formular acusación puede vincularse a ese posible partícipe, con adición de la imputación inicial (audiencia preliminar) o con la realización de otra audiencia de la misma naturaleza. Si llegado el momento de formular acusación no se ha identificado alguno de los partícipes, se rompe la unidad procesal.

F. RUPTURA POR RAZÓN DE PROCEDIMIENTOS DIFERENTES

I. SISTEMA ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

De conformidad con el artículo 144 de la Ley 1098 del 2006, el procedimiento aplicable a los adolescentes que cometen hechos punibles es el previsto en la Ley 906 del 2004, en cuanto a las reglas especiales de procedimiento definidas para la investigación y el juzgamiento que no afecten los derechos de los menores. En ningún caso se aplicarán las normas ordinarias de procedimiento contrarias al interés superior del adolescente. Desde este punto de vista, el condicionar la aplicación de un determinado procedimiento por razón de una determinada especialidad impide adelantar un solo proceso para todos los partícipes, aplicando integralmente el procedimiento ordinario, cuando en el hecho intervienen menores entre 14 y 18 años de edad, presuntamente

comprometidos como autores o partícipes de conductas delictivas^{760}.

2. PROCEDIMIENTOS ANTE

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Como se advirtió, una persona que ha cometido el delito en coautoría o participación con un servidor que ostenta fuero constitucional no puede ser juzgada por el mismo procedimiento. El trámite que adelanta el Congreso de la República es privativo para los servidores aforados que establece al artículo 174 de la Constitución Política.

3. PROCEDIMIENTO PENAL

DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ

La Ley 975 del 2005 establece una competencia especial para investigar y juzgar los delitos cometidos por los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, para lo cual ha dispuesto la necesaria postulación del gobierno para ser juzgado por dicho procedimiento especial. En consecuencia, la unidad se rompe cuando se trate de la investigación de delitos que no se hayan cometido por razón de pertenecer a un grupo organizado o en relación con dicha organización.

G. RUPTURA POR RAZÓN DE CIERTAS DECISIONES

I. POR ARCHIVO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

La facultad de la Fiscalía de archivar diligencias, establecida en el artículo 79 CPP, puede decretarse sobre una actuación en la que exista una pluralidad de personas o de delitos. Si esta decisión se toma en relación con una persona o con un solo delito, no se conserva la unidad procesal.

2. CUANDO NO SE FORMULA ACUSACIÓN POR

TODOS LOS DELITOS INVESTIGADOS O EN CONTRA
DE TODOS LOS AUTORES O PARTÍCIPIES

La obligación del fiscal es realizar la correspondiente acusación cuando los elementos probatorios o la evidencia física permitan hacer una inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado. Ahora bien: si después de la acusación surgen otros partícipes, no es factible sostener la unidad procesal (ruptura por no poderse realizar acusación integral). Esto quiere decir, como ya se sostuvo, que el fiscal puede hacer imputaciones separadas antes de presentar escrito de acusación, como cuando se captura en flagrancia a uno de los partícipes de una conducta punible y luego se captura a los demás, y después se incluye a todas las personas o todos los delitos en el escrito de acusación; en este caso no existe alteración al debido proceso porque se respetó la unidad procesal.

Si por la dinámica del proceso se hicieron imputaciones separadas por delitos en relación con los cuales deba aplicarse el principio de unidad procesal (separación transitoria) no puede afirmarse que es procedente la ruptura de la unidad procesal, porque todas las imputaciones pueden incluirse en un solo escrito de acusación. La misma regla debe aplicarse cuando se radican imputaciones sucesivas contra personas que han participado en la comisión de uno o varios delitos. La ruptura prevista en la legislación solo es posible cuando la acusación no comprende todos los delitos o todos los partícipes -por ejemplo, cuando por razón de una pluralidad de investigaciones se formulan varias acusaciones cuando ha debido conservarse la unidad procesal-. Si el momento procesal permite que los procesos se unifiquen por el juez de conocimiento, no puede entenderse que se haya roto definitivamente la unidad procesal (art. 51 CPP).

Ordinariamente cuando hay una pluralidad de acusaciones el desarrollo de los procesos no es idéntico en estos eventos, el juez de conocimiento puede suspender una de las actuaciones por un término razonable, para lograr la unificación. Por ejemplo, se realiza lectura de acusación en un proceso y en otro solo se ha fijado fecha para dicha lectura. En este caso es factible tomar una

determinación que permita respetar el principio de unidad procesal suspendiendo transitoriamente una de las actuaciones procesales. Cuando no es factible aplicar ninguna regla que haga posible conservar la unidad procesal, se entiende que se presentó el caso materia de estudio, o sea la imposibilidad de unificar el proceso.

3. CUANDO SE PROFIERE DECISIÓN QUE ANTICIPADAMENTE
PONE FIN AL PROCESO Y ÉSTA NO COMPRENDE TODOS LOS
DELITOS O TODOS LOS PROCESADOS (ALLANAMIENTO
A LA IMPUTACIÓN, ACUERDOS, PRECLUSIÓN
Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD)

Con la aceptación parcial de los cargos endilgados en la audiencia de formulación de imputación (art. 287 CPP) o en la audiencia de presentación de la acusación (art. 339 CPP), se rompe la unidad procesal y se separan las actuaciones. La ruptura no se produce con el fallo de condena anticipada sino con el respectivo allanamiento, dado que a partir de la aceptación de los hechos se sigue un trámite diferente para la investigación y el juzgamiento.

También se presenta ruptura de la unidad procesal como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 CPP), de los mecanismos de justicia restaurativa (arts. 522 y 523 CPP), de la preclusión de procedimiento (art. 331 CPP) y por razones de los acuerdos, cuando las instituciones mencionadas no se aplican en relación con todos los delitos conexos o con todos los partícipes en las conductas reprochables penalmente.

La unidad procesal se rompe cuando uno de los imputados se allana a la imputación. Ahora bien: cuando el allanamiento a la imputación no es aprobado, se impone la necesidad si fuere posible de la reconfirmación de la unidad procesal en la audiencia de acusación o en la audiencia preparatoria o antes si fuera posible, según sea el caso. A esta conclusión llegó la Corte Suprema de Justicia:

Como se recuerda, el Juzgado 49 Penal Municipal de control de garantías dispuso el rompimiento de la unidad procesal ante la aceptación libre y voluntaria de los cargos

por parte de [...], pero después, cuando la Fiscalía se presentó al juzgado de conocimiento para que dictara sentencia, la acusada se retractó de la aceptación, y el juzgado avaló su decisión, retornando el procedimiento a la fase investigativa. Por ello, la Fiscalía, en la audiencia preparatoria de la actuación adelantada contra [...], solicitó la unificación de las investigaciones, siendo su petición atendida favorablemente por el juez.

Para la Corte es claro que la Fiscalía, ante el rompimiento de la unidad procesal y la posterior desaparición de la causa que dio origen a esta situación, podía intentar el reagrupamiento de los procesos, acudiendo para ello a la figura de la competencia por conexidad, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 51 del estatuto procesal, con el fin de asegurar el adelantamiento de un solo juicio y la realización de los principios de unidad procesal, concentración probatoria, eficiencia del procedimiento y eficacia de la justicia^[761].

La misma regla se sigue en los casos de preacuerdos y aplicación del principio de oportunidad, cuando dichas figuras jurídicas no son aceptadas por el juez que tenga la competencia para el respectivo control.

4. CUANDO SE DECRETE NULIDAD PARCIAL DEL PROCESO QUE OBLIGUE A REPONER LA ACTUACIÓN EN RELACIÓN CON UNO DE LOS IMPUTADOS O UNA DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES (ART. 53.2 CPP)

El pronunciamiento de nulidad parcial al que nos referimos aquí no afecta la situación jurídica de otras personas que hayan sido vinculadas legalmente. Piénsese, por ejemplo, en el caso de celebrarse la audiencia de formulación de acusación y en desarrollo de ella se advierte que uno de los acusados es menor de 18 años o que tiene fuero para el juzgamiento: no sería lógico repetir la actuación procesal respecto de todas las personas, incluyendo aquellas que fueron debidamente vinculadas y a quienes se les garantizaron adecuadamente todos sus derechos en el trámite procesal. En este caso, se recalca que la ruptura

de la unidad como consecuencia de la nulidad parcial de la actuación procesal sólo es procedente cuando no se afecta el derecho a la defensa de los imputados contra quienes es factible continuar la actuación procesal. En caso contrario debe invalidarse integralmente la actuación procesal. Lo anterior en aplicación del principio general de que no es posible romper la unidad cuando son afectadas las garantías constitucionales (art. 50.2 CPP).

Debe entenderse que la nulidad parcial sólo afecta el trámite en relación con uno de los partícipes o con uno de los delitos; por ejemplo, cuando la audiencia de imputación se hace conjuntamente o por separado y a una de las personas indiciadas no se le permite la asistencia de la defensa técnica, en este caso la violación del derecho fundamental de esa persona no puede extenderse a quienes concurren asistidos por un profesional del derecho.

Cuando el error o la irregularidad pueden corregirse por mecanismos diferentes de la nulidad no es procedente invalidar la actuación procesal. Por ejemplo, cuando se formula la acusación por delitos conexos y sólo se presentan argumentos jurídicos que apuntan a demostrar los requisitos para acusar en relación con uno de los comportamientos ilícitos, no es procedente declarar la nulidad: basta con que el juez de conocimiento devuelva el pliego de cargos con el fin de que se complemente y de esta forma garantizar el debido proceso.

II. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA DECRETAR LA RUPTURA

A continuación expondremos lo relacionado con la oportunidad procesal para decretar la ruptura de la unidad procesal:

- La ruptura de la unidad procesal puede presentarse antes de la imputación como consecuencia de archivo, preclusión o aplicación del principio de oportunidad.

- También puede reconocerse en la audiencia de imputación cuando inicialmente dicha actuación no comprende a todos los autores o partícipes. Normalmente, el juez de control de garantías tiene los mecanismos para que pueda darse aplicación a la unidad procesal cuando existan coautores o

partícipes de las conductas investigadas. Por ejemplo, a través de las figuras de la declaratoria de contumacia o de persona ausente. Sin embargo, podrá decretar la ruptura a efecto de evitar que se dilaten los términos procesales y se perjudiquen las personas a las que ya se les hizo la imputación. En estos casos, el juez de garantías, para aceptar imputaciones parciales o tomar la decisión que considere adecuada, debe realizar juicio de proporcionalidad. Como se dijo, cuando formula la imputación el fiscal tiene la obligación de anunciar la existencia de otros posibles partícipes o de otros delitos y aportar las razones por las cuales no hace la imputación integral.

- Cuando sea ostensible la existencia de cualquier forma de conexidad delictual o concurrencia de personas en el hecho delictuoso y el fiscal no haga la manifestación correspondiente, el juez de garantías ante la omisión del fiscal de presentar todos los hechos posiblemente delictuosos puede requerir al ente acusador para que corrija el acto de postulación (imputación).

- La ruptura es procedente asimismo después de la imputación. Puede darse como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad o de la preclusión. También se presenta ruptura cuando se formula la acusación, y dicha actuación no comprende todos los delitos o todas las personas a quienes se hizo la imputación.

- Durante el juzgamiento es posible el rompimiento, si se configura cualquier causal que extinga la acción penal en relación con un delito. También cuando haya aceptación de cargos o cuando uno de los coacusados adquiere fuero pleno, como cuando alguien es electo para el Congreso de la República.

III. DINÁMICA DEL PROCESO Y DECISIONES DEL FISCAL QUE NO IMPLICA RUPTURA

Conforme a lo anterior y a manera de conclusión, debe afirmarse que el trámite investigativo y de juzgamiento debe someterse a reglas generales para dar cumplimiento al debido proceso, pero no significa que deba desarrollarse bajo un esquema estrictamente formal e idéntico en todos los casos en que intervienen la Fiscalía y los respectivos jueces. Lo anterior significa que pueden presentarse

situaciones que no tienen exactamente una respuesta normativa, pero que deben solucionarse de acuerdo con una interpretación conforme a la Constitución para respetar el derecho de acceso a la justicia y la prelación del derecho material sobre el derecho procedimental.

Este enunciado debe aplicarse teniendo en cuenta que el trámite procesal implica una dinámica que en algunas situaciones no permite realizar actos de postulación uniformes para todos los casos de investigación por parte de la Fiscalía, lo cual significa que puede presentarse una aparente ruptura transitoria de la unidad procesal.

Por efectividad de la investigación y siempre que no signifique afectación de derechos fundamentales, es posible la separación transitoria de los procedimientos en relación con uno de los delitos conexos o con una de las personas que han intervenido en su realización; esta circunstancia no significa ruptura de la unidad procesal. Dicha actuación o determinación es de competencia de la Fiscalía. Piénsese, por ejemplo, en imputaciones sucesivas contra la misma o diferentes personas; en solicitudes de medidas de aseguramiento separadas, por motivos procesales que impiden tomar las decisiones de manera unificada; en estos casos le corresponde a la Fiscalía unir la actuación con la presentación de un solo escrito de acusación, lo que permite concluir que no hubo alteración al debido proceso porque no fue desconocida la unidad procesal.

Lo que exige la institución de la unidad procesal es la existencia de un solo proceso y en consecuencia una sola sentencia y no actuaciones unificadas en relación con todos los partícipes o con todos los delitos conexos durante el trámite de la investigación.

A. FUNCIONARIOS COMPETENTES PARA DECRETAR LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL

I. COMPETENCIA DEL JUEZ DE GARANTÍAS

En algunos casos, cuando la ruptura de la unidad procesal se realiza antes de la

acusación (allanamiento a cargos) y afecta cualquier derecho de las víctimas, de los indiciados o imputados, debe intervenir el juez de garantías, quien es competente para determinar, previo juicio de proporcionalidad, que la actuación procesal no continúe unificada, salvo que se trate de preclusión, cuya competencia está radicada en el juez de conocimiento.

Si la ruptura obedece a la decisión de archivo de diligencias (art. 79 CPP) por uno de los delitos investigados o en relación con uno de los partícipes, el juez de garantías podrá hacer el control: (a) en la primera audiencia que realice en relación con cualquiera de las personas o los delitos que no quedaron incluidos en la decisión de archivo; (b) por solicitud de cualquier indiciado que no haya sido favorecido con la providencia adoptada por el fiscal, con base en el artículo 79 CPP; (c) por solicitud del ministerio público. Lo anterior no excluye el control sobre la decisión de archivo, que exige un procedimiento diferente (solicitar la revocatoria del archivo, y si no procede, solicitar control por parte del juez de garantías).

Si la ruptura obedece a imputaciones parciales, el juez de garantías debe ser informado de las razones por las cuales no se incluyeron todos los delitos o partícipes.

En otros términos, el juez de control de garantías no puede circunscribir el control que le autorizaron la Constitución y el Código de Procedimiento Penal a las actuaciones propuestas por el fiscal como principales, sino que debe extender su competencia a todas las materias que guardan relación con el objeto de la audiencia y evitar de esta forma rupturas de la unidad procesal de manera irregular. De no proceder así, puede generar nulidad, cuyo control se realiza con base en lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009.

2. COMPETENCIA DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

El rompimiento de la unidad procesal es una decisión que corresponde al juez de conocimiento. Tal rompimiento ocurre cuando se decreta la preclusión parcial en relación con un delito o con uno de los indiciados o imputados por aceptación de los acuerdos, o cuando la ruptura obedece a cualquier otra causa y se presenta

durante la etapa de juzgamiento. Debe aclararse que el allanamiento no exige en este momento procesal la intervención del juez de garantías. Por el contrario, en relación con el principio de oportunidad como forma de romper la unidad procesal, siempre interviene el juez de garantías porque es el funcionario a quien se le atribuyó la competencia constitucional para tal fin (art. 25o C. N., inc. 1.º).

3. COMPETENCIA DEL FISCAL

El fiscal puede romper la unidad procesal en la etapa de investigación sólo (a) en los casos en que ordene compulsar copias para investigar otro delito o partícipe y (b) cuando en una misma denuncia están vinculadas personas aforadas a quienes se atribuye el comportamiento en concurso con personas no aforadas.

4. ROL FUNCIONAL DE LOS FUNCIONARIOS EN LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL

En resumen, la ruptura de la unidad procesal exige control por parte de los jueces (garantía o conocimiento) y una determinada carga argumentativa por parte de la Fiscalía para que precise por qué no mantiene la unidad procesal. Los funcionarios tienen las siguientes obligaciones:

a. El fiscal debe presentar razones jurídicas en las audiencias de imputación o acusación, cuando no realiza los actos de postulación de manera conjunta en relación con todos los delitos o con todos los coautores o partícipes.

b. Los jueces de control de garantías o de conocimiento deben estudiar las razones por las cuales el ente acusador no conservó la unidad procesal, y en caso de que el fiscal no haya hecho la manifestación o explicado las razones para haber hecho imputaciones o acusaciones separadas, el funcionario judicial debe requerirlo para conocer su criterio.

c. Si la ruptura requiere pronunciamiento expreso, por ejemplo, porque uno de los indiciados tiene fuero constitucional o no se pudo identificar a alguno de los posibles partícipes, la determinación la debe tomar el juez de garantías o de conocimiento e incluso el fiscal, dependiendo del momento procesal en que deba

hacerse la ruptura.

d. Si el archivo de las diligencias preliminares no comprende a todos los indiciados o a todos los delitos el control se realiza por parte del juez de garantías en la primera actuación o acto de postulación que ejecute el fiscal en contra de cualquiera de las personas o delitos que no quedaron incluidos en la decisión de archivo o lo puede solicitar directamente alguno de los imputados ante el juez de control de garantías en la primera actuación que realice dicho funcionario en relación con quienes no hayan sido incluidos en el archivo.

Si el control se pretende en relación con la decisión de archivo que haya incluido a todos los partícipes o delitos, debe anteceder decisión o pronunciamiento mediante el cual la Fiscalía se abstuvo de revocar dicho pronunciamiento.

IV. EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL

A partir de la ruptura de la unidad procesal, las actuaciones que resulten de la separación ordenada conservan total autonomía o independencia aun cuando haya vínculos en los hechos conexos o entre partícipes en el comportamiento ilícito. El rompimiento de la unidad no implica que desaparezcan las circunstancias que inicialmente permitían fundamentar la unificación de la investigación o juzgamiento.

La autonomía de cada proceso debe cumplirse de manera estricta, lo cual significa que las decisiones que se adopten en uno de ellos no pueden extenderse a las actuaciones procesales en otro proceso. En consecuencia, puede ocurrir que en uno de los procesos se decrete la nulidad, por razones que pudieran aplicarse al otro proceso; en este caso, la ineficacia de la actuación sólo compromete el proceso donde se produjo la decisión y no puede afectar la investigación que fue separada; en caso de pretender extenderla, dicho pronunciamiento carece de validez. En otros términos, pretender que los efectos de la nulidad proferida en cualquier proceso se extiendan a otra actuación sería aceptar que existe competencia extensiva que desconoce al juez natural. Si así se procede, la actuación a la cual se le da valor en otro proceso es ineficaz. En este sentido se

pronunció la Corte Constitucional^[762].

El fundamento de la nulidad es claro: producida la ruptura, cada servidor público circunscribe su órbita de actuación o competencia a la investigación o el juzgamiento que le fue asignado, sin que pueda extenderla al desarrollo del otro proceso. No importa que en él se hubieren producido vicios de invalidez, porque el reconocimiento de éstos es del ámbito exclusivo del funcionario a quien se le asignó dicha actuación procesal.

V. COMPETENCIA PARA CONTINUAR LA INVESTIGACIÓN O EL JUZGAMIENTO Y PRÓRROGA DE COMPETENCIA

Un punto que debe estudiarse con mayor detalle es el referente a la variación de la competencia cuando la unidad procesal se rompe por alguno de los motivos tratados en este capítulo. Como se dijo, si se estructura la unidad procesal, bien sea por la existencia de un único delito en cuya ejecución han participado varias personas o porque existen factores de conexidad en cualquiera de sus formas, se deben seguir las reglas de competencia establecidas en el artículo 52 CPP:

Artículo 52. Competencia por conexidad. Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación.

Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal de circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquel.

Sin embargo pueden existir variaciones de la competencia atribuibles a la ruptura de la unidad procesal. Debe aclararse que las posibles variaciones no se presentan para todos los casos de ruptura sino que dicha circunstancia obedece a

ciertas reglas generales que deben tenerse en cuenta y que se exponen a continuación.

A. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL Y VARIACIÓN DE COMPETENCIA EN LA ETAPA DE JUICIO

Pueden presentarse casos que, una vez iniciada la audiencia de acusación, tengan como consecuencia la ruptura de la unidad procesal. Esto ocurre, por ejemplo, cuando uno de los delitos conexos ha prescrito o cuando en relación con un solo comportamiento se aplica principio de oportunidad. Eventualmente, puede presentarse una variación de la competencia del funcionario que venía conociendo del juzgamiento. Para ello es necesario tener en cuenta las siguientes reglas:

1. Si se está en la etapa de juicio y el trámite procesal comprende dos delitos conexos, en el evento en que el delito de menor nivel desaparezca porque ha prescrito o se ha otorgado principio de oportunidad, no existe variación de competencia, ya que el delito que le otorga la competencia al funcionario permanece. Por ejemplo, si se presentó escrito de acusación por los delitos conexos de homicidio doloso (competencia de los jueces penales del circuito) y hurto de menor cuantía (competencia de los jueces penales municipales) y antes de iniciar la audiencia de juicio oral se concede el principio de oportunidad por el delito de hurto, pese a que existe una ruptura de la unidad procesal, la competencia no varía porque el delito de homicidio sigue siendo de competencia del juez de mayor jerarquía.

2. Si se está en la etapa de juicio y el proceso se adelanta por dos delitos de diferente competencia y está conociendo, como es lógico, el funcionario de mayor jerarquía (art. 52 CPP), al presentarse la ruptura de la unidad procesal, siempre que el delito de menor jerarquía no desaparezca, como ocurre cuando se llega a un acuerdo con la Fiscalía o se presenta una aceptación de cargos por dicha infracción (delito de menor jerarquía), el proceso debe continuar en cabeza del funcionario de mayor nivel por el delito más grave, en relación con el cual no se presentó solicitud de terminación anticipada. El proceso por el delito de

menor entidad será remitido al juez inferior a quien le esté atribuida la competencia para que conozca del trámite propio del preacuerdo o de la aceptación de cargos. En este caso existe, por lo tanto, variación de la competencia pero sólo respecto del delito de menor entidad. Por ejemplo, piénsese que después de la audiencia de lectura del escrito de acusación en un proceso en el cual se está debatiendo el delito de homicidio en su modalidad dolosa (asignado a los jueces penales del circuito) y por conexidad el delito de abuso de confianza (competencia de los jueces penales municipales). Si la Fiscalía y el acusado llegan a un acuerdo sobre el delito de menor entidad, existe claramente una ruptura de la unidad procesal porque la celebración del preacuerdo implica que el delito de abuso de confianza seguirá un trámite distinto por ser una forma anticipada de terminación del proceso. En consecuencia, el juez penal del circuito mantendrá la competencia frente al delito de homicidio y remitirá al juez penal municipal el proceso por el delito de abuso de confianza para que dicte sentencia.

3. Si se adelanta juzgamiento por delitos conexos de competencia de diferentes jueces y desaparece el hecho punible atribuido al funcionario de mayor jerarquía, este funcionario puede seguir conociendo del comportamiento de menor entidad, por razón de la prórroga de competencia autorizada por el artículo 55 CPP, siempre que no haya declaratoria de incompetencia por parte del respectivo juez o por solicitud de algunos de los intervinientes, porque al no presentarse alguna de estas circunstancias se entiende que tanto el funcionario como las partes aceptan dicha competencia, sin que se genere nulidad (prórroga de competencia).

B. RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL Y VARIACIÓN DE COMPETENCIA EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

En la etapa de investigación no son aplicables las reglas de variación de competencia propias de la etapa de juicio, explicadas en el aparte anterior, debido a que los preceptos que regulan la competencia de los jueces no son aplicables a la Fiscalía General de la Nación, porque la división de trabajo

existente dentro del ente investigador obedece a razones administrativas y no legales. No existe norma que establezca cuál es la competencia funcional de los fiscales locales, delegados ante los jueces penales del circuito, especializados, delegados ante los tribunales o ante la Corte Suprema de Justicia. De hecho, todos los fiscales son delegatarios del fiscal general de la Nación. La única excepción se presenta frente a los aforados, ya que existen normas constitucionales o legales que les otorgan a ciertos fiscales competencia para la investigación de los delitos cometidos por las personas conforme a lo establecido en el numeral i del artículo 251 superior modificado por el Acto Legislativo 06 del 2011 (factor subjetivo).

Desde el punto de vista territorial tampoco existe división de competencias, porque el artículo 45 CPP establece que “El fiscal general de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional”.

En este orden de ideas, si se presenta una ruptura de la unidad procesal en la etapa de investigación, no existe disposición legal que obligue al fiscal a variar su competencia y enviar, por ejemplo, la actuación a un fiscal que cumple funciones ante jueces de mayor o menor jerarquía.

Sin embargo, frente a las normas de organización administrativa del ente acusador, un fiscal debe enviar el proceso a quien corresponda dentro de la jerarquía administrativa que exista en la Fiscalía. Pero en caso de no hacerlo, tal circunstancia no genera nulidad por incompetencia, ya que el único deber que corresponde a la Fiscalía es presentar la acusación ante el juez competente, con excepción, se insiste, de investigaciones que tengan una asignación de competencia especial por el factor subjetivo (aforados).

En consecuencia, si se investigan delitos conexos de competencia de diferentes jueces -municipal y circuito (homicidio y lesiones personales)- y se reconoce la inexistencia de cualquiera de las infracciones a través de la preclusión, el fiscal que está adelantando la respectiva actuación procesal puede seguir realizando el trámite correspondiente sin que tal circunstancia constituya nulidad. Sin embargo, como se dijo, según las normas de organización interna de la Fiscalía General de la Nación el fiscal de menor nivel debe enviar el proceso al superior correspondiente, pero solo como una distribución de trabajo de origen

administrativo y no por la existencia de una incompetencia legal.

Sobre este punto ha manifestado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

En el nuevo Ordenamiento la Fiscalía como sujeto procesal, titular de la acción penal se encuentra regulada, entre otras normas, por la Ley 938 de 2004, que determina su estructura y el marco de actividad de los funcionarios que la integran, tanto que la defensa igualmente cuenta con su propia regulación normativa, específicamente la que corresponde al defensor público, de acuerdo con la Ley 941 de 2005 que organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública, en el evento en que el imputado carezca de recursos económicos para sufragar los gastos que demanda la defensa técnica.

De suerte que cada una de las partes e intervinientes tiene un régimen que le es inherente y que regula el campo de su función, pero que, por lo general, está por fuera de la actividad procesal desarrollada al interior de la contienda, esto es, del proceso.

En consecuencia, no es posible que la definición de competencia, prevista para determinar el juez natural cuando el mismo está en disputa, sea utilizado para seleccionar al fiscal investigador, sino que es exclusiva para los jueces. De la misma manera, cuando se vulnera el principio del juez natural en el trámite del juzgamiento, con trascendencia en la estructura del proceso o de las garantías de las partes, el mecanismo procesal de saneamiento idóneo es la nulidad. Pero ésta no es la institución adecuada para discutir si el fiscal o el defensor eran o no los indicados para intervenir en la actuación, sino que ello envuelve un problema propio del rol que desempeña cada sujeto procesal.

A ese respecto el artículo 2° de la Ley 938 de 2004, del título que el Legislador denomina “De las competencias”[,] señala:

“Las funciones de la Fiscalía General de la Nación se realizan a través del fiscal general, vicesfiscal y fiscales delegados, para lo cual, se conformarán unidades de fiscalías delegadas.”

A su turno, el artículo 7° de la misma ley, ubicado dentro del mismo título, determina la

forma en que se definen los conflictos administrativos de competencia suscitados entre fiscales o unidades:

“Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, corresponde al fiscal general de la Nación, los directores de fiscalías y los fiscales a quienes se les asigne la función de jefes de unidad:

I. Dirimir los conflictos administrativos entre las unidades de fiscalías bajo su autoridad y las de sus inferiores jerárquicos en el ámbito de su competencia.”

Desde luego, con la excepción de lo mandado para los funcionarios que ostentan fuero constitucional, quienes de acuerdo con el numeral 4° del artículo 235 de la Carta Política, solamente pueden ser investigados y acusados por el fiscal general de la Nación o por los fiscales delegados ante la Corte (Acto Legislativo n.º I del 2012); siendo los restantes justiciables susceptibles de ser investigados y acusados, tanto por el fiscal general de la Nación como por sus delegados, designados de conformidad con la reglamentación propia de la Fiscalía y discutible al interior de dicha institución, sin que los desacuerdos o inconformidades que se susciten en torno de tal designación puedan comprometer el proceso penal, que, de acuerdo con los principios de la Ley 270 de 1996, debe regirse por la celeridad y la eficiencia; sin menoscabo también del derecho de defensa^{763}.

VI. MECANISMO PARA SUBSANAR LA RUPTURA ILEGAL DE LA UNIDAD PROCESAL: NULIDAD

El inciso 2.º del artículo 50 CPP establece que la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad. Sin embargo, considera la posibilidad de incurrir en vicios que afectan la validez del proceso por violación de las garantías constitucionales^{764}. Con base en el marco normativo de las nulidades en caso de rompimiento irregular de la unidad procesal, tendría que invalidarse la actuación procesal por violación del debido proceso, violación del derecho de defensa o violación del principio de juez natural.

Consideramos que se rompe ilegalmente el principio de la unidad procesal en las siguientes hipótesis:

- Investigación y juzgamiento por separado de delitos conexos;
- Investigación y juzgamiento de delitos no conexos dentro de un mismo proceso;
- Evidente falta de vinculación de copartícipes conocidos.

A. INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO INDEPENDIENTE DE DELITOS CONEXOS

Para una mejor interpretación de esta problemática, deben distinguirse tres hipótesis:

1. Si existe conexidad y las investigaciones se adelantan por separado, generalmente no procedería la nulidad a pesar del quebrantamiento del principio de la unidad procesal, porque en este caso existe un mecanismo para corregir el desvío sin necesidad de acudir a la solución extrema de la invalidez de la investigación: “La defensa en la audiencia preparatoria o antes podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores” (parágrafo del artículo 51 del CPP) o el juez de conocimiento puede proceder de oficio.

Sin embargo, hipotéticamente pueden presentarse casos en que el desconocimiento de la unidad en la investigación afecte el derecho de defensa, especialmente cuando se trata de concurrencia de personas en la comisión del hecho punible. Por ejemplo, evidencias contradictorias en los dos procesos, en uno de los cuales la defensa no pudo interrogar o controvertir la prueba porque no tiene legitimidad para intervenir en dicha actuación procesal.

2. Cuando no sea posible realizar el juicio conjuntamente por los varios delitos, porque uno de ellos está en la etapa de investigación y el otro en la audiencia del juicio oral y se acredita la violación de una garantía constitucional. La actuación procesal estará viciada de nulidad si se demuestra que en el juicio que se adelanta de manera separada se quebrantaron garantías constitucionales del acusado. Por esta razón, la declaratoria de nulidad es excepcional.

En presencia de las circunstancias que se dejan señaladas, es necesario

decretar la nulidad de la actuación procesal que se encuentre en la etapa de juzgamiento, para realizar el juicio conjunto de los varios delitos y evitar que se afecten garantías constitucionales.

Si las actuaciones por las dos conductas punibles se encuentran en la etapa del juzgamiento ya no es posible decretar la nulidad de uno de los procesos, porque se aplica el párrafo del artículo 51 CPP, tal y como ya se señaló. En nuestro concepto, la aplicación de la norma que se acaba de citar es pertinente a partir de la audiencia de lectura de acusación y hasta antes de que se inicie el juicio oral (artículo 51 CPP).

3. La Corte Suprema de Justicia reconoce, en punto de definición de la competencia por conexidad, que no es procedente la ruptura de la unidad procesal por el factor territorial y, por lo tanto, un juez que conoce de un asunto ejecutado en el lugar donde tiene competencia también es competente para estudiar otros delitos realizados fuera de su territorio, si existe entre ellos conexidad. Por lo tanto, cuando se estén adelantando investigaciones y juicios en diferentes lugares conforme a la competencia territorial, por delitos que deberían tramitarse en una misma actuación procesal por ser conexos, (1) si están en etapa de investigación, deberán remitirse según las reglas de competencia a un solo fiscal para que adelante la investigación; y (2) en caso de estar el proceso en etapa de juzgamiento, es factible aplicar el mencionado párrafo del artículo 51 CPP; en consecuencia, la defensa puede solicitar la unidad procesal en la audiencia preparatoria y antes que se inicie el juicio oral. Finalmente, si ya se ha iniciado el juicio oral es posible decretar la nulidad de lo actuado (parte del juicio) si se comprueba que con el juzgamiento independiente de los delitos conexos se están afectando garantías constitucionales. Estas decisiones pueden ser adoptadas oficiosamente por el juez de conocimiento.

B. INVESTIGACIÓN Y FALLO CONJUNTO DE DELITOS NO CONEXOS

El principio general nos indica que por cada delito debe adelantarse un solo proceso, con independencia del número de autores o partícipes (art. 50 CPP),

principio que también se aplica cuando son cometidas varias conductas punibles unidas entre sí por vínculos de conexidad (art. 51 CPP). Si en un mismo proceso se investigan y fallan varios delitos que no están ligados por vínculos de conexidad, se viola el principio de la unidad procesal al extenderlo a hipótesis no previstas en la ley.

Con base en la anterior legislación, la Corte Suprema de Justicia consideró que existía nulidad por violación de las formas propias del juicio cuando se investigaban y fallaban delitos no conexos en un mismo proceso. En efecto, tal como lo afirma la jurisprudencia actual, la conexidad se predica cuando los delitos aparecen vinculados por una relación esencial o cuando la conveniencia procesal aconseja la necesidad de investigarlos y fallarlos en un mismo trámite procesal, para asegurar, entre otras cosas, la unidad de dicho proceso, la economía del procedimiento, una adecuada dosificación de la posible pena y evitar decisiones contradictorias, como pudiera ocurrir en casos como el delito continuado, delito masa o cuando exista conexidad de las conductas reprochables.

El funcionario debe atender a la vinculación intrínseca (o propósito delictual) por las razones sustanciales o procesales anotadas, de tal manera que puede presentarse violación del debido proceso cuando, por ejemplo, se vinculan conductas realizadas en diversos tiempos por un mismo autor que no presenten relación de ninguna naturaleza.

La actuación procesal es potencialmente nula cuando el fiscal acumula investigaciones y acusa por conductas punibles no entrelazadas por vínculos sustanciales, en situaciones tales que dificulte el derecho de defensa, por ejemplo, porque el manejo conjunto de la audiencia por hechos que no guardan ninguna relación haría más gravosa la situación del acusado. No obstante, si la investigación y el juzgamiento integral de los delitos, por una parte, y el reparto de la competencia, por otra, no quebrantan garantías del procesado, queda sin fundamento alguno la declaratoria de nulidad. En estas situaciones se desconoce el principio de la unidad procesal, pero no es posible decretar la nulidad de lo actuado porque eventualmente la investigación conjunta de conductas punibles no conexas ordinariamente favorece al procesado. En consecuencia, debe

aplicarse el inciso 2.º del artículo 50 CPP: “La ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales”.

C. FALTA DE VINCULACIÓN AL PROCESO DE COPARTÍCIPIES CONOCIDOS

Conforme al artículo 50 CPP, la nulidad por desconocimiento de la unidad procesal sólo es procedente cuando concurren dos presupuestos: (1) la ruptura de la unidad procesal en casos no previstos en la ley y (2) la violación de garantías constitucionales^{765}.

En nuestra opinión, en ciertas hipótesis *excepcionales* es posible declarar la invalidez de lo actuado cuando se deja de vincular al proceso a partícipes plenamente identificados. A modo de ejemplo, señalaremos algunas pautas de orientación, para determinar en qué casos sería procedente la declaratoria de nulidad^{766}.

I. CREACIÓN DE EXCEPCIONES

Quedó visto en anterior oportunidad que las excepciones al principio de unidad procesal están taxativamente señaladas en el estatuto de procedimiento penal y que, por ende, al funcionario judicial no le es permitido crear nuevas excepciones. Separar la investigación de un copartícipe en la conducta punible cuando está plenamente identificado es introducir una excepción al principio de la unidad procesal, en contradicción del mandato del artículo 50 CPP.

2. MENOSCATO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE NO VINCULADOS AL PROCESO

La vinculación tardía de un indiciado al proceso genera nulidad por violación del derecho a la defensa, porque, por una parte, se afecta gravemente la oportunidad para controvertir el material probatorio o las evidencias que recauda el fiscal y,

por otra, se desconoce el tiempo razonable para preparar la defensa (art. 8.i CPP). Lo anterior tiene plena aplicación en esta hipótesis, porque a partir del momento en que la persona está identificada, el fiscal tiene la obligación de permitir a la defensa que conozca las diligencias o la investigación, sin que la defensa pueda pedir descubrimiento integral de las diligencias que se han practicado, ya que con tal descubrimiento puede obstruir la labor investigativa del fiscal.

De manera enunciativa, puede presentarse quebranto de garantías constitucionales en los siguientes casos:

a. Dificultad para aplicar el artículo 62 CP sobre comunicabilidad de circunstancias. En algunos casos la comunicabilidad de circunstancias personales o materiales entre los copartícipes exige comprobación dentro de un mismo proceso, para que tengan relevancia jurídica y desarrollo adecuado las previsiones del artículo en mención.

Hacer investigación para cada uno de los copartícipes por separado puede implicar en ciertos casos una limitación del derecho a la defensa del copartípite excluido y, en otros, la aplicación de una norma que no corresponda estrictamente a la realidad probatoria. Veamos: Pedro quiere matar a su hermano Diego, para lo cual contrata a Juan. Si se investiga y juzga conjuntamente la responsabilidad de los copartícipes, Juan contaría para su defensa, entre otras, con las siguientes prerrogativas: (1) demostrar que no participó; (2) comprobar la inexistencia de parentesco entre Pedro y Diego; y (3) demostrar que pese a la existencia del parentesco, no tenía conocimiento de esa circunstancia.

Si la investigación para cada autor se hace por separado y el proceso contra Pedro termina con sentencia condenatoria como determinador del homicidio agravado (art. 104. 1 C. P.), antes de tomar cualquier decisión de fondo en el proceso que en forma independiente se adelanta contra Juan, se presentarían dos posibilidades: en primer lugar, que sea necesario dar por cierto lo probado en el proceso contra Pedro, con lo que se limitaría el derecho a la defensa de Juan, ya que no podría controvertir la existencia del parentesco o su participación en el hecho delictuoso por los efectos *erga omnes* de la cosa juzgada penal y sólo le quedaría la posibilidad de demostrar el desconocimiento del parentesco para que no se le condene por homicidio agravado, procedimiento a todas luces violatorio

de su derecho a la defensa. En segundo lugar, que no se tengan en cuenta los fundamentos probatorios que sirvieron de base a la sentencia condenatoria contra Pedro y se condene a Juan por homicidio doloso, por no existir parentesco entre Pedro y Diego.

Así mismo, también es posible que en el proceso que culminó primero no se haya tenido en cuenta ninguna circunstancia personal o material que agrave la responsabilidad, pero sí en el proceso adelantado contra otro de los autores en el que se logró demostrar cualquiera de esas circunstancias, que implicaría agravantes punitivos que no fueron tomadas en consideración respecto de la persona en quien en realidad concurrían. En otras palabras, se comunicaría una circunstancia no demostrada en el autor, lo que haría necesario desconocer esta prueba por reñir contra la más elemental lógica del derecho de defensa.

b. Lesión a la economía procesal. Una de las finalidades de la unidad procesal se funda en conservar la comunidad de prueba y evitar, en consecuencia, repetir en diferentes procesos el mismo debate probatorio.

c. Posibilidad de decisiones contradictorias. En lo referente a posibles decisiones contradictorias pueden presentarse dos situaciones: (1) si se mantiene la unidad probatoria, formalmente no podrían existir sentencias contradictorias; (2) si se sostiene la dualidad de los procesos, podría darse el caso de una sentencia en la cual se absuelva al autor (atipicidad o causales de ausencia de responsabilidad) y se condene al cómplice o al determinador (accesoriedad limitada).

d. Menoscabo de derechos de la víctima. El artículo 96 C. P., bajo el título “Obligados a indemnizar”, se refiere a los penalmente responsables en forma solidaria. Este mandato guarda armonía con el esquema general del proceso y, en especial, con su unidad. Adelantar procesos separados para los copartícipes puede dificultar el cabal resarcimiento del daño irrogado con el delito porque la víctima se vería en la necesidad de intervenir en varios procesos para pretender la indemnización de los daños y perjuicios. Esta situación se evita si se respeta el principio de la unidad procesal, que también encuentra desarrollo en el inciso 4° del artículo 207 CPP, donde se establece que dentro del programa metodológico de investigación debe individualizarse los autores y partícipes del delito, lo cual

da a entender que la investigación no puede hacerse en forma separada^{767}.

VII. DECISIÓN JUDICIAL DE CONEXIDAD EN LA ETAPA DE JUICIO

El artículo 51 CPP establece la facultad del fiscal, en el momento de la formulación de acusación, de solicitar al juez de conocimiento que decrete la conexidad. En caso de que el fiscal no haya propuesto la unidad procesal, el juez puede requerirlo para que se pronuncie sobre este tema. Esta noción de conexidad corresponde realmente a la acumulación (expresión utilizada en legislaciones anteriores) de actuaciones antes del juicio. Por lo tanto, la correcta interpretación de esta disposición debe ser armónica con el artículo 50 CPP, de tal forma que se entienda que la conexidad se decreta cuando la Fiscalía ha realizado investigaciones separadas y existen fundamentos suficientes para unificar el procedimiento. En otros términos, como ya se dijo, es la última oportunidad procesal para aplicar correctamente la unificación de la actuación y evitar posibles nulidades. En consecuencia, el juez debe seguir unas pautas fundamentales que podemos resumir de la siguiente manera:

- Las actuaciones procesales de la investigación pueden conformarse por diferentes actos de imputación que se presentan en diversos momentos dentro del mismo proceso, pero esta circunstancia no significa que deban existir tantos procesos como imputados o que se haya roto la unidad procesal. Simplemente, se comprueba que es factible realizar varias audiencias de imputación, conforme se afirmó, como parte de una sola investigación, que se unifican al formular escrito de acusación. Lo mismo ocurre cuando se corrige o adiciona la primera imputación, de tal manera que la unidad como fenómeno normativo reconduce el procedimiento a un juicio unificado.

- Todo lo que no estuvo unido en la investigación puede unirse en el juicio (cuando estén demostrados integralmente los elementos para aplicar la unidad procesal).

- En la audiencia de acusación es factible realizar adiciones (cuando ha habido audiencias de imputación separadas contra diferentes personas) y

correcciones necesarias en relación con las categorías de autoría y participación, especialmente cuando se realizaron varias audiencias de imputación o estas fueron corregidas oportunamente por razón de la dinámica y metodología utilizada en la investigación.

– El objetivo fundamental de la unidad procesal es mantener los principios de concentración y eficacia.

Las causales que permiten al juez de conocimiento decretar la conexidad y en consecuencia la unidad procesal son las siguientes:

A. EL DELITO SE COMETIÓ EN COPARTICIPACIÓN CRIMINAL

La ausencia de vinculación del copartícipe puede generar violación del derecho de defensa. En consecuencia, el fiscal puede concluir que debe unificar dos procesos independientes para evitar una nulidad. No obstante, es posible que se presenten discusiones sobre esta unificación en sede de acusación, en primer lugar cuando ya existe un imputado y no se ha podido determinar la identificación de otro contra quien también se orienta la investigación y, en segundo lugar, cuando el fiscal ha solicitado imputaciones separadas y sucesivas y no se han incluido en un solo escrito de acusación por diferentes razones, especialmente por vencimiento de términos.

En el primer caso, debe continuar por separado la actuación contra la persona que no fue posible identificar. En el segundo, si ya se ha iniciado el juicio del primer copartícipe, el juez tiene la facultad de decidir, previo juicio de proporcionalidad, si suspende el trámite del juicio para evitar lesión al derecho de defensa de quienes están vinculados en cada uno de los procesos ante la imposibilidad de controvertir íntegramente las evidencias que conforman las dos investigaciones o si, por el contrario, debe proteger la autonomía y el cumplimiento de términos en el proceso más adelantado.

Piénsese, como ya se expuso, que se realizó una captura en flagrancia de uno de los copartícipes y después se identificó a la pluralidad de autores, razón por la cual se realizaron varias audiencias de imputación o se presentaron varios

escritos de acusación. Siempre que estas actuaciones se hagan bajo un hilo conductor (porque se trata de los mismos hechos y los mismos ilícitos o delitos conexos) no se atenta contra el debido proceso, aunque necesariamente debe haber un momento procesal que obligue al fiscal a solicitar al juez correspondiente la unificación del procedimiento. Así mismo, el juez de garantías o el de conocimiento exigir que el fiscal realice el pronunciamiento que considere pertinente sobre dicho tema. En este sentido, si se han realizado acusaciones separadas por delitos que son conexos o en relación con partícipes en el mismo hecho punible, debe hacerse lectura conjunta de todas las acusaciones para que, a partir de dicha diligencia, se conozcan las evidencias y se tramite una sola actuación procesal con el fin de respetar el derecho de defensa.

En otros términos, el juez debe adoptar fórmulas jurídicas que permitan dar cumplimiento a los principios que orientan la unidad procesal y no fundamentar sus razonamientos en lo estrictamente formal. Recuérdese que hoy se impone la interpretación conforme a la Constitución.

B. SE IMPUTA A UNA PERSONA LA COMISIÓN DE MÁS DE UN DELITO CON UNA ACCIÓN U OMISIÓN O VARIAS ACCIONES U OMISIONES, REALIZADAS CON UNIDAD DE TIEMPO Y LUGAR

Esta hipótesis corresponde a los casos de concurso de delitos que pueden encontrarse escindidos por imputaciones realizadas en momentos distintos; por ejemplo, se imputa la utilización de un documento público falso a quien usa una cédula carente de autenticidad para una transacción comercial y después la investigación determina frente a otros imputados que la persona a quien solo se consideró autor de uso de documento falso hacía parte de una banda de estafadores que tienen el mismo *modus operandi* continuado. En este caso lo procedente es unificar el proceso por autores y partícipes como también por el concurso delictivo entre el concierto para delinquir y las falsedades materiales.

C. SE IMPUTA A UNA PERSONA LA COMISIÓN DE VARIOS

DELITOS CUANDO UNOS SE HAN REALIZADO CON EL FIN DE
FACILITAR LA EJECUCIÓN O PROCURAR LA IMPUNIDAD DE
OTROS, O CON OCASIÓN, O COMO CONSECUENCIA DE OTRO

Este caso obedece a la noción de conexidad hipotática, que el juez debe diferenciar de las situaciones de concurso real para decretar la conexidad. Por ejemplo, si el fiscal ha imputado a tres personas concierto para delinquir y homicidio agravado y luego se captura a una persona que no participó en el acto homicida pero facilitó su concurso para sepultar el cadáver, el fiscal debe solicitar al juez de conocimiento en la acusación que formule en contra de los tres primeros que decreta la conexidad de la actuación adelantada contra la última persona individualizada por un posible delito de encubrimiento.

D. SE IMPUTA A UNA O MÁS PERSONAS LA COMISIÓN
DE UNO O VARIOS DELITOS EN LOS QUE EXISTE
HOMOGENEIDAD EN EL MODO DE ACTUAR DE LOS
AUTORES O PARTÍCIPES, RELACIÓN RAZONABLE DE LUGAR
Y TIEMPO, Y LA EVIDENCIA APORTADA A UNA DE LAS
INVESTIGACIONES INFLUYE EN LA OTRA

Este caso corresponde a la conexidad por la forma de comisión de la conducta, caso en el cual se exige el requisito de homogeneidad de actuación, lo que puede referirse a las nociones de delito continuado o una pluralidad de acciones que guarden patrón común espacio-temporal en su ejecución. Por ejemplo, un grupo dedicado al hurto agravado de establecimientos comerciales en un sector de la ciudad reitera su conducta con similar metodología delictual y, además, la evidencia aportada en una investigación tiene incidencia en otra.

Si partimos del ejemplo anotado, puede ocurrir que las armas sin amparo legal utilizadas por la banda se encuentren en un allanamiento posterior a la imputación por el hurto agravado. Lo procedente en este caso sería realizar la imputación posterior por el porte ilegal de armas y decretar la conexidad por los tres delitos en la acusación, bien sea formulando una sola acusación o después de

la lectura de éstas (parágrafo del artículo 51 CPP) aplicar la unidad procesal.

IX. ERRORES SOBRE LA CALIFICACIÓN Y UNIDAD PROCESAL

Hace varios años la Corte Suprema de Justicia reconoció como causal de nulidad las equivocaciones sobre los extremos de la relación jurídico-procesal. Verbigracia, cuando se formula pliego de cargos por un delito único (homicidio preterintencional) y en realidad se trataba de un concurso de hechos punibles (aborto consentido, en concurso con homicidio culposo), procede la nulidad. Dijo el tribunal:

Las consideraciones precedentes llevan a reconocer la validez del cargo formulada por el recurrente, pues la conducta que se atribuye al procesado no constituye, como atrás quedó demostrado, un homicidio preterintencional sino un concurso de hechos punibles (art. 26), y es, por tanto, procedente la nulidad invocada^{768}.

Sin embargo, consideramos que cuando los delitos conexos se investigan y juzgan en un mismo proceso, pero el fiscal se equivoca sobre el sentido de la calificación, no siempre estamos frente al supuesto de hecho del artículo 50 CPP, porque no se ha quebrantado la unidad procesal. En efecto, los delitos conexos se investigaron y fallaron dentro del mismo proceso, pero de una manera equivocada por el juzgador, lo cual constituye una simple irregularidad.

No obstante, debemos distinguir dos hipótesis:

1. Que el fiscal incluya en el escrito de acusación (art. 337 CPP) multiplicidad de imputaciones pero lo haga de manera equivocada. En este caso la actuación procesal no es potencialmente nula porque pueden corregirse los errores después, en la audiencia de formulación de la acusación (art. 338 ibíd.) o en la audiencia (parágrafo del artículo 51 CPP) o, en términos generales, antes de iniciar el juicio oral (presentación teoría del caso).

Piénsese, por ejemplo, que el fiscal, al formular acusación, considera que los hechos atribuidos al imputado forman parte de una misma conducta y que, por

tanto, el concurso de delitos debe excluirse. Ello acontecería en el caso en que un funcionario se apropiara en distintas ocasiones de bienes cuya custodia y administración le fueron confiados por virtud de sus funciones y el fiscal formulara la acusación por un solo delito de peculado.

De igual manera, piénsese que, en equivocada aplicación del principio de la consunción, mecanismo utilizado para resolver el concurso aparente de tipos, el fiscal opine que no se trata de un concurso de delitos sino de una modalidad del delito complejo. Esto ocurriría al considerar que la utilización de un documento público para obtener provecho ilícito con perjuicio patrimonial de un tercero es modalidad delictual que se enmarca en el delito de estafa, porque la falsedad forma parte del medio engañoso para obtener el desplazamiento patrimonial y, por ende, sólo puede hablarse de un delito contra el patrimonio.

Debe precisarse que el fiscal conserva la competencia sobre el escrito de acusación -y podrá hacer las modificaciones que considere- hasta antes de su lectura en la audiencia de acusación. Después de dicha etapa, podrán existir excepcionalmente modificaciones menores del escrito de acusación en la presentación de la teoría del caso.

2. Que el fiscal no se refiera a uno de los delitos investigados a pesar de ser conexo. En este caso es clara la presencia de nulidad si el juez aceptó la acusación y no es necesario demostrar un perjuicio concreto para el imputado (violación del derecho a la defensa), porque no nos encontramos frente al supuesto de hecho del artículo 50 CPP. En efecto, no son situaciones de ruptura de la unidad procesal, ya que los delitos conexos se investigaron dentro del mismo proceso; en este evento se viola el debido proceso porque no existe acusación en relación con uno de los hechos punibles.

Por consiguiente, para decretar la nulidad basta con que se demuestre un quebranto de las formas propias del juicio. Sin embargo, la solución parte del supuesto de que la acusación ya fue aceptada por el juez de conocimiento. Si no ha ocurrido esta circunstancia, aquella debe ser devuelta para su corrección. En otros términos, solo es posible la nulidad de la acusación cuando el juez de conocimiento haya omitido ordenar la corrección del desvío procesal y de trámite al juicio.

Si no hay violación ostensible de un derecho fundamental y durante la presentación de la teoría del caso, la controversia probatoria y los alegatos de conclusión se delimitan los hechos punibles y se estudian las categorías mencionadas en los ejemplos propuestos, el juez puede realizar pronunciamiento de fondo corrigiendo las imprecisiones jurídicas en que haya incurrido la Fiscalía. Debe recordarse que entre la acusación y la sentencia se exige congruencia. Es decir: en la última no podrán estar incluidos supuestos fácticos o personas que no hayan sido tenidas en cuenta en la acusación.

X. CONCLUSIONES

La unidad procesal se origina por dos factores: (1) conexidad de los comportamientos ilícitos y (2) existencia de coautoría y coparticipación en la ejecución de la conducta penalmente reprochable.

La unidad procesal no es una institución diseñada caprichosamente por el legislador y desarrollada por la jurisprudencia; su importancia radica en que su no aplicación origina una persecución penal múltiple innecesaria, esto es, varias causas contra un indiciado, aspecto que genera violación de varios derechos fundamentales como el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa.

La unidad procesal surge, *prima facie*, de los hechos naturalísticamente considerados; es decir, conforme a su realización, a las finalidades que persigue el autor, a la forma de participación, etc. Esto obliga a diseñar correctamente el programa metodológico, en el cual debe tenerse en cuenta la pluralidad de conductas delictuosas y a todas las personas que han participado en su ejecución.

El examen sobre la ruptura de la unidad procesal se puede realizar de dos formas: (i) cuando se profiere providencia que impida continuar adelantando la actuación de manera unificada, caso en el cual con la sola decisión se entiende realizado el control correspondiente, y (2) cuando es necesario separar los procesos sin que haya providencia que implique dicha consecuencia, caso en el cual debe haber un pronunciamiento expreso. Por ejemplo, cuando uno de los partícipes tiene fuero constitucional.

Existe ruptura de la unidad procesal (1) cuando las investigaciones

correspondan a jurisdicciones especiales; (2) cuando alguno de los investigados tenga fuero; (3) cuando exista imposibilidad de descubrir o identificar a todos los autores dentro de un plazo que permita realizar un solo proceso; (4) cuando se esté frente a procedimientos diferentes y sistemas especiales de responsabilidad penal (v. *gr.*, niños y adolescentes); (5) cuando exista archivo en la etapa de investigación; (6) cuando no se formule acusación por todos los delitos investigados o en contra de todos los autores o partícipes; (7) cuando se decrete nulidad parcial del proceso, que implique la reposición de la actuación respecto de uno de los imputados o de las conductas punibles; y (8) cuando se haya aceptado sentencia anticipada, principio de oportunidad o acuerdos en relación con determinados delitos o imputados.

El desconocimiento de la unidad procesal genera nulidad cuando su no aplicación viola derechos fundamentales del imputado o de las víctimas.

No existe ruptura de la unidad procesal cuando se realizan diferentes actos que hacen parte de la misma actuación dentro del proceso (por ejemplo, varias audiencias de imputación).

Cuando se rompe la unidad procesal por exclusión o desaparición del delito que le da competencia al funcionario de mayor jerarquía, dicho servidor público no puede seguir conociendo del proceso por el delito de menor entidad y la actuación debe ir al juez natural si se presenta en la etapa de investigación (preliminares) o después de imputar y antes de formular acusación.

Si se presenta en el juicio se prorroga la competencia cuando el delito que desaparece jurídicamente era el que le atribuía competencia al juez de mayor jerarquía.

PARTE SEXTA

PRECLUSIÓN DE INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO ÚNICO

Aspectos fundamentales de la preclusión

I. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y DE DERECHO COMPARADO

A. GENERALIDADES (FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES)

El numeral 5 del artículo 250 constitucional indica que la preclusión procede cuando no hay mérito para acusar. La legislación establece cuatro hipótesis distintas en sede de preclusión: (i) que el hecho investigado no haya ocurrido o que no corresponda a una conducta punible; (2) que habiendo ocurrido, el imputado no sea responsable; (3) que no sea posible desvirtuar la presunción de inocencia y (4) como consecuencia de la prescripción o de causales de “improseguibilidad”.

Cada una de las anteriores hipótesis responde a mandatos constitucionales claros. La prescripción de la acción se deriva del mandato del artículo 28 superior, conforme al cual no hay penas imprescriptibles (en materia de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte ha relativizado este principio, para armonizar los derechos fundamentales del imputado con los de las víctimas). La imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia se apoya en el artículo 29 constitucional, que consagra el principio mencionado. Las restantes se fundamentan en el artículo 250 superior en la medida en que, como se analizó, la investigación se inicia sobre la base de una inferencia -y no de certeza- acerca de la existencia de un hecho punible y de sus posibles autores o partícipes. A continuación se precisarán algunos contenidos del derecho comparado:

B. ESPAÑA

La doctrina española se refiere en estos casos a los sobreseimientos provisionales, a los sobreseimientos libres y al archivo de las diligencias previas¹⁷⁶⁹.

El sobreseimiento provisional se da cuando se comienza a desarrollar la acción penal pero subsisten presupuestos procesales que condicionan la

iniciación del procedimiento -entre otros, la denuncia o la querrela-. También se reconoce el sobreseimiento provisional cuando la instrucción practicada arroja insuficiencia probatoria para someter el hecho a acusación formal, porque no se acreditó la existencia del hecho o del autor. El archivo de las diligencias previas se profiere cuando se estima que el hecho no es constitutivo de delito. Tal decisión no hace tránsito a cosa juzgada, por lo cual se autoriza a reabrir la instrucción cuando nuevos elementos fácticos puedan acreditar la tipicidad del hecho.

El llamado “sobreseimiento libre” que traen las legislaciones foráneas es la figura que más interesa entre nosotros y consiste realmente en un control que se aplica en la fase intermedia del proceso, que le permite al juez decidir si se abre o no la vista principal. Las causales por las que puede optar el funcionario judicial son:

- Inexistencia de indicios racionales sobre la realización del hecho que motivó la formación de la causa;
- Cuando el hecho no sea constitutivo de delito;
- Cuando el procesado aparezca exento de responsabilidad penal como autor, cómplice o encubridor.

La primera causal se predica de los casos en que los hechos denunciados tienen la apariencia de ser constitutivos de delito pero no hay argumento alguno razonable que pueda sostener que efectivamente se ha producido en la realidad. GIMENO SENDRA anota:

Si no existen esos fundamentos razonables, si no ha sido posible hallarlos tras la investigación sumarial o instructora, si no existe posibilidad alguna de buscar la existencia de los mismos a través de distintas pruebas, es evidente que no tiene ningún sentido enjuiciar al acusado por la comisión de tales hechos puesto que el resultado final se tiene por anticipado: la sentencia será absolutoria^[770].

C . ALEMANIA

En el ordenamiento alemán, la Ordenanza Procesal Penal también prevé la

dicotomía entre el ejercicio de la acción pública y el archivo del proceso. Si las investigaciones ofrecen *suficientes motivos* para el ejercicio de la acción, la Fiscalía debe impulsarla por medio de la presentación del escrito de acusación ante el tribunal competente. En caso contrario, la Fiscalía archivará el proceso y pondrá tal determinación en conocimiento del inculpado, si éste ha sido interrogado o puesto bajo detención preventiva.

Al igual que en el caso español, debe surtirse una instancia de control sobre la promoción de la acción pública en la cual se resuelve sobre la apertura de la vista oral. El requerimiento básico de la legislación procesal penal alemana para la iniciación del juicio oral es el de *sospecha suficiente* de la comisión de un hecho punible por parte del imputado.

La forma en que la doctrina alemana valora este requisito de sospecha apunta a la noción de motivos suficientes para iniciar la investigación (§ 170). Después, se requiere sospecha suficiente de comisión para la apertura del juicio oral (§ 199), pero ésta se valora como una alta probabilidad de que la Fiscalía obtendrá la condena. La probabilidad de condena tiene a su vez tres presupuestos: (i) que la acusación sea demostrable a partir de los medios de prueba que tiene la Fiscalía; (2) que los hechos expuestos sean concluyentes para que el juez haga el ejercicio de adecuación típica y (3) que no haya obstáculos procesales para la promoción de la acción^{771}.

II. FUNDAMENTOS DEL FISCAL PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN Y PODERES DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO FRENTE A DICHA PETICIÓN

Como puede observarse, en las legislaciones foráneas la razonabilidad y la suficiencia de prueba son elementos esenciales para promover la acusación. En el caso colombiano esta tesis resulta igualmente aplicable al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 superior, que establece un umbral para iniciar la investigación y ejercer la acción acusadora, esto es, *la existencia de suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la comisión de un hecho punible*. En otras palabras, y desde el punto de vista de la acusación, habrá mérito para

formular pliego de cargos (acusación), conforme al numeral 5 del artículo 250 de la Constitución Política, cuando se estimen cumplidos los dos requisitos, esto es, la razonabilidad y la suficiencia de prueba. Esto significa que en relación con la preclusión el juez de conocimiento debe valorarlos en su aspecto negativo para acceder a la solicitud de terminación de la actuación procesal (preclusión) propuesta por la Fiscalía.

Ahora bien: la norma comentada hace referencia a la existencia del delito, de donde se deduce que la labor de acusación debe estar orientada *prima facie* a sustentar probatoriamente que existió la comisión de un hecho punible. En consecuencia, la inexistencia de evidencia sobre tal supuesto implica necesariamente la obligación de precluir y, por lo tanto, así lo deberá solicitar el fiscal ante el juez de conocimiento.

La legislación extranjera regula algunos casos en los que el juez puede compeler al fiscal a promover la acusación. Así por ejemplo, la legislación alemana señala el “procedimiento para llevar a la promoción de la acción pública”, según el cual se da al ofendido la posibilidad de entablar una acción ante el tribunal para que revise la decisión de archivo en defensa del principio de legalidad y, si es del caso, instar el ejercicio de la acción pública a la Fiscalía¹⁷⁷². Este procedimiento rige para delitos no querellables. Lo interesante de resaltar es que este caso se considera una concreción del derecho de petición establecido en el artículo 17 de la Ley Fundamental alemana.

Esta opción parece más consecuente con el principio acusatorio y, en realidad, pretende que el principio de legalidad opere de forma plena. Si se cometió un hecho punible y el juez advierte una mala valoración de la Fiscalía, nada se opone a que el fiscal complemente su trabajo y luego acuse si aún tiene término habilitado para tal efecto.

III. ESTRUCTURA LEGAL DEL TRÁMITE DE PRECLUSIÓN

A. LA PRECLUSIÓN COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA ACUSACIÓN

El artículo 331 CPP establece que en cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no hubiere mérito para acusar. A propósito de la última parte de la disposición, es factible preguntar qué debe entenderse por carencia de mérito para acusar, ya que en estricta lógica ello implicaría que iniciada la investigación conforme a los criterios sentados por el artículo 250 de la Constitución, la promoción de la acción penal sería obligatoria para el fiscal cuando se llegue al umbral de hechos con característica delictiva, abstracción hecha de la aplicación del principio de oportunidad.

De la estructura del proceso penal se infiere entonces que si el fiscal no encuentra fuente probatoria para imputar, lo procedente sería el archivo, pero si la investigación aun después de la imputación no agota el presupuesto para acusar, esto es, no se puede afirmar con *probabilidad de verdad* que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, lo procedente sería solicitar la preclusión para evitar que el imputado soporte la investigación penal.

Esta interpretación resulta acertada teniendo en cuenta la estructura del proceso penal, pero genera varios problemas frente a la exigencia de la protección efectiva de los derechos fundamentales. Por ejemplo, sería improcedente pretender que el imputado permanezca detenido mientras el fiscal agota el tiempo máximo para acusar, cuando desde el principio de la investigación existen claras evidencias o dudas razonables sobre las circunstancias de la comisión del hecho punible, sobre la autoría o las causales de exclusión de la responsabilidad penal. Como lo hemos recalcado en esta obra, el proceso no puede ser un fin en sí mismo, sino que es el escenario propicio para demostrar la responsabilidad penal y garantizar los derechos constitucionales.

El segundo problema que presenta dicha hermenéutica está relacionado con el hecho de que la preclusión de la investigación es un instituto reglado y, por lo tanto, las causales del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal son intemporales frente a la estructura del proceso. Esto es, pueden presentarse en cualquier momento y, en consecuencia, se activan para facilitarle al fiscal que se abstenga de continuar la investigación penal frente a quien no debe soportarla. Por esa razón, la preclusión es un instituto procesal que no puede interpretarse de

forma instrumental, sino teleológica. Debe entenderse que en cualquier momento en que se configure una causal de las establecidas en la ley para precluir, tiene que asumirse como imperativo que la administración de justicia debe solucionar por esta vía la situación jurídica del indiciado, imputado o acusado.

La redacción de los artículos 331 y 332 CPP no está exenta de crítica, porque podría entenderse, *prima facie*, que para precluir se exigen dos requisitos: (1) que no haya mérito para acusar y (2) que se dé una de las causales previstas en el segundo artículo citado. No obstante, con la interpretación que hemos asumido se observa claramente que la carencia de mérito para acusar debe adecuarse a una cualquiera de las causales previstas para tal fin. En otras palabras, no se trata de dos requisitos, sino simplemente que los requisitos para acusar no están demostrados en caso de configurarse cualquiera de las causales del artículo 332 CPP.

Desde el punto de vista estrictamente probatorio, podemos esbozar dos hipótesis distintas respecto de la prueba que se exige para precluir. La primera hipótesis se presenta cuando no hay prueba suficiente para acusar. Es decir: estamos frente a una inferencia negativa que debe resolverse aplicando la preclusión, por presentarse una duda insalvable en relación con el hecho de que el investigado sea autor o partícipe de la conducta. Para que esto sea jurídicamente viable, el fiscal debe acreditar que el plan metodológico ha sido cumplido en lo esencial y que no hay pruebas posibles que puedan desvirtuar la duda sobre la posible autoría o participación del ciudadano en la conducta objeto de investigación; en caso contrario, el juez debe rechazar la solicitud de preclusión porque se estaría frente a una simple omisión de la Fiscalía en su labor investigativa.

La segunda hipótesis ocurre cuando hay prueba que indica claramente que la persona investigada no es responsable de la conducta. Se trata aquí de una estructura positiva de existencia de prueba suficiente para solicitar la preclusión. Tal sería el caso cuando se encuentre probada una causal de ausencia de responsabilidad.

B. SOLICITUD DEL FISCAL

Cuando el fiscal ha valorado el material probatorio de una investigación y encuentra que no puede fundamentar una acusación (esto es, no hay mérito para acusar), debe solicitar la preclusión. En tal sentido, se debe entender que este proceso es absolutamente reglado y, por lo tanto, la Fiscalía debe tener suficientes argumentos para invocar la causal correspondiente. La invocación de la causal puede ser en cualquier momento antes o después de la imputación y ello de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional^{773}, o después de la acusación, invocando causales objetivas. En este último caso, el competente será el mismo juez que esté conociendo de las audiencias de juzgamiento.

C. CONTROL JUDICIAL

Uno de los aspectos más importantes dentro de la estructura del Acto Legislativo 03 del 2002 es el control o decisión judicial sobre la preclusión de la investigación. Normalmente las legislaciones foráneas^{774} consagran el control judicial para la acusación en una fase intermedia de preparación anterior al juicio, cuyo acto principal es la aceptación judicial de la acusación, mientras que en el caso de los sobreseimientos o preclusiones lo normal es dejar tal actuación sin control posterior.

Nuestra Constitución establece en los numerales 4 y 5 del artículo 250 un binomio que, a primera vista o de forma aparente, opera de manera contraria, esto es, acusación sin control judicial para dar inicio a la fase principal (juicio oral) y control judicial sobre la preclusión a solicitud del fiscal. Con base en lo dicho, la Corte Suprema de Justicia dijo que la acusación es un acto de parte sin controles sustanciales:

De suerte que la posibilidad que se tiene por la defensa y los intervinientes frente al escrito de acusación, es verificar la existencia y satisfacción de sus requisitos, pero no el control sustancial de los mismos, cuya definición es de competencia autónoma de la Fiscalía.

Esto porque la confección del escrito de acusación es un acto de parte, de la Fiscalía General de la Nación, que, como se ve, está reglado, entre otros, por los artículos 336 y 337 de la Ley 906 del 2004, acto que por su naturaleza, aunque reglado, no tiene control judicial, tal como sucede en otros procesos adversariales.

En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos a los que se plantean en la audiencia de formulación de acusación, que[,] como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio -solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo^[1775].

Esta posición de la Corte Suprema no consulta la función del juez de conocimiento en cuanto al derecho al debido proceso, porque es factible que mediante una acusación infundada someta al imputado a un proceso indebido. Por tal razón, una interpretación más consecuente con los postulados del artículo 29 de la Constitución permitiría hablar del control judicial de la acusación, precisamente si el juez observa que es infundada en su contenido. Más aún: si en esta fase el defensor observa que es procedente la preclusión de la investigación, podría solicitarla en contra de la posición de la Fiscalía. Para estos efectos puede observarse lo dicho por ese mismo tribunal:

[...] si se presenta en la etapa de juzgamiento cualquiera de las causales relativas a la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal y la inexistencia del hecho investigado, la preclusión podrá ser solicitada, además, por el ministerio público o por la defensa^[1776].

Así mismo, la preclusión también se debe adoptar en cualquier etapa del trámite una vez comprobada la existencia de una de las causales de extinción de la acción penal previstas -entre otros- en el artículo 77 del Código de Procedimiento Penal del 2004, como son: muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querella y desistimiento.

Entonces, la preclusión sólo puede ser decretada por el juez de conocimiento a petición,

por regla general, de la fiscalía si acredita en debida forma alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 del 2004, o cualquiera de las que dan origen a la extinción de la acción penal consagradas en el artículo 77 del mismo ordenamiento y en normas concordantes.

En consecuencia, se puede concluir que la regla es clara que antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por todas las causales del artículo 332, pero en sede del juicio se habilita, además del acusador, al ministerio público y a la defensa, para que puedan hacer similar solicitud, pero en tal caso la pueden presentar exclusivamente por los motivos 1.º (imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal) y 3.º (inexistencia del hecho investigado). En el juzgamiento, entonces, la decisión sobre las restantes hipótesis debe diferirse para el momento de proferir el fallo^[477].

Reiteramos que la defensa puede pedir la preclusión por una causal objetiva o, en caso manifiesto, por cualquier otra causal. Esta afirmación está sustentada en (1) el principio constitucional de prohibición a la protección deficiente de los derechos fundamentales -se vulnera este principio si se impide solicitar la preclusión en casos en los que es evidente la configuración de la causal- y (2) en una interpretación armónica del artículo 250.5 de la Constitución, en donde la disposición faculta a la Fiscalía para pedir la preclusión, pero no debe entenderse como una prohibición para que otras partes formulen dicho pedimento.

DEBATE ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO

El artículo 333 del Código de Procedimiento Penal establece que la preclusión se tramita en audiencia, la cual debe realizarse durante los cinco días siguientes de presentada la solicitud del fiscal. Éste debe exponer su petición con indicación de los elementos materiales probatorios que soportan la imputación y la causal de preclusión invocada.

Esta parte de la disposición precisa justamente la competencia del juez frente a la solicitud. Es decir: el examen del juez se hace con fundamento en los

elementos materiales probatorios y la evidencia física que sustentaron la imputación en caso de haberse formulado o, en su defecto, la iniciación de la investigación y la causal de preclusión ahora invocada. Por esta vía el juez puede encontrar que la imputación se realizó con fundamento en inferencias razonables, pero que ahora no tienen entidad para soportar una acusación. Al lado de esta apreciación, el juez debe encontrar soportada la causal invocada como la inexistencia del hecho o la atipicidad. El punto, no obstante, es complejo frente a ciertos tipos penales y a la variada jurisprudencia sobre ellos - por ejemplo, la demostración del delito de estafa-. Con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia pueden surgir profundas complicaciones de atipicidad, razón la cual el juez debe valorar conforme a su criterio jurídico si en realidad se trata de inexistencia, atipicidad, etc.

Por lo demás, la norma autoriza la participación de la víctima, del agente del ministerio público y del defensor. Antes tal participación se realizaba sólo en el caso en que ellos quisieran oponerse a la solicitud del fiscal. Sin embargo, en la Sentencia C-648 del 2010 la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal” contenida en el artículo 333 CPP, al encontrar desproporcionada tal limitación.

Resulta desafortunada la redacción del artículo 333 CPP en lo referente a la negación de la práctica probatoria en el trámite de preclusión, porque pueden presentarse casos de compleja solución que requieran prueba -por ejemplo, los términos de prescripción de una conducta, cuando han sido definidos por la jurisprudencia o las cortes internacionales (desaparición forzada), o ciertos elementos del tipo como el patrimonio no justificado en el enriquecimiento ilícito de particulares.

Si el fiscal no acompaña prueba fehaciente de adecuación a la causal invocada, la única solución posible para el juzgador es negar la preclusión. Sin embargo, la Sentencia C-209 del 2007^[4778] facultó a la víctima para presentar elementos materiales probatorios y evidencia física con el objeto de controvertir la pretensión de preclusión, y para tal fin decretó la exequibilidad condicionada del artículo 333 CPP, “en el entendido de que las víctimas pueden allegar o

solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal”.

E. DECISIONES DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO. POSIBILIDADES DEL FISCAL ANTE EL RECHAZO DE LA PRECLUSIÓN

Resulta importante referirnos a la posible actitud del fiscal ante el rechazo de la preclusión:

I. El fiscal puede continuar la investigación si no se han vencido los términos del artículo 175 CPP. Esto significa que si los términos han expirado, el ente acusador puede solicitar una nueva causal de preclusión, fundamentada en el vencimiento de términos y, el juez podrá decidir si hay o no mérito para acusar^{779}.

2. Solicitar de nuevo la preclusión, porque pueden presentarse circunstancias sobrevinientes que exijan o impliquen una nueva valoración de la situación y la posibilidad de estructurar la misma u otra causal para precluir.

3. Formular la acusación. Si el fundamento de la negativa se refiere a la suficiencia probatoria para acusar y el fiscal comparte la apreciación del juez, la conducta procedente sería la de presentar escrito de acusación.

La Corte Suprema de Justicia estableció que le queda vedado al juez sugerir al fiscal la acusación. No obstante, como se advirtió, si el fundamento de la negativa judicial se refiere a la suficiencia probatoria para acusar la participación del imputado en los hechos o la improcedencia de aplicación de las causales de exclusión de la responsabilidad, el fiscal puede optar por hacer uso de la motivación judicial y ejercer consecuentemente la acción penal^{780}.

La facultad del juez se agota en la negativa a precluir; pero dicha decisión debe motivarse y, por lo tanto, si de la decisión negativa se infiere, como es lógico, que existe mérito para acusar, el fiscal debe tomar en consideración la valoración judicial. Es necesario dejar en claro que el pronunciamiento del juez de conocimiento tiene fuerza vinculante en cuanto que en dicho momento procesal no es posible terminar el proceso por esa vía, pero no impone la

obligación de acusar y no establece la prohibición de intentar una nueva solicitud de preclusión.

Por otra parte, resulta muy discutible afirmar que la decisión judicial no tiene ninguna incidencia en la Fiscalía. Puede suceder que, por la negativa del juez a precluir, el fiscal espere el agotamiento del término para acusar sin realizar ninguna actividad procesal con el fin de que se opte por la preclusión bajo la causal de vencimiento del lapso previsto para formular pliego de cargos, aspecto controvertible porque no basta el vencimiento de términos, sino que es necesario que no existan los presupuestos para acusar, tema que se desarrollará más adelante. Si esto sucediera estaríamos ante una burla a la administración de justicia, por lo cual consideramos factible que el juez ordene que se cumplan estrictamente los actos de instrucción o regresar la actuación a la etapa de indagación previa, caso en el cual decreta la nulidad del acto de imputación. En estos eventos, el juez debe determinar un plazo razonable para la práctica de diligencias que no se han llevado a efecto.

F. SOLICITUD DE LA PRECLUSION ANTES DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

La disposición originaria del artículo 331 del Código de Procedimiento Penal presentaba varias falencias, entre otras, que, con base en la visión meramente instrumental que aquí hemos criticado, optó por permitir la preclusión de la investigación únicamente después de la imputación. La Corte Constitucional se manifestó a este respecto declarando inexecutable esta parte de la norma. El fundamento básico de la decisión está relacionado con la interpretación sistemática de las figuras de archivo proferido por el fiscal y la preclusión por el juez de conocimiento, con efectos de cosa juzgada.

El juez constitucional establece que algunas causales comunes a estos dos institutos requieren de valoración jurídica en sede judicial, por lo tanto impera, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, el principio de exclusividad judicial para definir las situaciones procesales que hacen tránsito a cosa juzgada. La Corte Constitucional explicó:

Sin lugar a dudas, la decisión de archivar unas actuaciones con efectos de cosa juzgada no puede ser considerada un mero trámite sino que se trata de un asunto de carácter sustancial. De allí que no sea de recibo la distinción que estableció el legislador en el sentido de que si el hecho generador de la extinción de la acción tiene lugar antes de la imputación de cargos el fiscal pueda *motu proprio* decretarla; en tanto que si la misma se produce con posterioridad a la mencionada audiencia, únicamente lo pueda hacer el juez de conocimiento, previo requerimiento de la Fiscalía. De tal suerte que la decisión sobre la extinción de la acción penal, con efectos de cosa juzgada, es de competencia exclusiva del juez de conocimiento, para lo cual el correspondiente fiscal solicitará la preclusión^[781].

Esta decisión implica, en primer lugar, que la solicitud de preclusión puede hacerse en cualquier tiempo, incluso antes de la imputación. En segundo lugar, que las decisiones que hagan tránsito a cosa juzgada sólo pueden tomarse a instancias del juez de conocimiento, salvo la aceptación del principio de oportunidad, que corresponde al juez de control de garantías.

Si bien se ha entendido que la audiencia de imputación constituye el inicio formal del proceso, existe la posibilidad de adoptar múltiples decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada antes de dicha actuación judicial y que es justamente lo que ocurre con la aplicación del principio de oportunidad o con la orden de precluir la actuación procesal.

IV. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN SEGÚN LAS ETAPAS PROCESALES

A. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El artículo 250 constitucional, en su numeral 5, establece claramente la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación para solicitar la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento. Pero cabe preguntarse si esta consagración excluye que, por ejemplo, la defensa o el ministerio público soliciten la preclusión de la investigación.

En la Sentencia C-960 del 2007 la Corte Constitucional estudió las diferentes posibilidades que tienen los sujetos procesales para solicitar la preclusión, según la etapa procesal en que se encuentre. En esta oportunidad expresó la Corte:

[...] al hacer un análisis sistemático de las normas que regulan cuáles son los sujetos facultados para solicitar la preclusión de la investigación en la primera fase del proceso, para la Sala es evidente que si bien es cierto, dada la estructura del sistema penal acusatorio[^]] [que] la defensa tiene menos posibilidades de solicitar la terminación anticipada del proceso, no lo es menos que sí puede acudir al juez competente para pedirla, pues el artículo 294 de la Ley 906 del 2004 autoriza a la defensa y al ministerio público a solicitar la preclusión de la investigación y la libertad inmediata del imputado cuando el fiscal encargado del caso no ha formulado la acusación ante el juez de conocimiento dentro del término señalado en el artículo 175 del estatuto procesal penal y el plazo concedido por el mismo artículo 294 ibídem. En consecuencia, el hecho de que la defensa no pueda solicitar la preclusión de la investigación en la fase de la averiguación con base en las mismas causales que la ley consagra para el fiscal no significa que el imputado nunca pueda solicitar la terminación anticipada del proceso en la etapa de la investigación ni que se encuentra impedido para ejercer su derecho de defensa, porque cuenta con los recursos y oportunidades propios de cada fase del proceso penal.

Además, se tiene que si el fiscal decide acusar pese a que se dan los presupuestos para precluir la investigación, es perfectamente posible que la defensa presente sus observaciones sobre el hecho en el escrito de acusación (artículo 339 del Código de Procedimiento Penal), o que interponga recurso de reposición contra la decisión de dar por terminada la audiencia de formulación de acusación (artículo 176 de la Ley 906 del 2004) o que, en etapa del juzgamiento, solicite la preclusión (parágrafo del artículo 332 del estatuto procesal penal), o que en el curso del juicio demuestre la existencia de una causal que excluya de responsabilidad al acusado, o la atipicidad del hecho investigado, o la ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado; causales estas de preclusión de la investigación que, de todas maneras, conducen a la absolución del acusado. En consecuencia, no se encuentra que la exclusión al imputado de la

posibilidad de solicitar la preclusión de la investigación vulnere sus derechos de defensa y de acceso a la justicia^{782}.

Este punto fue tratado de nuevo por la Corte Constitucional en la Sentencia C-118 del 2008^{783}, donde, al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad respecto de la expresión “El fiscal”, contenida en el artículo 332 de la Ley 906 del 2004, estableció que el autorizar a las partes o los intervinientes distintos de la Fiscalía a solicitar la preclusión afectaría gravemente el principio acusatorio. Además, la Corte sostuvo que el hecho de permitir sólo al ente acusador requerir la preclusión ante el juez no viola el principio de igualdad de armas. Dijo el tribunal:

La separación de la investigación y el juzgamiento exige que la averiguación de los hechos, la identificación del investigado, la búsqueda de los elementos probatorios y evidencias que conduzcan a averiguar la verdad de lo sucedido y de la responsabilidad en la conducta delictiva sean responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación. Por esta razón, es lógico que el legislador le hubiere encargado exclusivamente a esa entidad la función de presentar al juez los elementos de juicio necesarios para que éste resuelva su petición de preclusión de la investigación o de acusación al imputado.

Desde nuestro punto de vista, la decisión de la Corte es acertada, en cuanto a la estructura del procedimiento y al mantenimiento del principio acusatorio.

Según lo dicho por la Corte, de conformidad con el párrafo del artículo 332 CPP, tanto la Fiscalía como el ministerio público y la defensa pueden solicitar la terminación del proceso, por la vía de preclusión, una vez iniciada la etapa de juicio y en la medida en que sean invocadas causales objetivas o se compruebe la inexistencia del hecho.

En conclusión, el fiscal tiene competencia durante todo el proceso para solicitar la preclusión, incluyendo la etapa de indagación preliminar. Cuando el ente investigador realice tal solicitud antes de la acusación, puede invocar cualquier causal, pero si plantea su pretensión de preclusión después del pliego de cargos, sólo puede basarse en causales estrictamente objetivas.

Por su parte, el ministerio público y la defensa pueden solicitar la preclusión antes de la audiencia de acusación cuando se trate de una causal objetiva. Además, tienen la posibilidad de proponer la preclusión en el momento en que se realice la lectura del escrito de acusación como forma de oponerse a la pretensión del fiscal, desde luego, con el debido soporte probatorio. Una vez presentada la acusación, la defensa y el ministerio público sólo pueden proponer la preclusión basándose en causales objetivas.

Además, una vez solicitada la preclusión por la Fiscalía, la defensa o el ministerio público tienen la posibilidad de invocar una causal diferente de la propuesta por el ente acusador, con lo cual otorga la posibilidad al juez de precluir por cualquiera de estas opciones o incluso por otra, según se hayan estructurado sus respectivos requisitos. Esto significa que el juez no está vinculado por las causales propuestas, sino que la solicitud de preclusión sólo genera la oportunidad para discutir una causal cualquiera.

B. CAUSALES QUE PERMITEN SOLICITAR LA PRECLUSION Y MOMENTO PROCESAL PARA INVOCARLA

La solicitud de preclusión puede tener cabida en cualquiera de las etapas de indagación, investigación y juzgamiento:

El fiscal:

1. Desde que se inicie la indagación preliminar hasta antes de presentar el escrito de acusación, puede invocar cualquier causal de preclusión, aún aquellas que impliquen juicios sobre la responsabilidad penal.

2. Después de aceptada la acusación sólo puede invocar causales objetivas, porque el análisis probatorio que ha hecho en la acusación comprende juicios jurídicos sobre la existencia del hecho (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y la probabilidad de responsabilidad penal; por esto, invocar causal que implique juicios de valor sobre la responsabilidad sería contradecir el contenido de la acusación, lo cual queda reservado para el juicio oral.

El defensor y el ministerio público:

1. Durante todo el proceso pueden invocar causales de preclusión estrictamente objetivas.

2. Excepcionalmente cuando el fiscal ha formulado solicitud de terminación del proceso, por la vía mencionada (preclusión) pueden respaldar los argumentos del ente acusador o pueden seleccionar otra causal siempre y cuando no implique un cambio radical en el objeto del debate (por ejemplo, el fiscal ha solicitado atipicidad y el abogado propone una causal excluyente de responsabilidad).

3. Si la Fiscalía acusa existiendo mérito para precluir, la defensa tiene la posibilidad de proponer causales de preclusión en oposición a la acusación dentro del desarrollo de la lectura del pliego de cargos, con lo cual el juez obtiene elementos para aceptar o rechazar las propuestas del ente acusador^{784}.

— LA PRECLUSION Y LOS FINES DEL PROCESO

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también tiene en cuenta los fines del proceso y, en consecuencia, ha entendido que la defensa puede solicitar la preclusión en cualquier tiempo procesal, siempre y cuando se trate de una causal objetiva de extinción de la acción penal, mientras que en los casos que requieran valoración jurídica o discusión probatoria, esto es, las discusiones sobre atipicidad y causales excluyentes de la responsabilidad penal, la legitimación en las etapas de indagación e investigación la tiene el fiscal. En la etapa de juzgamiento el ministerio público y el defensor también pueden hacerlo con fundamento en las causales i.^a y 3.^a de dicha disposición^{785}, es decir, “por imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal” o “inexistencia del hecho investigado”, en su orden.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se manifiesta a este respecto:

Así la defensa (material o técnica) carece de legitimidad para solicitar preclusión en las fases de indagación e investigación por las causales 2a y 4a del artículo 332 de la Ley

906 del 2004, por lo que su intervención en esta audiencia está limitada a lo que constituye el objeto de la decisión impugnada.

Por su parte, el juez de conocimiento al decidir respecto de la causal invocada por la Fiscalía, el ministerio público o la defensa, de acuerdo con la etapa procesal en la cual se presenta la solicitud, restringe su competencia a la misma, es decir, no puede extenderse para hacer pronunciamiento en relación con las no alegadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que ejerce su función a petición de parte y mediante formas previstas con anticipación, aspectos que integran la noción del debido proceso penal.

Sin embargo, cuando los elementos probatorios que sustentan la solicitud de preclusión permiten establecer que la misma es procedente, aun cuando sea por motivo diferente al planteado, por razones de economía procesal, el juez debe decretarla; pero si colige que la misma debe negarse no debe entrar a valorar las causales que no fueron invocadas^[1786].

Consideramos que el último párrafo transcrito resulta perfectamente consecuente con los factores de economía procesal que aduce la Corte, a lo cual debemos añadir que, con la misma filosofía, el juez de conocimiento tiene una competencia lo suficientemente amplia como para decidir sobre la preclusión, sin someterse estrictamente a las causales invocadas por el solicitante. Las razones para sostener esta tesis son los siguientes:

- La forma en que el juez de conocimiento adquiere competencia para decidir sobre las peticiones del fiscal provienen de la acusación y de la solicitud de preclusión. Al asumir el conocimiento de la solicitud de preclusión de investigación, el funcionario puede reconocer que hay suficiente material probatorio para determinar la ausencia de responsabilidad penal bien sea por causales objetivas como la prescripción o la muerte del procesado, o por las causales que eventualmente requieren debate con fundamento probatorio. Si el funcionario invoca una causal con un argumento erróneo -por ejemplo, alega una excluyente de responsabilidad por legítima defensa cuando los argumentos y los soportes probatorios determinan realmente un estado de necesidad-, el juez debe

declarar la preclusión.

Se aplica el mismo criterio cuando se ha escogido una causal equivocada -por ejemplo, se alega atipicidad del hecho en un caso en el cual un deudor no ha pagado una obligación dineraria al acreedor y éste lo denuncia por hurto, cuando en realidad el punto de discusión para la preclusión es la inexistencia del hecho.

En suma, el juez puede extender su competencia dentro del marco normativo de las causales de preclusión siempre y cuando el motivo que se invoque guarde relación con la evidencia que se conozca en el proceso.

C. LEGITIMIDAD PARA LA IMPUGNACIÓN DE LA PRECLUSION SOLICITADA POR LA FISCALÍA

La principal controversia sobre la legitimación en la causa para presentar la solicitud de preclusión es la relacionada con quién tiene la facultad para interponer los recursos contra la providencia que decide dicha petición. La Corte Suprema restringe la facultad de impugnación y permite sólo al fiscal solicitar la apelación cuando se niegue la preclusión⁴⁷⁸⁷.

Aquí presentamos una postura que difiere de esta jurisprudencia. Si las decisiones que se adoptan en un proceso acusatorio se refieren necesariamente y tienen incidencia respecto de todos los sujetos procesales, la legitimación para impugnar depende de dos factores: (1) ser parte en el proceso y (2) tener interés jurídico. Estos son los elementos que deben tenerse en cuenta al momento de determinarse si procede la impugnación de la preclusión solicitada por la Fiscalía.

Además, si se realiza una interpretación conforme a la Constitución, fácilmente puede deducirse que impedir o prohibir a la defensa recurrir la decisión mediante la cual se niega la preclusión solicitada por el fiscal en la etapa de investigación no es válido, porque es una limitación desproporcionada al derecho de defensa. Es claro que la decisión de negar la preclusión afecta varios derechos fundamentales de quien es investigado (buen nombre, derechos patrimoniales, incluso libertad), razón por la cual es el directo afectado y, por lo tanto, quien se encuentra constitucionalmente legitimado para solicitar que un

superior controle dicha providencia.

Una razón adicional: si se permite a la defensa proponer en el trámite de la preclusión una causal diferente de la solicitada por el fiscal, y al juez decidir con base en una causal distinta de las expuestas, no habría razón válida para negar a la defensa la posibilidad de interponer recursos.

IV. NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO DE PRECLUSIÓN

La consecuencia jurídica que se desprende de la decisión de preclusión, una vez en firme, es la terminación de la acción penal^{788}.

Sobre la naturaleza del acto por medio del cual se profiere la preclusión, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que pese a que el artículo 334 CPP lo define como “sentencia”, una interpretación sistemática de la Ley 906 del 2004 muestra que se debe entender que en realidad se trata de un auto, por su evidente naturaleza interlocutoria, a tal punto que no admite recurso de casación^{789} pero sí los ordinarios (reposición y apelación).

V. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS CAUSALES DE PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. IMPOSIBILIDAD DE INICIAR O CONTINUAR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Esta causal debe interpretarse sistemáticamente con el artículo 77 CPP, en donde se consagran las razones por las cuales se extingue la acción penal (muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad y desistimiento). Por lo tanto, la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal tiene que ver con aquellos eventos conocidos como *obstáculos procesales*^{790}.

B. LA INEXISTENCIA DEL HECHO INVESTIGADO

De conformidad con la Corte Constitucional, en este supuesto se exige *solamente* una constatación de orden fáctico, que debe distinguirse de la atipicidad de la conducta. Al respecto dijo:

Durante la fase de juzgamiento, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión. Ellas se reducen a: (1) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (2) la inexistencia del hecho investigado. La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querella respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad. En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuando aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado^{791}.

Hemos venido sosteniendo que en la etapa de juzgamiento puede solicitarse la preclusión por causales estrictamente objetivas, en las cuales se puede incluir el desistimiento de la querella y la oblación.

C. ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO

Tal como lo señaló la Sentencia C-651 del 2011^{792}, la atipicidad involucra la ausencia de alguno de los elementos estructurales del tipo. En estos casos la preclusión procede cuando se trate de atipicidad absoluta. Los supuestos posibles

de ausencia de responsabilidad que encuadren en la atipicidad subjetiva (lo que también se conoce como *imputación subjetiva*) deben alegarse como exclusión de responsabilidad por error²⁵. Sobre la necesidad de atipicidad absoluta ha dicho la Corte Suprema:

La causal 4.a del artículo 332 de la Ley 906 del 2004 se refiere a la “atipicidad del hecho investigado”, contexto dentro del cual resulta incontestable que la atipicidad pregonada debe ser *absoluta*, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la *relativa*, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una *atipicidad relativa*, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido^{793}.

D. AUSENCIA DE INTERVENCIÓN DEL IMPUTADO EN EL HECHO INVESTIGADO

La causal de preclusión descrita como ausencia de intervención del imputado en la comisión del hecho adquiere significado y alcance dentro del derecho sustancial y no dentro del derecho procesal. Esto significa que la expresión “intervención del imputado” se refiere a una actividad psicofísica atribuida a una persona determinada dentro del marco de unos hechos, de un supuesto fáctico, y en ningún caso puede implicar la necesidad de que se haya celebrado una audiencia de imputación donde se expongan y valoren jurídicamente esos hechos.

Es posible que la existencia del supuesto o hecho coincida con lo ya valorado en una audiencia de imputación, esto es, que los aspectos sustancial y procesal coincidan y que se haya definido si hubo participación, etc. No obstante, estas dos situaciones (hechos y audiencia) conservan su autonomía en cuanto a su

alcance y finalidad. En efecto, sobre el sentido de esta causal, la Corte Suprema de Justicia explicó:

La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, como causal de preclusión, supone la presencia de evidencia física o elementos probatorios que trasmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella^{794}.

En consecuencia, contra la persona puede haber elementos de juicio indicativos de no intervención o participación y que no se haya realizado la audiencia de imputación. En este caso no se puede llegar a la postura ilógica de exigir la realización de una audiencia de imputación para inmediatamente solicitar la preclusión. Esto significaría que de manera artificial la Fiscalía tendría que sostener el pedimento de imputación para estructurar un esquema procesal adecuado (audiencia de imputación) y luego tomar una decisión de preclusión, lo cual es abiertamente inconveniente e ilógico.

En suma, si después de la imputación aparece que el sujeto investigado no participó, no intervino en los términos legales, se aplica esta causal; lo mismo opera cuando este supuesto se estructure antes de la imputación.

E. PRECLUSIÓN POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS

I. ASPECTOS GENERALES

Esta causal no puede entenderse simplemente como una forma de preclusión-sanción cuando la Fiscalía no formula acusación o solicitud de preclusión dentro de los términos previstos en los artículos 175 y 294 CPP. La Corte Constitucional entiende que el mandato para el juez de conocimiento no es aplicar en forma automática la preclusión, porque se deben combinar dos presupuestos, a saber:

que no exista mérito para acusar y que hubiere vencido el término legal para acusar (90 ó 120 días, según lo establecido por la Ley 1453 del 2011; además, se deberá tener en cuenta lo modificado por el artículo 35 de la Ley 1474 del 2011 cuando se trate de delitos contra la administración pública, etc.). Así lo manifestó la Corte Constitucional:

[...] la causal séptima de preclusión, consagrada en el artículo 332 de la Ley 906 del 2004, debe ser entendida de conformidad con la Constitución, lo cual significa que, no basta con el transcurso de sesenta (60) días para que automáticamente se deba decretar la preclusión de una investigación. De llegar a entenderse la norma legal en esos términos, allí sí, se estarían desconociendo los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto un delito grave quedaría impune debido a la falta de diligencia del órgano investigador. En efecto, recuérdese que, en principio, la Fiscalía cuenta con tan sólo con un término de treinta (30) días, contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad (art. 175 del C. P. P.), y que sólo, excepcionalmente, dispondrá de otros treinta (30) días adicionales, previa remoción del fiscal del caso, para *“adoptar la decisión que corresponda”* (art.294 del C. P. P.). De allí que no se justificaría constitucionalmente que estos casos, en términos de víctimas, la negligencia o la incapacidad del órgano de investigación conllevara la procedencia automática de una causal de preclusión, decisión que, como se sabe, hace tránsito a cosa juzgada^[4795].

La forma en que la Corte Constitucional ha interpretado esta causal implica necesariamente un ejercicio de ponderación de parte del juez de conocimiento, si se tiene en cuenta que el fundamento de la decisión debe ser el respeto del derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. En consecuencia, es exigible al juez de conocimiento un ejercicio de ponderación entre la obligación de respetar los derechos del imputado, en particular a la presunción de inocencia y la garantía de no soportar un proceso con dilaciones injustificadas, y los derechos de las víctimas a la tutela judicial efectiva y la eficacia de la administración de justicia. Cabe advertir que una vez negada

judicialmente la preclusión por vencimiento del término para acusar el fiscal queda facultado para continuar la investigación o formular el pliego de cargos en un plazo razonable.

— CRITERIOS PARA NEGAR LA PRECLUSIÓN
POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS

En general puede decirse que la negativa para precluir por vencimiento de términos debe obedecer a la existencia de prueba para acusar. Sin embargo, existen casos que revisten cierta complejidad, y en los cuales también es posible negar la preclusión por vencimiento de términos. En estos eventos es necesario tener en cuenta lo siguiente:

1. Debe tratarse de un delito grave. Entendemos que los bienes jurídicos con protección internacional; los bienes y personas protegidos por el derecho internacional humanitario o las configuraciones delictivas que coincidan con graves violaciones de derechos humanos están incluidos en el concepto de “gravedad” del que habla la Corte. No se justificaría la misma solución propuesta por el juez constitucional para casos simples de violación de bienes jurídicos como el patrimonio. Lo anterior, especialmente en los denominados *delitos de bagatela*. De todas formas, estos temas deben ser valorados en cada caso concreto.

2. El delito por el que se procede debe tener acreditada una víctima o un grupo de víctimas.

3. El juez debe tener en cuenta las variables impuestas desde el bloque de constitucionalidad, para no desconocer un plazo perentorio de la ley procesal penal. La solución que puede adoptarse debe partir de la noción de plazo razonable, y estar fundada en la naturaleza del delito. Por lo tanto, el examen del juez deberá comprender:

a. La complejidad del asunto; esto es, la investigación de un delito grave debe tener relación directa con la imposibilidad para adoptar la decisión de precluir o acusar. Estas razones deben ser aportadas por el fiscal, lo que implica establecer en la correspondiente audiencia las dificultades probatorias por la naturaleza de

los delitos, el número de testigos, la exigencia de exámenes científicos realizados en el exterior, etc.

b. La actividad procesal del interesado. Este requisito resulta indispensable, y es de anotar que si la decisión se ha tomado en consideración a las víctimas de delitos graves, el juez deberá otorgarle importancia significativa en el pronunciamiento judicial a la oposición de la preclusión que éstas presenten durante el trámite de la audiencia respectiva.

c. La conducta de las autoridades judiciales. Como bien lo dice la decisión de la Corte Constitucional, no se trata de avalar la negligencia o la incapacidad del órgano de investigación que conduzca a la impunidad. En consecuencia, la Fiscalía debe demostrar que realizó todas las actuaciones posibles, pero que, según la dificultad de la investigación, el término dado por la ley resultaba escaso o insuficiente para tomar la decisión que corresponda en derecho y según la posibilidad investigativa.

En conclusión, lo que corresponde y es obligatorio, una vez vencidos los términos, aunque no proceda la preclusión, es conceder la libertad provisional a la persona retenida.

2. DECISIONES POSIBLES DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO FRENTE A LA CAUSAL EN ESTUDIO

Por la naturaleza de la causal, necesariamente la motivación para precluir o abstenerse de hacerlo puede tener fundamentos diferentes:

a. El juez de conocimiento puede ordenar la preclusión del proceso no solo teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, según lo señalado en el artículo 332 CPP, sino que su decisión debe ser, además, el resultado de un estudio profundo y serio, previo juicio de ponderación que arroje como resultado que no hay necesidad de continuar la actividad judicial porque (1) el delito no reviste gravedad, (2) la complejidad del hecho impide que se demuestre la verdad a pesar de los esfuerzos investigativos, (3) la reparación a las víctimas no tiene mayor significación o (4), si la tiene, pueden utilizarse otros instrumentos jurídicos sin que sea necesario agotar todos los trámites procesales-penales.

b. Negar la preclusión y expresar los criterios conforme a la valoración de la prueba indicativos de que existe mérito para formular acusación, caso en el cual, como es lógico, debe declararse impedido y el fiscal tiene la autonomía de optar por la decisión procesal que considere pertinente.

c. Decretar la nulidad a partir de la formulación de imputación. Consideramos que a pesar de la controversia que pueda originar, esta posición es viable por las siguientes razones:

Cuando no se realiza una investigación de manera real y seria estamos frente a un proceso aparente o simulado, violatorio del debido proceso como derecho fundamental. El concepto de “debido proceso” incluye las garantías que tienen todos los que intervienen en su tramitación y, necesariamente, la obligación (para el ente acusador y la defensa) de reconstruir la verdad de los hechos a través de una correcta investigación.

Cuando esto último no ocurre se incumplen las obligaciones de quien tiene a su cargo la investigación y acusación según lo previsto en el artículo 250 de la Carta. La eliminación en la Constitución de la expresión *investigación integral* no releva a ningún funcionario de realizar las investigaciones a su cargo de manera seria y completa para evitar la impunidad.

VI. CONCLUSIONES

Cada una de las hipótesis legales de preclusión tiene un fundamento constitucional: la prescripción de la acción se deriva del mandato del artículo 28 superior, conforme al cual no hay penas imprescriptibles. La imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia se apoya en el artículo 29 de la Carta. Las restantes encuentran respaldo en el artículo 250 constitucional, porque la investigación se inicia sobre la base de una inferencia -y no de certeza- acerca de la existencia de un hecho punible y de sus posibles autores o partícipes

Existe mérito para acusar cuando se estimen cumplidos dos requisitos: la inferencia razonable y la suficiencia de prueba. El juez de conocimiento debe valorarlos en su aspecto negativo para acceder a la solicitud de preclusión de la Fiscalía.

Si el juez rechaza la solicitud de preclusión, cuenta con las siguientes posibilidades (1) determinar la carencia de fundamento de la preclusión sin ninguna sugerencia; (2) devolver al fiscal los hechos para que se prosiga la investigación. Esta opción es consecuente con el principio acusatorio y pretende que la legalidad opere de forma plena.

De la estructura del proceso penal podría entenderse que si el fiscal no encuentra fuente probatoria para imputar lo procedente es el archivo. Si la investigación aun después de la imputación no permite afirmar con *probabilidad de verdad* que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe, lo viable jurídicamente es solicitar la preclusión. Sin embargo, una interpretación garantista de los derechos fundamentales y teleológica de la preclusión conduce a que en cualquier momento en el que se configure una causal de preclusión es imperativo que la administración de justicia solucione por esta vía la situación jurídica del imputado.

Desde el punto de vista probatorio, la preclusión se puede estructurar por: (1) ausencia o insuficiencia de prueba para acusar, lo cual sólo podrá determinarse agotado diligentemente el programa metodológico; y (2) cuando haya prueba indiscutible de que la conducta no es delictiva o de que la persona no es autor o partícipe de ella.

La preclusión, sin importar quien la postule, estará siempre sujeta a control judicial por el juez de conocimiento. De la misma manera el juez puede realizar un control a la acusación, porque es factible que cuando ésta sea infundada, se someta al imputado a un proceso indebido. Por tal razón, una interpretación acorde con el artículo 29 superior permite hablar del control judicial de la acusación. Más aún: si en esta fase el defensor observa que es procedente la preclusión de la investigación, podría solicitarla, en contra de la posición de la Fiscalía.

Frente al rechazo de la solicitud de preclusión, el fiscal puede tomar cualquiera de estas posiciones: (1) continuar la investigación si no se han vencido los términos del artículo 175 cpp, o en caso de estar vencidos y se trata de un delito grave o existen circunstancias que exijan un plazo razonable, por ejemplo por la complejidad probatoria, puede continuarse la investigación; (2)

solicitar de nuevo la preclusión, porque se pueden presentar circunstancias sobrevinientes que exijan o impliquen una nueva valoración de la situación y la posibilidad de estructurar la misma u otra causal para poder precluir; (3) formular la acusación. Si el fundamento de la negativa está referido a la suficiencia probatoria para acusar y el fiscal comparte la apreciación del juez, la conducta procedente sería presentar escrito de acusación, para lo cual puede tener en cuenta la valoración hecha por el juez.

La facultad para proponer la preclusión depende de la etapa procesal: (1) por regla general, el fiscal puede solicitar la preclusión en cualquier etapa del proceso porque es quien ejerce la acción penal; (2) el imputado y la defensa pueden invocar la preclusión por cualquier causal objetiva en todas las etapas del proceso; (3) si la Fiscalía acusa habiendo mérito para precluir, la defensa puede invocar causales de preclusión en la audiencia de lectura de acusación y aportar pruebas sobre la causal que invoca; (4) la Fiscalía, el ministerio público y la defensa pueden solicitar la preclusión, una vez iniciada la etapa de juicio, en la medida en que se invoquen causales objetivas o se compruebe la inexistencia del hecho.

Una vez formulada la preclusión por la Fiscalía, la defensa o el ministerio público tienen la posibilidad de invocar una causal diferente de la propuesta por el ente acusador, salvo que con tal pretensión cambie el objeto de la audiencia. De esta manera, le dan al juez la posibilidad de precluir por cualquiera de estas opciones o incluso por otra, si están estructurados los respectivos requisitos. Lo anterior quiere decir que el juez no está vinculado por las causales propuestas, sino que la solicitud de preclusión sólo genera la oportunidad para discutir una causal cualquiera.

La legitimación para impugnar la decisión que niega la preclusión no está sólo en cabeza de la Fiscalía: las demás partes del proceso tienen legitimidad para proponer recursos.

La preclusión por vencimiento de términos (numeral 7 del artículo 332) no opera de manera automática, sino que requiere para su aplicación de dos presupuestos: (1) que no haya mérito para acusar y (2) que se haya vencido el término legal para acusar.

Esta última causal mencionada implica necesariamente un ejercicio de ponderación de parte del juez de conocimiento para determinar que no hay necesidad de continuar con la actuación; aquí debe tenerse en cuenta (1) si se trata de un delito grave; (2) el delito por el que se procede debe tener acreditada una víctima o un grupo de víctimas; (3) el juez debe tener en cuenta aspectos que surgen del bloque de constitucionalidad relacionados con la doctrina del plazo razonable: (a) la complejidad del asunto; (b) la actividad procesal del interesado y (c) la conducta de las autoridades judiciales.

El juez de conocimiento puede tomar las siguientes decisiones frente a la preclusión por vencimiento de términos: (1) puede ordenar la preclusión del proceso no solo teniendo en cuenta el transcurso del tiempo, sino que su decisión debe ser, además, el resultado de un estudio profundo y serio, previo juicio de ponderación; (2) negar la preclusión y ordenar a la Fiscalía que formule la acusación y (3) decretar la nulidad a partir de la formulación de imputación por no haberse realizado la investigación de manera adecuada.

PARTE SÉPTIMA

JUICIO ORAL

CAPÍTULO PRIMERO

La acusación

I. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

El diseño legal y constitucional de la acusación demuestra que es un momento decisivo dentro del proceso penal, porque marca el final de la fase de instrucción del proceso^{796} y constituye el centro de gravedad de la estructura tradicional del proceso penal acusatorio.

La Constitución y el bloque de constitucionalidad exigen algunos elementos de contenido sustancial que deben observarse en relación con la acusación, como los siguientes:

A. LA ACUSACIÓN DEBE SER ESCRITA

La Constitución exige que la acusación se presente por escrito (art. 250.4 C. N.). Esta presentación escrita cumple funciones importantes dentro del proceso -por ejemplo, supone una garantía de publicidad-. El literal b, numeral 2, del artículo 8.º del Pacto de San José exige que la acusación sea correcta y oportunamente comunicada, y el hecho de que ella sea escrita implica que pueda ser conocida por parte del imputado. Con todo, no sobra indicar que el carácter escrito no es garantía suficiente para lograr la publicidad de la acusación, de manera que debe existir el medio adecuado para asegurar que efectivamente pueda conocerse el contenido del documento por parte de quienes intervienen en el proceso.

El Estado tiene la obligación de presentar el escrito de acusación en castellano. No obstante, cuando el imputado manifieste que habla uno de aquellos idiomas oficiales diferentes del español (alguna lengua indígena o el dialecto propio de las comunidades raizales de San Andrés y Providencia), deberá hacerse la correspondiente traducción, que opera de forma supletoria, de modo que si la persona se abstiene de indicar el idioma que habla, bastará con que la acusación se presente en lengua castellana.

Cosa distinta ocurre con el extranjero, porque respecto de éste la garantía consiste en el acceso a un traductor o intérprete, siempre y cuando no hable el idioma utilizado por el juzgado o tribunal (lit. a num. 2, art. 8.º del Pacto de San

José).

B. LA ACUSACIÓN DEBE SER OPORTUNA

El artículo 8.º del Pacto de San José (lit. *b* num. 2) dispone que la acusación debe ser presentada antes del juicio. Esto supone que debe existir un plazo razonable entre la comunicación de la acusación y la realización del juicio, de manera que la persona tenga la oportunidad de preparar su defensa. Es claro que el término debe ser suficiente para garantizar que de la acusación no se pase al juicio sin posibilidad de diseñar la defensa técnica y material.

La comunicación previa también guarda relación con las actuaciones que han antecedido a la acusación. La investigación no puede tener una duración excesiva que conduzca a que se considere la acusación una forma de sanción. Si ha transcurrido un término amplio, que impida a la defensa recoger la evidencia que requiere, sea por desaparecimiento o indiscutible dificultad, la acusación se convierte en una condena automática.

La Ley 1453 del 2011 contiene las reglas y consecuencias sobre el vencimiento de términos sin que se haya formulado acusación. En tal sentido, el artículo 175 establece un término de 90 días contados a partir del día siguiente a la imputación para que el fiscal formule la acusación; y de 120 días cuando sean más de tres los imputados o exista concurso de delitos o se trate de delitos de competencia de jueces penales especializados.

Este término, al tenor de lo establecido en el artículo 294 CPP, puede ampliarse, caso en el cual el fiscal que no acusó dentro de los 90 días que le da la ley pierde competencia y su superior debe nombrar un nuevo fiscal para que éste decida si presenta la acusación o solicita la preclusión dentro de los nuevos términos definidos por el artículo 55 de la reciente Ley 1453 del 2011, que modificó el citado artículo 294 CPP. Debe tenerse en cuenta el aumento de términos consagrados en el artículo 35 de la Ley 1474 del 2011, en relación con delitos contra la administración pública y otros.

C. LA ACUSACIÓN DEBE SER DETALLADA

El Pacto de San José exige que la acusación sea detallada. Lo anterior significa que la acusación debe indicar claramente qué hecho se imputa y la consecuencia jurídica prevista en la ley para dicho comportamiento. A partir de normatividad constitucional, la persona tiene derecho a que los hechos sean presentados de manera clara y de forma ordenada, de modo que los comprenda y, además, se infiera la consecuencia jurídica.

II. ASPECTOS LEGALES

A. ASPECTOS GENERALES.

ACUSACIÓN Y PRINCIPIO ACUSATORIO

La acusación resulta ser el núcleo central del nuevo sistema; ésta no puede entenderse sin su presupuesto básico, que se conoce en los procesos penales continentales como “principio acusatorio”. En efecto, el principio acusatorio tiene como base esencial la imparcialidad del órgano jurisdiccional frente a las partes y al objeto del proceso. Este fundamento incide en todo lo relativo a la participación y posición del juez, la garantía de independencia y el objeto del proceso.

Como afirma GÓMEZ COLOMER^{[1797](#)}, conviene diferenciar entre el “principio acusatorio”, por un lado, y los “principios de contradicción y de defensa”, por otro. El principio acusatorio se basa en la actividad del órgano jurisdiccional frente a las partes (imparcialidad) y frente al objeto del proceso (vinculación a sus elementos esenciales), mientras que la contradicción está en función de la intervención de las partes en el proceso, principalmente del acusado. Esta última es una garantía para que el imputado conozca la acusación formulada, sea realmente oído en la causa y tenga la oportunidad efectiva de defenderse en cuanto al fondo y a la forma del pliego de cargos.

El proceso penal moderno está inspirado por el principio acusatorio, que opera desde su inicio y durante todo su desarrollo, para saber inicialmente si hay fundamento o no para formular la acusación y luego para concretarla. Este principio es una garantía esencial del proceso penal y en muchos de los

ordenamientos que han servido de inspiración al proceso penal colombiano está elevado al rango de derecho fundamental.

En el caso español, la doctrina entiende que la noción de “proceso con todas las garantías” contiene el principio acusatorio, debido a que en él se incorpora la imparcialidad del juez, la separación de funciones entre acusación y juzgamiento y la no menos importante capacidad de contradicción del acusado o su defensa frente a las formulaciones de diferente naturaleza que presente la Fiscalía. Como lo señala el autor mencionado, y en general la doctrina española, son tres aspectos los que deben destacarse sobre el principio acusatorio:

I. NO PUEDE EXISTIR PROCESO SIN ACUSACIÓN

(NEMO IUDEX SINE ACTORE NO HAY JUICIO SIN ACTOR)

La acusación es necesaria para realizar el juicio, por tanto es condición y presupuesto del proceso. Con el fin de hacer efectiva la garantía de imparcialidad, la acusación debe ejercerse por una persona u órgano distintos y ajenos al tribunal que dicta la sentencia. El principio acusatorio realiza el *ius puniendi* e implica la introducción en el proceso de un órgano público encargado de la acusación, que en nuestro caso es la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, la investigación penal adquiere carácter público para todos los delitos, incluso las infracciones querellables, excepto los que adelanta el acusador privado. Como consecuencia del principio acusatorio, la persona que presuntamente ha cometido el hecho punible debe recibir información clara, completa y precisa acerca de la acusación.

2. NO PROCEDE CONDENA POR HECHOS DISTINTOS

DE LOS ESTABLECIDOS EN LA ACUSACIÓN, NI EN RELACIÓN
CON PERSONA DIFERENTE DE LA ACUSADA

La fijación del contenido de la acusación debe ser propuesta y delimitada por el fiscal para que, a partir de dicha delimitación, se abra el debate probatorio para proferir la correspondiente sentencia, dentro del concepto dinámico de

congruencia.

La doctrina española asume que en virtud del principio de imparcialidad, y por la esencia del principio acusatorio, no le está permitido al juzgador fijar los hechos que se atribuyen y la persona imputada. En cambio, la calificación jurídica de los hechos y la pena que se ha de imponer están sometidas al principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y, por supuesto, al de legalidad, por lo cual queda por fuera de la disposición de las partes. En otras palabras, el problema de la determinación definitiva de una conducta punible y la pena que merece son labores del juez de conocimiento que concretan la máxima constitucional según la cual los jueces en sus providencias están sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 230 C. N.). Una cosa distinta es que para no afectar el derecho de defensa la misma ley imponga limitaciones a la extensión de la acusación o a la vinculación de otros imputados al hecho que se juzga.

3. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

El principio acusatorio garantiza, en el sentido expresado, la imparcialidad del juzgador. Sin entrar en mayor detalle, debe afirmarse que la exigencia de imparcialidad está también reconocida en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El Acto Legislativo 03 del 2002 introdujo en nuestro ordenamiento el principio acusatorio, entendido básicamente como la imposibilidad de iniciar un juicio sin acusación de parte del funcionario constitucional y legalmente competente (*nemo iudex sine actore*: no hay juicio sin actor). Este principio tiene una serie de características que definen el sistema de enjuiciamiento e investigación colombiano y que son compartidas, con algunas modificaciones, por los ordenamientos acusatorios del derecho comparado. Estas características son: (1) el reconocimiento de la igualdad de armas entre las partes; (2) la existencia necesaria de una acusación, en consonancia con el correlativo deber de información adecuada de la acusación al indiciado; (3) la congruencia entre acusación y sentencia, lo cual implica el deber de no incluir (en la sentencia)

hechos no señalados en el pliego de cargos (incongruencia objetiva) ni personas no mencionadas en dicho escrito (incongruencia subjetiva); (4) la prohibición de la reforma en perjuicio del acusado (*in pejus*) y, sobre todo, (5) el que la acusación no puede ser presentada por quien realizará el juzgamiento del hecho, con base en el principio de la separación de los actos de juzgamiento e investigación.

Sobre la existencia necesaria de la acusación, la Corte ha precisado que el deber de información al acusado no solo implica la notificación de la existencia formal de la acusación, sino que se requiere, además, que se informe a la persona sobre las conductas que le son endilgadas (*nomen iuris*: calificación o denominación legal). Esto posibilita el ejercicio correcto del derecho a la defensa y, por lo tanto, un debido proceso^{798}.

B. LA ACUSACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

I. CRITERIO EXIGIDO PARA ACUSAR

El libro III del Código de Procedimiento Penal, denominado “El juicio”, consagra en su capítulo I, título I, los requisitos formales de la acusación. La primera indicación está señalada en el artículo 336 y tiene que ver con la valoración que debe hacer la Fiscalía para acusar. La normatividad concreta este requisito de la siguiente forma:

La Fiscalía podrá presentar el escrito de acusación cuando de los elementos probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida puede afirmarse con probabilidad de verdad que la conducta existió y que el imputado es autor o partícipe.

Como puede observarse, la exigencia relativa a la imputación conocida como *inferencia razonable* se cualifica en el sentido de otra operación lógica, que el Código denomina *probabilidad de verdad*. Esta última debe derivarse de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente

obtenidos. En realidad, como afirma ROXIN^[799], la Fiscalía debe acusar cuando se llegue al pronóstico de solicitar una condena al final del juicio. En efecto, el fiscal debe evaluar si el hecho cumple los presupuestos que la ley determina como delito, para concluir con fuerza de convicción que las circunstancias de la conducta de la persona, a la que se le ha formulado imputación, pueden suponer lógicamente que al final del juicio se obtendrá efectivamente una condena.

El tema no es sencillo, porque entre la convicción del fiscal y la probabilidad de verdad existe un trecho difícilmente transitable en la teoría procesal. Por esta razón, la doctrina extranjera ha intentado llenar el vacío con unos contenidos que pretenden ser objetivos y que conjugan las exigencias de los tipos penales, con los criterios utilizados para llegar a determinar la responsabilidad penal. Contenidos que, en nuestro caso, corresponden a una decisión judicial más allá de la duda razonable. En este sentido, la autora alemana ELLEN SCHLÜCHTER anota que la probabilidad de condena tiene tres presupuestos:

[...] en primer lugar, la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es previsiblemente demostrable a través del material de evidencia legalmente recolectado. En segundo lugar, los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal. En tercer lugar, la convicción del fiscal debe de estar libre de obstáculos procesales, pues los vicios de procedimiento necesariamente pueden afectar la convicción del juez^[800].

El Código colombiano establece un procedimiento absolutamente formalizado para la acusación; este procedimiento se desarrolla en varios momentos: (1) primero se tiene el acto de presentación del escrito ante el juez competente para adelantar el juicio; (2) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, el funcionario debe fijar fecha para la audiencia de formulación de acusación; y, por último (3), se regula la realización de la audiencia, que culmina con la citación para audiencia preparatoria del juicio oral. El escrito de acusación debe entregarse al acusado, al ministerio público y a las víctimas para efectos de ejercer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

2. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN Y DOCUMENTOS ANEXOS

El artículo 337 cpp exige que el escrito de acusación cumpla los siguientes requisitos:

a. LA INDIVIDUALIZACIÓN CONCRETA DE LOS ACUSADOS

La identificación plena de los acusados comprende la señalización del nombre, todos sus datos de identidad y el domicilio para citaciones. Este requisito está contenido en el numeral i del artículo 288 cpp referido a la imputación, lo que nos lleva a concluir que en esta fase del procedimiento debe estar absolutamente determinada la persona acusada. En este sentido, deben tenerse como sustento de la actividad del fiscal los métodos de identificación personal contenidos en los artículos 251 a 253 cpp y debe determinarse la condición de autor o partícipe de la conducta investigada.

b. UNA RELACIÓN CLARA, SUCINTA Y EN LENGUAJE COMPRENSIBLE DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Este requisito puede generar discusiones, porque la expresión “hechos jurídicamente relevantes”, como requisito de la acusación, debe entenderse como la descripción de aquellas normas o tipos penales que resultan comprometidos con las conductas asumidas por los autores o partícipes conforme las circunstancias imputadas y acusadas. Nuestro procedimiento penal quedaría en un profundo déficit frente a la normativa internacional si se asumiera que la noción de hechos jurídicamente relevantes no incluye definiciones jurídicas. Al respecto el tratadista argentino Cafferata Nöres^{[1801](#)} afirma:

[...] hoy puede afirmarse que es letra expresa e indiscutible de máximo nivel jurídico que la base del juicio no pueda ser otra que la acusación, es decir la atribución - fundada- a una persona debidamente individualizada, de alguna forma de participación

(autor, coautor, cómplice, instigador) en un hecho delictivo, y el pedido de que sea sometida a juicio oral y público, para que en su transcurso el acusador intente probar su responsabilidad penal y, si lo logra, el tribunal (porque así lo acepte) le imponga la sanción prevista por la ley. Los instrumentos supranacionales hacen expresa referencia a ella como presupuesto del juicio (art. 8.1 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 10.º Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14. I Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. xxvi Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

A su vez, el Comité de Derechos Humanos señaló en la observación general número 13:

[...] el derecho a ser informado sin demora de la acusación exige que la información se proporcione de manera escrita tan pronto como una autoridad competente formule. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto *la ley* y *los supuestos* hechos en que se basa.

Con fundamento en lo dicho, se presenta el problema de la posible sanción procesal que implican las acusaciones ambiguas. Nuestra posición en este punto está orientada por la entidad y naturaleza del defecto que se advierta en el escrito, porque en caso de formularse acusación confusa, el funcionario judicial que va a tramitar el juicio o dictar sentencia puede devolver, rechazar o, incluso, declarar la nulidad si fue aceptada por el juez de conocimiento, porque la acusación es un acto procesal reglado con requisitos de validez concretos^{[802](#)}. La Corte Suprema de Justicia ha entendido que en algunos casos es necesario subsanar ese defecto mediante la devolución del escrito al fiscal. Ese tribunal explicó:

Finalmente cabe realizar una precisión adicional, dado que el escrito de acusación

presentado contra los imputados es ambiguo por cuanto no se precisan de manera diáfana los hechos e imputaciones realizadas, y conforme al artículo 337 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal el escrito de acusación debe contener *una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible*, lo cual también se hace extensivo a su correspondiente formulación, esto con miras a que no se presenten inconvenientes al momento de ejercer el derecho a la contradicción y la defensa, así como facilitar la comprensión de los hechos a los sujetos intervinientes en el proceso, inclusive al juez, se ordena remitir copia de esta decisión a la fiscal 150 Seccional de Bogotá, para que dentro de sus actuaciones -y a futuro- precise de mejor forma el sustento fáctico y jurídico^[803].

C. EL NOMBRE Y LUGAR DE CITACIÓN DEL ABOGADO
DE CONFIANZA O, EN SU DEFECTO, DEL QUE LE DESIGNE
EL SISTEMA NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

Este requisito resulta de gran importancia para el efectivo y oportuno ejercicio del derecho de defensa. Sólo cuando el abogado de confianza o el que le sea designado de oficio pueda ser informado de la presentación del escrito se concretan las oportunidades para que el procesado tome la posición que corresponda frente a lo solicitado por el fiscal. Esta garantía de información está íntimamente relacionada con el trámite de la acusación consagrado en el artículo 339 CPP.

El requisito de correr traslado de la acusación, contenido en el mencionado artículo, permitirá a la defensa manifestarse acerca de aquellas situaciones como la competencia, los impedimentos, las recusaciones y las nulidades si las hubiere. Pero la facultad más importante que se tiene en este trámite es la relativa a la posibilidad de presentar observaciones sobre el escrito de acusación, si se considera que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337CPP.

Además, el artículo 339 CPP es fundamental para la defensa, porque permite hacer observaciones de fondo sobre la acusación, para desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado la Fiscalía conforme al artículo 336 CPP; esto

es, la afirmación con probabilidad de verdad sobre la existencia de la conducta delictiva y la autoría o participación del acusado, lo que equivale a realizar observaciones sobre la individualización y los hechos jurídicamente reseñados en la acusación.

En contra de esta posición, existe la opinión que predica que la audiencia de acusación no puede considerarse una audiencia de juzgamiento anticipada, de tal manera que la defensa estaría limitada sólo a hacer precisiones o manifestaciones de carácter formal sobre la acusación. Esta postura, no obstante, resulta inadmisibile, y los siguientes argumentos soportan nuestra opinión:

En primer lugar, las observaciones sobre el escrito de acusación tienen por objeto la aclaración, adición o corrección del escrito, aspecto que debe resolver el juez de la audiencia. En algunos casos, dichas observaciones tendrán como consecuencia la corrección de la individualización de la persona o de los hechos, para impedir una acusación defectuosa. Por lo tanto, de presentarse un argumento sólido en contra de los requisitos 1 y 2 del artículo 337 CPP, la Fiscalía podría optar por el retiro de la acusación o el juez por devolverla.

Si bien es cierto que no existe norma aplicable en este caso, sería ilógico y contrario a los fundamentos de un derecho penal liberal el que, por excluir esta opción, se obligara al fiscal y juez de conocimiento a tramitar el proceso contra una persona que no debe ser acusada y debiera esperarse al juicio oral para solicitar absolución. El retiro de la acusación no constituye forma de terminación del proceso, sino sólo una medida adecuada para realizar las correcciones pertinentes.

En segundo lugar, los artículos 267 y 268 CPP permiten al investigado formalmente imputado la recolección de material probatorio con el fin de descubrir información que pueda ser utilizada “en su defensa ante las autoridades judiciales”. Por lo tanto, nada se opone a que, en la audiencia de acusación, la defensa exponga sus fundamentos con el material probatorio recolectado, para dejar sin efecto la acusación. En este caso las opciones del juez pueden ser:

- Permitir que la defensa presente el material probatorio recolectado para efectos de la corrección, adición o aclaración de la acusación. De resultar una

hipótesis delictiva diferente que ha debido plantearse desde la iniciación del proceso, se requerirá una nueva audiencia de imputación que obligaría a la Fiscalía a retirar la acusación, y al juez, a hacer declaratoria de nulidad de la mencionada imputación.

– Si el juez llega a la convicción de que el material probatorio presentado por la defensa no tiene entidad para afectar la acusación, concederá a la Fiscalía la facultad de proponer la acusación correspondiente. En este caso, debe indicarse a la defensa que puede descubrir las pruebas en la correspondiente audiencia preparatoria, y si estas son aceptadas puedan ser practicadas en el juicio oral.

d. LA RELACIÓN DE LOS BIENES Y RECURSOS

AFECTADOS CON FINES DE COMISO

La Fiscalía propondrá en el escrito de acusación el inventario que exige el numeral 4 del artículo 337 CPP, cuando se hayan cumplido los trámites establecidos en el artículo 84 CPP ante el juez de control de garantías. En caso de no haber realizado lo anterior, habrá lugar a que la propia Fiscalía solicite en este momento procesal la incautación u ocupación de los bienes con fines de comiso. La exigencia, por supuesto, apunta a la realización posterior del incidente de reparación integral y a la efectiva garantía de los derechos de las víctimas y los perjudicados.

e. DESCUBRIMIENTO DE LAS PRUEBAS

– ANTECEDENTES Y FINALIDAD

El descubrimiento es un instituto probatorio importado del proceso penal de Estados Unidos. El “discovery” intenta facilitar a las partes la adquisición del conocimiento de las fuentes y los elementos de prueba que tiene cada una de ellas para el correcto desarrollo del juicio oral. Su objetivo se fundamenta en evitar que se introduzcan elementos probatorios en sede de juzgamiento sobre las cuales no pueda conformarse un contradictorio adecuado, sobre todo en

relación con el acusado que se presenta en desventaja frente a la Fiscalía, órgano que ha contado con todas las prerrogativas y los medios para investigarlo.

El descubrimiento probatorio es entendido como el momento en que la “Fiscalía y la defensa suministran, exhiben o ponen a disposición de la contraparte todas las evidencias y elementos probatorios de que dispongan, y anuncian todas las pruebas cuya práctica solicitarán para que se practiquen en el juicio oral, con el fin de respaldar su teoría del caso”^{804}.

Esta etapa es de la esencia del sistema acusatorio, en especial si se tiene en cuenta su carácter adversativo. La trascendencia del descubrimiento probatorio se refleja en los principios y derechos fundamentales involucrados en el desarrollo del proceso, entre los que se encuentran: el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la legalidad, el derecho a la defensa, la lealtad, la contradicción, la objetividad^{805}, etc. La figura del descubrimiento probatorio tiene su origen en el denominado *principio de igualdad de armas*; este principio garantiza que tanto defensa como Fiscalía cuenten con las mismas facultades para sustentar su teoría del caso. El descubrimiento probatorio permite garantizar dentro del proceso los principios de contradicción y de lealtad de los intervinientes^{806}.

Es la audiencia de acusación el principal momento procesal en el que se realiza el descubrimiento probatorio, con independencia de que éste pueda completarse después en la audiencia preparatoria, como más adelante se explicará. Corresponde al juez velar por que en esta etapa se cumplan todas las garantías de los sujetos procesales; en particular, debe procurar que el descubrimiento sea lo más completo posible, con lo cual se advierte su papel activo en el desarrollo de la audiencia^{807}.

La práctica condiciona las oportunidades de descubrimiento a dos momentos: el primero, en la audiencia de acusación se mencionan las pruebas que el ente acusador pretende hacer valer en el juicio oral, con la obligación de suministrar la evidencia a la defensa, en los tiempos que defina el juez; el segundo momento corresponde a la audiencia preparatoria, oportunidad en que se deben tomar las últimas decisiones sobre la revelación total de la evidencia por parte de la

Fiscalía, de la defensa, del representante de las víctimas o demás intervinientes, directamente o por intermedio del fiscal (art. 344, inc. 4.º CPP)..

Lo anterior, como ya se dijo, no se opone al descubrimiento de evidencias y elementos probatorios en todas las audiencias que tengan por finalidad la afectación de derechos fundamentales.

Debe recordarse que las audiencias mencionadas son el último momento para descubrir los elementos probatorios, salvo que se presente prueba sobreviniente que sea conducente y pertinente para el debate que se adelanta en el juicio oral. Si la no presentación puede atribuirse a negligencia de la parte que propone el elemento probatorio, es imposible incluirlo en el juicio oral.

— TRÁMITE PARA EL DESCUBRIMIENTO

El artículo 344 CPP determina el trámite para el descubrimiento, el cual establece que la defensa puede solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento. Sin embargo, la Sentencia C-1194 del 2005^[808] declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento” en el entendido de que “dicha potestad puede ejercerse independientemente de lo previsto en el artículo 250 C. N. que obliga al fiscal de la Nación, o a sus delegados, en caso de presentarse escrito de acusación a suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables para el procesado”. De la misma forma, la Sentencia C-209 del 2007^[809] extendió la facultad para solicitar el descubrimiento a la víctima. El juez deberá ordenar el descubrimiento, la exhibición o entrega en un plazo máximo de tres días, si ello, obviamente, resulta pertinente.

Pero es en este punto donde se debe hacer una interpretación sistemática con el artículo 345 CPP, disposición que contiene limitaciones a la obligación de descubrir, a saber:

Restricciones al descubrimiento de prueba. Las partes no podrán ser obligadas a descubrir:

- I . Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.
2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.
3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una exposición.
4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.
5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

Parágrafo. En los casos contemplados en los numerales 4 y 5 del presente artículo, se procederá como se indica en el inciso 2.º del artículo 383 pero a las partes se les impondrá reserva sobre lo escuchado y discutido^[4810].

Consideramos que la redacción contenida en el numeral 3 del artículo 345 CPP no es afortunada porque al parecer consagra una limitación excesiva, ya que puede entenderse que cierta clase de informaciones de carácter policial que constan por escrito, en las cuales se ordenan seguimientos pasivos y entregas vigiladas, no está sujeta a descubrimiento, caso en el cual la defensa no podrá ejercer un control sobre la legalidad de la actuación.

Ahora bien: también es necesario preguntar qué se entiende por “trabajo preparatorio del caso”, expresión referida en el mismo numeral 3. Debe precisarse que el numeral 2, regla 16, de la normatividad federal de procedimiento penal de Estados Unidos, en la cual se inspiró el artículo 345 CPP, establece claramente lo siguiente: la información no sujeta a descubrimiento o

inspección de la defensa está constituida por informes, memorandos u otros documentos gubernamentales internos, realizados por el fiscal para el gobierno u otros agentes gubernamentales, en relación con la investigación o la prosecución del caso, o afirmaciones hechas por testigos del gobierno, con algunas excepciones.

Se entiende, entonces, que la documentación personal del investigador y la relacionada con el trámite interno de la Fiscalía en la configuración de su hipótesis delictiva no deben descubrirse. Pero la documentación que tenga capacidad para generar la obtención de una prueba de cargo o de descargo no puede quedar sujeta a restricción, debido a que no se podría controvertir su legalidad. En otras palabras, admitir lo contrario sería tanto como si las restricciones al descubrimiento permitieran avalar la producción de prueba ilícita con capacidad para demostrar la responsabilidad penal.

— FACULTADES DE LOS INTERVINIENTES

Son múltiples las circunstancias que pueden presentarse durante la etapa de descubrimiento realizada en la audiencia de acusación, por esa razón se otorga a los intervinientes múltiples facultades. Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

[...] tres son los momentos procesales básicos -pero no los únicos- que se relacionan primordialmente con el *descubrimiento probatorio*: (i) cuando el fiscal remite al juez el *escrito de acusación* con sus anexos, al cual pueden acceder los intervinientes (artículo 337 ibídem); (2) dentro de *audiencia de formulación de acusación* (artículo 344 ibídem); y (3) en desarrollo de la audiencia preparatoria (artículos 356 y 357 ibídem) [\[811\]](#).

— OTROS ASPECTOS EN MATERIA DE DESCUBRIMIENTO PROBATORIO

En relación con el descubrimiento de los elementos probatorios, debe señalarse

además lo siguiente:

- El escrito de acusación que presenta el fiscal ante el juez competente, según lo reglado por el artículo 337 CPP, debe contener, entre otros aspectos, “el descubrimiento de las pruebas”. Eso significa que debe presentarse otro anexo donde consten los hechos que no requieren prueba. Debe contener además la transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral; nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; las pruebas que favorezcan al acusado, etc. Copia del anterior escrito deberá ser entregada por el fiscal al acusado y a su defensor, al ministerio público y a las víctimas.

- Dentro de la audiencia de formulación de acusación, como se dijo, la defensa cuenta con la posibilidad legal de solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía “o [a] quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento [...]” (art. 344 CPP), sin que esto implique que el ente acusador no deba descubrir todos los elementos favorables y desfavorables al acusado. La víctima también tiene la facultad para realizar la solicitud mencionada (sentencias C-1194 del 2005 y C-209 del 2007).

- De la misma manera, en esta audiencia la Fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregar “copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio” (art. 344 CPP).

- Cuando la defensa considere necesario hacer uso de la inimputabilidad “en cualquiera de sus variantes”, deberá entregar a la Fiscalía los exámenes periciales que le hayan practicado al acusado (art. 344).

- Finalmente, la etapa de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y de la evidencia física termina en la audiencia preparatoria. Según lo consagrado por el artículo 356 CPP, el juez de conocimiento dispondrá “Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física” y “Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia de juicio oral y público”. También en este momento procesal, y a solicitud de las partes, “los elementos materiales probatorios y evidencia física

podrán ser exhibidos con el único fin de ser conocidos y estudiados” (art. 356 CPP).

3. CARACTERÍSTICAS Y TRÁMITE DE LA AUDIENCIA DE ACUSACIÓN

a. ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA ACUSACIÓN

Aunque el trámite de la acusación requiere inicialmente de la presentación del escrito, este acto procesal formal de comunicación se complementa con la audiencia de acusación. Esta audiencia opera como un filtro o más exactamente control, de la investigación penal, porque define sobre el encausamiento adecuado del imputado. El acto de acusación tiene las siguientes características:

I. LA ACUSACIÓN ES UN ACTO DE PARTE SUJETO A CONTROL FORMAL Y MATERIAL POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE CONOCIMIENTO

— ASPECTOS GENERALES

Se discute si el control que se realiza por parte del juez de conocimiento es simplemente formal o si, por el contrario, puede hacer pronunciamientos sobre el aspecto sustancial de la acusación. Consideramos que si bien no puede realizar un estudio integral que implique abrir un debate anticipado del juicio oral, debe analizar aspectos básicos como la posible existencia de cualquier causal objetiva de improcedencia de la acción penal -por ejemplo, la prescripción, la caducidad, etc.-, que hayan hecho desaparecer la descripción típica del comportamiento que origina el pliego de cargos^{[812](#)}.

La acusación es un acto de parte, cuya titularidad está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, en virtud de las competencias constitucionales atribuidas al ente investigador. Sin embargo, esta titularidad se agota con la lectura del escrito de acusación. El ritual de la audiencia deja al descubierto el hecho de que

la estructuración definitiva de la acusación es un trabajo conjunto, esto es, que se perfecciona a partir del diálogo permitido entre la defensa y la Fiscalía, actividad procesal propia de la audiencia, como aquí lo hemos propuesto y defendido.

De lo contrario, se entendería que la audiencia de lectura es un simple ritual de comunicación del escrito al cual se anexa un catálogo enunciativo de pruebas, en donde no hay lugar a discutir sobre las correcciones o adiciones. Y es precisamente esta dinámica la que permite inferir que este acto de la Fiscalía está sometido a controles, tanto de la defensa, que puede controvertir lo allí expuesto, como del juez, quien frente a una acusación deficiente puede tomar diferentes decisiones, que van desde la devolución para que se realicen determinadas aclaraciones, aceptación de calidad de víctima, reconocer su incompetencia, determinación de existencia o no de nulidades, hasta llegar al posible rechazo del pliego de cargos.

Tal y como hemos expuesto, el acto de acusación debe considerarse un acto de parte, que no limita la competencia del juez de conocimiento para realizar las funciones de control sobre la acusación. Por esta razón no compartimos la posición jurisprudencial que interpreta en forma restrictiva las facultades del juez de conocimiento, al sostener:

[...] el control que le es posible realizar al funcionario de conocimiento durante la audiencia de formulación de la acusación, de oficio o a solicitud de parte formulada con fundamento en las previsiones del artículo 339 de la ley 906 del 2004, además de referido a las causales de incompetencia, mal puede extenderse más allá de la comprobación del estricto cumplimiento de los requisitos formales previstos en el artículo 337 *ejusdem*, o de la constatación de la correspondencia lógica y jurídica entre la imputación fáctica y la adecuación típica propuesta para disponer que sea aclarada, adicionada o corregida, según fuere el caso.

En cambio, no le resultaría dable cuestionar o controvertir la reconstrucción que el delegado de la Fiscalía verifica de los hechos con asidero en esos medios materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, que a partir de la acusación simplemente se descubre en garantía del derecho a la defensa, para predicar

de la acusación con fundamento en una ponderación distinta y discrepante de esos medios cognoscitivos un posible error de subsunción, o dicho en otros términos, en la calificación jurídica pues, se insiste, una tal decisión además de comportar un indebido y prematuro pronunciamiento sobre los extremos del debate objeto del juicio no estaría soportado en pruebas, pues sólo adquirirán tal connotación las practicadas durante el juicio^[813].

Resueltos los anteriores temas, se hace la lectura formal de la acusación para agotar esta etapa procesal, momento en el cual el juez determina su aceptación.

Debe afirmarse que si la acusación no ha sido rechazada y se han resuelto todos los pedimentos y el juez convoca para audiencia preparatoria, a partir de este momento la acusación no puede ser retirada ni modificada por el fiscal. Las decisiones que adopte el juez en relación con las peticiones pueden admitir recursos ordinarios conforme al tema resuelto.

- EXTENSIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA ACUSACIÓN

Cuestiones complejas para analizar en este punto son las que tienen que ver con el grado de exigencia que prevé la ley para la definición de la conducta, la posible existencia de controles por parte del juez y, en igual medida, la posibilidad que tiene la defensa de controvertir el *nomen iuris* de la conducta por la que se acusa al imputado. La defensa tiene la posibilidad de controvertir los supuestos por los cuales se acusa y, aún más, creemos que puede aportar prueba en la audiencia de acusación para rechazar dicho escrito conforme a causales objetivas de improcedencia del pliego de cargos. Los fundamentos para sostener esta tesis son los siguientes:

– Limitar el derecho de defensa a controvertir los presupuestos de forma del escrito de acusación violaría el artículo 29 de la Carta, porque existirían actos procesales que pondrían al acusado en situación de indefensión, con lo cual prevalecería el ejercicio funcional de la administración de justicia sobre los derechos fundamentales del imputado.

– La audiencia de acusación integra el contradictorio con el fin de controvertir el fondo de los cargos y la calificación jurídica que se hace después de la imputación. El derecho que tiene la defensa no puede coartarse o limitarse, simplemente porque no existe norma que disponga la controversia abierta.

– El artículo 267 CPP, que faculta a la defensa a recolectar evidencia de descargo y descubrirla “para utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales”, quedaría sin efecto útil. Consideramos que esta disposición es lo suficientemente clara como para interpretarla de forma restringida y concluir que el material de descargo sólo puede utilizarse en la audiencia de juicio oral.

Con fundamento en el bloque de constitucionalidad, concluimos que el derecho de defensa no puede limitarse en ninguna etapa procesal, tampoco en la audiencia de acusación. Por esa razón, no podemos compartir la postura de la Corte Suprema de Justicia que estima que la acusación es un acto de parte sin controles.

De la simple lectura del artículo se observa que en dicha audiencia las partes tienen unas posibilidades limitadas dirigidas solamente a enderezar el trámite del proceso, y, por esa razón, se les otorga la posibilidad de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, proponer nulidades si existieren, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reune los requisitos establecidos para él en el artículo 337.

En el proceso penal colombiano no se previó que la acusación tuviera controles, distintos de los que se plantean en la audiencia de formulación de acusación, que como se dijo, están dirigidos al saneamiento del juicio -solo a la verificación de la existencia de unos contenidos-, pero de ninguna manera a discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial, o sus aspectos de fondo.

Por esa razón la Fiscalía tiene unas responsabilidades que le surgen luego de la presentación del escrito de acusación, dirigidas a poder probar: i) que alguien cometió una o varias conductas punibles, razón por la cual en el literal “a” del artículo 337, se le pide que individualice de manera concreta a los acusados; y, ii) que con unos hechos

específicos fue que se infringió la ley penal, razón por la cual el numeral 2 del artículo 337 exige en el escrito de acusación “*una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible*”, además del descubrimiento de las pruebas con las que pretenda probarlos (artículo 337 5)^[814].

Si en la audiencia de acusación deben relacionarse los hechos que no requieren prueba, los elementos favorables al acusado, así como el material de evidencia que la Fiscalía aduce, es perfectamente posible que la defensa desee oponerse categóricamente a la concepción que tiene la Fiscalía sobre los hechos que no requieren prueba o sobre aquellos que se consideran elementos favorables al acusado.

— CONTROL JUDICIAL SOBRE LA DENOMINACIÓN JURÍDICA ATRIBUIDA AL IMPUTADO

La jurisprudencia ha entendido que para mantener el principio acusatorio incólume, en la audiencia de acusación el juez de conocimiento no puede hacer referencias a la denominación jurídica propuesta por la Fiscalía. Las razones de la Corte Suprema de Justicia son perfectamente atendibles. Sin embargo, consideramos que, al igual que sucede en la audiencia de imputación, el juez debe reconvenir al fiscal para que haga una adecuación correcta en materia de acusación, porque la autoridad judicial tiene la facultad de exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 337 CPP. La posición de la Corte sobre los límites del juez para controlar la denominación jurídica es la siguiente:

Permitir que el juez intervenga en la definición del *nomen iuris* de la acusación sería autorizar que el juez no solo interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, lo cual desdibujaría en manera grave la imparcialidad del juez; sino que además equivaldría a señalar que el juez dirige la actividad de la Fiscalía porque le marca el derrotero que debe seguir en el juicio; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio propio de la

reforma que nuestro país ha querido implementar, como es la diferenciación de funciones entre la Fiscalía (función requirente), y el juez (función jurisdiccional), en el proceso penal.

Es así que cuando el Congreso en función constituyente analizando las características del sistema que era necesario diseñar para nuestro país, reflexionó en el siguiente sentido^[815]:

La forma acusatoria del procedimiento exige de la ley una división tajante de las tareas que al Estado le corresponden en el procedimiento judicial, por vía de la adopción de un sistema de persecución penal pública: Al ministerio público -Fiscalía- debe serle encomendada toda la tarea relativa a la persecución penal estatal (función requirente) y a los jueces les corresponde la decisión de los casos llevados ante ellos por el acusador (función jurisdiccional). La responsabilidad de ambos organismos también varía: el primero no responderá por el control de los jueces según el origen de su nacimiento, sino antes bien, por la eficiencia y efectividad de la aplicación de la ley penal (persecución penal); los jueces, en cambio, no serán responsables, como hasta ahora, como inquisidores, comprometidos a hallar la verdad para aplicar la ley, sino, tan solamente, por su función de custodiar el respeto debido a los derechos y garantías individuales y por la aplicación de la ley al caso sometido a su decisión. En esta diferenciación tajante entre acusador y juez, que provoca, en los delitos de persecución pública, una diferenciación formal, pero nítida entre las dos tareas que, en el procedimiento penal, le corresponden al Estado, requerir y decidir, confiándolas a órganos diferentes, consiste buena parte de aquello que se concibe como *principio acusatorio* en el derecho procesal penal y como *imparcialidad de los jueces* en el Derecho de la organización judicial^[816].

En casos que no impliquen valoración integral de la prueba, el juez de conocimiento puede ordenar que se corrija la denominación jurídica o puede rechazar la acusación. Este control es indispensable para respetar el principio constitucional de legalidad. Los eventos serían:

1. Objetivamente los hechos no corresponden a ninguna adecuación típica.

2. La norma seleccionada no guarda relación de manera ostensible con los hechos relacionados, conforme lo exige la ley.

3. No se trata de delito complejo.

4. Cuando la norma seleccionada para realizar la adecuación típica ha sido derogada o declarada inexecutable.

5. Cuando el imputado se ha allanado a cargos y la norma establecida en la imputación no corresponde a la conducta realizada.

6. Cuando los acuerdos no son aceptados.

Concebir la audiencia de acusación como una instancia de control judicial permite analizar cuatro aspectos fundamentales:

i. Los casos de nulidad: se trata de la definición judicial directa sobre un asunto viciado, precisamente cuando el fiscal no corrige los yerros de forma y de fondo en la acusación (artículo 25 de la Ley 1285 del 2009); es un control sobre toda la actividad procesal cumplida hasta ese momento.

2. Los casos de terminación directa: se parte de la facultad del juez para concluir una situación penal dentro de su competencia, antes de acudir a la nulidad o a cualquier otro mecanismo procesal que le permita devolver el proceso para que el fiscal tome la decisión que considere, cuando se presentan causales estrictamente objetivas que extinguen la acción penal.

3. Los casos de devolución para corrección, en donde el juez puede ordenar que se hagan los cambios pertinentes para no comprometer su criterio. Las modificaciones deben ser inmediatas, sin perjuicio de establecer un plazo razonable.

4. Y excepcionalmente el juez de conocimiento puede rechazar la acusación, si considera que no existe infracción a la ley penal o que no se dan los presupuestos para formular pliego de cargos porque la investigación constituye una simulación o es incompleta.

ii. ES UNA OPORTUNIDAD PROCESAL PARA CORREGIR Y SANEAR FUTURAS NULIDADES

Como se observa, sólo si concebimos la audiencia de acusación como un acto de

discusión podemos inferir que la labor del juez de conocimiento es activa y no pasiva. La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia da competencia al juez de conocimiento para el saneamiento de todo el proceso. En este sentido, el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009 fue claro al establecer en cabeza del juez facultades para corregir oficiosamente toda clase de irregularidades que hayan tenido ocurrencia:

Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas.

La parte final de la norma no permite sostener que si después del control realizado por el juez de una determinada etapa se observa una irregularidad que genera nulidad se tenga que continuar el trámite hasta el fallo definitivo. Tal interpretación es contraria a la Constitución porque se estaría autorizando terminar un proceso violando derechos fundamentales (debido proceso).

Esta norma especial y de rango superior define una competencia judicial activa que obliga a realizar las siguientes tareas:

- Delimitar la relación jurídico-procesal, lo cual se hace con base en la posición de las partes e intervinientes.
- Definir la tipificación del acto de acusación a partir de la discusión de las partes según el desarrollo del proceso.
- El juez puede tomar decisiones para sanear, aclarar, corregir o adicionar el escrito de acusación con miras a la preservación del debido proceso. En tal sentido, puede ordenar con fuerza vinculante que el fiscal enmiende en debida forma la acusación para que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 337 CPP, y si encuentra que los hechos están calificados de manera anfibológica, puede devolver las diligencias para que reformule la acusación.

En desarrollo de los principios de debido proceso, derecho de defensa y, en general, la protección de los derechos fundamentales, el juez decidirá sobre las posibles nulidades, los impedimentos y las recusaciones. En relación con la

nulidad se debe distinguir, por un lado, la existencia material de la irregularidad que implica una violación de derechos fundamentales; por otro, la forma de su corrección.

Para los funcionarios judiciales existen obligaciones de corrección de todas las irregularidades que no requieren necesariamente la declaratoria de invalidez de la actuación, sino que pueden ser subsanadas mediante la aplicación de otras medidas que resulten adecuadas para tal fin, precisamente por el carácter subsidiario o residual de la nulidad. Por ejemplo, cuando existe atipicidad ostensible de la conducta es factible que el juez decrete la preclusión, sin que sea necesario reconocer la nulidad (art. 332 CPP). El control de legalidad establecido en la ley mencionada (artículo 25 de la Ley 1285 del 2009) no implica que si más adelante en el proceso se detecta una grave irregularidad no pueda declararse la nulidad e incluso acudir a la acción de tutela. Así lo destacó la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 del 2008^[22], en donde precisó lo siguiente:

La Corte es consciente de que en el desarrollo de los diferentes procesos judiciales pueden presentarse situaciones de extrema irregularidad que atentan de manera significativa contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales. En estos eventos no resultaría proporcionado ignorarlos so pretexto de la preclusión de determinada oportunidad procesal dentro de la cual han debido ponerse en conocimiento de quien dirige el correspondiente proceso.

Por ejemplo, en relación con las consecuencias que para el proceso penal, independientemente del momento procesal en el cual se encuentre, tiene la obtención de pruebas con violación de los derechos humanos del sujeto pasivo de la acción penal, esta corporación ha señalado:

“En lo que concierne al artículo 457 de la Ley 906 de 2004, disposición íntimamente relacionada con las estudiadas anteriormente, por consagrar la nulidad por violación a garantías fundamentales, como causal de nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, debe la Corte ocuparse de

analizar la expresión “salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas”, del inciso segundo, referida a la excepción en relación con que los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral no invalidan el procedimiento.

Al respecto la Corte considera, que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia,

que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.”

Sin lugar a dudas resulta inadmisibile que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones.

Así las cosas, en presencia de situaciones extremas no sería constitucionalmente admisible que se sacrifique la posibilidad de proponer y obtener la correspondiente declaración de nulidad, en aras de la celeridad del proceso. La Corte comparte los planteamientos de la Fiscalía General de la Nación, de modo que la lectura correcta de la norma no

puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad del proceso en cualquier etapa del mismo, cuando se determine la existencia de irregularidades que comporten una grave afectación al núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales.

Las demás solicitudes de fondo del escrito de acusación son definidas por el fiscal, como lo referente a adiciones o aclaraciones al escrito, ordenadas por el juez. En cuanto a la adición, el juez puede realizar un control sobre el debido proceso (congruencia con la imputación), pero el límite se encuentra en la prohibición de que el juzgador comprometa su criterio futuro. En suma, el juez puede manifestarse sobre los siguientes aspectos, entre otros:

- Atipicidad absoluta;
- Inexistencia objetiva del hecho;
- Acusación incompleta;
- Acusación incongruente con los hechos de la imputación;
- Formulación de acusación sin imputación;
- Casos de suplantación;
- Acusación anfibológica.

b. TRÁMITE

Tres días después del recibo del escrito de acusación, el juez debe señalar fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia. En el trámite de ésta, ordenará el traslado del escrito a los demás intervinientes y concederá la palabra a la Fiscalía, al ministerio público y a la defensa para que se expresen sobre las causales de incompetencia (art. 54 CPP), impedimentos (arts. 56 a 59 CPP), recusaciones (arts. 60 a 65 CPP) y nulidades (especialmente se alegarán las relativas a la unidad procesal, incompetencia del juez y las que correspondan a violación de garantías fundamentales).

Además, las partes intervinientes podrán realizar las observaciones necesarias sobre el escrito de acusación, caso en el cual el fiscal, en la misma audiencia, tendrá que aclararlo, adicionarlo o corregirlo según el caso. En la audiencia de acusación se resuelve lo pertinente sobre quiénes tienen la calidad de víctima y su representación legal dentro del proceso.

Los impedimentos, las recusaciones y la incompetencia deben resolverse de plano por el superior jerárquico del juez respectivo, dentro de los tres días siguientes al recibo de la actuación, tal y como lo establece el artículo 341 CPP después de la modificación introducida por la Ley 1395 del 2010. De ser procedente el impedimento, la recusación o el cambio de competencia, dicho funcionario debe remitir la actuación al juez competente. El ordenamiento procesal faculta al juez de conocimiento para disponer las medidas de protección necesarias a la seguridad integral de la víctima o de los testigos cuando lo solicite la Fiscalía.

Resuelto lo correspondiente a la aclaración, adición o corrección inmediata del escrito de acusación, el fiscal hará la acusación formal y dispondrá lo correspondiente para que sean incorporadas las correcciones en el pliego de cargos leído, se aprueben o imprueben los acuerdos (especialmente probatorios) a que hayan llegado las partes o se suspenda el procedimiento si hay lugar a ello. En cuanto a la exclusión de evidencia, debe realizarse en la audiencia preparatoria cuya fecha se determinará en desarrollo de la audiencia de acusación.

III. CONCLUSIONES

La acusación es una etapa decisiva en la estructura del proceso penal, porque marca el final de la fase de instrucción o investigativa y es presupuesto de la iniciación del juicio. Es la materialización del principio acusatorio en el proceso penal y de la garantía de imparcialidad en el juicio. El órgano encargado de la acusación postula una hipótesis que va a ser decidida por un funcionario judicial después de un juicio con todas las garantías procesales. La acusación es ejercida por persona distinta y ajena al juez o tribunal que dicta sentencia.

Desde la Constitución se establecen algunos requisitos y características de esta etapa. La acusación debe ser, en primer lugar, escrita, para garantizar el principio de publicidad, porque el acusado debe saber no solo que existe una acusación formal sobre unos hechos en su contra, sino también la denominación jurídica que dichos hechos reciben. En segundo lugar, la acusación debe ser oportuna, por cuanto debe ser presentada antes del juicio; debe haber un plazo razonable entre la comunicación de la acusación y la realización del juicio, de manera que la persona pueda preparar su defensa. Y, en tercer lugar, la acusación debe ser detallada, esto es, debe indicar *claramente* el hecho que se imputa y la consecuencia jurídica de tal hecho.

La fijación del contenido fáctico de la acusación no puede dejarse en manos del juzgador, porque se pondría en peligro su imparcialidad ante los hechos y sujetos que deben ser juzgados. El concepto clave para la comprensión de esta exigencia es el *objeto del proceso*, cuestión que se tratará en el contexto de la congruencia entre acusación y sentencia. En cambio, la calificación jurídica de los hechos y la pena que se ha de imponer están sometidas a los principios *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) y de legalidad.

El estatuto procesal consagra como principal requisito formal el que, de los elementos probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, la propia Fiscalía pueda afirmar *con probabilidad de verdad* que la conducta existió y que el imputado es autor o partícipe. Es una operación lógico-valorativa que el ente investigador debe realizar frente a lo investigado.

El Código establece un procedimiento absolutamente formalizado para la

acusación que se desarrolla en varios momentos: (1) el acto de presentación del escrito, que debe realizarse ante el juez competente para adelantar el juicio; (2) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, el funcionario debe fijar fecha para la audiencia de formulación de acusación; y, por último (3), la realización de la audiencia, que debe culminar con la citación para audiencia preparatoria del juicio oral. El escrito de acusación debe ser entregado al acusado, al ministerio público y a las víctimas para efectos de ejercer sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

El Código de Procedimiento Penal es claro al regular los requisitos formales de la acusación. Se exige que el escrito contenga la individualización concreta de quienes son acusados, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlos y el domicilio donde deban realizarse las citaciones. También debe presentarse una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible. En el momento de la acusación, la expresión “hechos jurídicamente relevantes” debe entenderse como la descripción del probable comportamiento del acusado, respecto de normas o tipos penales en los cuales se puede subsumir su conducta, bien sea como autor o como partícipe de ellos. En consecuencia, el escrito de acusación debe ser mucho más claro y detallado que lo afirmado en la imputación, porque se entiende que el fiscal conoce con plena claridad los hechos objeto de investigación. Debe contener también el nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública y la relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso y el descubrimiento de las pruebas.

En la audiencia de acusación la defensa puede intervenir de forma activa, contravirtiendo lo relacionado con la competencia, los impedimentos, las recusaciones y las nulidades si las hubiere. Pero la facultad más importante en este momento procesal es la relativa a hacer cuestionamientos sobre el escrito de acusación si considera que no se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 337 CPP. La defensa puede hacer observaciones de fondo sobre la acusación para desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado la Fiscalía.

Es muy posible que de las observaciones sobre el escrito de acusación

resulten situaciones o circunstancias objeto de aclaración, adición o corrección del propio escrito, que deben ser resueltas por el juez de la audiencia, quien, entendemos, tiene facultades para manifestarse sobre las fallas e inconsistencias de la acusación y si es del caso rechazarla. Ello no implica que el juez comprometa su criterio jurídico y se ponga en entredicho el principio de imparcialidad, porque si tal circunstancia ocurre, se deben tomar los correctivos necesarios y acudir ante otro juez.

Así mismo, es necesario precisar que en esta audiencia el rol de la defensa es decisivo y que, por tanto, debe dársele la posibilidad de rebatir los argumentos de la Fiscalía con la utilización de todo el material probatorio que se considere pertinente (aportando pruebas, por ejemplo). Limitarle a la defensa posibilidades de actuar en este momento procesal sería tanto como impulsar un juicio que quizás resulte innecesario si se advierten causales de contenido objetivo que impiden continuar el proceso. La audiencia de acusación tiene integrado el contradictorio con el objetivo de discutir el fondo de la atribución penal y la calificación que se hace después de la imputación. El derecho que tiene la defensa de intervenir ampliamente en la audiencia judicial no se puede coartar simplemente porque no existe norma que así lo disponga.

El descubrimiento probatorio propio de esta etapa intenta facilitar a las partes la adquisición del conocimiento de las fuentes y los elementos de prueba que posee cada una de ellas para el correcto desarrollo del juicio oral. Se busca evitar la introducción de pruebas en sede de juzgamiento sobre las cuales no pueda conformarse un contradictorio adecuado, sobre todo para el acusado que se presenta en desventaja frente a la Fiscalía, que ha contado con todas las prerrogativas y los medios para investigarlo. El descubrimiento se hace en dos momentos: en la audiencia de acusación se mencionan las pruebas que el ente acusador pretende hacer valer en el juicio oral; el segundo momento corresponde a la audiencia preparatoria, oportunidad en la cual se deben tomar las últimas decisiones sobre la develación total de la evidencia.

Antes de la audiencia de lectura de acusación, por tratarse de un acto de postulación, el fiscal puede modificar, adicionar y complementar el escrito mediante el cual ha formulado los cargos respectivos.

Durante la lectura de acusación, el juez de conocimiento debe realizar doble juicio de control: (1) formal, en cuanto al cumplimiento de las diferentes etapas procesales que deben haberse cumplido -imputación, escrito de acusación-, para poder continuar con el trámite de juzgamiento; y (2) sustancial, referido a los requisitos para formular imputación, congruencia entre imputación y acusación. Así mismo, debe examinar si existe precisión en los cargos (autoría, participación, grado de ejecución del hecho, etc.), motivación y argumentación con base en evidencias descubiertas y aportadas por la defensa.

No participamos del criterio de quienes opinan que el juez de conocimiento debe abstenerse de hacer cualquier clase de valoración en cuanto al contenido de la acusación. Es posible que la acusación, en lo relacionado con la adecuación típica, no corresponda a los hechos investigados, lo cual constituiría un grave error, porque necesariamente el proceso va a concluir con sentencia absolutoria, a pesar de la posible existencia de responsabilidad si el fiscal hubiera hecho una adecuación correcta del comportamiento.

Los controles de la actuación procesal, que se realizan sucesivamente como lo ordena la ley estatutaria y lo imponen normas procesales, no pueden entenderse como ritualidades carentes de determinados fines procesales. La actuación de los jueces de control de garantías y conocimiento apunta, necesariamente, a la protección de derechos fundamentales, especialmente el debido proceso y la defensa, con el fin de evitar que se desconozcan y se adelante un proceso por conductas que no revisten las características de delito o que, existiendo posible reproche penal del comportamiento, se lesionen derechos del imputado o de las víctimas.

CAPÍTULO SEGUNDO

Audiencia de juzgamiento

I. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

A. AUDIENCIA PREPARATORIA^{817}

La decisión de la Fiscalía de promover la acción penal origina, después de la formulación de la acusación, la llamada *citación para la audiencia preparatoria*^{818}. En algunas legislaciones esta fase es conocida como *etapa intermedia*^{819}, porque su objetivo es definir, antes de la vista principal (juicio oral), si existen realmente los presupuestos para adelantar el juicio. El derecho comparado acoge esta posición, porque ha entendido que la audiencia preparatoria es un complemento ineludible de la acusación en el campo probatorio. El acto procesal de preparación para la audiencia de juicio oral es justamente el momento en el cual se examina la solidez de la argumentación de acusador y acusado, se ordenan o aceptan las evidencias o elementos probatorios a que haya lugar y, si es del caso, se autoriza la apertura del juicio oral.

La audiencia preparatoria así concebida representa una etapa complementaria de la acusación, en lo que se refiere a la presentación completa de la evidencia física y los elementos probatorios. Desde este punto de vista, la fase preparatoria de nuestro proceso penal permite al acusado descubrir y solicitar elementos probatorios a su favor, teniendo en cuenta que en el escrito de acusación se le han comunicado los fundamentos probatorios que la Fiscalía tiene contra él y, además, ha tenido oportunidad de solicitar el descubrimiento. Con este conocimiento, la defensa y la Fiscalía pueden presentar solicitudes probatorias y hacer valer el régimen de admisión y exclusión de evidencias o medios de convicción ilícitos, ilegales o aportados con violación de la cadena de custodia.

La audiencia preparatoria debe realizarse a más tardar dentro de los 45 días siguientes a la audiencia de formulación de acusación, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 1453 del 2011. El artículo 355 CPP dispone que el juez debe declarar abierta la audiencia preparatoria con la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el ministerio público y la representación de las víctimas, si

la hubiere. El juez puede disponer que las partes hagan las manifestaciones que consideren necesarias sobre el procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial el que se refiere al autorizado por el juez en la audiencia de acusación y cuya realización es procedente fuera del recinto.

En relación con el objetivo general de la audiencia preparatoria, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

En este sentido, es necesario destacar cómo, dentro de la dinámica propia del sistema acusatorio instaurado en nuestro país con la expedición de la Ley 906 del 2004, opera fundamental e insustituible, con ocasión del esquema antecedente consecuente propio de la sistemática penal, la audiencia preparatoria, pues, en seguimiento de los postulados progresivos que delimitan el llamado proceso de partes, es allí el momento propicio para que la defensa -como previamente, en la audiencia de formulación de acusación, lo había hecho la fiscalía-, efectúe su particular descubrimiento probatorio, a partir de lo cual, significados por los adversarios los medios de convicción que pretenden llevar a la audiencia pública y después de posibilitar estipular como demostrados algunos hechos trascendentes, se adelanta el examen del Juzgador, para ver de denegar aquellos obtenidos con “violación de las garantías fundamentales” - artículo 23, Ley 906 del 2004-, o los “inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos, o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba” o los que se refieran a las conversaciones sostenidas por la fiscalía con el procesado o su defensor dentro de “las manifestaciones preacordadas suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad”-artículo 359-, o aquellas ilegales, incluso “las que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código -artículo 360 ibídem-^[820]].

De conformidad con la jurisprudencia, los fines perseguidos en esta audiencia son:

I. OBSERVACIONES CORRESPONDIENTES AL
DESCUBRIMIENTO PROBATORIO ORDENADO EN
LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

La posibilidad de hacer observaciones sobre el descubrimiento probatorio ordenado en la audiencia de formulación de acusación es un punto clave para la preparación del juicio oral, porque la defensa puede advertir que el descubrimiento está incompleto o ha resultado parcializado. Puede considerar, por ejemplo, que la Fiscalía aporta la nominación del elemento material de la prueba pero no da a conocer su contenido. Dado que el descubrimiento tiene por objeto la presentación de elementos probatorios de descargo en cabeza de la defensa, la discusión teórica se ha cifrado precisamente en los contenidos materiales de los elementos probatorios descubiertos. Por ejemplo, el derecho comparado y la justicia internacional discuten sobre si el proceso de descubrimiento probatorio se satisface con la enunciación del testigo que acudirá al juicio oral o será necesario anunciar la materia de la declaración.

Para entender adecuadamente el ejercicio del contradictorio, tal y como lo expone la Constitución en el artículo 29, debe considerarse que es necesario exigir que la Fiscalía exponga la materia sobre la cual va a versar la declaración, siempre que no haya antecedentes documentados de la información recogida en sede de investigación (entrevistas o interrogatorios). El juez debe tomar las medidas pertinentes para que el descubrimiento cumpla con el carácter de revelación completa de que habla el artículo 344 CPP y ello comprende, si es el caso, conminar al fiscal a que precise la materia sobre la cual versa la declaración del testigo.

A nuestro juicio, la jurisprudencia hace una interpretación amplia del tenor del artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, disposición que establece un sistema de descubrimiento de la persecución penal conocido como de “requerimiento específico”. Es decir: la Fiscalía descubre a instancia de las solicitudes que realice la defensa. La Corte Constitucional sostuvo:

Para esta corporación es evidente que, interpretada en el contexto del sistema acusatorio, concretamente en el marco del principio de igualdad de armas, la norma no puede ser entendida en el sentido de considerar que el legislador quiso limitar el acceso de la defensa a uno sólo de los medios probatorios de la Fiscalía, con exclusión de los demás. Por el contrario, considera que el objeto de la ley es permitirle a la defensa

acceder al descubrimiento de cualquiera de los elementos de convicción de que tenga noticia que posee la Fiscalía.

En ese entendido, y con el fin de reconocer que la diligencia de descubrimiento de la prueba es la oportunidad con que cuenta la defensa para conocer el material probatorio que la Fiscalía pretende hacer valer en su contra, la partícula “un” del precepto acusado debe ser entendida en su función de cuantificador indefinido, y que en tal virtud hace referencia a cualquier número de evidencias que la defensa quiera pedir que sean descubiertas por la Fiscalía.

En este sentido, la lectura correcta de la norma es la que indica que la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de cualquier elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento^[821].

La Corte Suprema asume que la relación entre audiencia preparatoria y descubrimiento probatorio busca hacer efectiva la igualdad de armas entre los intervinientes, con lo cual se genera a partir de allí la comunidad de prueba para el proceso:

Es claro, entonces, que no es obligatorio para el Juez ordenar la exhibición, en la audiencia preparatoria, de los elementos materiales probatorios y la evidencia física; pues corresponde a la parte interesada solicitar al funcionario judicial que ordene a la otra tal exhibición. De ahí que, bajo ciertas circunstancias, un descubrimiento probatorio podría reputarse completo con la enunciación o puesta a disposición real y efectiva de los medios probatorios; pero aún sin la exhibición de las evidencias y los elementos materiales probatorios, bien porque la contraparte ya los conoce, ya cuenta con ellos, o no hace manifiesto algún interés especial^[822].

2. DESCUBRIMIENTO DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA EN PODER DE LA DEFENSA, QUE PRETENDA HACERLOS VALER EN EL JUICIO

El descubrimiento probatorio que realiza la defensa, como lo hemos observado, debe entenderse a partir de una interpretación sistemática de los artículos 267 y 344 inciso 2.º CPP. De estas normas puede inferirse que la defensa tiene amplia potestad para recoger y hacer valer en el proceso las evidencias y los elementos probatorios de descargo. Éstas se pueden presentar en cualquier audiencia, porque lo que se busca es garantizarle al imputado el ejercicio pleno del derecho de defensa, lo cual no solo es posible en la audiencia preparatoria. Cuando el legislador establece como oportunidad para presentar los elementos probatorios la diligencia de audiencia preparatoria, debe entenderse, como se ha afirmado, que ese es el límite máximo (última oportunidad) en que se puede descubrir las evidencias que se pretende hacer valer en el juicio; por ello, si la defensa o cualquier interviniente se abstiene de hacer entrega o descubrimiento no puede tratar de realizar dicha actividad dentro del juicio oral, salvo que se trate de prueba sobrevenida y que sea fundamental para tomar una decisión acertada.

La lógica enseña que sólo se ejerce efectivamente el derecho de defensa con la presentación o la controversia de pruebas, por lo cual en cualquier audiencia que se pretenda afectar derechos fundamentales la defensa puede exigir que exista develación de los medios probatorios que se relacionen con el objeto de dicha audiencia. La audiencia preparatoria, salvo algunas excepciones, es el límite para presentar o descubrir evidencias. Debe recordarse que las víctimas pueden descubrir pruebas por intermedio de la Fiscalía^[823].

Es necesario anotar que en materia de descubrimiento de elementos probatorios por parte de la defensa, la legislación procesal penal incorpora la llamada “doctrina de trabajo propio”, según la cual la defensa no está obligada a descubrir cierta información -por ejemplo, conversaciones del abogado con el implicado, hechos ajenos a la acusación, hechos que legal y constitucionalmente no puedan probarse, apuntes personales preparatorios del caso, etc.

3. LA FISCALÍA Y LA DEFENSA ENUNCIAN LA TOTALIDAD DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LLEVARÁN A JUICIO

Como culminación del proceso de descubrimiento, la decisión judicial debe

establecer y reconocer cuáles son los medios de prueba que se van a controvertir en el juicio. Sólo es posible presentar otros medios cuando sean sobrevinientes y esenciales para fundamentar de manera correcta la decisión que corresponda en derecho y la omisión de presentación no sea atribuible a la parte que pretende introducirlos en el juicio.

4. LAS PARTES PUEDEN REALIZAR ESTIPULACIONES PROBATORIAS

Las estipulaciones de prueba son acuerdos entre la defensa y la Fiscalía sobre el material probatorio que será presentado en el juicio oral. En este punto la actividad del juez se reduce a instar a los “contrincantes” a que realicen dichos acuerdos con el fin de aminorar los tiempos del juicio oral cuando observen que un tópico probatorio determinado se puede dar por aceptado -por ejemplo, acordar que no se presentará en juicio el testigo experto de la Fiscalía para aclarar puntos de un dictamen que es perfectamente aceptado por la defensa.

No obstante, y como se verá luego, el problema de los acuerdos probatorios es que pueden implicar un supuesto de admisibilidad de prueba adversa y, por lo mismo, la utilización de la figura de la admisión de hechos propia del derecho anglosajón. Dicha figura en su teoría y práctica genera serios problemas -por ejemplo, que esta admisión se asuma como parte del material probatorio aceptado, que pesa en la decisión de culpabilidad-. Por esta razón creemos que las estipulaciones deben acogerse con las condiciones que sean necesarias para proteger los derechos del imputado.

— PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS ESTIPULACIONES

La jurisprudencia ha realizado en este punto una interpretación compleja, en tanto que admite que el instituto probatorio de las estipulaciones realmente no implica un acuerdo para excluir una prueba del juicio oral, en virtud de la economía procesal, sino que el numeral 4 del artículo 356 CPP se refiere a lo que

se conoce en el derecho comparado como “admisión de hechos”. En efecto, la jurisprudencia estadounidense ha entendido esta noción en el sentido de permitirle a la defensa el mejor manejo de la prueba adversa al acusado, admitiendo como probados hechos que en la práctica probatoria del interrogatorio cruzado pueden impactar negativamente al juzgador por la forma de presentación de la evidencia.

Por ejemplo, la presentación en juicio oral de fotos tomadas en la escena del delito en las que aparece un cuerpo desmembrado en un accidente de tránsito permitiría fácilmente agravar la situación del acusado con la tesis de la Fiscalía. Para evitar tal impacto, el defensor puede estipular que admite la existencia de las fotografías, sin necesidad de presentación en juicio oral y si así lo acepta el acusador, no habrá necesidad de acreditación policial sobre las imágenes, ni discusión sobre el contenido de ellas.

No obstante, la forma en que fue redactado el artículo 356 CPP permite comprender de manera distinta el problema, porque en el mismo ejemplo anotado se entiende que se admite por parte del acusado “el hecho” relacionado con el contenido de la prueba. Es decir: se aceptan como probados los hechos del homicidio culposo y las circunstancias^{824}.

Esta interpretación genera serios problemas frente a los principios de prohibición de autoincriminación, inmediación y juicio con todas las garantías. Es cierto que aquí se procede por vía de acuerdo, pero, si se observa bien, el trámite del instituto de las estipulaciones es una invitación a aceptar la responsabilidad penal mediante la admisión de hechos relevados de prueba en juicio oral. El problema es que en la práctica judicial se relaciona o se pretende identificar la figura del allanamiento a los hechos imputados con las estipulaciones probatorias.

En nuestro concepto, el párrafo del numeral 4 del artículo 356 CPP debe interpretarse de manera distinta de la forma en que lo ha hecho la jurisprudencia. Debe entenderse que esa norma se aplica sistemáticamente con el artículo 10.º, inciso 4 del CPP, según el cual las estipulaciones son un acto autorizado judicialmente, bajo la premisa de que los acuerdos o estipulaciones a que lleguen

las partes versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia a los derechos constitucionales.

5. ES UNA NUEVA OPORTUNIDAD PARA QUE EL PROCESADO SE ALLANE A LOS CARGOS

De conformidad con la normatividad que regula la terminación anticipada del proceso, la audiencia preparatoria es una de las últimas oportunidades para inhibir el juicio oral. El ritual exige que el juez haga esta advertencia al acusado al inicio de la audiencia, con todas las formalidades de cualquier allanamiento a la imputación y que advierta asimismo el monto de descuento punitivo del que puede ser beneficiario, según el artículo 356 numeral 5 CPP.

6. DECISIÓN JUDICIAL ACERCA DE LA LICITUD Y PERTINENCIA DE LAS PRUEBAS, ASÍ COMO EL ORDEN DE PRÁCTICA DURANTE EL JUICIO

La audiencia preparatoria es el escenario privilegiado para la discusión sobre el tema de la ilicitud probatoria. No quiere decir, como lo hemos sostenido a lo largo de esta obra, que en las oportunidades anteriores no se permita alegar la ilicitud, debido a que la imputación, la acusación y las decisiones que afectan la libertad o cualquier otro derecho fundamental, tomadas durante la investigación y en ocasiones antes del juicio oral (audiencias preliminares), deben tener como presupuesto ineludible elementos de prueba e información legalmente obtenidos.

Frente a la estructura del proceso, se presenta el problema relacionado con la fuerza vinculante de las decisiones de exclusión probatoria que toma el juez de control de garantías en cualquier oportunidad procesal conforme a su competencia. Piénsese que el juez de control de garantías no aceptó durante la investigación una evidencia o un medio probatorio por considerarlo ilegal; se pregunta si es factible plantearlo de nuevo en la audiencia preparatoria. De la misma manera puede presentarse discusión sobre si es posible solicitar la exclusión de un medio probatorio en la acusación o audiencia preparatoria

cuando fue aceptado en una audiencia preliminar por un juez de garantías.

En este punto asumimos que las decisiones del juez de control de garantías no hacen tránsito a cosa juzgada material, razón por la cual es factible plantear la discusión ante el juez de conocimiento para que se excluya ese elemento probatorio o determine si se puede incorporar para controvertirlo en el juicio oral, en especial si se entiende que la prueba tenida en cuenta para fundamentar decisiones anteriores no está amparada por el principio de permanencia.

En conclusión, las decisiones que tome el juez de garantías dentro de su rol funcional son vinculantes como fundamento de sus pronunciamientos, pero pueden ser removidas o desconocidas por el juez de conocimiento, conforme al control material y formal que debe realizar de toda actuación, a partir del momento que adquiere competencia para cumplir la etapa de juzgamiento cuando la competencia para tramitar la etapa corresponda al juez de garantías.

7. SE FIJA LA FECHA DE REALIZACIÓN

DE LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

La jurisprudencia ha analizado todo el trámite de la audiencia preparatoria, puesto que el tema de la prueba ilícita es el aspecto sustancial que más interesa en este momento, porque es parte esencial del derecho al debido proceso. Existen otros aspectos de menor entidad, como el orden de presentación de la prueba y la fecha de realización de la audiencia de juicio oral, que no son sustanciales y que, por lo mismo, no tienen trascendencia para generar una nulidad^{[4825](#)}.

8. ALGUNOS ASPECTOS DEL TRÁMITE

DE LA AUDIENCIA PREPARATORIA

El ritual de la audiencia se define principalmente por la solicitud de pruebas que hagan la Fiscalía, la víctima, la defensa o el ministerio público. Ellas deben llenar tres requisitos: (1) referirse a los hechos de la acusación; (2) ser requeridas para el juicio oral y (3) resultar pertinentes y admisibles. En este sentido, la

sumatoria de hechos por probar y el material probatorio por controvertir delimita claramente el objeto del juicio oral. Este es uno de los aspectos más importantes del proceso penal acogido en nuestro país, porque se trata de definir el material probatorio que va a someterse a contradicción en la fase principal (juicio oral).

La audiencia preparatoria puede interrumpirse en los casos en que se requiera la decisión de segunda instancia sobre la inadmisión, la exclusión o el rechazo de pruebas. También procede por fuerza mayor o caso fortuito. Para tales casos el juez decidirá la reanudación oportuna.

Las últimas decisiones que se toman en esta fase preparatoria son las correspondientes al orden de presentación de las pruebas en la vista oral y la fijación de la fecha del inicio del juicio.

Las decisiones en las diferentes audiencias son tomadas por el juez y son vinculantes. Dependiendo de su naturaleza, tienen recurso de reposición y apelación. El segundo conforme lo establece el código, y en los efectos allí previstos (devolutivo, suspensivo y diferido).

9. LAS SOLICITUDES PROBATORIAS DEL ARTÍCULO 357 CPP

La Corte Constitucional estableció el alcance de esta norma, al señalar que la audiencia preparatoria es el escenario de configuración de la prueba dentro del sistema oral, a efectos de demostrar ante el juzgador imparcial la responsabilidad o inocencia del acusado. Sin embargo, a pesar del tenor del artículo 357 CPP, debe entenderse que la víctima también puede solicitar pruebas, porque resulta injustificado que, frente a los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación reconocidos internacionalmente, este interviniente procesal quede en desventaja frente a la defensa y la Fiscalía.

El legislador omitió incluir al representante de las víctimas dentro de las partes o intervinientes con facultad para realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, lo que no es constitucionalmente admisible. De ahí que se trate de una clara omisión legislativa opuesta a la Carta Política. Por esa razón, ese tribunal declaró exequible el artículo 357 CPP, “en el entendido [de]

que los representantes de las víctimas en el proceso penal pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía”^{826}.

De conformidad con el pronunciamiento de la Corte^{827}, las solicitudes probatorias están sometidas a las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento por el juez en la audiencia preparatoria:

- Los actores procesales que pueden solicitar pruebas en esta audiencia son el fiscal, la defensa y la víctima.

- “El decreto de pruebas solicitadas está condicionado a que éstas se refieran a los hechos de la acusación y se adecuen a las reglas de pertinencia y admisibilidad.”

- “Los medios de prueba a los que pueden acudir ‘las partes’ para acreditar sus pretensiones deben ser lícitos y debidamente aducidos al proceso.”

- “Excepcionalmente, ‘agotadas las solicitudes probatorias de las partes’, el ministerio público podrá solicitar la práctica de una prueba no pedida, de la cual tiene conocimiento y que puede tener esencial influencia en los resultados del juicio”, tal como lo prevé el artículo 374^{828}, en concordancia con el artículo 357 CPP.

Dentro del tema de solicitud de pruebas debe entenderse la posibilidad de oposición que tienen los intervinientes cuando el elemento probatorio anunciado no reúne los requisitos exigidos para su admisión.

– CONDUCTA Y PERTINENCIA DE LAS PRUEBAS

Desde el punto de vista estrictamente procesal, es de anotar que el ritual de las solicitudes probatorias obliga a cualquiera de los legitimados a argumentar ante el juez de conocimiento su pertinencia y su conducta. Esta carga procesal se convierte en un problema complejo por dos razones: por una parte, la defensa tiene que poner de presente la conducta y pertinencia de la prueba y, por otra, debe orientar la argumentación en el sentido de que con los medios probatorios que solicita sean debatidos en el juicio, pretende demostrar la atenuación o no de

responsabilidad de la persona acusada.

La interpretación que del artículo 357 CPP ha realizado la Corte Suprema de Justicia indica que no existe un derecho incondicional a la prueba; por esta razón, el soporte de conducencia y pertinencia significa que el juez sólo puede decretar las pruebas referidas estrictamente a los hechos, conforme lo exigen los artículos 375 y 376 del ordenamiento procesal penal. Al respecto, el alto tribunal expresó:

Al efecto, para concentrarnos apenas en el tema de la solicitud probatoria, para la parte que demanda allegar un determinado medio de prueba a la audiencia de juicio oral, corre como carga procesal aquella de argumentar en torno de su pertinencia y conducencia, esto es, para decirlo en términos elementales, dar a conocer claramente cuál es su objeto, o mejor, qué se pretende, de manera general, demostrar con ese medio, dentro del espectro preciso de la teoría del caso que sustenta su posición dentro del proceso.

El cariz particular, único o individual de la prueba solicitada por los contradictores en el juicio, surge indubitable de lo dispuesto por el artículo 357 del C. de P. P., en cuanto dispone que la palabra se concede a la fiscalía y luego a la defensa, en aras de que soliciten las pruebas requeridas para “*sustentar su pretensión*”. En otros términos, lo requerido como elemento suasorio se halla inescindiblemente ligado a los intereses, soportados en una específica teoría del caso, de cada parte, los cuales, por razones obvias, las más de las veces reflejan controversia o disonancia entre ellos^[1829].

Un problema más complejo es el relacionado con la imparcialidad del juzgador, porque el rechazo de una solicitud de prueba puede asumirse como un compromiso anticipado con la postura de quien se opone al medio de prueba. No obstante, debemos entender que la imparcialidad que debe existir en el proceso no la constituye el medio de prueba, porque el juez puede adoptar un criterio sobre la relación directa o indirecta del medio con el hecho juzgado o con circunstancias de la comisión o identidad del acusado, pero en manera alguna esto llevaría a entender que la inadmisión o el rechazo de una solicitud

probatoria comprometen la posición neutral del juez.

B. AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

1. MAXIMAS QUE RIGEN EL JUICIO ORAL ^{830}

El juicio oral es la fase más importante del procedimiento, porque en esta oportunidad se desarrollan las discusiones entre defensa y acusador para concretar lo que se conoce como *contradictorio*. El ritual está establecido en los artículos 366 a 454 del Código de Procedimiento Penal, en los que se distinguen dos fases claramente establecidas: la relativa a la responsabilidad penal del acusado y la decisión de individualización de la pena.

El juicio oral se caracteriza por la interacción de los sujetos procesales, por lo cual cobran importancia los principios constitucionales de audiencia judicial, inmediación, publicidad, contradicción y concentración (artículo 250, numeral 4 de la Constitución).

a. EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA JUDICIAL

A pesar de las intervenciones que el imputado puede realizar en el transcurso de las etapas procesales anteriores, la audiencia oral es donde el inculcado tiene la oportunidad de hacer valer sus argumentaciones frente a la acusación. El derecho de audiencia está previsto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b. EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Según anotábamos al considerar el derecho de defensa, en las democracias occidentales están proscritos los juicios secretos, lo cual se resume en el principio de publicidad de los procesos. El carácter público del juicio busca garantizar que el acusado no sea condenado de manera arbitraria.

Como cualquier derecho, éste es susceptible de restricciones. Sin embargo, la Constitución no establece los casos en los cuales el principio de publicidad puede ser limitado. Por el contrario, el numeral 5 del artículo 8.º del Pacto de San José consagra como limitaciones posibles aquellas necesarias para “preservar los intereses de la justicia”. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha indicado:

La publicidad del proceso surge entonces como un derecho constitucional del acusado (art. 29 C. N.) y una garantía jurídica, puesto que las actuaciones judiciales son públicas, con las excepciones que señale la ley (art. 228 C. N.), además de constituirse en una manifestación del derecho a obtener información (art. 20 C. N.) y del derecho a acceder a los documentos públicos (art. 74 C. N.).

El propósito fundamental de la publicidad de los procesos es evitar las arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades judiciales, y proporcionar al acusado un juicio justo e imparcial. Sin embargo, dicha publicidad puede ser restringida o limitada por la ley, siempre y cuando sea proporcionada con la finalidad protectora que se quiera cumplir, como es el caso de la reserva del sumario, que busca proteger la recolección de datos que ayudan a determinar responsabilidades. Tales restricciones, sin embargo, no pueden ser de tal magnitud que hagan nugatorio dicho derecho constitucional ^[831].

En relación con el carácter público de la audiencia, en aclaración de voto de los magistrados EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y CARLOS GAVIRIA DÍAZ a la Sentencia C-427 de 1996 se hizo un pormenorizado análisis sobre sus implicaciones en el plano internacional^[832].

La publicidad es parte de las exigencias constitucionales para desarrollar el juicio oral contenido en el numeral 4 del artículo 250 de la Carta, con lo cual se busca asegurar el control a los órganos de administración de justicia y el fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en ésta. Sin embargo, dicha garantía puede limitarse por situaciones fácticas y, además, por situaciones jurídicas, que tienen fundamento en los principios rectores del artículo 18 CPP. Las principales limitaciones a la publicidad son las siguientes:

– Por motivos de orden público, seguridad nacional o moral pública, el juez puede limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa, y puede imponer a quienes asistan a las audiencias el deber de guardar reserva (art. 150 CPP).

– Existen restricciones a la publicidad por motivos de seguridad o respeto a las víctimas menores de edad. Para tales efectos, corresponde al juez limitar total o parcialmente el acceso a las audiencias (art. 151 CPP).

– Cuando los intereses de la justicia se vean amenazados por la publicidad, en especial la imparcialidad del juez, pueden tomarse medidas restrictivas relacionadas con el acceso a las audiencias e imposición del deber de reserva (art. 152 CPP).

El trámite para imponer restricciones a la publicidad está contenido en el artículo 149 CPP. Allí se contempla la necesidad de motivar la decisión por las causas antes anotadas, previa audiencia privada con los intervinientes, condicionada a no limitar el principio de contradicción.

C. PRINCIPIO DE ORALIDAD

El proceso penal acusatorio se ha concebido a partir de una estructura oral. Aun antes de su implementación, la aclaración de voto a la Sentencia C-427 de 1996^[833] había señalado a este respecto:

Toda la ritualidad del proceso penal y especialmente aquellos ámbitos del mismo que van definiendo de distintas formas la situación jurídico-penal de una persona frente al derecho y al Estado, está enmarcada bajo el supuesto de la discusión. La reconstrucción probatoria de los hechos, como quiera que de ella se va estructurando la verdad procesal, está fundada sobre la discusión, sobre el debate, en el más claro sentido jurídico procesal: discusión, en la voz latina *discutió*, proviene de *quaestio*, que quiere decir sacudir; sacudir de aquí y de allá.

Así, la capacidad discursiva, la competencia verbal de quienes intervienen en el proceso y, de manera muy especial, la capacidad verbal del acusado, constituyen elementos

inescindibles del proceso penal; la discursividad es connatural a la idea y concepción más originaria de proceso. Ello le ofrece además un gran contenido de legitimidad al mismo: se unen publicidad y oralidad.

El carácter oral del juicio no se extiende a la motivación de la sentencia, porque esta debe ser escrita con el fin de tramitar en debida forma los recursos que contra ella se interpongan. Por otra parte, la oralidad debe ser entendida como garantía, de ahí que existan cargas que dependen de las especiales situaciones que se puedan presentar. Por ejemplo, debe asegurarse la presencia de un traductor cuando el acusado no comprenda el lenguaje utilizado en la audiencia. La existencia de un traductor, por otra parte, no se limita a que el acusado se exprese en lengua distinta del castellano: también debe brindarse a quien presente dificultades funcionales, en particular a los sordomudos (literal *f* del artículo 8.º CPP.). Las actuaciones de carácter escrito son entonces excepcionales.

El principio de oralidad se manifiesta especialmente de dos formas: (1) la decisión que soporta la responsabilidad del acusado se surte sólo a partir del material controvertido en el debate público final, y (2) el material que se presenta en la audiencia de juzgamiento debe permitir al juez tomar una decisión clara sobre la responsabilidad del imputado.

Es necesario aclarar que como en el sistema acusatorio no aplica el principio de permanencia de la prueba, en el sentido de emplear para fundamentar todos los elementos probatorios descubiertos en las diferentes audiencias antes del juicio oral, las partes tendrán que cumplir con los requisitos formales para introducir la prueba en la lectura de acusación y audiencia preparatoria, porque de lo contrario el material probatorio y la evidencia no pueden someterse a controversia en el juicio oral. En consecuencia, la validez de dicho material depende del cumplimiento de estos requisitos constitucionales: oralidad, inmediación, concentración y publicidad.

d. PRINCIPIOS DE CONTRADICCIÓN Y CONCENTRACIÓN

La importancia de estas garantías es fundamental. Dada la estructura del sistema

acusatorio, antes del juicio el acusado no tiene conocimiento integral y posibilidad de contradicción de las evidencias y los elementos probatorios que existen en su contra (salvo cuando se pretenda afectar derechos fundamentales es necesaria la autorización judicial en las audiencias preliminares o de imputación). En efecto, sólo en el juicio se surte una efectiva e integral contradicción, de ahí que esta garantía apunte a la realización de un verdadero debate sobre el valor probatorio de la evidencia, garantizándose así el ejercicio pleno del derecho de defensa.

El artículo 15 CPP establece el derecho a controvertir las pruebas y a intervenir en su formación. La máxima de lealtad procesal (*fair trial* [juicio justo]) determina que la fase del descubrimiento probatorio es la más importante para la defensa, porque es la oportunidad que tiene el acusado de generar material probatorio a su favor y ejercer el derecho de contradicción a partir de la recolección realizada por la Fiscalía, no solo en el juicio oral, sino cuando en cualquier momento procesal se pretenda afectar derechos fundamentales.

Otra manifestación amplia de la contradicción se advierte en el artículo 29 constitucional, cuando establece la controversia probatoria como derrotero del debido proceso. A este respecto, los artículos 390 a 397 CPP desarrollan las modalidades de contradicción en el contexto del interrogatorio y la recepción de la prueba en el juicio oral, a propósito de la figura del *cross examination*.

En cuanto a la práctica de las pruebas y el respectivo debate, es claro que deben efectuarse de manera concentrada y continua para lograr una adecuada defensa. El principio de concentración tiene el siguiente significado: la mayor parte del proceso y particularmente el juicio oral deben desarrollarse de forma continua. Lo que se pretende con esta máxima es que la práctica de la prueba sea realizada en un mismo momento^{834}. De no ser posible el desarrollo de la audiencia en una sola sesión, el ordenamiento procesal señala la posibilidad de realizarla con reanudaciones consecutivas y, en caso de presentarse circunstancias excepcionales que lo justifiquen, se podrá suspender hasta por treinta días.

Otra de las máximas que gobiernan el juicio oral es la de otorgar al defensor

tiempo suficiente para su labor de descargo. La concesión de un tiempo razonable para preparar la defensa es parte del concepto de *fair trial*. Además, también entra en el contexto de este principio la noción de “proceso sin dilaciones injustificadas”.

2. TRÁMITE DEL JUICIO ORAL

a. INICIO DEL JUICIO ORAL

Y ALEGACIÓN DE CULPABILIDAD

La ley procesal en su artículo 175 dispone que la audiencia de juicio oral debe iniciarse dentro de los 45 días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria. A nuestro juicio, esto significa que el término previsto es perentorio para iniciar el juicio, pero no para su duración, lo cual se somete a los criterios de plazo razonable. Aquí deberá tenerse en cuenta el aumento de términos consagrados en el artículo 35 de la Ley 1474 del 2011, en relación con delitos contra la administración pública y otros.

El artículo 366 CPP establece que en el día y la hora señalados en la audiencia preparatoria el juez instalará el juicio oral una vez verifique la presencia de las partes. Además, la disposición contiene las referencias a los poderes del juez como presidente de la sesión (funciones de dirección, disciplinaria, de ordenamiento de las intervenciones).

La audiencia del juicio oral se inicia con un acto imprescindible: la advertencia al acusado sobre su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse (amonestación *nemo tenetur se ipsum accusare*).

Las normas relativas a la terminación anticipada del proceso en la iniciación del juicio oral se han inspirado en el denominado *arraignment* del proceso penal estadounidense. Conforme a ese modelo, cuando se produce una acusación formal contra una persona, ésta debe ser llevada ante los tribunales para que sea informada de los cargos formulados contra ella (*indictment*) y a continuación se solicita que declare respecto de aquellos. Un acusado puede declararse, en relación con los cargos, “culpable”, “no culpable” o aceptar parcialmente la

acusación.

Cuando un acusado se declara culpable, al estilo *guilty plea* o alegación de culpabilidad, se tiene como consecuencia la eliminación del procedimiento principal ordinario y la producción de sentencia sin necesidad de juicio. La alegación puede tener dos variantes cuyo presupuesto es la voluntad consciente y ausente de vicios para aceptar responsabilidades. La primera es la alegación directa y se refiere a los casos en que el propio acusado sopesa la gravedad del hecho y las consecuencias de someter su caso a juicio, decidiéndose por la opción de declararse culpable. La segunda modalidad es la negociada, prevista en nuestro ordenamiento procesal bajo el concepto “alegaciones preacordadas”.

Cuando un acusado se declara culpable le corresponde al juez constatar las condiciones de validez de la alegación, para lo cual el artículo 368 cpp establece que el funcionario judicial debe verificar que actúa libre y voluntariamente, que está informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor.

b. PRESENTACIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO Y POSIBILIDAD DE LA VÍCTIMA DE RECAUDAR PRUEBAS

Esta figura es de una importancia significativa en el proceso y sobre todo en la vista oral. Realmente en los ordenamientos continentales se conoce como “objeto del juicio” o “alegato de apertura”, y hace alusión a la delimitación jurídica, fáctica y probatoria del debate. El límite de la discusión en el juicio se agota, desde el punto de vista jurídico, en los delitos incluidos en la acusación, sin perjuicio de las discusiones que puedan introducirse durante el juicio por variaciones a la calificación jurídica, con los límites establecidos por el principio de congruencia.

Desde el punto de vista probatorio, el límite se da a partir del descubrimiento de las evidencias y en las estipulaciones probatorias, y, desde el punto de vista fáctico, en los hechos que pretende probar la Fiscalía y que ha delimitado en las audiencias de imputación o acusación, lo cual no excluye que la víctima tenga la posibilidad de solicitar sus propias pruebas encaminadas a demostrar su propia teoría del caso.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia se pronunció en relación con la intervención de la víctima en el proceso penal. Al respecto indicó que “la víctima no tiene condición de parte (solamente lo son Fiscalía y acusado), sino de un interviniente especial”. Así mismo, indicó que la víctima tiene unas características especiales que la facultan a participar de manera activa en el desarrollo del proceso. Señaló lo siguiente:

[...] si constitucionalmente se habilita a la víctima para su participación activa en la fase de indagación, nada obsta para que adelante su propia investigación y recaude elementos materiales probatorios, evidencia física e información, siempre y cuando canalice lo logrado a través de la Fiscalía, en tanto en el sistema acusatorio oral la introducción probatoria en el juicio solamente puede darse a través de los dos opositores^[4835].

La obligación de presentar la teoría del caso está a cargo de la Fiscalía, mientras que para la defensa ésta es una actividad facultativa. Sobre este punto advirtió la Corte Constitucional:

En cuanto tiene que ver con la Fiscalía, la Corte considera que la exposición de la teoría del caso resulta imprescindible si se tiene en cuenta el rol que cumple dentro del sistema penal, donde tiene “la función de actuar eminentemente como ente de acusación”. Dado que una de las tareas constitucionales asignadas a la Fiscalía es la de presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, “con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” (CP. art. 250-4), es necesario que al comienzo del juicio el ente acusador exponga la teoría del caso con la cual pretenderá persuadir al juez sobre la responsabilidad del sindicado.

No obstante, en cuanto tiene que ver con el sindicado y su defensa, el principio de presunción de inocencia lo sitúa en un plano diferente que le permite guardar silencio y no exponer su teoría del caso, al menos en ese momento procesal. La facultad que le brinda la norma acusada, lejos de ser vista como una restricción del derecho a la defensa o del debido proceso en el juicio oral (CP art. 29 y 250-4), debe ser interpretada

como una garantía adicional para el sindicado, que le permite conocer de antemano la hipótesis de trabajo de su contraparte y, de ser necesario, reconfigurar su postura defensiva sin que por ello se vea afectada su credibilidad, como sí ocurriría cuando ya ha hecho expresa su hipótesis pero luego decide replantearla teniendo en cuenta la dinámica del proceso y el desarrollo probatorio durante el juicio^[4836].

La víctima también podrá presentar la teoría del caso antes del juicio oral. Lo anterior se justifica en aplicación del principio de igualdad y a la luz del entendimiento del proceso como búsqueda de la verdad. Si dicha verdad sólo puede obtenerse como resultado de una construcción y de un debate instaurado entre varias partes, es evidente que la víctima puede presentar su propia teoría del caso.

- ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL CASO

La Fiscalía debe proponer en el marco de la teoría del caso las hipótesis que ha manejado desde la investigación, de tal manera que el juez entienda el desarrollo del debate a partir de las pretensiones que tiene la parte acusadora. Consideramos en este punto que el ente acusador no puede introducir hechos que no hayan sido tenidos en cuenta en la acusación, ni tampoco incluir nuevas personas o delitos, porque la Fiscalía está limitada por el núcleo fáctico de la acusación y también por los supuestos jurídicos contenidos en el pliego de cargos. Permitir lo contrario implicaría una violación del debido proceso, sobre todo del derecho de defensa y contradicción.

Si el defensor desea hacer uso de esta oportunidad, en su presentación puede rebatir la tesis de la Fiscalía y plantear su pretensión con respecto a la acusación en el contexto que ya hemos anotado. Desde luego, la limitación sobre el núcleo fáctico y jurídico del escrito de acusación no es aplicable para la defensa, para quien es perfectamente posible presentar una teoría del caso que se aleje en todo, o en parte, de la teoría de la Fiscalía -por ejemplo, además de proponer la inocencia plena del acusado, podría optar por afirmar, en su teoría del caso, que el delito no fue cometido en la modalidad dolosa, sino en la culposa, etc.

Debe determinarse si la víctima tiene la posibilidad de presentar una teoría del caso diferente de aquella de la Fiscalía. En este punto consideramos que, tal como se afirmó en el tomo primero de esta obra, la víctima debe ser tratada como una parte más en el proceso y no como un interviniente especial, porque esta última figura es ajena a la teoría jurídico-procesal y no se compadece con una protección efectiva de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Si esto es así, debe permitírsele a la víctima la presentación de una teoría del caso propia, para que el juez tenga conocimiento de su posición y de esta forma decida en derecho, con aplicación de la teoría dinámica de la congruencia.

Un argumento adicional se encuentra en el hecho de que constitucionalmente se ha permitido a la víctima la participación en todas las etapas del proceso, incluso en las audiencias de acusación y preparatoria para efectos de realizar sus respectivas solicitudes probatorias, de ahí que podría preguntarse lo siguiente: ¿tendría sentido que se le permita la solicitud de pruebas diferentes de aquellas del ente acusador, si no están dirigidas a demostrar su propio punto de vista sobre los hechos objeto de juzgamiento? Al respecto, debe contestarse que los derechos constitucionales de la víctima sólo encuentran una garantía efectiva si a ésta se le permite, entre otras, presentar su teoría del caso.

C. PRÁCTICA DE PRUEBAS

La práctica de prueba es la parte más emblemática del juicio oral en el sistema acusatorio, porque a partir de la información que brindan los testigos el juez tiene la oportunidad de formarse su propia idea sobre el caso y sobre la solidez de la acusación. Es necesario estudiar aquí, por un lado, el concepto de “elemento material probatorio” y, por otro, la clasificación que tienen las pruebas. Además, se abordarán los principios de inmediación y oralidad y su desarrollo en el aspecto probatorio.

- ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS

La Ley 906 del 2004 no define lo que se entiende por elementos materiales

probatorios o evidencia física. Simplemente hace una enumeración, en el artículo 275, de lo que comprenden estos conceptos. Esta expresión tan amplia pretende diferenciar lo que es prueba propiamente dicha, vale decir la practicada en el juicio, de aquellos elementos e informaciones recolectados a lo largo del proceso de investigación. Tan ambigua resulta dicha acepción, que la Corte Suprema de Justicia se manifestó de la siguiente manera:

Frente a este concreto cuestionamiento se tiene que el nuevo sistema procesal ha permitido distinguir entre aquellos elementos materiales probatorios y evidencia física que comprenden todo objeto, instrumento o medio de conocimiento conducente al descubrimiento de la verdad en los términos que ejemplificativamente indica el artículo 275 del C. de P. P. y las pruebas propiamente tales, que lo son aquellos en tanto ingresen al torrente procesal con la intermediación del juez.

Al proceso formativo de elementos materiales probatorios y evidencia física, anteceden -generalmente- aquellos actos de investigación a cargo de la Fiscalía y la policía judicial, en forma tal que su consolidación y utilidad dependen de la aptitud que tengan de consolidarse probatoriamente en el juicio.

De este modo, en sí mismos no pueden ser valorados ni objeto de contradicción. Los actos de investigación no sustentan en modo alguno la imputación ni la medida asegurativa, ni la acusación, por cuanto sencillamente de ellos no se da cuenta en ningún momento y solamente vienen a tener una implícita trascendencia en tanto sirven para fundar una prueba^[4837].

Toda fuente de información de la Fiscalía relacionada con el hecho y los frutos derivados de las conductas investigadas constituye elemento material probatorio o evidencia física cuyo objeto responde a la construcción del *factum* y la responsabilidad penal correspondiente. Para predicar la legalidad del elemento material probatorio, el artículo 276 CPP determina que ésta se infiere de que el acto probatorio hubiere observado lo prescrito en la Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes, razón por la cual en los controles de legalidad pertinentes los juzgadores deben tener

en cuenta estas variables.

En nuestra opinión, la Corte Suprema de Justicia hace una interpretación restrictiva sobre el ejercicio del contradictorio frente a los elementos materiales probatorios, cuando entiende que sobre ellos no puede ejercerse el derecho de contradicción. La posición de la Corte diferencia entre material para el trabajo de investigación y prueba para debate en juicio oral. Para la investigación, se requieren rasgos, evidencias e informaciones, que alimentan las decisiones que toman los jueces. Para efectos del juicio oral, por el contrario, la noción de prueba aparece como la evidencia material tamizada por la inmediación del juez y la contradicción.

Aquí hemos afirmado que las evidencias físicas y el material probatorio sí son susceptibles del ejercicio de contradicción durante todo el proceso, debido a que la afectación de derechos fundamentales no puede proceder únicamente con las expresiones del fiscal en las respectivas audiencias. Por lo demás, actos como la imputación y la acusación exigen fundamento en evidencia, elementos o información lícitamente recolectados, por lo cual, en consecuencia, deben estar sometidos a debate y al ejercicio del contradictorio por cuenta de la defensa. No debe olvidarse que el artículo 29 constitucional no limita este derecho fundamental sólo para su garantía en el juicio oral.

— CLASIFICACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS PRUEBAS

En la práctica del juicio oral ocurren varios fenómenos relacionados con la presentación de la prueba, pero es importante tener en cuenta que lo primero es determinar el orden de presentación. El juez es quien tiene la potestad de decidir el orden en que deben presentarse las pruebas, de conformidad con el artículo 362 CPP. No obstante, la regla general es que las pruebas de la Fiscalía se presentan antes que las de la defensa.

Excepción a esta regla son las pruebas de refutación, caso en el cual se presentarán primero las pruebas ofrecidas por la defensa. Miremos algunas cuestiones generales sobre el régimen legal probatorio:

— LA PRUEBA DE REFUTACIÓN

Es aquella que se ofrece en contra de la prueba del adversario con el fin de desestimar su valor^{838}. Corresponde al juez tomar la decisión sobre la capacidad y entidad de la oposición a la prueba ofrecida por la Fiscalía. Por ejemplo, si la Fiscalía ha ofrecido un testimonio que acredite la presencia del imputado en el lugar de un hecho y la defensa tiene prueba documental de la ausencia del testigo en el territorio nacional para la fecha de comisión del delito investigado, le corresponde al juez decidir la presentación del documento (pasaporte con sellos oficiales de salida) en la oportunidad que considere pertinente.

— PRESENTACIÓN DE PRUEBA ANTICIPADA^{839}

Es aquella practicada antes del juicio oral por razones de conveniencia probatoria. La regla general exige que la prueba anticipada se presente con el documento en el que consta el interrogatorio y contrainterrogatorio que se le ha practicado al testigo que no puede estar presente en la audiencia del juicio oral. No obstante, si cualquiera de las partes acredita la posibilidad de la presencia física del testigo para la audiencia, el juez debe tomar la decisión de llamarlo a declarar debido a que la prueba anticipada corresponde a una excepción a la práctica de inmediación judicial^{840}.

- PRESENTACIÓN DE PRUEBA DOCUMENTAL

Y TESTIMONIO DE ACREDITACIÓN

El artículo 424 CPP establece, en forma enunciativa, 14 categorías de documentos. En especial, el artículo 425 CPP se refiere al documento auténtico como aquel donde existe conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado. Puede ser manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento.

También se reputan auténticos la moneda de curso legal, los sellos y efectos oficiales, los títulos valores, los documentos notariales o judicialmente reconocidos, los documentos o instrumentos públicos, los documentos provenientes del extranjero debidamente apostillados, los de origen privado sometidos al trámite de presentación personal o de simple autenticación, las copias de los certificados de registros públicos, las publicaciones oficiales, las publicaciones periódicas de prensa o revistas especializadas, las etiquetas comerciales, y, finalmente, todo documento de aceptación general en la comunidad.

La práctica probatoria exige que los documentos escritos sean leídos y exhibidos a todos los intervinientes en la audiencia para conocer su forma y contenido y para que sobre ellos puedan ejercerse el interrogatorio y el contrainterrogatorio cuando exista el llamado “testigo de acreditación”, esto es: la persona que puede responder por la suscripción, la grabación o la producción del documento.

La práctica judicial ha tenido sobre este punto varias confusiones, en concreto sobre la necesidad de acreditación. Recuértese que esta figura se requiere cuando existen dudas sobre la autenticidad o el contenido del documento, por lo tanto no siempre es necesaria la acreditación para su introducción en el juicio oral. Por ejemplo, si se presenta una escritura pública suscrita en notaría, no es necesario traer al juicio oral como testigo al funcionario público ante quien se otorgó el instrumento, habida cuenta de que la ley lo reconoce como auténtico y prueba un hecho que aduce la parte que la ofrece. *Contrario sensu*, si hay dudas sobre la autenticidad de la escritura o ésta constituye fundamento del debate probatorio, el funcionario oficial debe concurrir como testigo de acreditación en el juicio.

Otro de los problemas que se han presentado respecto de la introducción de la prueba documental tiene que ver con su lectura integral. Debe decirse que una interpretación no exegética del artículo 431 CPP permite sostener que solo debe hacerse lectura integral cuando exista una controversia sobre el contenido del documento. En los demás casos se debe admitir que la parte que pretende introducir dicha prueba presente un resumen o la idea central del contenido y se

lean los apartes esenciales pertinentes, tal como lo ha enseñado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia^{841}.

Cuando se presenta testigo de acreditación, una vez practicados el interrogatorio y el contrainterrogatorio la parte que ha ofrecido el documento debe anunciarle al juez que lo *incorpora* dentro de sus pruebas para que el juzgador lo tenga en cuenta en el fallo definitivo.

— PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL Y TESTIGO EXPERTO

El artículo 405 CPP establece que la prueba pericial procede cuando es necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Las partes pueden presentar los informes de los peritos de confianza y solicitar que estos sean citados a interrogatorio en la audiencia de juicio oral, con la prueba que acredite su idoneidad. El informe debe ser admitido por el juez en la audiencia preparatoria y, como consecuencia de ello, debe citarse al respectivo perito.

El perito puede ser interrogado en juicio oral a partir de las reglas que acreditan la idoneidad, formación profesional, conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto, principios científicos en los que fundamenta su concepto y grado de aceptación, así como las técnicas empleadas para llegar a las aseveraciones contenidas en su dictamen. El contrainterrogatorio puede estructurarse por cuestionamiento a dichos fundamentos -por ejemplo, la carencia de idoneidad del perito, la inexactitud sobre el método empleado para elaborar su dictamen o las falencias de carácter científico o técnico que desvirtúen el experticio.

El CPP contiene dos conceptos que sirven para la valoración de la prueba pericial: la llamada “prueba novel” y la evidencia demostrativa.

Por *prueba novel* se entiende aquella prueba de carácter pericial que tiene como base para su fundamentación nuevas teorías del conocimiento. Para efectos de su admisibilidad, es necesario el cumplimiento de las condiciones

consagradas en el artículo 422 CPP. Esto es: la verificación de métodos nuevos que puedan describir el avance científico, la aceptación y crítica por la comunidad científica, la acreditación de la confiabilidad científica utilizada para fundamentar la opinión pericial^[842].

Por *evidencia demostrativa* se entiende aquella que se utiliza para ilustrar, clarificar o explicar otro testimonio, peritaje o evidencia material^[843].

– PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y ORALIDAD FRENTE A LAS PRUEBAS

La inmediación regulada en los artículos 16 y 379 de la Ley 906 del 2004, como lo considera la Corte Suprema de Justicia, comprende la percepción directa de las pruebas por el juez, las partes intervinientes y el público en general, pero fundamentalmente se refiere a la relación que debe obrar entre el juzgador y la prueba, la cual obliga a que el funcionario que emita la sentencia vea y oiga, en forma directa, la prueba respecto de los hechos. Las pruebas deben llegar a su ánimo sin sufrir alteración alguna por influencia extraña a su propia naturaleza, sin que se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente turben o alteren la natural y original entidad de los elementos de convicción, tergiversando su aptitud probatoria.

El desarrollo fundamental de este principio está en el artículo 379 CPP, de conformidad con el cual “El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 16 CPP, que establece:

En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

Las dos disposiciones buscan garantizar la imparcialidad judicial y dejan claramente establecida la no permanencia de la prueba en el proceso. Si los materiales de evidencia recogidos en la investigación resultan escasos para

definir la responsabilidad penal, el juicio oral se encarga de su depuración a través de la prueba testimonial, que constituye el filtro para que el juez defina el valor que deba asignarle a cada prueba para llegar a una decisión.

Sin embargo, la inmediación y la práctica probatoria no siempre tienen estas características, y en algunos casos este principio y el contradictorio pueden verse disminuidos por determinadas circunstancias. A pesar del mandato constitucional (artículo 250 numeral 4 C. N.) desarrollado en los artículos antes mencionados (arts. 16 y 379 CPP), la Corte Suprema de justicia optó por una decisión mediante la cual se permite que se dicte sentencia definitiva por un funcionario diferente de aquel ante el cual se practicaron las pruebas^{844}. La decisión mencionada exige que se profundice en el estudio y las consecuencias en relación con el principio de permanencia de la prueba y el alcance de las pruebas de referencia.

Una de las discusiones más complejas que se presentan en el juicio oral es la atinente a la reconstrucción de las pruebas orales o pruebas documentadas recogidas por la Fiscalía en la etapa de investigación y que luego pretende hacer valer en el juicio oral. A estos efectos se presentan dos categorías: la prueba de referencia y el valor de las entrevistas recogidas en sede de investigación. Veamos:

— PRUEBA DE REFERENCIA^{845}

La noción de prueba de referencia es bastante compleja y normalmente tiende a confundirse con la de “testimonio de oídas”; sin embargo, la figura que se ha importado corresponde más a la noción de prueba indirecta. La autora española MARÍA ISABEL VELAYOS, a propósito de esta última clasificación, anota que en el marco de las llamadas *assertion-oriented definitions*, cualquier afirmación que no se pronuncie por primera vez en un proceso penal, sin importar el sujeto de quien provenga, no puede dar real cuenta de un hecho, y desde ese punto de vista debe ser considerada prueba de referencia. En el marco del derecho anglosajón esta concepción parte de una gran extensión del concepto de “prueba de

referencia”, por ejemplo, dándose una ampliación a instrumentos documentales, algo que evidentemente va más allá de la doctrina del derecho continental, que identifica normalmente la prueba de referencia con el testimonio indirecto^{846}.

Una prueba oral como una declaración que consta en un documento recibido por la Fiscalía en sede de investigación no podría introducirse en juicio oral, sino mediante la presencia del testigo de cargo en la audiencia respectiva. Pero ¿qué ocurre si el testigo no está disponible para el juicio oral o ha muerto o ha viajado al exterior? ¿Es factible llevar la declaración como tal al juicio? De hacerlo sin más requisitos, se vulneraría el derecho al contradictorio, porque no puede contrainterrogarse y, además, la prueba no termina depurada por el interrogatorio del testigo en juicio, de tal manera que se presentaría una excepción a la inmediación y al principio de no permanencia de la prueba.

El Código de Procedimiento Penal en esta materia importa del derecho anglosajón lo fundamental de la noción de prueba de referencia: la declaración extrajudicial (art. 438 CPP) y la indisponibilidad del declarante para el juicio oral (art. 439 CPP). A ello deben agregar los rasgos básicos de admisibilidad excepcional (arts. 438, 379 CPP) y la posibilidad de impugnación (art. 441 CPP). No obstante esta estructura, a la redacción del artículo 437 CPP puede hacersele serios reparos, porque la norma dice que la prueba de referencia es un medio apto para demostrar cualquier elemento del delito o aspecto esencial del debate. A pesar de tratarse de una figura excepcional, la legislación deja intuir algo distinto, por eso mismo la jurisprudencia ha dejado en manos del juez, en el estudio que debe realizar caso por caso, la utilización de la prueba de referencia.

Un análisis doctrinario de la noción de prueba de referencia permite inferir las siguientes conclusiones:

- La prueba de referencia, de conformidad con el artículo 437 CPP, es cualquier declaración realizada fuera del juicio oral, y esto incluye los elementos probatorios o información recogidos por autoridad competente antes del juicio oral, así como las declaraciones de oídas que puedan aseverar indirectamente sobre lo que alguien dijo y que tenga relevancia para el proceso, lo cual es consecuente con las nociones que provienen del derecho comparado^{847}. A

diferencia de lo que estilan los ordenamientos foráneos, la prueba de referencia no se ofrece para probar la verdad de lo aseverado, sino que tiene la función de excluir o probar los elementos del delito, esto es, los componentes de cualquier hecho punible, la participación, las circunstancias de agravación o atenuación, la naturaleza y extensión del daño y cualquier aspecto sustancial que sea objeto del debate.

- En segundo lugar, la admisión de esta prueba es excepcional, porque se entiende que la noción de juicio con todas las garantías implica que la Fiscalía está obligada a llevar los testimonios directos.

- En tercer lugar, para determinar la admisión debe demostrarse que el testigo no está disponible.

- Por último, el artículo 438 CPP regula las situaciones en que resulta admisible la prueba de referencia. Esta enumeración, lamentablemente, no es taxativa^[848]. En una primera decisión sobre el problema, la Corte Suprema de Justicia expresó:

El artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381^[849].

Después la Corte dejó al arbitrio del juez la posibilidad de observar, en cada caso concreto, si resulta pertinente una prueba de referencia. Este tribunal afirmó:

Ya se dijo que a la par de las excepciones a la regla general de prohibición de la prueba de referencia, que expresamente establece el artículo 438, el legislador introdujo una excepción residual de carácter discrecional que le permite al juez decidir

potestativamente sobre la admisión de pruebas de referencia en casos distintos de los allí previstos, cuando se esté frente a eventos similares, y que [d]el estudio de las características de las excepciones tasadas surgía que los nuevos eventos debían cumplir en principio dos condiciones[:] que el declarante no esté disponible y que su indisponibilidad [se] derive de circunstancias especiales de fuerza mayor, racionalmente insuperables^[4850].

– UTILIZACIÓN DE PRUEBA ESCRITA

Íntimamente relacionada con el tema de la prueba de referencia aparece la utilización de prueba escrita en sede oral. No obstante, la utilización de versiones escritas en el juicio puede lesionar el principio de oralidad, y por ello la doctrina y la jurisprudencia han definido con claridad sus reglas:

– Las declaraciones previas pueden utilizarse como medio para refrescar la memoria del testigo. Aunque se presenta como una excepción frente al principio de oralidad, el problema fundamental lo ha cifrado la jurisprudencia en la apreciación de la prueba. Si las afirmaciones del escrito coinciden con la exposición verbal y éste sólo se utiliza para recordar, no hay ningún problema; pero en caso de no coincidencia, debe quedar la constancia para que el juez lo tenga en cuenta a la hora de valorar la credibilidad del testimonio. Dice al respecto la Corte:

En tales eventos, no se suscita ningún problema frente a las consecuencias del uso del escrito, pues se supone que el testigo no entra en contradicción con lo que dijo en la declaración previa, sino que no recuerda con precisión algún punto específico de su dicho al momento del juicio. Por lo tanto, si ratifica lo allí informado el juez se limita a valorar su testimonio en el juicio, claro está que sopesando la utilización del documento para refrescar la memoria, pues precisamente dentro de los criterios de apreciación del testimonio, el artículo 404 de la normatividad de que se trata, establece que el juez tendrá en cuenta ‘los procesos de rememoración’.

– Las declaraciones previas son un medio para impugnar la credibilidad del

testigo. En la misma línea anterior, el juez debe valorar la práctica del testimonio con escrito previo, permitiendo a la parte que ejerce el interrogatorio o contrainterrogatorio la confrontación con el escrito como medio de impugnación. Es cierto que el citado artículo 347 CPP señala que la información contenida en las exposiciones o declaraciones “no puede tomarse como una prueba”, pero esa prohibición parte del presupuesto de que las partes no han ejercido el derecho de contrainterrogar, facultad que, al tenor del artículo 393 CPP, tiene por finalidad “refutar, en todo o en parte, lo que el testigo ha contestado”, como clara expresión del derecho de contradicción.

Por lo tanto, si en el juicio oral un testigo modifica o se retracta de anteriores manifestaciones, la parte interesada podrá impugnar su credibilidad, leyendo o haciéndole leer en voz alta el contenido de su inicial declaración. Si el testigo acepta haber rendido esa declaración, se le invitará a que explique la diferencia o contradicción que se observa con lo dicho en el juicio oral. Véase cómo el contenido de las declaraciones previas se aporta al debate a través de las preguntas formuladas al testigo. Debe afirmarse que todos los aspectos probatorios mencionados buscan satisfacer los principios de inmediación, publicidad y contradicción de la prueba en su integridad.

En conclusión, las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y sus autores, por lo cual no constituyen en sí mismas prueba alguna, porque su finalidad es la de preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento. Entonces, para que puedan hacerse valer en el juicio como forma de contradicción de un testimonio, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado.

– INTERROGATORIO CRUZADO DE TESTIGOS

El interrogatorio tiene varias modalidades que describen lo que la doctrina ha entendido como *interrogatorio cruzado*, a saber:

- Interrogatorio directo. Es el que realiza la parte que ofrece el testimonio

como prueba.

– **Contrainterrogatorio.** Es el ejercido por la parte que no ofrece el testimonio como prueba y tiene por objeto la contradicción sobre las respuestas ofrecidas en el interrogatorio directo. Por lo tanto, debe referirse exclusivamente a los temas abordados en el directo. De conformidad con el artículo 544 CPP, para contrainterrogar “puede utilizarse cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral”.

– **Redirecto.** Corresponde a un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, para lo cual deberán seguirse las mismas reglas del directo.

Finalmente, el declarante podrá ser de nuevo preguntado por la otra parte, si considera necesario aclarar las respuestas dadas en el redirecto, y queda sujeto a las pautas del contrainterrogatorio.

– PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES
SOBRE EL INTERROGATORIO CRUZADO

La jurisprudencia ha aclarado varios puntos sobre el interrogatorio cruzado que podemos resumir de la siguiente forma:

1. No es posible someter a interrogatorio directo al testigo de la contraparte sin que se haya establecido motivo o razón concretos como fundamento de lo que pretende preguntarse.

La afirmación de que la prueba pertenece al proceso tiene amplios matices dentro de un sistema acusatorio que desarrolla el principio adversativo, dado que, como ya se vio, la solicitud de los medios de convicción obedece a un típico querer e interés de parte. Si ello es así, mal puede una parte reclamar como su testigo -para efectos de someterlo a un interrogatorio directo- a aquel presentado por la contraparte, sólo aduciendo que pueden quedar temas sin abordar cuando ésta lo interroga, o puede surgir un específico interés de conformidad con las respuestas que vaya entregando el declarante. Esto sería una especie de albur que corresponde más a la típica postura procesal de quien no cuenta con sólidos

fundamentos de argumentación o probatorios y decide esperar que el trámite de la audiencia ofrezca las herramientas no buscadas por él mismo.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estima desleal esta suerte de comportamiento procesal, dado que si la Fiscalía no contaba con suficientes elementos probatorios conforme a la tarea investigativa que le correspondió adelantar antes o después de la formulación de imputación, simplemente no debió acusar o debió solicitar preclusión.

Y si la defensa, a su turno, también dentro de los presupuestos investigativos que el principio de igualdad de armas le ofrece, advierte que la Fiscalía cuenta con sólidos elementos de juicio que demuestran la materialidad del delito y la responsabilidad del procesado, por un elemental principio de lealtad debe darlo a conocer a su representado, para estudiar si es viable recurrir a formas de terminación anticipada del proceso que redunden en beneficios punitivos, en lugar de empeñarse en tratar de encontrar, en el curso de la audiencia del juicio oral, yerros u omisiones del declarante que le faculden construir a último momento una deleznable teoría del caso.

2. No está vedado que la contraparte pida interrogar directamente al testigo citado por la otra parte, siempre que argumente la petición del interrogatorio en la audiencia preparatoria.

No se puede autorizar interrogatorio directo a un testigo de la contraparte, de manera abierta, aleatoria y genérica, como sucede reiteradamente en la práctica de las audiencias preparatorias. No puede desconocerse que en determinadas circunstancias un mismo testigo puede conocer hechos que soportan algún aspecto de la teoría del caso de las partes contrarias. Por ejemplo, el declarante vio cuando el procesado atacó a la víctima, y tal circunstancia es fundamental para la pretensión de la Fiscalía, pero también conoce que desde tiempo atrás el occiso amenazaba al acusado, tema que sin duda interesa a la defensa, con lo cual no existe duda de que en estos casos tanto la Fiscalía como la defensa se encuentran legitimadas para valerse del testigo como propio.

En consecuencia, para cumplir la carga procesal establecida en la ley, cada una de las partes debe expresar con claridad cuál es el objeto específico para el que se llamará al declarante en interrogatorio directo, y corresponde al juez de

conocimiento verificar los aspectos de pertinencia, conducencia, licitud y necesidad, a efectos de admitir o inadmitir el medio probatorio solicitado.

3. Quien no ha ofrecido como prueba un testigo y no ha hecho las debidas solicitudes de prueba en la audiencia preparatoria queda limitado en el juicio oral únicamente al contrainterrogatorio.

– JURAMENTO DE COACUSADOS

Cuando el acusado o coacusado es sometido a interrogatorio como testigo, su juramento no tendrá efectos penales *adversos en el proceso*. En todo caso, el juez le informará previamente de esta situación, así como del derecho que le asiste a guardar silencio y a no autoincriminarse. Ni del silencio, ni de la negativa a responder pueden derivarse consecuencias penales adversas al declarante^{851}.

– INTERROGATORIO POR PARTE DEL JUEZ

Excepcionalmente el juez podrá intervenir en el interrogatorio o contrainterrogatorio para conseguir que el testigo responda la pregunta que le han formulado o que lo haga de manera clara y precisa. Una vez terminados los interrogatorios de las partes, el juez y el ministerio público podrán hacer preguntas complementarias para el cabal entendimiento del caso^{852}, siempre que dicho interrogatorio no sustituya el rol funcional del fiscal o la defensa.

d. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Como en todo ritual procesal, las partes deben hacer una evaluación de la prueba debatida y exponer sus pretensiones con fundamento en ella. El trámite establecido en el Código prevé que el fiscal presente oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba y tipifique de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. En otras palabras, el momento final de la calificación de la conducta se da en este alegato y, en consecuencia,

impone que las pruebas practicadas determinen la correlación entre acusación y sentencia.

Después de esta intervención procede la del representante legal de las víctimas y la del ministerio público, quienes deben fundamentar los puntos relacionados con la responsabilidad del acusado. Por último interviene la defensa, cuyos argumentos pueden ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Después, la defensa puede replicar en el último turno de intervención los temas abordados por el acusador.

e. FALLO

El rito establece que clausurado el debate puede operar un receso de hasta dos horas para que el juez anuncie el sentido del fallo.

El artículo 442 de la Ley 906 del 2004 regula la figura de absolución perentoria, según la cual la Fiscalía o la defensa pueden solicitar la absolución cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos objeto de juzgamiento, sin necesidad de escuchar los alegatos de las partes^{[1853](#)}. Si bien esta norma tiene como finalidad evitar un desgaste innecesario a la administración de justicia, debe aclararse que tal solicitud, bien sea formulada por la defensa o por la misma Fiscalía, no es vinculante para el juez, porque no se trata del retiro de la acusación, como ocurre en otros países, sino de simples actos de postulación.

En este orden de ideas, si para el juez, una vez terminado el debate probatorio, no resultan ostensiblemente atípicos los hechos materia de discusión, lo procedente es negar la solicitud de absolución perentoria, proseguir con el curso de la audiencia y escuchar los alegatos de las partes para emitir el sentido del fallo³⁸.

II. CONCLUSIONES

Dentro de lo que el estatuto procesal determina como juicio, además de la audiencia de acusación encontramos la preparatoria y la del juicio oral. La primera (preparatoria) tiene como objeto definir, antes de la audiencia del juicio

oral, si existen realmente los presupuestos para llevar adelante el juicio. En esta audiencia se autoriza a las partes para que hagan las manifestaciones que consideren necesarias sobre el procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial el que se refiere al autorizado por el juez en la audiencia de acusación. Por ejemplo, la defensa puede advertir que el descubrimiento está incompleto porque la Fiscalía menciona un elemento material de prueba, pero no su contenido. Debe entenderse que cuando pretenda hacer valer un testimonio en la audiencia del juicio oral será necesario anunciar la materia de la declaración.

El descubrimiento que haga la defensa debe analizarse a partir de una interpretación sistemática de los artículos 267 y 344 inciso 2.º CPP. En consecuencia, las evidencias de descargo pueden presentarse en cualquier audiencia cuando se pretenda evitar decisiones adversas al imputado y no solo en la audiencia preparatoria, sino cuando se solicite afectación de derechos fundamentales, porque en ninguna parte de la legislación se precisan las oportunidades procesales para presentar evidencia de descargo salvo la preparatoria.

En la audiencia preparatoria se abre también un espacio para que las partes discutan acerca de la posibilidad de realizar estipulaciones probatorias. Estas son acuerdos entre la defensa y la Fiscalía sobre el material que se presentará en el juicio oral. Este tipo de acuerdos no constituye reconocimiento de responsabilidad, sino, más bien, una posibilidad de que la defensa maneje de mejor manera la prueba adversa al acusado, y admita como probados hechos que en la presentación o controversia probatoria pueden impactar negativamente al juzgador, por la forma de exhibir la evidencia.

La audiencia preparatoria es el principal escenario para discutir la ilicitud probatoria, aunque, como hemos venido recalcando, ese tema debe analizarse en las audiencias preliminares de ser necesario. Las decisiones del juez de control de garantías sobre la ilicitud no hacen tránsito a cosa juzgada material, porque en el sistema procesal acusatorio no existe permanencia de la prueba. Es en la audiencia preparatoria donde se puede observar con mayor claridad los efectos de la ilicitud probatoria. En consecuencia, si un elemento probatorio se excluyó antes de la audiencia preparatoria por considerarse ilícito o si se tuvo en cuenta a

pesar de su ilicitud, dicho tema puede plantearse nuevamente en la audiencia preparatoria para que el juez de conocimiento decida de manera definitiva.

La audiencia del juicio oral es la fase más importante del procedimiento porque en ella se “enfrentan” las posiciones de la defensa y la Fiscalía. Por tanto, aquí se concreta lo que se conoce como *contradictorio*.

En la audiencia de juicio oral cobran especial relevancia algunos principios procesales como los de audiencia judicial, de publicidad (no debe haber juicios secretos, aunque las restricciones posibles se determinan en la ley), oralidad, inmediación y contradicción.

Por la importancia de este momento procesal, el estatuto consagra un *trámite* concreto que inicia con la alegación de culpabilidad (voluntaria o negociada), porque el acusado puede declararse culpable e inhibir de esa forma la vista pública, haciéndose acreedor a los beneficios que la ley determina en este caso. De no ocurrir lo anterior, debe hacerse la presentación del caso por la Fiscalía (teoría del caso, que también puede ser presentada por las víctimas y por la defensa), a través de la cual se delimita jurídica, fáctica y probatoriamente el debate. El límite de la discusión en el juicio se agota, desde el punto de vista jurídico, en los delitos incluidos en la acusación; desde el punto de vista probatorio, en el descubrimiento de la fase preparatoria y en las estipulaciones probatorias; y desde el punto de vista fáctico, en los hechos que pretende probar la Fiscalía y que ha delimitado o precisado en la audiencia de imputación (esta presentación es obligatoria para la Fiscalía, mientras que para la defensa es una actividad facultativa). Luego se inicia el trámite de práctica de pruebas, que se constituye en la parte esencial del juicio porque a partir de la información que brindan los testigos el juez tiene la oportunidad de formarse su propia percepción sobre el caso y la solidez de la acusación. Aquí se desarrolla plenamente el principio de inmediación^{854}.

Las pruebas, según su finalidad, tienen diferente denominación: de referencia, de acreditación, de refutación, etc.

No obstante, la inmediación se ve “disminuida” por la denominada “prueba de referencia”, que, en nuestra opinión, debe entenderse como cualquier

declaración realizada fuera del juicio oral, incluyendo los elementos probatorios o información recogidos por autoridad competente antes del juicio, así como las declaraciones de oídas que puedan afirmar indirectamente sobre lo que alguien dijo y sean relevantes para el proceso. La prueba de referencia no se ofrece para probar la verdad de lo aseverado, sino que tiene la función de excluir o probar los elementos del delito, esto es, los componentes de cualquier hecho punible, la participación, las circunstancias de agravación o atenuación, la naturaleza y extensión del daño y cualquier aspecto sustancial que sea objeto del debate. La admisión de esta prueba es excepcional, porque se entiende que la noción de juicio con todas las garantías obliga a la Fiscalía a llevar los testimonios directos.

Relacionado con el tema de la prueba de referencia se encuentra el de la utilización de prueba escrita: por ejemplo, declaraciones previas. La pregunta que surge aquí es cómo puede afectar este tipo de prueba el principio de oralidad. Las declaraciones previas se pueden utilizar como medio para refrescar la memoria del testigo, pero cuando lo allí consagrado no coincida con lo expuesto por el declarante, lo escrito debe servir como un elemento para el juez a la hora de valorar la credibilidad del testimonio (impugnación de la credibilidad del testigo).

Muy importante resulta la técnica de interrogatorio. Al margen de las formas y clasificaciones que se conocen para definir la titularidad y el momento de su desarrollo, propusimos aquí algunas tesis al respecto que deben tenerse en cuenta: (i) no está vedado que la contraparte pida interrogar directamente al testigo citado por otra parte, si precisó en la audiencia preparatoria el tema sobre el cual puede versar su interrogatorio; (2) en consecuencia, quien no ha ofrecido como prueba un testigo y no ha hecho las debidas solicitudes en la audiencia preparatoria, en el juicio queda limitado al contrainterrogatorio.

El trámite continúa con las alegaciones conclusivas de las partes, que deben hacer una evaluación de la prueba debatida y exponer sus pretensiones con fundamento en ella. El fiscal debe exponer oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba y a la tipificación de manera circunstanciada de la conducta por la cual ha presentado la acusación. Después de esta intervención procede la del representante legal de las víctimas y la del ministerio público, quienes deben

fundamentar y tomar partido sobre todo aquello que afecte la responsabilidad del acusado, y por último interviene la defensa, cuyos argumentos pueden ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. La defensa puede replicar a la Fiscalía, en el último turno de intervención y exclusivamente sobre los temas abordados. Clausurado el debate puede operar un receso de hasta dos horas para que el juez anuncie el sentido del fallo, que es vinculante.

CAPÍTULO TERCERO

Congruencia

I. CONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

A. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Una de las constantes del proceso penal en Colombia ha sido la exigencia de correlación entre acusación y sentencia. Esto significa que la decisión sobre responsabilidad penal debe tener como fundamento el hecho histórico investigado durante el proceso y que fue concretado en la acusación. En otros términos, la acusación cumple la función primordial de delimitar el objeto de la relación jurídica, porque la sentencia, como acto que concluye el proceso, debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se les formuló^{[4855](#)}.

El principio de congruencia entre acusación y sentencia se infiere de la estructura del proceso penal colombiano, que tiene rango constitucional. La Constitución Política señala que el proceso penal está conformado por dos etapas, acusación y juzgamiento, que no pueden ser suprimidas ni modificadas en ninguna circunstancia^{[4856](#)}. El postulado básico de que no puede existir ningún proceso sin acusación está consagrado en las siguientes normas constitucionales:

I. El artículo 29: “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”;

2. El artículo 235.4, que señala que es atribución de la Corte Suprema de Justicia “Juzgar, *previa acusación* del fiscal general de la Nación, a los ministros del despacho”;

3. El artículo 250, que consagra como función de la Fiscalía General de la Nación “Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento con el fin de dar inicio a un juicio público”;

4. El artículo 251, que al prever las funciones especiales del fiscal general de la Nación, señala en el numeral i: “investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del vicefiscal general de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos

servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución” (Acto Legislativo 06 del 2011).

5. El artículo 252, que establece categóricamente: “Aun durante los estados de excepción de que trata la Constitución en sus artículos 212 y 213, el Gobierno no podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de *acusación* y juzgamiento”.

B. FUNDAMENTOS LEGALES

En desarrollo de la Constitución Política, el estatuto procedimental se ocupa de la congruencia entre acusación y sentencia, entre otras, en las siguientes normas:

1. El artículo 8.º, que señala: “En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho a: [...] h) Conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que los fundamentan”;

2. El artículo 162, que regula la redacción de la sentencia: “Las sentencias deberán cumplir los siguientes requisitos: [...] 4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”; y

3. El artículo 448, que establece: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado la condena”.

El problema que se plantea en relación con la congruencia es determinar bajo qué presupuestos se conserva la identidad entre acusación y sentencia. La identidad del cargo es uno de los problemas que más arduamente han debatido la jurisprudencia y la doctrina, porque en ocasiones resulta difícil precisar cuándo permanece idéntico el hecho y cuándo se modifica. Como anota BETTIOL,

No es con la lógica abstracta como el problema puede ser resuelto, porque en derecho hay identidad incluso cuando no es aplicable la proposición lógica $A = A$. Si es posible pasar de una acusación de malversación de caudales públicos a una condena por

apropiación indebida, ello significa que la relación lógica de identidad de los hechos ha sido superada, porque los dos hechos delictivos no son lógicamente idénticos, si bien lo son procesalmente. Y ni siquiera con la lógica formal jurídica se puede llegar a una contribución decisiva para la solución del problema, a pesar de que la doctrina haya insistido tanto en ello. Se ha afirmado que el hecho es idéntico cuando permanece idéntica la acción, aun modificándose el resultado o viceversa; cuando, fijado todo el momento objetivo, cambie solo el título subjetivo de la imputación (por ejemplo, culpa en lugar de dolo); cuando, aun mudando todos los momentos formales del hecho, permanece idéntica la lesión del bien jurídico de la categoría, y así sucesivamente^{857}.

II. SISTEMAS PARA DETERMINAR LA CONGRUENCIA

En materia de congruencia entre acusación y sentencia predominan tres tendencias, a saber:

A. SISTEMA NATURALISTA

Se caracteriza porque la correlación se fundamenta en el hecho histórico investigado, independientemente de cualquier denominación jurídica que se le dé. En concepto de SOTO NIETO,

El objeto individualizador de la acción penal no es un “tipo” o figura delictiva, puesto que cabe pasar de un tipo a otro sin romper la identidad del hecho, y segundo, que no cualquier hacer del sujeto pasivo entra dentro de la acción, sino únicamente todos aquellos posibles incluidos en la unidad del acaecer natural; los delitos en concurso real podrán ser traídos por la acusación a un mismo proceso, en virtud de su relación de conexidad [...] El objeto identificador de la acción es un *factum* y no un crimen o figura estereotipada, y ello supone que el traspaso por el tribunal de un tipo a otro, en tanto en cuanto permanezca inmutable el hecho, es algo factible y normal que deja a salvo el exigible correlato. Calificado un hecho de estupro y penado de abusos deshonestos, o trasmutada la acusación de homicidio frustrado en un mero delito de lesiones, será algo correcto procesalmente discurriendo^{858}.

B. SISTEMA NORMATIVO

Este sistema parte del naturalista en cuanto a la identidad del hecho, pero lo adiciona en el sentido de calificar jurídicamente el comportamiento dentro de algún tipo de la parte especial. Expresa SOTO NIETO que “sin un especial enfoque jurídico-penal del hecho no cabe una plena identificación procesal del mismo”^{859}. En este sistema, explica:

El hecho comprende un núcleo básico, sustancial, decisivo para su configuración, y que deviene invariable a lo largo del procedimiento hasta su reflejo final en la resultancia sintética de la sentencia. Este núcleo u objeto normativo es elemento común a varios tipos penales, esencia compartida en todos ellos, y base para la identificación procesal del acaecer enjuiciado. Los elementos accidentales se adicionarán o sustraerán sin alterar la identidad del factum que atrae la atención de jueces y de partes [...] Este objeto normativo se corresponde con un elemento formal de la parte especial del Código, y una vez detectado en el hecho al que la denuncia penal se refiere ha de repetirse en la versión que del mismo acepte la sentencia resolutoria. Ello permite, sin afectar a la precisa y deseada unicidad, que el acusado por hurto pueda ser sancionado por apropiación indebida o viceversa. Por el contrario -expone Gómez Orbaneja-, si aquella porción de la conducta del agente que encaja en los actos típicos del delito afirmado por la acusación no vuelve a encontrarse total o parcialmente en el otro acaecer, de cualquier modo que el primero y el segundo puedan estar relacionados en un sentido natural y aun jurídico (conexión), falta, para todos los efectos procesales señalados, la identidad del hecho^{860}.

El sistema normativo se caracteriza por la inmutabilidad del hecho y la denominación jurídica que recibe. Por consiguiente, la adecuación típica contenida en el pliego de cargos es inmodificable y sólo puede ser cuestionada o desconocida mediante la declaratoria de nulidad. Por ejemplo, si se profiere acusación por el delito de prevaricato cuando en realidad el hecho cometido constituye abuso de autoridad, ante la intangibilidad de la acusación, la sentencia no puede proferirse en ningún caso por este hecho punible (abuso de autoridad).

El sistema mixto parte de la identidad del hecho y de la necesidad de realizar una adecuación típica provisional. Esta adecuación puede ser modificada en la sentencia, como producto del debate en el juicio oral. Este sistema se caracteriza por lo siguiente:

- Se exige necesariamente la identidad del hecho, porque el imputado no puede ser condenado por comportamientos diferentes de los señalados en la acusación. Se entiende que hay un hecho diferente cuando se modifican la conducta y el objeto material, como en el caso en que se acusa por el delito de estafa y se condena por perturbación de la posesión sobre inmueble. No existe modificación del núcleo básico de la acusación cuando los dos tipos penales (el de la acusación y el de la sentencia) tienen elementos sustanciales comunes, por ejemplo, la conducta y el objeto material: se formula acusación por peculado y se condena por hurto agravado, porque no se demostró la calidad de empleado oficial o la relación funcional en la etapa de juzgamiento.

- Para determinar la congruencia no basta con que haya identidad de hecho entre la acusación y la sentencia. Es necesario, además, que los hechos estén claramente individualizados en la acusación. No se trata, por ende, de la simple identidad de hechos, sino de los cargos, que es cosa bien distinta: la identidad del hecho es un concepto estrictamente naturalístico; el cargo es un concepto jurídico que individualiza la noción legal por la cual se ha procedido.

- La acusación cumple una misión de garantía, dado que delimita el objeto de la relación jurídico-procesal. De ahí que se exija como requisito formal la obligación de especificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos y la calificación jurídica provisional. Cuando se afirma que se tiene la obligación de individualizar los hechos por los cuales se formula acusación, no se hace referencia a un criterio estrictamente formal, en el sentido de autorizar la invalidación de la actuación cuando no se menciona expresamente el capítulo y el título correspondientes del Código Penal. Basta con que de manera inequívoca se describa la conducta punible que se imputa, con las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aquella tuvo ocurrencia, así se omite formalmente la calificación jurídica provisional^[861].

– La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no es necesaria la utilización de fórmulas sacramentales para imputar un concurso de hechos punibles: “no determina entonces la ley que el enjuiciamiento deba contener sacramentalmente el término ‘concurso’ o el de ‘conexidad’ ”^[862]. Se puede, entonces, sin violar el principio de congruencia, condenar por concurso de delitos a pesar de que no se haya definido formalmente la institución mencionada en el pliego de cargos, cuando, como lo dice la Corte,

[...] el juzgador toma cada uno de los hechos objeto de imputación para determinar si se encuentran probados, los deslinda en sus circunstancias temporo-espaciales y personales y concluye que están probados. Ante esta situación ninguna modificación podía influir el haber agregado que se trataba de un concurso de delitos^[863].

Para que sea viable la tesis anterior es requisito indispensable que en la acusación se analice individualmente cada uno de los hechos y se estudie su relevancia jurídica en relación con todos los elementos que integran el delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

III. APRECIACIONES Y SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

Para resolver tan complejo problema, el derecho comparado tiene varias soluciones que no están exentas de críticas y que podemos resumir como sigue.

A. VINCULACIÓN TEMÁTICA DEL TRIBUNAL A LA ACUSACIÓN, TAMBIÉN LLAMADA “DESVINCULACIÓN RELATIVA”

Se trata de permitir la sugerencia de una tesis jurídica distinta pero sobre el *mismo hecho*, cuya finalidad es ampliar el ámbito cognoscitivo del tribunal. Esta solución está permitida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y ha sido autorizada por la jurisprudencia, con los límites de impedir que el juez sugiera tesis jurídicas sobre hechos nuevos que no hayan sido objeto del debate,

ni de prueba. La casación es factible cuando se imponga una sanción por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no realizó las advertencias de ley al acusado para el correcto ejercicio del derecho de defensa.

En segundo lugar, el límite a la sugerencia del juez sobre una nueva calificación jurídica del mismo hecho obliga a mantener la homogeneidad del bien jurídico protegido, porque lo contrario entrañaría una mutación del objeto procesal. Homogeneidad significa en este caso que todos los elementos esenciales del tipo por el que se condene deben aparecer en la calificación de la acusación. En caso de que el tipo que se estime correcto sea más grave que el de la acusación, el tribunal debe someterlo previamente a debate. Dicha facultad se extiende cuando existan circunstancias agravantes.

Por vía jurisprudencial se ha impuesto a la figura de desvinculación otros dos requisitos: que el órgano jurisdiccional no altere los hechos aducidos en el proceso y que al permitir la variación no imponga una pena mayor de la correspondiente al tipo penal establecido en la acusación y debatida en el proceso. JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER^{864} resume de la siguiente manera las exigencias y los efectos de la figura:

- Se puede utilizar únicamente en delitos públicos. Para los delitos de acción privada existe la disposición de la acción.

- Procede cuando al estudiar la prueba practicada el hecho criminal haya sido calificado con manifiesta equivocación, bien sea por una subsunción errónea en el tipo penal o por falta de apreciación de eximentes de responsabilidad. Esto significa que todos los demás errores de la calificación que no alteren ni agraven el título de la acusación pueden ser directamente subsanados por el órgano jurisdiccional sin incurrir en incongruencia y sin acudir a la tesis de la desvinculación.

En cuanto a los efectos, se predica:

- Para evitar la indefensión y permitir el contradictorio, se puede suspender la vista oral para estudiar la propuesta del juez.

- El juez debe garantizar a las partes la correcta preparación de sus

argumentaciones con la nueva propuesta.

– La condena por un hecho más grave resulta posible si es aceptada y sostenida por la acusación sin que se afecte la congruencia^{865}.

B. DESVINCULACIÓN DEL TRIBUNAL RESPECTO
DE LA ACUSACIÓN (“IURA NOVIT CURIA”
[EL JUEZ CONOCE EL DERECHO])

Esta es la tesis acogida por la legislación alemana y consiste en reconocer la máxima amplitud de la facultad del tribunal para la calificación jurídica del hecho, toda vez que el juez es dueño de la individualización y aplicación de las normas pertinentes del Código Penal. La fundamentación de este modelo parte de la noción de indivisibilidad del objeto del proceso, el cual ha conducido a la doctrina germana a hablar de un hecho en sentido procesal, que no necesariamente se identifica con el *nomen iuris* que cualifica una conducta punible descrita en el Código Penal. La acusación tiene por objeto limitar en sentido de “antecedente histórico” un acontecimiento unitario (indivisibilidad de objeto) que debe producir ciertos efectos jurídicos.

La Ordenanza Procesal Penal germana establece que “el objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación”. Esta disposición ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de considerar que el “hecho” tiene una doble arista: (1) hecho en sentido fáctico, que comprende todas las acciones preparatorias, concomitantes y posteriores, y (2) hecho en sentido jurídico: implica que el proceso comprende los acontecimientos bajo todos los puntos de vista jurídicos.

Dado que el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho) se compadece con las facultades del tribunal para dictar sentencia, algún sector de la doctrina ha propuesto darle fundamentos más sólidos para preservar al máximo el derecho de defensa y la extensión de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem* (no dos veces por lo mismo), optando por soluciones interesantes como la de acusación *alternativa*, que ha sido criticada por poner en crisis el principio *in dubio pro reo* (en un mismo título del Código Penal sugerir dos

comportamientos sin multiplicar la infracción en el sentido de concurso material de conductas punibles). Otra solución es la denominada *relación subsidiaria*; implica que la acusación por el hecho punible más grave no excluye la infracción residual (el hurto consumado agravado por el escalamiento comprende la violación de habitación ajena).

IV. APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS DE CONGRUENCIA EN LA LEY 906 DEL 2004

La complejidad del tema obliga a comenzar con un análisis y una reflexión sobre los límites de actuación tanto del fiscal como del juez con respecto a la acusación. Además, el tema no puede deslindarse de las nociones “objeto de la investigación”; “objeto de la acusación”; “objeto del proceso” y “objeto del juicio oral”, sobre las cuales se presentarán unas breves consideraciones.

A. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

El objeto de la investigación penal consiste en constatar que existe una conducta punible y la necesidad de averiguar acerca de quiénes son autores y partícipes de ella. Desde este punto de vista, sus resultados se concretan en la imputación. Es justamente en este momento procesal cuando se pide la primera reflexión estructurada del fiscal, la cual parte de una inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado. El segundo momento procesal en el que se exige una reflexión jurídica sobre la conducta imputada es la acusación que para estos efectos fija el objeto del juicio oral.

B. OBJETO DE LA ACUSACIÓN

En cuanto al objeto de la acusación, es claro que la labor del fiscal es la de investigar, imputar y acusar. Esta triada de funciones atiende a que el proceso es una secuencia de actos que pretenden un fin, precisamente determinar la responsabilidad penal, pero implica además que efectivamente estas funciones se

limiten o en otros términos constituyen un control a los poderes del Estado cuando administra justicia. En tal sentido la acusación es un acto procesal de impulso cuyo objeto se fija en darle inicio a un juicio oral público, con todas las garantías. El objeto de la acusación se agota en el alcance jurídico, calificación o valoración de la investigación penal. No obstante, la acusación es el eje rector del juicio y, por lo mismo, debe contener la garantía de conocimiento para el acusado sobre la conducta que se endilga, dado que el acusado es sujeto procesal y no objeto del procedimiento, y por tal razón las variaciones de calificación que haga el fiscal o el juez resultarán admisibles sólo si respetan el derecho de defensa y contradicción.

C. OBJETO DEL JUICIO ORAL

Sobre este punto la doctrina ha establecido que el juicio histórico requiere de una calificación jurídica que permita al imputado conocer de antemano no solo los hechos que pretende hacer valer el fiscal con toda la relevancia jurídica del caso, sino también la apreciación que el fiscal tiene sobre ellos (este aspecto se conoce como “juicio jurídico”). La redacción del artículo 336 CPP sobre la acusación permite afirmar que los fundamentos que la soportan no son definitivos, toda vez que el criterio legal consiste en que con probabilidad de verdad pueda afirmarse que la conducta existió y que el imputado es su autor o partícipe. En este sentido la acusación, como restricción al objeto del juicio, marca los contornos en los que se desarrollará *el debate oral*, es decir, los hechos que se han de probar y, por supuesto, la discusión jurídica.

Pero justamente la noción de probabilidad de verdad sobre la existencia de la conducta y la autoría muestra que la acusación tampoco es inmutable. Lo que ocurre es que existe un límite temporal para que el fiscal introduzca elementos nuevos. Este límite no es precisamente la acusación sino el momento de exposición de la llamada *teoría del caso* (art. 371 CPP) y de la tipificación específica de la conducta, al culminar la audiencia (art. 443 CPP). En efecto, antes de estos puntos hay diversas alternativas que posibilitan discusiones sobre el objeto del juicio oral y, por ende, de una transformación de la acusación.

Por ejemplo, las observaciones que hace valer la defensa sobre el escrito de acusación; las implicaciones del descubrimiento de prueba, la exclusión de evidencias o las propias estipulaciones probatorias entre las partes. En el momento de la exposición del fiscal sobre la teoría del caso, el juez de conocimiento puede saber cuál es el *thema probandum* y, por supuesto, tendrá que escuchar al fiscal sobre la nominación jurídica de los hechos, más allá de lo que aparece expuesto en la acusación. No se vulnera en este sentido el derecho de defensa si la Fiscalía introduce elementos nuevos, toda vez que es posible responderlos o controvertirlos en juicio oral.

Teniendo en cuenta estos aspectos, podemos decir que la calificación jurídica del hecho punible tiene carácter provisional y, por consiguiente, la denominación recibida en la acusación puede ser modificada en la sentencia. Creemos que en la sentencia puede hacerse cambio de la adecuación típica realizada en la acusación o de cualquier elemento del hecho punible, sin que sea presupuesto procesal la existencia de un acto expreso, previo al fallo, que contenga de manera clara y precisa la modificación hecha al calificadorio.

Aclaremos, entonces, que la acusación es un acto complejo, integrado también por las adiciones del juicio oral. El único límite se presenta precisamente en el desarrollo del juicio, en la medida en que no puede modificarse la acusación sobre temas no discutidos y no controvertidos en el juicio oral, lo anterior con el fin de preservar el derecho de defensa y el debido proceso.

V. VISIÓN DINÁMICA DE LA CONGRUENCIA

Con base en los aspectos anteriores, debe entenderse que la congruencia que aquí defendemos no corresponde a la visión tradicional de la correlación entre acusación y sentencia, debido a que la construcción de la calificación jurídica definitiva por un hecho imputado implica varias posibilidades de adecuación de la conducta que se presentan de conformidad con la normatividad legal y momentos procesales en los cuales el fiscal, la defensa, la víctima y el juez deben tomar una posición jurídica frente a los hechos del caso concreto.

Así, las exigencias legales para imputar, acusar, exponer la teoría del caso, presentar el debate probatorio y la exposición de los alegatos finales, una vez concluida la práctica probatoria de la audiencia de juzgamiento, son momentos y posturas diversos que definen la última calificación, para lo cual es competente el juez de conocimiento. Esta noción tiene soporte en el derecho comparado, tal y como lo establece la doctrina española. En la misma línea, el profesor argentino JULIO MAIER dice lo siguiente:

La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta de la expresada en la acusación (*iura novit curia*). Lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Sin embargo, aunque de ordinario la regla sólo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto del acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación, una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos. El cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho como, por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública, puede, en ocasiones, provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de observación de la defensa técnica. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado cumple, sin duda, el papel de orientar la actividad defensiva; y, a pesar de que se permita, en general, que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretende la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado^[4866].

A. LA NOCIÓN DE CONGRUENCIA

La noción dinámica de congruencia tiene en nuestro concepto los siguientes fundamentos:

I. PLURALIDAD DE TEORÍAS DEL CASO

El artículo 371 del Código de Procedimiento Penal establece con claridad que antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas la Fiscalía deberá exponer la teoría del caso, y si la defensa lo desea, podrá hacer lo propio. Si bien la Corte Constitucional limitó la actuación de la víctima en el juicio oral, debe entenderse que ésta también puede tener una teoría del caso que es factible proponer a través del fiscal, de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional:

Por lo tanto, la Corte reiterará que, dado que en las etapas previas del proceso penal la víctima ha tenido la oportunidad de participar como interviniente especial para contribuir en la construcción del expediente por parte del fiscal, en la etapa del juicio oral la víctima, a través de su abogado, podrá ejercer sus derechos sin convertirse en una parte que pueda presentar y defender su propia teoría al margen del fiscal, y en esa medida, el ejercicio de sus derechos se materializará a través del fiscal, quien debe oír al abogado de la víctima. Dada la importancia que tiene para la víctima la posibilidad de que el fiscal le oiga, el juez deberá velar para que dicha comunicación sea efectiva, y cuando así lo solicite el fiscal del caso, decretar un receso para facilitar dicha comunicación^[867].

En consecuencia, la existencia de varias teorías del caso permite al juzgador elaborarse una idea del objeto del juicio oral para tomar una decisión definitiva. El artículo 371 CPP carecería de efecto útil si el juez tuviese que sujetarse estrictamente a la posición del fiscal antes de la práctica probatoria del juicio oral. En otras palabras, si la acusación se entiende como límite de la actuación del fiscal en la culminación de la investigación, la teoría del caso opera como una cualificación de la acusación, lo cual exige al acusador determinar los detalles de la comisión delictiva sin alterar el *factum* originario, de tal manera que acusación -teoría del caso-, práctica probatoria y alegatos de conclusión permitirán soportar, improbar o, si es del caso, modificar la acusación originaria.

2. CONSTRUCCIÓN DE LA VERDAD

El proceso acusatorio introduce una modificación sustancial en el sentido de que la reconstrucción de la verdad no depende exclusivamente de la postura investigativa que asuma la Fiscalía General de la Nación. La verdad se establece con la conjunción de actividades que despliegan la respectiva autoridad y quien representa al imputado. Por este motivo, pueden presentarse posturas jurídicas diferentes, que es lo característico del sistema adversativo.

Como vimos *in extenso* en el primer tomo de esta obra, en la filosofía contemporánea se presenta un debate acerca de cuál es el concepto de “verdad”. Algunos consideran que la verdad no puede entenderse en el sentido aristotélico, como correspondencia entre el lenguaje y la realidad. Las tendencias modernas conciben la verdad como una construcción. Es decir: que la verdad es construida mediante el diálogo y la confrontación entre tesis generalmente opuestas. Por ende, la posición de la Fiscalía no puede considerarse una verdad oficial dentro del proceso; el juez tiene que determinarla a través de las diferentes posturas de los sujetos procesales, conforme al debate oral.

Sobre este particular, la Corte Constitucional dijo:

Así las cosas, sin que se pretenda definir cuál es la posición doctrinaria acertada, lo cierto es que desde nuestra perspectiva constitucional es claro que sólo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado social de derecho, cuando el proceso penal se dirige a encontrar la verdad fáctica o, por lo menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella, pues la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares que se encuentran en el proceso penal^[868].

La construcción del fiscal sobre la configuración delictiva únicamente parte de inferencias razonables y probabilidades, tal y como se le exige para la imputación y para la acusación. Por lo tanto, su criterio siempre será parcializado y en la misma medida no puede responder a la noción de verdad que hemos expresado aquí.

3. EXISTENCIA DE MÚLTIPLES ALTERNATIVAS EN EL DEBATE

La existencia de posturas antagónicas entre Fiscalía y defensa es de la esencia del sistema acusatorio, por esta razón el Código de Procedimiento Penal permite que la teoría del caso no sea una función exclusiva de la Fiscalía y faculta a la defensa para que diseñe su propia teoría del caso. No resultaría lógico que el juez de conocimiento debiera someterse exclusivamente a las solicitudes de la Fiscalía, porque tal circunstancia desnaturalizaría lo que es un sistema adversativo.

4. ENFOQUE DE LOS INTERVINIENTES CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Los intervinientes en el proceso pueden exponer su propia aproximación al precepto legal infringido. Sin embargo, la única determinación vinculante proviene del juez de conocimiento, quien es la autoridad competente para definir cuál es el delito cometido (*iura novit curia* [el juez conoce el derecho]). En efecto, toda sentencia debe fundarse en el principio constitucional de legalidad, en cuanto a la adecuación típica y a la respectiva sanción (art. 29 C. N.). Por este motivo, es lógico y procedente que haya distanciamiento entre la Fiscalía, la defensa e incluso la víctima, cuyas posiciones sólo constituyen un límite para que el juez de conocimiento adopte la decisión que corresponda.

Debe tenerse presente que la efectividad del derecho material no es asunto privativo de ninguna de las etapas, sino del proceso analizado de manera integral. Con razón, el Código de Procedimiento Penal consagra un principio de valoración probatorio referido a todas las etapas procesales: “Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto” (art. 380 CPP).

El artículo 488 CPP, que define el principio de congruencia, dispone que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. Esta

distinción, hechos y delitos, no corresponde a una mera diferenciación lingüística para brindarle coherencia semántica al texto, sino a una referencia explícita: la imperiosa urgencia de guardar o conservar la congruencia jurídica, dado que son hechos jurídicamente relevantes los que se han de consignar en la decisión acusatoria (art. 337 CPP) y que luego en la exposición oral se deberán exponer en forma circunstanciada (art. 442 CPP).

Sin embargo, la acusación es un acto de postulación, no vinculante para el juez en la medida en que no se ajuste al principio de legalidad. Este acto solamente limita al fiscal en tanto imposibilita agregar nuevos hechos o delitos a su propia acusación, pero el juez sólo debe responder por una sentencia conforme a derecho en concordancia con las materias discutidas y aprobadas en el juicio oral, teniendo en cuenta lo expuesto por las partes.

5. DESVINCULACIÓN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

Las partes pueden proponer soluciones alternas al respectivo juez. A la Fiscalía y a la defensa no se les puede exigir que concluyan el debate oral con una sola propuesta. Es factible que realicen una solicitud principal y una subsidiaria, según la complejidad de los hechos investigados. En consecuencia, debe concluirse que las solicitudes de las partes no tienen poder vinculante para el juez. Sobre este punto, la Corte Constitucional expresó:

Con posterioridad a la reforma, en el numeral 4 del artículo 250 superior se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías” -acusación que no es vinculante para el juez^[869].

Por otra parte, si bien el juez puede aceptar cualquiera de las hipótesis o alternativas propuestas por las partes e incluso seleccionar una solución diferente

de las peticiones de la Fiscalía y la defensa, debe tenerse en cuenta que la escogencia de una de las alternativas posibles sólo resulta factible cuando en el debate oral se realice una controversia sustancial y jurídica sobre los hechos y temas que permitan respaldar una determinada sentencia. En consecuencia, no le es permitido al juzgador fundamentar una decisión sobre la cual no hubo debate o controversia. Es incuestionable que el debate oral establece el límite del juez de conocimiento; lo no debatido en el juicio oral es extraño al proceso.

En consecuencia, cuando el juez de conocimiento no está de acuerdo con ninguna de las propuestas hechas en el debate, ni con los temas no presentados en la acusación pero debatidos entre las partes, debe proferir sentencia absolutoria. La separación del juez de la postura de las partes es procedente siempre y cuando el tema haya sido debatido en audiencia. En efecto, el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal establece que el juez de conocimiento puede proferir sentencia absolutoria sin necesidad de alegatos de conclusión cuando los sujetos procesales, fiscal y defensa, presentan una solicitud de absolución perentoria. La norma tiene como finalidad abreviar el juicio oral, frente a evidencias incontrovertibles que demuestran la inexistencia del hecho desde el punto de vista naturalístico o la ausencia de quebranto a cualquier disposición del Código Penal. La norma debe interpretarse conforme a la Constitución, en el sentido de que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal.

Por tal razón, si la solicitud de absolución de las partes constituye un error ostensible que se opone a lo demostrado en la controversia probatoria, el juez puede exigirles a las partes que presenten alegatos de conclusión. Consideramos que el juez puede condenar en situaciones en las que se predique una ostensible violación de las normas relacionadas con la apreciación de la prueba o que por cualquier razón no hubo análisis integral de todos los medios probatorios presentados en el juicio oral. Si el juez observa que es infundada la solicitud de absolución, debe hacer prevalecer el derecho sustancial. En contra de esta apreciación, la Corte Suprema de Justicia considera que el juez está vinculado a la absolución. Debe recordarse que las decisiones vinculantes son las que profieren los jueces, porque los demás intervinientes realizan actos de

postulación y el Código de Procedimiento Penal no consagró, como ocurre en otras legislaciones, el retiro de la acusación.

VI. PRONUNCIAMIENTO DEL SENTIDO DEL FALLO Y MODIFICACIÓN DE ÉSTE

Excepcionalmente puede presentarse el siguiente caso: terminado el debate público, el juez de conocimiento anuncia el sentido del fallo como lo ordena la ley. Sin embargo, al fundamentar o motivar la decisión, observa que incurrió en un error: determinó (sentido del fallo) que la sentencia debía ser condenatoria, sin que hubiera elementos de juicio que sirvieran de base a esa posición. Para ello pueden presentarse dos soluciones:

1. Decretar la nulidad del juicio oral y ordenar repetir la controversia probatoria; o bien

2. Citar para audiencia y modificar el sentido del fallo.

Descartamos la segunda porque no garantiza completamente los derechos del acusado, dada la indecisión del juez ante el cual se practicaron todas las pruebas. Consideramos que debe optarse por la nulidad, con la consecuente declaratoria de impedimento por parte de ese juez⁴⁸⁷⁰, ya que el sentido del fallo es parte sustancial estructurante del sistema penal acusatorio. Para solucionar esta situación, la Corte Suprema de Justicia optó por declarar la nulidad solamente del sentido del fallo.

En nuestro sentir, el pronunciamiento que hace el juez es la conclusión del debate probatorio; por ello, cualquier modificación exige que se repita la controversia para efectos de que haya congruencia integral entre lo debatido y la conclusión jurídica de la justicia. No resultaría acertado el convocar a una audiencia, previa a la declaratoria de nulidad, para cambiar radicalmente la postura del juzgador y pasar de absolución a condena o viceversa.

Se requiere en consecuencia que se cumplan los requisitos de controversia de manera integral ante otro funcionario, para respetar los derechos de todos los intervinientes y de esta manera esgrimir los argumentos necesarios de conformidad o inconformidad, con el fin de hacer uso de los requisitos para

impugnar, previstos en la ley. El sentido del fallo hace parte del juicio oral, porque es la culminación del debate probatorio. Consideramos que no puede escindirse este pronunciamiento de la controversia realizada, por lo que modificar el sentido es alterar toda la conclusión de lo discutido y argumentado en dicha diligencia.

VII. LÍMITES DEL JUEZ PARA LA INTRODUCCIÓN DE MODIFICACIONES A LA ACUSACIÓN Y OTROS ASPECTOS GENERALES

En la acusación el objeto de la relación jurídico-procesal, en lo que respecta al hecho investigado y por el cual se acusa, es intangible, porque el núcleo central es inmodificable (art. 448 CPP). Esta situación no se presenta en lo referente a la denominación jurídica, porque la calificación es necesariamente provisional (arts. 336 y 337 CPP).

La interpretación sistemática de estas normas permite entender un sistema constructivo (dinámico) de congruencia en consideración de que la conclusión del debate le da al juez una serie de posibilidades para adecuar la conducta de manera acertada, a condición de que los sujetos procesales que participaron en el debate hubieran tenido la oportunidad de controvertir todos los elementos que aparecen en la exposición. Por la misma razón, no se abandona la regla de que toda variación necesariamente debe ser sometida al principio de contradicción. En tanto el juez define sobre lo probado y debatido en juicio, el modelo constructivista de congruencia permite agravar la situación del acusado, atenuarla, así como modificar las variables legales de grado de ejecución, *nomen iuris*, grado de participación, título de culpabilidad, etc.

A continuación explicaremos las varias posibilidades que tiene el juez para introducir cambios en relación con la acusación.

A. CAMBIO DE ADECUACIÓN TÍPICA

La facultad de modificar la adecuación típica depende del debate del juicio oral;

lo deseable es conservar la conducta y el objeto material del tipo penal. Lo que no puede hacer el juez es introducir un hecho nuevo que no ha sido debatido y controvertido en la etapa de investigación. Si se conservan la conducta y el objeto material (núcleo básico de la acusación), el cambio de adecuación típica en la sentencia no tiene limitación alguna, salvo que se trate de delito por el cual no se ha solicitado la condena (art. 448 CPP). Es decir, puede variarse la adecuación típica respecto de un mismo bien jurídico, o desplazarse hacia otro interés jurídicamente tutelado.

No puede interpretarse el contenido del artículo 448 CPP en donde afirma “que no se haya solicitado condena” como una limitación al juez de conocimiento, que no le permita variar la adecuación típica del núcleo fáctico debatido en juicio. O sea, la denominación jurídica dada al hecho que motivó la investigación. Cuando este artículo utiliza esta expresión, debe entenderse que hace referencia precisamente al objeto del proceso controvertido durante la vista oral y tenido en cuenta en la teoría del caso y los alegatos de conclusión. Por ejemplo, es factible que el juez condene por un delito de abuso de confianza, cuando la solicitud de la Fiscalía sea la de proferir sentencia en contra del procesado por un hurto agravado por la confianza.

También es posible variar el *tipo subjetivo*, de tal suerte que, por ejemplo, si se ha formulado acusación a título de culpa o preterintención es factible modificar la imputación por un comportamiento doloso.

B. FORMAS DE INTERVENCIÓN EN LA CONDUCTA PUNIBLE O GRADO DE EJECUCIÓN DE ÉSTA

Además de la adecuación típica, se pueden modificar los elementos estructurales de la conducta punible. Es decir: los elementos relevantes para el esquema fundamental del delito. En consecuencia, son posibles las siguientes variaciones: si en la acusación se imputa intervención a título de complicidad, es posible demostrar en juicio que realmente se trata de coautoría o determinación; también cuando se considere que no es una modalidad tentada, sino consumada.

C. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES

El fenómeno del concurso de conductas punibles no encuadra dentro del concepto de “elementos estructurales del delito”. No obstante, cuando esté íntimamente vinculado con el proceso de adecuación típica es posible dictar sentencia por un *nomen iuris* distinto del descrito en la acusación. Esta situación se presenta en los casos de error en la aplicación de los principios que sirven para resolver el concurso aparente de tipos (consunción, especialidad, subsidiaridad, etc.). Por ejemplo, se acusa por un delito único cuando en realidad se trata de un claro concurso efectivo de tipos.

Para que sea aplicable esta hipótesis, sin incurrir en violación del principio de congruencia o del derecho de defensa, es necesario que en la acusación se haya individualizado cada uno de los comportamientos con vínculos de conexidad que por error se unificaron en un solo dispositivo legal, con exclusión del concurso efectivo de tipos. Por ejemplo, es posible que el fiscal atribuya al imputado expresamente falsedad en documento público y utilización de éste como maniobra engañosa para obtener a su favor un desplazamiento patrimonial injusto, pero considere que, en virtud del principio de consunción, la estafa es un tipo de mayor riqueza descriptiva que subsume la falsedad.

Situaciones similares se pueden presentar cuando, realizada la acusación por un delito continuado o por un delito masa, las pruebas determinan que se trataba de un concurso efectivo de conductas punibles (art. 31 C. P.).

D. IMPUTABILIDAD

En este aspecto no cabe la menor duda acerca de la posibilidad de proferir sentencia en la que se varíe la condición personal de quien ejecutó el hecho, teniendo en cuenta que la imputabilidad es un fenómeno importante, por las consecuencias que se derivan de la responsabilidad penal. De manera que si en la acusación se le dio al autor o partícipe del hecho delictuoso tratamiento de inimputable y en la etapa de juzgamiento se establece que es imputable, el juez debe dictar sentencia con fundamento en esta última condición, por lo cual debe

imponer pena y no medida de seguridad. También puede presentarse variación por la situación contraria. Sobre este particular debemos hacer las siguientes precisiones:

Si es acusado como imputable y luego se determina que es inimputable, debe señalarse inequívocamente la fuente de la inimputabilidad. Es decir, si se trata de inmadurez psicológica o trastorno mental, y, en este último caso, si la disfunción es permanente o transitoria, con secuelas o sin ellas.

El fiscal está en la obligación de solicitar sentencia condenatoria y determinar la medida de seguridad que corresponda jurídicamente según la fuente de inimputabilidad, cuando la forma de inimputabilidad precisada en la acusación o en la audiencia preparatoria es incorrecta. Este planteamiento encuentra respaldo en que la medida de seguridad imponible depende del fenómeno que conduce a la inimputabilidad. Por ejemplo, no sería jurídico ni científico que una persona, considerada en la acusación inimputable por trastorno mental transitorio sin secuelas, fuese condenada como sujeto inimputable por trastorno mental permanente, sin un debate previo que garantice el contradictorio.

VIII. CASOS EN QUE NO ES POSIBLE VARIAR O ADICIONAR LOS HECHOS (CARGOS) EN LA SENTENCIA

Consideramos que no es posible realizar las siguientes adiciones en el fallo:

- Incluir hechos que desborden el núcleo central de la acusación, con la finalidad de suplir las omisiones del fiscal desde la imputación con efectos en los extremos de la relación jurídico-procesal. Por ejemplo, condenar por hechos que no fueron establecidos expresamente en la acusación o pronunciarse sobre personas procesadas a quienes no se les ha vinculado mediante imputación.

Si se investiga un concurso de hechos punibles entre homicidio y lesiones personales y la acusación sólo se refiere al delito contra la vida, la omisión respecto de las lesiones puede ser corregida mediante la nulidad por violación de las formas propias del juicio, siempre que hubiere un quebranto al derecho de defensa.

- Si por razón de la prueba aportada en la etapa del juzgamiento se demuestra

la existencia de otra conducta punible no tomada en cuenta durante la investigación, el hecho posterior no puede someterse a juzgamiento. Es necesario compulsar copias para que el nuevo comportamiento ilícito se investigue por separado.

Debemos aclarar que, conforme a lo anterior, no puede considerarse una nueva conducta punible e independiente el comportamiento que se integra al hecho investigado con incidencia en la adecuación típica, como sucede, por ejemplo, si se acusa por estafa y se demuestra que el medio fraudulento utilizado fue un documento privado falso y las dos conductas son delimitadas correctamente en la acusación. En estos casos el juez podrá decidir que existió concurso entre estafa y falsedad, de conformidad con la teoría naturalista de la congruencia. Lo anterior, salvo que considere que es un delito complejo.

IX. LOS DIFERENTES MODELOS DE CONGRUENCIA PLANTEADOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En el estudio del problema de congruencia, la Corte Suprema de Justicia^{[\[871\]](#)} reconoce la existencia de los tres modelos que hemos tratado aquí, aunque los denomina de distinta forma: sistemas fáctico, jurídico y mixto. Anota la Corte que, en relación con el derecho de defensa, cualquier formulación que contenga una acusación, llámese esta formulación de cargos para sentencia anticipada o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento, es un acto que integra el debido proceso y por esa razón está ceñido al marco conceptual, fáctico y jurídico, en el cual el Estado apoya su pretensión punitiva y a la vez garantiza al acusado el derecho de defensa.

Particularmente sobre el principio de congruencia y su papel en el proceso penal, como garantía al debido proceso y al derecho de defensa, la Corte señaló:

La Corte no ha dado tregua para encontrar en el principio de congruencia la garantía del derecho a la defensa y la condición de regla estructural del proceso. A este respecto, acerca del núcleo del instituto dijo lo siguiente:

La concordancia entre sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o, variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del Estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismos de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí^[872].

Esta tesis, que realza la congruencia fáctica y jurídica entre la acusación y la sentencia, evolucionaría hasta postular que la acusación no podía dejar de considerar fáctica y jurídicamente las circunstancias de agravación que definen la conducta, sean objetivas o subjetivas, genéricas o específicas, valorativas o no valorativas, de manera que no quede duda alguna de su atribución, como garantía de un adecuado derecho de defensa^[873].

X. REGLAS DE CONGRUENCIA DEFINIDAS POR LA JURISPRUDENCIA

A. LA CONGRUENCIA EN TERMINACIONES ANTICIPADAS TIENE CARÁCTER ESTRICTO

La Corte Suprema de Justicia ha desarrollado con profundidad el tema del principio de congruencia, con base en el cual diferencia su aplicación tratándose de formas anticipadas de terminación del proceso y casos de trámite normal. Manifestó al respecto el tribunal:

Sobre el mismo punto, bajo los parámetros de la Ley 600 del 2000, resultaba imperativo diferenciar las siguientes situaciones: en primer lugar, de encontrarse que el fallo resultaba inconsonante con los cargos contenidos en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada, correspondía ajustarla a los términos de lo aceptado por el

procesado y, en segundo término, si lo que se hallaba era que en el momento de la aceptación se verificaba violación de sus garantías fundamentales, como cuando el procesado no contó con defensor o no dio su asentimiento de manera libre y espontánea, procedía la declaratoria de nulidad de la actuación procesal desde la celebración de la diligencia respectiva, a fin de restablecer la garantía vulnerada.

Con la Ley 906 del 2004, la aplicación del fenómeno de la congruencia opera en forma similar a lo dicho en relación con la Ley 600 del 2000. En efecto, si lo que se encuentra es que la sentencia se aparta en forma parcial o total de los cargos por los cuales se allanó el procesado, o fueron objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía, se impone ajustarla a tales parámetros, pero si lo que se advierte es que en el allanamiento, preacuerdo o negociación se desconocieron garantías fundamentales que inciden nocivamente en la actuación procesal, es imperativo decretar su invalidez a partir de ese momento.

En síntesis, para los efectos del principio de congruencia frente a los casos de terminación anormal del proceso dentro del sistema procesal acusatorio, como ya lo ha precisado la Sala, lo que importa destacar es que opera en sentido estricto, a diferencia de lo que ocurre en los eventos en que el proceso se tramita de manera ordinaria. Ciertamente, en estos eventos la congruencia entre acusación y sentencia no puede tener el mismo rigor, por la elemental razón de que la calificación jurídica propuesta en aquella con fundamento en los medios cognoscitivos puede variar como consecuencia del debate probatorio inherente al juicio oral^[874].

Es claro, entonces, que en los casos de terminación abreviada (anticipada) del proceso la exigencia de congruencia, tanto fáctica como jurídica, es mayor (rígido), porque en estos eventos se presenta una renuncia a derechos fundamentales de quien es procesado, tales como la presunción de inocencia, el derecho a la contradicción, el derecho a ser vencido en juicio, etc.

En nuestra opinión esta apreciación de la Corte es *prima facie* acertada, pero limita al juez para hacer ajustes cuando lo considere conveniente. Resulta excesivo el que al momento en que el proceso llegue al juez, no le sea dado a

éste realizar modificaciones que puedan favorecer la situación del imputado. Si se sigue la regla que hemos sostenido aquí sobre una posición dinámica de la congruencia, se tiene que en caso de allanamiento a la imputación y preacuerdos, el juez puede ejercer su función con el limitante único de no introducir un hecho nuevo en la aceptación o la negociación, siempre y cuando no se agrave la situación del imputado.

B. LAS FORMAS BÁSICAS DE INCONGRUENCIA ENTRE
ACUSACIÓN Y SENTENCIA TRAZAN UNA LÍNEA
ENTRE IMPUTACIÓN Y ACUSACIÓN,
FACTUM IMPUTADO Y NOMEN IURIS

De conformidad con la jurisprudencia, las formas básicas que puede revestir la incongruencia son las siguientes:

- Cuando el juez condena por hechos o por delitos distintos de los señalados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación;
- Cuando el juez condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación;
- Cuando el juez condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad; y
- Cuando el juez suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación^{875}.

No podemos compartir integralmente estas tipologías de incongruencia, porque la Corte mantiene el derrotero fundamental de igualdad entre acusación y sentencia, mientras consideramos que el modelo acusatorio implica una visión novedosa del problema, si se entiende que la conclusión final del juez únicamente puede concretarse o extraerse del juicio oral.

C. EL JUEZ NO PUEDE INTEGRAR ELEMENTOS NUEVOS DE

ACUSACIÓN EN PERJUICIO DEL ACUSADO, PERO PUEDE
RECONOCER SITUACIONES MÁS FAVORABLES

El desarrollo jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia ha dado al principio de congruencia opta por imponer a la Fiscalía una limitación estricta a la posibilidad de introducir elementos nuevos al escrito de acusación durante el debate del juicio oral. El límite mencionado está en que el ente acusador no puede realizar modificaciones a la acusación en perjuicio del procesado. Sobre el particular afirmó:

Dado que el juicio oral representa la oportunidad para que la defensa ponga a prueba la consistencia de la acusación, entiende la Sala que la propia dinámica que es inherente al trámite acusatorio rechazaría una variación de la calificación en desarrollo de la intervención en el juicio oral por parte de la Fiscalía con desmedro para el imputado, toda vez que ello implicaría en principio una indebida restricción defensiva, como que ya efectuado el descubrimiento de los elementos probatorios por el fiscal y la defensa, así como enunciadas la totalidad de pruebas que se van a hacer valer, por ministerio de la ley, el juez solamente ha de decretar la práctica de aquellas que se refieran a “los hechos de la acusación”, en forma tal que cualquier variación de los cargos que implique la presencia de una agravante no imputada o un nuevo delito, sorprendería a la defensa haciendo inoperante el ejercicio real del contradictorio que encuentra su mayor aptitud de confrontación a través de las pruebas, lo cual, desde luego, no tendría ya cabida en el juicio, máxime si se toma en cuenta que el deber de la Fiscalía cuando es su turno para alegar es exponer los argumentos relacionados con el análisis de las pruebas, tipificando en forma circunstanciada “la conducta por la cual ha presentado la acusación”.

[...]

No obstante, es muy claro que así como la Fiscalía carece de disponibilidad de la acusación, en el entendido de que le sea dable desistir de la misma o retirarla -pues solicitar la absolución está dentro de sus facultades y deberes pero configura un supuesto evidentemente distinto-, encuentra la Corte que nada de ello se opone a que

bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación -siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando -en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además, que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes^[876].

En esta misma decisión, la Corte Suprema de Justicia precisó el papel del juez respecto de las posibles variaciones que puede hacer a la acusación, en el sentido de indicar que sólo puede reconocer circunstancias favorables al procesado. Sobre este punto la Corte manifestó:

Clarificado dentro del esquema del Código de Procedimiento Penal vigente y por consiguiente, bajo los principios orientadores del modelo de juzgamiento acusatorio con la fisonomía y características que ha recogido la Ley 906 del 2004 y la preponderancia otorgada al principio de legalidad que siempre está en manos del juez, no sería jurídicamente válido que se exacerbara su rol y que al propio tiempo quedara desligado de los términos de la acusación -aún dentro de la fluctuación o variabilidad reconocida por parte de la Fiscalía- para entrar a declarar la culpabilidad del imputado por hechos que no consten en la acusación o, con el alcance fijado, por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, pues existe una limitante estricta en la regulación que sobre el particular previó el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, estableciendo un concepto de consonancia estricto -apenas consecuente con el sistema de enjuiciamiento adoptado-, en forma tal que, desde luego, está dentro de las facultades del juez, por ejemplo, reconocer cualquier clase de atenuante, genérica o específica, el delito complejo en lugar de un concurso delictivo, la tentativa, la ira o intenso dolor, etc., entre tanto respete la intangibilidad límite de la acusación, con la variación a que se ha hecho referencia, estándole vedado, desde luego, suprimir atenuantes reconocidas al procesado, adicionar agravantes y en general, hacer más gravosa su situación^[877].

D. EL FACTUM ORIGINARIO QUE SOPORTA LA

ACUSACIÓN NO PUEDE SER ALTERADO EN EL FALLO

Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el juez de conocimiento, al momento de proferir sentencia, está estrictamente sujeto a los límites fácticos y jurídicos que la acusación contiene, de tal forma que no está facultado para introducir modificaciones en su fallo, salvo las que sean favorables al procesado, ya que las que no lo son atentan contra la absoluta integridad de la acusación, viéndose el juez en la necesidad de emitir un fallo dentro de los límites de la acusación incluso si sus falencias son evidentes^[878].

E. LA INCONGRUENCIA ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA DETERMINA LA NULIDAD DE LO ACTUADO DESDE EL MOMENTO DE LA VARIACIÓN INDEBIDA

Frente al principio acusatorio debería pensarse que la fractura entre lo solicitado por la Fiscalía en el ejercicio de la acción penal y la decisión del juez a propósito del debate del juicio oral puede conducir a la absolución cuando el funcionario judicial encuentre un error ostensible en la calificación de la conducta y determine, como conclusión del juicio, que la calificación del delito no corresponde a los hechos imputados.

Pero justamente la exigencia del principio de congruencia, entendido como correlación entre el hecho imputado en la acusación y lo probado ante el juez de conocimiento (posición que aquí defendemos y denominamos *visión dinámica de la congruencia*), determina que la función judicial no queda agotada en la calificación jurídica de un hecho, sino en el debate probatorio que determina una decisión de responsabilidad penal. De ahí que las soluciones de absolución se entiendan como una medida extrema que no pocas veces se enfrenta a la necesidad del ejercicio de administración de justicia en cabeza del juez.

En consecuencia, una de las preguntas fundamentales sobre la noción de congruencia es la correspondiente a la vía por la cual puede enmendarse la calificación defectuosa realizada por la Fiscalía. Para estos efectos se recuerda que el problema esencial de la congruencia no puede dejar de lado la garantía de

defensa como derecho fundamental. Por tal razón, se impone que, ante la variación indebida, se decrete la nulidad por violación del derecho de defensa^{879}.

F. LA SOLICITUD ABSOLUTORIA DEL FISCAL EN JUICIO ORAL NO PUEDE ENTENDERSE COMO RETIRO DE LA ACUSACIÓN

En capítulo anterior se sostuvo que uno de los presupuestos fundamentales del sistema acusatorio es la acusación, función que corresponde al ente acusador y que tiene control por parte del juez de conocimiento, quien puede devolverla para su corrección o en casos extremos rechazarla, porque el delito propuesto no ha tenido estructuración legal. Significa lo anterior que la acusación es vinculante simplemente de manera formal para dar inicio a las audiencias que conforman la etapa de juzgamiento, pero en ningún caso puede el juez adelantar dicha etapa con base en una acusación irregular o por hechos que no infringen la ley penal.

Así mismo, debemos reiterar que la legislación colombiana no incluyó el retiro de la acusación como se permite en otras legislaciones. Si tal institución se hubiera regulado, implicaría el agotamiento del proceso porque desaparece el principio mencionado en el aparte anterior (acusación). En consecuencia, dentro del marco de una interpretación sistemática, debe concluirse que la solicitud de absolución perentoria no puede vincular al juez de conocimiento porque conserva su autonomía y discrecionalidad para valorar las pruebas y proferir la decisión que corresponda a lo probado y demostrado en el juicio oral.

El artículo 442 CPP solo obliga al juez a dictar sentencia absolutoria cuando son ostensiblemente atípicos los hechos objeto de la acusación. En consecuencia, cuando no está demostrada plenamente esta condición, el juez puede rechazar la petición de absolución perentoria y continuar el trámite ordinario del juicio oral, escuchando los alegatos de las partes y profiriendo el fallo correspondiente. En consecuencia, la solicitud de sentencia absolutoria es un acto de postulación del ente acusador, que tiene como fundamento la valoración de los elementos probatorios que se hayan debatido en el juicio oral y que buscan suprimir

parcialmente parte del trámite correspondiente. Pero en ningún caso impone la obligación de que dicho análisis e interpretación probatoria obligue al juez de conocimiento, quien puede ordenar que continúe el juicio y agotadas las etapas procesales, profiera la decisión que puede coincidir o no con el pedimento de la Fiscalía.

XI. CONCLUSIONES

Entendemos por congruencia que la decisión sobre la responsabilidad penal tenga como fundamento el *hecho histórico* investigado durante el proceso y que ha sido concretado en la acusación. La acusación cumple la función de delimitar el objeto de la relación jurídica, ya que la sentencia debe proferirse en correspondencia con los hechos que motivaron la acusación y los imputados a quienes se formuló. Esto se denomina *concepto dinámico de congruencia*. Esta noción implica varias posibilidades de adecuación de la conducta que se presentan de conformidad con la normatividad legal y los momentos procesales en los cuales la Fiscalía, la defensa e incluso la víctima, deben tomar una posición jurídica frente a los hechos del caso, que será evaluada por el juez.

Dentro de los sistemas que existen para determinar la congruencia, nuestro estatuto procesal puede adscribirse al sistema mixto. Éste parte de la identidad del hecho y de la necesidad de realizar una adecuación típica provisional, porque puede ser modificada en la sentencia, como producto del debate en el juicio oral.

La congruencia se caracteriza por los siguientes aspectos: (1) exige necesariamente la identidad del hecho, porque el imputado no puede ser condenado por comportamientos diferentes de los señalados en la acusación; (2) no basta con que exista identidad de hecho entre la acusación y la sentencia: es necesario, además, que los hechos estén claramente individualizados en la acusación y constituyan sustento de los cargos (concepto jurídico). Se exige, entonces, que la acusación especifique las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos y la calificación jurídica provisional.

La congruencia debe ser analizada desde el momento de inicio del proceso, esto es, desde la imputación. Este acto procesal delimita el objeto del proceso en

un primer momento, por lo cual las variaciones admisibles son únicamente las que no correspondan a la *conducta básica* o *hecho esencial* (y esto vale también para la acusación). Si en el tiempo que transcurre entre la imputación y la acusación surge la necesidad de variar la conducta básica o hecho esencial, es necesario recurrir ante el juez de control de garantías para realizar una nueva imputación o variar la formulada.

Lo que se investiga y determina como hecho histórico debe ser calificado jurídicamente (juicio jurídico), y resulta de *trascendental* importancia en la acusación porque de esta forma se protege el derecho de defensa. No obstante, por la redacción misma del artículo 336 CPP, en relación con la acusación se puede afirmar que los fundamentos que la soportan no son definitivos, toda vez que el criterio legal es el de que con “probabilidad de verdad se pueda afirmar que la conducta existió y [que] el imputado es su autor o partícipe”. La acusación como límite del objeto del juicio marca los contornos en los que se desarrollará *el juicio*, es decir, los hechos que se deben probar y, por supuesto, la discusión jurídica.

Por la dinámica del proceso penal, no puede afirmarse que la acusación sea la última oportunidad para que el fiscal determine su postura definitiva frente a los juicios histórico y jurídico. La existencia de otros momentos, como el de exposición de la llamada *teoría del caso* (art. 371 CPP), permite inferir la no inmutabilidad de la acusación (congruencia flexible). Si la Fiscalía introduce elementos nuevos durante el juicio, ellos deberán ser valorados y tenidos en cuenta al proferir la sentencia siempre y cuando en relación con dichos aspectos haya existido contradicción.

La calificación jurídica tiene carácter provisional y por consiguiente la denominación recibida en la acusación puede ser modificada en la sentencia, sin que sea presupuesto procesal la existencia de un trámite expreso, previo al fallo, que contenga de manera clara y precisa la modificación hecha al calificadorio. La acusación es, como hemos venido recalando, un acto complejo, integrado también por las adiciones o modificaciones que se hagan durante el juicio oral. Ahora bien: si el proceso se adelantó con base en la aceptación de los cargos, o por razón de los acuerdos entre el ente acusador y el imputado, la adecuación

típica es inmodificable (congruencia rígida como lo ha definido la jurisprudencia colombiana) excepto en los eventos en que la variación beneficie al condenado.

Respecto de la congruencia y el papel activo del juez de conocimiento en este tema, podemos decir: (1) El juez puede variar la adecuación típica realizada en la acusación, en la medida en que mantenga la identidad del hecho y permanezca en el marco de las alternativas de adecuación planteadas por las partes en la audiencia; éstas pueden incluso haber planteado peticiones alternas al juez -piénsese en una postura principal y una subsidiaria-. (2) El juez puede hacer adecuaciones distintas, a pesar de no haber sido solicitadas expresamente por las partes, siempre que hayan sido debatidas y controvertidas en el juicio oral, porque la controversia es el requisito indispensable para que el funcionario pueda obrar de esa forma. (3) Si el juez considera que ninguna de las alternativas de adecuación planteadas es correcta, debe proferir sentencia absolutoria y, en todo caso, siempre puede reconocer circunstancias más favorables al imputado, así no hayan sido planteadas por las partes (suprimir circunstancias de agravación, cambiar la coautoría por complicidad, el delito consumado por tentativa, etc.).

El juez de conocimiento tiene, entonces, facultades para introducir cambios a la acusación (por ejemplo, la adecuación típica, el tipo subjetivo, el grado de participación), siempre que no modifique su núcleo central (conducta y objeto material). Los hechos imputados en la acusación son, en consecuencia, un límite inexorable para el juez; por ello, no podrá incluir causales de agravación o suprimir causales de atenuación en su decisión, cuyas circunstancias de modo, tiempo y lugar no hayan sido delimitadas fácticamente en la acusación o, como se dijo, conocidas y debatidas en el juicio oral, aun cuando con ello pretenda suplir omisiones del fiscal.

En caso de que el funcionario advierta un error después de haber anunciado el sentido del fallo -por ejemplo, precisó que debía ser condenatorio sin que hubiera elementos de juicio que sirvieran de base a esa posición-, debe declararse la nulidad integral del juicio oral y declararse impedido.

Cuando se establezca una incongruencia entre la acusación y la sentencia, podrá declararse la nulidad de lo actuado desde el momento en que haya

ocurrido la variación indebida.

PARTE OCTAVA

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL

CAPÍTULO ÚNICO

*Allanamiento a la imputación,
negociaciones y preacuerdos*

I. GENERALIDADES

Desde el Código de Procedimiento Penal de 1991, la legislación colombiana incorporó figuras que pretenden agilizar y hacer más efectiva la administración de justicia. Así, nos apropiamos del llamado *derecho penalpremio*, que ha operado también como un instrumento de lucha contra la delincuencia organizada. La lógica de estas instituciones es la siguiente: a los sujetos que han intervenido en un hecho punible se les otorgan ciertos beneficios por la colaboración con la administración de justicia.

Cabe anotar que este tema no ha sido de fácil asimilación en la legislación colombiana, y ello se advierte en el hecho de que la estructura de los institutos premiales ha sufrido una honda transformación con el paso del tiempo. El Decreto 2700 de 1991 reconoció la terminación anticipada del proceso inspirada en la aplicación de pena inmediata, con fundamento en el Código de Procedimiento Penal italiano. Con la reforma de la Ley 81 de 1993, esta figura se modificó para dar paso a la sentencia anticipada y, a la vez, a una modalidad de negociación de penas conocida como “audiencia especial”. Las posteriores reformas legales del proceso penal mantuvieron lo esencial de estas figuras. La estructura de la Ley 600 del 2000 dejó dos figuras con orientación político-criminal definida: la sentencia anticipada para los casos de suficiencia probatoria y los beneficios por colaboración eficaz para desarticular la criminalidad organizada.

El artículo 288 del Código de Procedimiento Penal, como parte del ritual de imputación, establece la posibilidad del allanamiento con el consecuente beneficio de rebaja de pena de hasta la mitad del monto imponible. La aceptación de los cargos es una institución del proceso penal que guarda relación con otras figuras ya probadas en el ordenamiento colombiano: los antiguos procesos abreviados o la experiencia más reciente de la sentencia anticipada.

Las exigencias de aceleración del proceso penal han llevado al legislador a proponer métodos que tienen como fundamento diferentes incentivos para su culminación anticipada o para priorizar la lucha contra la delincuencia

organizada. El principal beneficio es la rebaja de pena para quien se encuentra penalmente investigado, a cambio de evitar un proceso con agotamiento de sus etapas de investigación y juzgamiento y las exigencias de orden probatorio que le son inherentes al rito procesal para desvirtuar la presunción de inocencia.

Desde este punto de vista, el sometimiento anticipado con rebaja de pena, la negociación de cargos y ciertas causales del principio de oportunidad exigen la aplicación de normas constitucionales que constituyen verdaderas garantías para el imputado, de ahí que el debate teórico sea intenso y la jurisprudencia, muchas veces imprecisa, deba hacer esfuerzos de elaboración conceptual para mantener la terminación anticipada dentro de los límites en el esquema del Estado de derecho.

A. LA CONVERSIÓN DEL PROCESO

PENAL EN PROCESO DE PARTES

La literatura alemana se niega a aceptar que un proceso penal con principio acusatorio se convierta en proceso de partes al estilo del proceso civil. El argumento es simple: el interés en la sanción de las conductas penales enfrenta al autor con la tarea estatal de persecución penal, para que se realicen los principios de prevención general y en especial como finalidad de imponer la sanción. Por lo tanto, aceptar los acuerdos dentro del proceso penal implicaría una especie de privatización en la aplicación del derecho sancionatorio con efectos secundarios en la proporcionalidad de la pena, en los legítimos derechos de la víctima y en la fundamentación de una sentencia condenatoria ajustada a lo que se ha encontrado en la investigación penal.

Para remediar estos aspectos se habla de la necesidad de mantener en cabeza del Estado la facultad de promover la terminación anticipada, sin renunciar a su tarea de investigar y sancionar de forma adecuada las conductas penales, lo cual implica establecer con claridad que el sometimiento del imputado no es un derecho porque no tiene disposición sobre la acción penal. Por tal razón, se critica la discrecionalidad del fiscal o del imputado para definir el curso del proceso terminándolo por una vía anticipada. En tal sentido, se afirma que la

acción penal no puede configurarse como un sistema de persecución selectiva que afecte el Estado de derecho.

Otras opiniones, por el contrario, encuentran que el argumento es extremo y que el proceso penal no necesariamente parte del monopolio absoluto de la acción penal en manos del Estado, porque existen casos perfectamente identificados en los que los intereses privados se sobreponen a la necesidad de investigación, enjuiciamiento y sanción penal, como el resarcimiento de perjuicios en los delitos de contenido patrimonial, en los que se permite renunciar al ejercicio de persecución penal por la vía de la conciliación. En igual sentido los casos de delitos querellables o de acción privada en los que no hay un interés preponderante de la persecución penal y permiten soluciones alternativas como la mediación o la misma renuncia a la querrela.

El proceso penal, como hemos planteado, es una actuación procesal de partes, y esta noción nos pone en el camino de un proceso penal en el que no necesariamente se asume una perspectiva de conflicto entre el Estado y el infractor, sino en el que, por el contrario, domina una concepción dialogal del sistema acusatorio. El proceso también se inscribe en la noción de consenso, que legitima las salidas negociadas de la investigación penal.

B. EL PROBLEMA DE LAS TERMINACIONES ANTICIPADAS Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Con las terminaciones anticipadas por el sometimiento a la imputación o la negociación se llega a la posibilidad de construir sentencias con un mínimo de prueba, porque no se requiere desvirtuar totalmente la presunción de inocencia. Por esta razón, las críticas contra la terminación anticipada se fundamentan en que si bien son instrumento adecuado para la aceleración del proceso penal, no permiten el cumplimiento de la obligación de un juicio con todas las garantías, en especial, que efectivamente la persecución penal demuestre más allá de toda duda razonable que el acusado es penalmente responsable.

Frente a este problema se ha llegado a plantear la necesidad de unos controles judiciales muy exigentes -en concreto, en lo que se refiere a los resultados del

trabajo de la Fiscalía en la etapa de investigación penal-; se insiste, con el fin de evitar que se presente diferencia entre el criterio jurídico para declarar penalmente responsable a un acusado cuando se somete al proceso ordinario y el fundamento que debe exigirse en relación con un imputado que opta por la vía de terminación anticipada.

En suma, una confesión formalizada mediante un acuerdo no es suficiente para definir la responsabilidad penal del sometido, porque el juez debe llegar a una convicción jurídica al respecto, lo cual significa la necesaria credibilidad de lo confesado y su apoyo en otras pruebas para determinar un fallo de culpabilidad.

C. TERMINACIÓN ANTICIPADA Y PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN

El privilegio de no autoincriminarse sufre menoscabo con la denominada “alegación de culpabilidad”, porque es obvio que la confesión del imputado reemplaza la acción de la Fiscalía en la demostración del delito y, por supuesto, se afecta todo lo referente a la carga de la prueba.

No obstante, la teoría ha respondido a posibles críticas a partir del argumento de mayor valor que debe dársele a la libertad de decisión del sometido a la investigación en relación con los derechos constitucionales en el marco del proceso penal. Al menos, la teoría muestra que el inculcado debidamente asesorado está en capacidad de ponderar las ventajas y desventajas que acarrea su sometimiento a la administración de justicia penal. No se ven vulneradas las garantías en la medida en que se parte de la buena fe del fiscal en los legítimos ofrecimientos, razón por la cual un sector de la jurisprudencia se ha dedicado al tema de la protección ciudadana en las negociaciones, al definir los supuestos en los que existen promesas u ofrecimientos impropios o presiones indebidas por cuenta de las autoridades de persecución penal.

Al igual que ocurre con la presunción de inocencia, la teoría de los principios que garantizan el proceso penal permite preguntar cómo se afecta la prohibición de autoincriminación con las terminaciones anticipadas. Se concluye que una

visión pragmática facultaría al autor sometido a proceso a reconocer sin problemas su participación en el delito. Pero, como es obvio, es necesario tomar las debidas precauciones para evitar que la persecución penal actúe sin límites frente a un inocente.

II. ALLANAMIENTO A LA IMPUTACIÓN

A. CONCEPTO

La noción de allanamiento ha sido fundamentalmente tratada por la doctrina española, que ha desarrollado los modelos de terminación anticipada apoyada en la figura de la “conformidad” con la correspondiente discusión procesal acerca de los conceptos de disposición o principio dispositivo de la acción penal. La conformidad es para algunos una forma de allanamiento al estilo del proceso civil, en la medida en que existe un acto de disposición de la parte acusada. Otros autores, como VICENTE GIMENO SENDRA, entienden que la naturaleza jurídica de la conformidad reconduce a la noción de allanamiento o acto de disposición del sujeto pasivo del proceso, mediante el cual éste reconoce y acepta el cumplimiento de la pretensión, con lo cual se pone fin a un determinado procedimiento. Conforme a estas afirmaciones, el allanamiento es un acto tanto procesal como material, toda vez que a la aceptación pura y simple del imputado le sigue la adopción de una decisión con efectos de cosa juzgada que pone fin no solo al procedimiento iniciado legalmente, sino al propio *ius puniendi* estatal.

La manera de comprender la naturaleza jurídica del tema materia de estudio no está libre de críticas, porque la noción de allanamiento a la imputación significa el reconocimiento del indiciado según el cual la acción en su contra es perfectamente válida y, además, considerar que la Fiscalía, en virtud de los actos aceptados, está relevada de su demostración en juicio. Por otra parte, la noción de disponibilidad en el proceso penal resulta criticada frente a las exigencias constitucionales relativas a la tarea de la administración de justicia, la necesidad de una justicia material, así como el postulado de imparcialidad de los jueces

encargados de establecer con objetividad la verdad y la justicia. En consecuencia, se entiende que la disponibilidad parte del imputado en tanto se le da a éste una facultad para renunciar a ciertos derechos procesales. Se trata de un acto personal unilateral del cual se desprenden consecuencias fundamentales en el campo del ejercicio de la justicia material.

La discusión anterior resulta absolutamente pertinente en nuestro medio, porque el allanamiento a la imputación está concebido como una forma de terminación anticipada del proceso. Si el investigado acepta la imputación, lo actuado es suficiente como acusación, con lo cual se autoriza a convocar audiencia para la individualización de la pena y proferir sentencia. Desde nuestro punto de vista, se acepta que hay disponibilidad del ejercicio de la acción penal por parte del imputado, porque el artículo 8.º (literal *I*) del ordenamiento procesal establece la posibilidad de renunciar al derecho que le asiste a la persona investigada a que se tramite un juicio integral. En cualquier caso esta disponibilidad es relativa, si se entiende que los controles judiciales deben operar de tal forma que se realicen los postulados de justicia material como lo establece el artículo 5.º del estatuto procesal.

En igual sentido, el artículo 7.º CPP es claro en darle la máxima extensión a la presunción de inocencia y a la carga de la prueba en cabeza de la Fiscalía, de tal manera que cualquiera que sea la forma en que se llegue a la sentencia condenatoria, la actividad de la Fiscalía debe ser suficiente para fundamentar una decisión de responsabilidad penal más allá de toda duda razonable. En cualquier caso, para el sometimiento a un proceso abreviado, debe estimarse que la imputación es correcta y concreta, ya que es fundamento del allanamiento y, como se observará más adelante, de las alegaciones preacordadas. En tal sentido, la imputación debe cumplir con una serie de requisitos para estructurar la sentencia condenatoria por la vía de las terminaciones anticipadas, requisitos que resumimos de la siguiente forma:

I. PARA QUE PROCEDA EL ALLANAMIENTO ES NECESARIO
QUE LA IMPUTACIÓN PROVENGA DE LOS ELEMENTOS
MATERIALES PROBATORIOS, EVIDENCIA FÍSICA

O INFORMACIÓN LEGALMENTE OBTENIDOS

Este primer requisito es fundamentalmente un mandato para el fiscal, quien está obligado a proponer una imputación siempre y cuando su labor de investigación haya permitido llegar a las conclusiones que exige la Constitución, esto es, que se está en presencia de una conducta que tiene las características de un delito. No obstante, la imputación puede provenir de otras fuentes como la captura del autor *in flagranti*, la denuncia o querella en donde el denunciante relaciona la persona responsable y acompaña un acto de prueba -por ejemplo, una intervención corporal (examen de sangre).

No podrá estimarse conforme a derecho el allanamiento a la imputación cuando los elementos materiales probatorios estén afectados de ilicitud o con desconocimiento de prohibiciones probatorias; por tal razón, compete al juez de control de garantías hacer las debidas indicaciones a efecto de que la futura sentencia condenatoria tenga fuente probatoria de imputación lícita.

2. QUE LOS ELEMENTOS FUENTE DE IMPUTACIÓN PERMITAN UNA INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LA PERSONA QUE SE ALLANA A CARGOS

En este punto es necesario que el fiscal que hace la imputación fáctica realice una operación lógica a partir del trabajo de investigación penal. En efecto, se trata de que el ente acusador llegue a una conclusión razonable sobre la existencia de la conducta y autoría o participación en relación con el delito investigado. La inferencia razonable es un criterio lógico que pretende que el fiscal tenga la convicción objetiva y subjetiva sobre la autoría o participación del indiciado en un delito. El requisito de inferencia obliga al fiscal, a partir de los elementos de prueba conocidos, a predicar razonablemente que hay una relación causal entre la acción u omisión de la persona imputada con un resultado jurídicamente relevante como acontecimiento histórico.

La exigencia de determinación de autoría está reiterada en el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, donde se establece que la aplicación del

principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía no pueden comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si existe un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad. Sin duda, este es uno de los aspectos más complejos de la regulación de la terminación anticipada del proceso penal.

La norma citada permite dos interpretaciones: por un lado, puede decirse que para allanarse a la imputación basta con la aceptación pura y simple de los cargos propuestos por la Fiscalía, dejando de lado lo ordenado por el artículo 293 CPP para el caso de los preacuerdos o alegaciones preacordadas. Por otro lado, se concluye que la exigencia de autoría, participación y tipicidad se refiere a los allanamientos y los acuerdos. Consideramos que esta última es la interpretación correcta de la norma.

Optamos por la segunda interpretación debido a que la terminación anticipada por vía del allanamiento a la imputación no puede dejar de lado las exigencias del derecho penal de culpabilidad. Si la responsabilidad penal de un autor se predica de la comisión u omisión de un hecho típico, antijurídico y culpable, difícilmente puede aceptarse que el proceso penal considere satisfechos los requisitos de responsabilidad solamente con la tipicidad y el título de autoría. Aceptar la interpretación de que solo basta demostrar la tipicidad y la autoría permitiría legitimar la imposición de condenas penales por actos que están jurídicamente justificados o que se han cometido bajo una causal que excluye la culpabilidad. En cualquier caso, el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal debe ser objeto de una lectura sistemática con el principio rector que excluye toda forma de responsabilidad objetiva.

3. QUE EL ACTO DE IMPUTACIÓN SEA EFECTIVAMENTE COMPRENDIDO POR LA PERSONA QUE SE ALLANA

Lo que se comunica es un hecho, de conformidad con el cual la Fiscalía tiene suficientes elementos de juicio para ejercer la pretensión penal. Esta es una de las funciones más importantes de la imputación, comoquiera que básicamente el acto de comunicación (no en el sentido simplemente gramatical) es desarrollo de

la garantía del debido proceso, del derecho a la defensa, de la posibilidad de ejercer el contradictorio, el derecho de audiencia judicial y, en igual medida, del respeto a la presunción de inocencia. En este sentido, la exigencia realizada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales apunta a que el fiscal debe hacer un traslado de información comprensible de todos y cada uno de los hechos con características delictivas que le son provisionalmente atribuibles al investigado con la respectiva base probatoria, lo que impide las comunicaciones simplemente formales que no permitan un cabal entendimiento de su contenido.

El imputado, por su parte, debe llegar a la convicción de la finalidad que tiene la investigación y las posibles consecuencias del ejercicio de la pretensión penal. Como se trata de la escogencia entre la continuación del proceso o su terminación anticipada, la petición de la imputación, como lo establecen la Constitución y el CPP, debe ser estudiada por el juez de control de garantías. Al respecto dijo la Corte Constitucional:

La posibilidad de renunciar a un juicio público, oral, mediante la celebración de acuerdos entre la fiscalía y el imputado, así como la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado, no viola las garantías constitucionales propias del debido proceso, en la medida en que debe surtir el control de legalidad del juez correspondiente y deben ser aprobados por el juez de conocimiento, verificándose la no violación de derechos fundamentales y el cumplimiento del debido proceso, y que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor. Lo anterior, por cuanto aceptado por el procesado los hechos materia de la investigación y su responsabilidad como autor o partícipe, y existiendo en el procesos además suficientes elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria, se hace innecesario el agotamiento de todas y cada una de las etapas del proceso, por lo que procede dictar el fallo sin haberse agotado todo el procedimiento, a fin de otorgar pronta y cumplida justicia, sin dilaciones injustificadas, según así también se consagra en el artículo 29 de la Constitución^{880}.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que en materia de terminación anticipada la imputación resulta más exigente, porque es el fundamento de una acusación que permite la culminación del proceso por la aceptación de cargos. La Sala Penal afirmó:

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

Lo anterior significa que no por realizarse la audiencia de imputación, por lo general coetáneamente con la de control de legalidad de la captura, la fiscalía resulte exonerada de realizar la correcta adecuación de la conducta, máxime tratándose de comportamientos con perfiles y con consecuencias diversas, aún sí corresponden a diferentes modalidades de riesgo o lesión para el bien jurídico que se tratan en un mismo texto legal con consecuencias similares en relación con la pena considerada en abstracto, pero cuya forma de realización y la lesividad que expresan inciden dramáticamente en los aspectos operacionales de la pena^[481].

La propia lectura del artículo 287 del Código de Procedimiento Penal no permite una interpretación distinta de aquella según la cual la imputación es fáctica en el sentido de atribución de hechos históricamente acaecidos, *pero con relevancia jurídica*. Por lo tanto, como lo hemos anotado, el fiscal debe considerar en su exposición las categorías del derecho penal sustantivo, particularmente las relacionadas con la participación o la autoría. En consecuencia, el juez de control de garantías debe instar al fiscal para que determine en concreto los elementos de relevancia jurídica del caso. La Corte Suprema de Justicia acertadamente ha recalcado:

En primer lugar, es deber de los jueces de control de garantías instruir al indiciado

sobre la imputación, tanto fáctica como jurídica, hecha por la Fiscalía con el fin de que entienda no solo los hechos por los que se le va enjuiciar, sino que esos hechos se adecuan a los supuestos que contiene el injusto típico, teniendo en cuenta el contenido y alcance de la descripción típica.

Lo anterior resulta relevante porque en el registro correspondiente la Juez de control de garantías le preguntó a [...] si había entendido “claramente los hechos que constituyen la imputación fáctica” y él manifestó que sí, en consecuencia lo declaró vinculado como imputado. Olvidó hacer referencia, en ese momento, al aspecto jurídico, lo que, sin duda, contribuyó al reparo ahora formulado^[1882].

B. CARACTERÍSTICAS DEL ALLANAMIENTO A LA IMPUTACIÓN

I. SE TRATA DE UNA ACTUACIÓN UNILATERAL, PERO ESTRUCTURALMENTE INDUCIDA

La doctrina extranjera recalca que la conformidad o, en nuestro caso, el allanamiento a la imputación se presenta como una negación del modelo acusatorio del proceso penal, toda vez que es una renuncia explícita al juicio oral donde el fiscal, con una mínima actividad de investigación, solicita al juez de conocimiento la imposición de una pena sin que haya sido realizado integralmente el debate probatorio.

Un entendimiento estricto del concepto de “allanamiento” indica que éste no parte de manera exclusiva de la voluntad del investigado, sino que corresponde a un ofrecimiento de la Fiscalía que proyecta un acto de postulación para que sea avalado o rechazado por el juez de conocimiento previo control del juez de garantías. Este argumento establece, con claridad, que se trata de una actuación *estructuralmente inducida*.

2. EL ALLANAMIENTO A LA IMPUTACIÓN SUSPENDE LA INVESTIGACIÓN PENAL

El allanamiento a la imputación trae como consecuencia la suspensión de la investigación por parte de la Fiscalía y, por tal motivo, implica que lo actuado hasta la imputación se estima suficiente para proferir una sentencia condenatoria. Este aspecto comporta un problema, porque se desconoce igualmente la fase que debe surtirse entre la imputación y la acusación. Como no se requiere escrito de acusación formal, conforme lo establece el artículo 293 CPP, no se culmina la investigación penal, porque esta queda agotada por la aceptación de culpabilidad.

Debe precisarse que lo anterior no quiere decir que la aceptación releve a la Fiscalía de concretar los requisitos sustanciales previstos para formular acusación, esto es, que se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe. Por esa razón, la sentencia de la Corte Suprema 29002 del 2008 debe interpretarse de manera restrictiva, ya que releva al fiscal de la elaboración de la acusación que se sustituye por el allanamiento, pero no de las exigencias que establece la ley para poder fundamentar una sentencia condenatoria.

3. EL ALLANAMIENTO A LA IMPUTACIÓN

IMPLICA RENUNCIA A LA FASE DE JUICIO ORAL

El allanamiento a la imputación supone la renuncia a una serie de derechos constitucionales, como son: el privilegio de no tener que declarar contra sí mismo, el derecho a ser juzgado públicamente, el derecho a presentar y contrainterrogar testigos, a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que aclaren los hechos objeto de debate, entre otros.

La consecuencia obvia de soportar una decisión condenatoria con la sola imputación es la imposición de una pena, sin la discusión probatoria ni el ejercicio del contradictorio. Lo anterior no significa que el juez que dicta el fallo desconozca las pruebas que permiten la demostración de responsabilidad, “más allá de toda duda razonable”. En otras palabras, si no ha sido confrontada desde

el punto de vista probatorio la imputación del fiscal con el debido examen del juez de control de garantías, el funcionario de conocimiento podría concluir que la conducta no es típica, que fue cometida bajo una causal excluyente de responsabilidad. Si se observan dudas sobre estos supuestos, la opción que tiene el juez es rechazar el allanamiento a la imputación.

La renuncia a ciertos derechos procesales, que contienen en su núcleo derechos fundamentales, no puede ser absoluta cuando se trata del proceso penal. Por esta razón, la eficacia del control judicial sobre las terminaciones anticipadas compensa las posibles y obvias deficiencias de la fase de investigación penal.

4. ES UN ACTO QUE DEBE SER ASESORADO POR EL DEFENSOR

A pesar de que la decisión corresponde únicamente al investigado a quien se le formula una imputación, no sobra anotar que las alegaciones de culpabilidad tienen que ser analizadas por el abogado defensor, quien es el único que puede hacer un pronóstico técnico sobre la suerte del investigado con base en las pruebas de cargo que tiene la Fiscalía.

5. SE TRATA DE UN ACTO UNILATERAL QUE DEBER SER LIBRE, VOLUNTARIO Y ESPONTÁNEO

Este requisito consagra los presupuestos de validez que se exigen en el derecho comparado, principalmente en los Estados Unidos. De conformidad con la jurisprudencia, la aceptación de responsabilidad penal implica: (1) que la manifestación de voluntad esté exenta de cualquier vicio (error, violencia, etc.); (2) que el fundamento de la imputación no tenga como base elementos probatorios ilícitos; y (3), como ya se dijo, que estén demostrados los requisitos sustanciales para acusar, dentro de los cuales se incluye la aceptación hecha por el indiciado.

Si estos presupuestos no están demostrados tiene que rechazarse la aceptación

de responsabilidad penal. En el evento de no procederse así, se viola el debido proceso y se genera una posible nulidad.

La jurisprudencia reconoce que una promesa indebida por cuenta de la Fiscalía o un asesoramiento evidentemente irregular o inadecuado pueden conducir a la invalidez de la alegación de culpabilidad. En tal sentido, se entiende que el problema se sitúa en una afectación del consentimiento del imputado que lo puede llevar a una autoincriminación “involuntaria” que, por la misma razón, se reputa inconstitucional.

Una interpretación acertada de los artículos 131 y 368 del Código de Procedimiento Penal permitiría precisar lo siguiente:

- La Corte Constitucional ha dejado claro que la celebración de acuerdos entre la Fiscalía y el imputado y la aceptación de la culpabilidad al inicio del juicio por parte del acusado no vulneran el debido proceso, en la medida en que existe el control de legalidad del funcionario judicial^{883}. Para estimar que la decisión del investigado que se somete es libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, la Corte recalca que es imprescindible el interrogatorio personal al imputado o procesado.

Consideramos que este interrogatorio no es un formalismo de trámite, sino que corresponde a la práctica de una prueba oral con el fin de determinar no solo que la voluntad de sometimiento está exenta de vicios, sino que el interrogatorio tiene la finalidad de determinar la comisión del hecho así como la veracidad y credibilidad de manera objetiva en relación con la autoría y participación de quien se allana a la imputación.

- Así como en la confesión simple o en la sentencia anticipada de los anteriores ordenamientos procesales se permitía un margen de actuación al funcionario para comprobar la veracidad de la aceptación, no hay razón para negarla en los casos de allanamiento a la imputación. No sobra anotar que la sentencia anticipada y el allanamiento a la imputación han sido asimilados como figuras equivalentes por la jurisprudencia constitucional. Para ilustrar el punto, al comparar las dos figuras el juez constitucional afirmó:

La aceptación de los cargos por parte del implicado en el trámite de la sentencia

anticipada guarda cierta similitud con la confesión simple, por cuanto el reconocimiento que hace el imputado ante el fiscal o el juez del conocimiento, de ser el autor o partícipe de los hechos ilícitos que se investigan, debe ser voluntario y no hay lugar a aducir causales de inculpabilidad o de justificación. Resulta obvio afirmar que la aceptación, además de voluntaria, es decir, sin presiones, amenazas o contraprestaciones, debe ser cierta y estar plenamente respaldada en el material probatorio recaudado^[884].

– La aceptación de la imputación debe permitir un análisis probatorio con posibilidad de suspensión de la audiencia. Resulta contrario al debido proceso y a la carga de la prueba en cabeza del fiscal el hecho de que el juez estructure con dudas la responsabilidad penal del imputado. En nuestro concepto, el juez de control de garantías está obligado a mantener el principio de legalidad de conformidad con el artículo 230 de la Carta, y en virtud de tal exigencia debe confirmar la veracidad de los hechos y autoría para aceptar el allanamiento.

Para tales efectos, puede suspender la audiencia de imputación cuando tenga dudas sobre la aceptación o surjan hipótesis de conductas diversas a las imputadas o títulos de participación distintos de los expuestos por el fiscal. En tal caso nada se opone a que el juez exija al fiscal los fundamentos probatorios de su imputación, valore la inferencia realizada e incluso decrete pruebas de oficio para mantener incólumes los derechos fundamentales del imputado. Cabe recordar que la Corte Constitucional permitió el decreto de prueba de oficio a los jueces de control de garantías en la etapa de investigación^[885]. Por lo demás, en relación con la competencia del juez de control de garantías, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal respalda este argumento:

Es por ello que la aceptación de cargos, en la audiencia de imputación, requiere un examen previo del juez de control de garantías, artículo 283 de la ley 906 del 2004, en el que se compruebe que el imputado procede de manera libre, voluntaria y consciente de la responsabilidad que asume, en consecuencia, debe existir comprobación sobre la ilustración que se le brinde sobre el particular, gozar de la asistencia profesional de un abogado, encontrarse claramente precisada la imputación fáctica y jurídica que formula la Fiscalía para darle la posibilidad de que dimensione las consecuencias punitivas de la

aceptación^[886].

6. SE TRATA DE UNA ACTUACIÓN PROCESAL CON DOBLE CONTROL JUDICIAL

Como se observará en los párrafos siguientes, el allanamiento a cargos en la etapa de instrucción está sometido a control por parte del juez de garantías (en la de juzgamiento el control corresponde únicamente al juez de conocimiento), quien puede realizarlo o exigir las aclaraciones que sean necesarias. Si el allanamiento es aceptado por este funcionario, dicha determinación no es vinculante para el juez de conocimiento, quien puede no aceptarlo y, en consecuencia, abstenerse de dictar sentencia condenatoria.

Este es uno de los puntos más complejos, porque, *prima facie*, puede pensarse que el acto de sometimiento unilateral con la inducción de la Fiscalía resulta absolutamente vinculante para los jueces de garantías y conocimiento. Sin embargo, la posible afectación de los derechos fundamentales del imputado obliga a entender el papel judicial activo del funcionario para que resguarde las garantías constitucionales en la actuación, razón por la cual la jurisprudencia ha dispuesto algunos puntos dignos de análisis sobre los artículos 131 y 368 del Código de Procedimiento Penal, que podemos esbozar de la siguiente forma: - El juez de control de garantías tiene la obligación de ejercer una actuación de verificación sobre los supuestos legales y fácticos del allanamiento a la imputación, que deben constar en el acta de aceptación de cargos que fundamenta la acusación. La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto lo siguiente:

Un estudio sistemático de la nueva normatividad procesal penal permite afirmar que el juez de conocimiento[,] en ejercicio del control de legalidad de los actos de aceptación de cargos por iniciativa propia o por acuerdo previo con la Fiscalía, debe realizar, en principio, tres tipos de constataciones: (1) que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento[;] (2) que no viole derechos fundamentales y

(3) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad. La facultad de verificar que el allanamiento a cargos esté exento de vicios se infiere del contenido de los artículos 8° literal (i), 131, 293 y 368 inciso primero^{887}.

– El allanamiento a la imputación resulta válido mientras no desconozca o quebrante garantías fundamentales del procesado según el artículo 351.4 CPP. Para estos efectos el juez de conocimiento tiene competencia para invalidar la actuación y disponer la continuación del proceso. En este sentido, manifestó la Sala Penal:

En segundo término, es desacertado afirmar que el juez de conocimiento no puede decretar la nulidad del acto de allanamiento, pues, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, cuando por decisión voluntaria del imputado se pone término a la investigación de manera anticipada, la actuación de la autoridad judicial se contrae a dictar sentencia de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta nulidad del acto, o que sea manifiesta la vulneración de garantías fundamentales.

El juez en esos eventos no es un simple convidado de piedra que pueda limitar su actuar a individualizar pena. El debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial, como postulados superiores, exigen su plena observancia^{888}.

– El control judicial presupone una apreciación material sobre el contenido del allanamiento o del acuerdo, debido a la estricta relación o congruencia rígida que se exige entre acusación y sentencia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia manifestó:

Si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación^{889}.

En otra providencia, la Corte expresó:

Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo^{890}.

Es posible, en ciertos casos, que el juez rechace el allanamiento o los acuerdos y devuelva la actuación sin necesidad de decretar la nulidad, siempre que ello sea suficiente para corregir el desvío procesal.

EL ALLANAMIENTO A LA IMPUTACIÓN NO
ADMITE RETRACTACIÓN A MENOS QUE SE DEMUESTRE
LA VIOLACIÓN DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES
O UN CLARO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

La prohibición absoluta de retractación pretendía evitar que el investigado manejara las posibilidades que le ofrece el ordenamiento a su propia conveniencia. Por ejemplo, que se allanara y luego alegara una causal de justificación.

Con la Ley 1453 del 2011, la retractación puede resultar perfectamente válida y razonable teniendo en cuenta las circunstancias en las que se realizó el sometimiento. Por ejemplo, si el fiscal realiza la imputación por una conducta prescrita y la defensa, carente de profesionalismo, no detecta el error de la Fiscalía y después el juez de conocimiento dicta sentencia condenatoria porque entendió que el imputado renunció a la prescripción. En este caso, si el imputado se retracta al enterarse de que la conducta estaba prescrita, debe aceptarse dicha

retractación o permitir un juicio de revisión.

Ahora bien: es necesario distinguir entre la impugnación de las decisiones tomadas por vía anticipada y la retractación. En efecto, la impugnación es un derecho fundamental que se ejerce sobre el fondo de las decisiones judiciales. En otros términos, es el cuestionamiento del contenido de los hechos y aspectos jurídicos del acta de aceptación con base en las pruebas tenidas en cuenta para los efectos procesales de la aceptación, mientras que la retractación es una actitud del sometido, según la cual no reconoce la ejecución de un delito que antes había aceptado. A este respecto afirma la Corte Suprema de Justicia:

Bien puede afirmarse que el predicado del artículo 293 inciso 2.º referido a la imposibilidad de retractación por parte de los intervinientes una vez se hubiese dado el examen de juridicidad del acuerdo y la aceptación del mismo por parte del juez de conocimiento, contrae una limitante para impugnar los aspectos sustanciales que hubiesen sido objeto del consenso, traducéndose conforme al criterio de “interés para recurrir” que en principio los intervinientes en el acuerdo aprobado, carecen de legitimidad para desarrollar censuras en la pretensión de lograr la revocatoria o modificación de aspectos de atribución típica, grados de participación, circunstancias modales, adecuación antijurídica, expresiones de culpabilidad, agravantes genéricas o específicas, etc., que hubiesen sido objeto de aceptación, preacuerdo o negociación.

Las anteriores limitaciones tienen su fundamento en el hecho [de] que la segunda instancia como la sede extraordinaria de la casación penal en lo que corresponde a la impugnación de sentencias proferidas en vía de terminación anticipada del proceso, no pueden constituirse en espacios de retractación de lo aceptado, motivo por el cual se restringe para aquellos la discusión probatoria, retractación o negación de los cargos que de manera libre y espontánea hubiesen aceptado.

Lo anterior no excluye que se puedan desplegar censuras sobre aspectos relacionados con la dosificación de la pena en cuanto a sus límites de legalidad, mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, efectos de incongruencia entre los contenidos de lo consensuado y las conductas derivadas, y desde luego respecto de la

transgresión de garantías fundamentales^[891].

C. TRÁMITE EN CASO DE ALLANAMIENTO

I. OFRECIMIENTO DEL FISCAL EN LA

AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

El primer momento del allanamiento a la imputación parte del ritual de dicha diligencia, porque corresponde al fiscal exponerle al investigado la posibilidad de allanarse, con lo cual puede obtener una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible o, en casos de flagrancia, de hasta una cuarta parte según lo dispone el artículo 57 de la Ley 1453 del 2011, que modificó el artículo 301 de la Ley 906 del 2004^[892]. Este primer paso no está libre de dificultades hermenéuticas, debido a que la primera aproximación del investigado a los cargos se hace sin el conocimiento del sustento probatorio integral de la Fiscalía. Frente a la norma citada cuando se trata de flagrancia, la Corte Constitucional condicionó la rebaja de una cuarta parte en el entendido de que ese beneficio debe extenderse a todas las oportunidades procesales, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada caso^[893].

De ahí que las críticas que suelen hacerse a este modelo de terminación anticipada estén plenamente justificadas, porque resulta obvio que el proceso como tal se convierte en un medio de presión contra el investigado, que lo obliga a decidir por una de tres opciones: (1) aceptar integralmente la imputación con una rebaja significativa de hasta la mitad de la pena o de hasta una cuarta parte en los casos de flagrancia, (2) esperar a un momento posterior para conocer las pruebas recaudadas por el fiscal pero con una rebaja menor según el momento o etapa procesal en que se allane, o (3), ante la incertidumbre y la posibilidad de una imputación exagerada en cuanto al número de delitos y circunstancias agravantes, optar por realizar un preacuerdo.

Un punto que merece la pena mencionarse es la relación entre el descubrimiento probatorio y el allanamiento o negociación. Si el artículo 350 CPP

indica que los acuerdos proceden únicamente con un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, lo consecuente sería que el fiscal descubriera el material probatorio desde la imputación teniendo en cuenta que existe afectación de derechos fundamentales para que la defensa tome la opción entre la terminación anticipada, la negociación o el debate en juicio oral y público. Pero si, por el contrario, el imputado sólo conoce realmente su situación de compromiso penal en la acusación, puede perder la oportunidad de obtener un beneficio mayor. Tampoco resultaría adecuado con nuestros principios constitucionales el que la Fiscalía guardara las pruebas que conoce y que permiten una terminación de la investigación y, sin embargo, requiriera al investigado para que se allanara a los cargos o entrara en un proceso de negociación.

Aquí invocamos las discusiones del derecho comparado, especialmente las correspondientes a la relación entre terminación anticipada y descubrimiento de prueba. En efecto, la historia de esta relación entre los dos institutos en los Estados Unidos está marcada por la famosa decisión “Brady vs. U. S.” de 1970, ya que en algunos estados de la Unión las fiscalías podían manipular el descubrimiento de pruebas para que el imputado se sometiera. Una conducta de estas es imputable al fiscal como violación del debido proceso, porque es inadmisibles el silencio sobre alguna información de descargo que no haya puesto en conocimiento del acusado.

La historia de la norma en Colombia deja entrever que los redactores del Código no asumieron este enfoque y dieron prevalencia al allanamiento durante la imputación sin descubrimiento probatorio. A estos efectos resulta ilustrativa la posición del fiscal general de la Nación de la época, quien en las sesiones de redacción dejó la siguiente constancia:

El doctor Osorio preguntó si existe una disposición que establezca que dentro de un término hay lugar a una rebaja y después de otro término hay otras rebajas menores. De ser así sugirió establecer algo similar, porque de lo contrario todo el mundo se va a esperar hasta el último momento para saber si las pruebas son sólidas^{894}.

El segundo tema que puede generar controversias es el referente a la noción de pena imponible, porque de esta expresión pueden surgir dos interpretaciones con incidencia directa en la punibilidad: (1) puede asumirse que la pena imponible es la del tipo básico por el cual se allana el investigado o (2) que la pena es la del tipo penal con las circunstancias agravantes o atenuantes, según sea el caso. Con la jurisprudencia analizada resulta claro que el fiscal está obligado a formular la imputación con todas las circunstancias de agravación o disminución de la pena, para lo cual debe tenerse en cuenta las discusiones correspondientes en materia de congruencia.

2. DESCUBRIMIENTO OBLIGATORIO DE PRUEBA

Si bien el artículo 288 CPP establece que en la audiencia de imputación no hay lugar a revelación probatoria, no puede aplicarse de manera exegética, sino conforme a la Constitución, lo cual implica permitir el ejercicio del derecho de defensa mediante la controversia de los elementos probatorios que sirven de fundamento a la imputación. Con base en lo anterior, es necesario sostener que el sometimiento o allanamiento a la imputación requiere que la Fiscalía devele los soportes probatorios de la imputación (inferencia razonable de autoría y participación), por lo siguiente:

- El allanamiento a la imputación comporta afectación de derechos fundamentales, entre otros la renuncia al proceso y a la presunción de inocencia. Por tal razón, toda afectación de derechos fundamentales debe ir precedida de la exhibición de prueba, como se ha sostenido a lo largo de esta obra.

- La aceptación de la imputación tiene el carácter de una acusación formal, tal y como lo exige el artículo 293 CPP. En consecuencia, el acto formalizado de aceptación de los cargos debe cumplir no solo con los requisitos de la imputación, sino también con los requisitos de la acusación y, por lo mismo, la revelación probatoria es elemento sustancial.

- No puede olvidarse que el allanamiento a la imputación tiene como consecuencia una sanción penal, razón por la cual resultaría violatorio del debido proceso el que el fiscal se reservara la exposición o presentación de la prueba y

la reemplazara por la confesión del imputado.

– Si el acto de imputación por expresa disposición legal limita la exposición o develación de la prueba, no ocurre lo mismo con la audiencia posterior de individualización de pena, razón por la cual, si el descubrimiento probatorio no se hizo durante la audiencia de imputación, resulta obligatorio que se cumpla este acto procesal ante el juez de conocimiento para la imposición de la sanción, a fin de cumplir con los requisitos previstos cuando se presenta la acusación en el procedimiento ordinario. Debe recordarse que la ley asimila el acta de aceptación con la acusación cuando el imputado se allana a cargos.

3. ACEPTACIÓN POR PARTE DEL IMPUTADO

Para hablar de un verdadero allanamiento a la imputación es necesario que la aceptación sea pura y simple en relación con todos los delitos o con uno de ellos. Si hay reparos a la imputación presentada por el fiscal, lo procedente es entrar en una negociación para llegar a una imputación concertada. Esta aceptación a la imputación debe documentarse, toda vez que lo actuado hasta ese momento conforma la acusación.

4. CONTROL POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Ya hemos observado, con las notas jurisprudenciales citadas, que el juez de control de garantías ejerce un control sobre los supuestos exigidos por la ley, en el sentido de que la aceptación sea libre, voluntaria y espontánea. Pero además tiene competencia para confirmar la veracidad del allanamiento con el interrogatorio que debe formularse al imputado o con la práctica de pruebas de oficio. En consecuencia, se trata de dos actos de control: (1) sobre la imputación propiamente dicha y (2) sobre el allanamiento del imputado.

5. EXAMEN DEL JUEZ DE CONOCIMIENTO

De conformidad con el artículo 293 CPP, corresponde al juez de conocimiento dictar sentencia dentro del marco de aceptación de la imputación, sin posibilidad de hacer variaciones salvo que sea factible incluir aspectos favorables en cuanto a la dosificación de la pena. Si encuentra que la actuación no está ajustada a derecho, lo que procede ordinariamente es declarar la nulidad del allanamiento para continuar la investigación o excepcionalmente invalidar la imputación si existen irregularidades que permitan esta determinación.

En este punto, vale aclarar que es posible jurídicamente la nulidad del allanamiento, a pesar de que dicho acto no tenga carácter jurisdiccional. Cuando una persona se allana a la imputación, puede ocurrir lo siguiente: que el juez de garantías no esté de acuerdo, caso en el cual no procede el decreto de nulidad sino el rechazo del allanamiento. Pero si el juez de garantías lo acepta, el proceso pasará al juez de conocimiento para que dicte sentencia. En este estado del proceso, si el juez de conocimiento encuentra la existencia de una irregularidad que viola derechos fundamentales, podrá decretar la nulidad del allanamiento que ya ha sido aceptada por el juez de garantías. Lo anterior, bajo el entendido de que no existe ninguna actuación de la etapa de investigación que sea inmune al control de constitucionalidad y legalidad de quien va a fallar el proceso.

Ahora bien: la nulidad se decreta judicialmente cuando se demuestre que el acto no cumple con los presupuestos de ser voluntario, libre y espontáneo, conforme a los artículos 283 y 293 CPP. También cuando la aceptación de la imputación viole derechos fundamentales -por ejemplo, por error del imputado-. Se reputan inexistentes las imputaciones o los preacuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Asimismo es viable la nulidad cuando los hechos imputados, en relación con los cuales se produjo el allanamiento o se realizaron los acuerdos, no constituyen una conducta claramente reprochable desde el punto de vista penal (atipicidad o concurrencia de causal de justificación). Recuérdese en este punto que el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009, por medio del cual se reformó la Ley 270 de 1996, consagró que “agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones

injustificadas”. Lo anterior no quiere decir, tal y como lo interpretó la Corte Constitucional en la Sentencia C-1011 del 2008^{895}, que no pueda declararse la nulidad (después del control hecho por el juez de garantías) si después el juez de conocimiento en el proceso se detecta una grave irregularidad.

Por último, el juez puede tener otras opciones diferentes de la sanción de nulidad, como rechazar el allanamiento a la imputación debido a la existencia de una calificación defectuosa conforme a los hechos narrados por el fiscal y la fórmula jurídica escogida. Esta facultad la tienen tanto el juez de control de garantías al momento en que el imputado se allana a los cargos como el juez de conocimiento al momento de efectuar el respectivo control con el fin de proferir la sentencia. No puede perderse de vista que estos funcionarios judiciales son jueces constitucionales y deben velar por los derechos fundamentales del procesado, entre ellos el principio de legalidad y el debido proceso.

D. REGLAS DE DOSIFICACIÓN PUNITIVA

– El juez debe tasar la pena conforme al tradicional sistema de cuartos y, de la pena ya individualizada, hacer la rebaja correspondiente. Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia:

Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al tradicional sistema de cuartos y de la ya individualizada hacer la rebaja correspondiente, atendiendo factores tales como -a título ejemplificativo- la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que - cuando sea del caso- se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc., sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función^{896}.

Teniendo en cuenta la filosofía de las terminaciones anticipadas, es obligatorio evaluar el grado de colaboración que presta el sometido y la economía que se le otorga a la administración de justicia penal. Lo contrario conduciría a desnaturalizar el instituto premial, cuando se pueda aplicar el máximo de pena sin consideración de los aportes del sometido.

Cuando se realiza el allanamiento en la imputación y antes de formular la acusación, la rebaja es de hasta la mitad en su máximo y hasta una tercera parte en su mínimo. Este último porcentaje tiene por finalidad hacer congruente las disminuciones punitivas que se hacen en la etapa de juzgamiento. Si el allanamiento se hace a partir de la acusación y hasta antes de que inicie el juicio oral, la rebaja en su máximo es de hasta una tercera parte, y en su mínimo, de hasta una sexta, porque el último porcentaje es el que corresponde cuando se hace en el juicio. Si se trata de flagrancia, la disminución es de una cuarta parte durante todas las etapas procesales. Consideramos que en este caso, para respetar el principio de igualdad, si se ha iniciado el juicio debe ser solamente de una sexta parte, para que se dé el mismo tratamiento que se otorga a quienes no han sido capturados en flagrancia.

– El monto de rebaja contenido en el artículo 351. I CPP establecido hasta la mitad de la pena imponible implica que el descuento no puede ser menor de la tercera parte. En efecto, la jurisprudencia penal manifestó:

Ciertamente cuando el artículo 351. I de la Ley 906 previene que la aceptación de cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación comporta una rebaja “hasta de la mitad de la pena imponible”, al tiempo que la conjunción copulativa “hasta” restringe el límite máximo de deducción, no fija el mínimo de sanción que puede ser descontada, aspecto que desde luego se ha entendido condicionado por el imperativo de que dicha aminoración no sea menor de la tercera parte -y un día por favorabilidad, frente a los supuestos de la Ley 600-, en el entendido de que precisamente es la tercera parte el porcentaje de reducción que en la siguiente etapa procesal contempla el artículo 356.5 del C. de P. P., como contraprestación por la aceptación de cargos^[4897].

– El imputado, acusado o condenado por los delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 del 2006, donde se presenten como víctimas infantes y adolescentes, no cuenta con el beneficio de rebaja. En sentencia de casación se afirmó lo siguiente:

En consecuencia, cuando el legislador, en el numeral 7 del artículo 199 de la Ley 1098 del 2006, eliminó la posibilidad de obtener rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, incluyó expresamente allí el instituto de allanamiento a cargos. Mucho más, si a renglón seguido delimita su rango de acción “en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 del 2004”, determinado como es que esta última norma en su inciso primero regula esa aceptación unilateral de cargos^{898}.

En casos de captura en flagrancia y allanamiento a la imputación no puede otorgarse sino la cuarta parte del beneficio de que trata el artículo 351 CPP, cuando este se otorga antes del juicio oral. Si se aceptan durante la última oportunidad procesal (juicio), la disminución debe ser de una sexta parte, para respetar el principio de igualdad con las personas que no fueron capturadas en flagrancia^{899}.

Recientemente la Corte unificó la jurisprudencia en este tema. Dijo al respecto lo siguiente:

Con el nuevo mecanismo se varió en la ley el esquema de las rebajas o los parámetros para hacerlas efectivas frente a la captura en flagrancia, porque antes -frente a la aceptación de cargos- entre más cercana o lejana a la imputación, la reducción era gradualmente mayor o menor, para cambiarlo ahora, ya no por la gradualidad o avance en la investigación o juzgamiento sino en virtud de una condición personal como la flagrancia. Lo que impera ahora es esa consideración personal y no ya una calificación cronológica procesal, que es lo que a la postre permite diferenciar las rebajas ordinarias (hasta la Y2, hasta la 1/3, 1/6). Un panorama procesal como el establecido en la ley 1453/II, no hay duda, encuentra cabida en el poder de configuración legislativo.

Así las cosas, los verdaderos sentido y alcance de la restricción de % parte de la rebaja

de pena en los casos de flagrancia conduce a concluir que tal guarismo es único y que tiene aplicabilidad con independencia de las etapas del proceso o en cualquiera de los momentos u oportunidades en que el imputado o acusado acepte los cargos, bien sea por allanamiento, o por preacuerdo del fiscal^[1900].

De la anterior decisión se infiere que la jurisprudencia ha reconocido que la libertad del juez para definir los descuentos punitivos en terminaciones anticipadas se reconoce con las variables posdelictivas, tales como el grado de beneficio que se le prestó a la administración de justicia penal, el descubrimiento de nuevas fuentes de prueba o la identificación de otros autores o partícipes especialmente dirigentes en casos de criminalidad organizada o la reparación a las víctimas. Para valorar el grado de colaboración y economía procesal, la jurisprudencia ha estimado que en situaciones de flagrancia sin colaboración la rebaja no debe ser el máximo de la norma. Con la última reforma del artículo 301 CPP se eliminó para el caso de flagrancia la gradualidad que podía hacer el juzgador cuando utilizaba la expresión “hasta” que no obligaba a una disminución fija, y por el contrario se indicó que sin importar el momento procesal, las personas capturadas en flagrancia no tienen derecho a una rebaja de hasta la mitad de la pena, sino una rebaja automática de una cuarta parte de la pena imponible.

No obstante, es importante anotar que el salvamento de voto de SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ en este tema resalta la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, al anotar que el instituto se soporta en un componente de gradualidad de tal manera que a mayor desarrollo de etapas procesales, es menor el beneficio; y a mayor economía procesal, es mayor el descuento y en consecuencia el legislador desestructura el instituto y además contradice el marco de aplicación normativa, al establecer una rebaja automática sobre la pena y no del beneficio. Es decir que la propia decisión de la Corte no aclara si el procesado tiene derecho a la rebaja de una cuarta parte de la pena impuesta o a una cuarta parte del beneficio consagrado en la ley, porque con esta última interpretación la rebaja sería de un octavo de la pena impuesta.

En nuestro concepto el salvamento de voto es razonable, ya que entre dos

interpretaciones debe prevalecer la menos odiosa, pero también porque la flagrancia no necesariamente comporta responsabilidad penal, que es justamente la tesis que ampara la posición mayoritaria de la Corte. La sentencia mencionada^{901} establece criterios de interpretación que tratan de precisar cómo se debe graduar la disminución punitiva, dependiendo de la etapa procesal en la cual la persona se allana a cargos, para efectos de buscar un adecuado equilibrio en la dosificación de la pena. Así mismo, siguiendo textualmente lo previsto en la Ley 1453 del 2011, artículo 57, cuando se trata de allanamiento por parte de una persona capturada en flagrancia, la disminución se establece en un quantum fijo de una cuarta parte, independientemente del momento procesal en que el imputado acepte los cargos. Consideramos sin embargo que teniendo en cuenta los mismos criterios desarrollados por la Corte (Sentencia C-645 del 2012^{902}), sería necesario concluir que la cuarta parte prevista en la ley puede aplicarse en la imputación (primera oportunidad), en la audiencia preparatoria (segunda oportunidad) pero no en la tercera oportunidad, es decir, al inicio del juicio, porque se generaría una desproporción si se compara con las demás disminuciones. En nuestro entender, solamente es viable aplicar el término fijo de una cuarta parte en la primera y segunda etapa (imputación y audiencia preparatoria) y para el juicio aplicar la regla general de una sexta parte, para evitar que la persona sorprendida en flagrancia que se ha allanado a cargos resulte más beneficiada que aquel que no ha sido capturado en esa circunstancia^{903}.

III. NEGOCIACIONES Y PREACUERDOS

A. GENERALIDADES DEL DERECHO COMPARADO

El tema de los preacuerdos o alegaciones preacordadas ha sido debatido profundamente en el derecho procesal penal comparado, precisamente por las enormes incidencias que estos tienen frente a los principios constitucionales que sustentan la potestad punitiva del Estado.

Frente a los preacuerdos la doctrina procesal no duda en vincular la temática a las figuras de “negociación para la declaración y alegación de culpabilidad” del derecho estadounidense conocidas bajo el rótulo de *plea bargaining*^{904}. La alegación de culpabilidad opera como una transacción entre el fiscal y la defensa en búsqueda del sometimiento y la suspensión de las garantías que la Constitución reconoce al procesado -el derecho a un juicio público-. De ahí, es claro que en este modelo de administrar justicia aparece implícito un tratamiento más benigno para el acusado^{905}. En tal virtud, para que tal acuerdo surta los efectos pretendidos se exige que el procesado se someta con conocimiento, inteligencia, voluntad libre de apremio, consejo calificado de la defensa y con la claridad de que el acuerdo no es vinculante para el juez de conocimiento.

Respecto del requisito del consejo de la defensa, la jurisprudencia estadounidense ha entendido que tal circunstancia permitirá al procesado saber de qué se trata el acuerdo al que se ha llegado y si tal elección ha sido acertada frente a las circunstancias del caso, porque pueden existir motivos por los que la decisión de sometimiento sea mucho más gravosa que la opción de ir a juicio. En todo caso, se puede concluir que la elección de sometimiento fue acertada, a partir de la valoración de la experiencia del defensor^{906}.

En cuanto a la toma de decisión libre de apremio, se exige la voluntad necesaria para cualquier transacción. La jurisprudencia ha señalado que pueden configurarse diversas formas de afectación de la voluntad libre de apremio -por ejemplo un mal consejo del defensor, por el cual el procesado se somete con la creencia errónea de obtener un monto específico de pena^{907}.

Una vez se ha llegado al acuerdo entre fiscal y procesado en el derecho estadounidense, se presenta el resultado ante la Corte. En una audiencia en donde están presentes fiscal, defensor y procesado, la Corte hace un cuestionario exhaustivo que incluye preguntas al defensor en relación con el consejo dado al procesado, preguntas al fiscal sobre el acuerdo al que se ha llegado e inmediatamente al defensor, sobre el mismo aspecto. Acto seguido se indaga al procesado sobre su estado mental para la aceptación de culpabilidad y se procede a hacer las advertencias sobre los derechos y garantías constitucionales a los que

renuncia.

Se le pregunta sobre su decisión de declararse culpable frente a los cargos y luego se le suministra una información que incluye el tiempo máximo de sanción, las pautas tomadas en cuenta para sentenciar y la libertad vigilada. Uno de los aspectos más importantes dentro de la competencia de la Corte para aceptar el acuerdo es el de las llamadas “bases factuales para determinar la responsabilidad penal”, según las cuales la Corte puede interrogar al sometido con el fin de corroborar las informaciones allegadas al proceso en el acuerdo, en especial respecto de la comisión de los hechos por parte del procesado.

La importación de la figura del *plea bargaining* en otras legislaciones ha producido una literatura copiosa en los últimos veinte años, que ha permitido acuñar figuras parecidas en el derecho continental^[908]. La gran discusión que se presenta en los países que adoptan la justicia penal negociada se refiere esencialmente al choque entre los principios de presunción de inocencia, legalidad e *in dubio pro reo*. El principio de legalidad se ve afectado si se llega a una negociación sobre la tipicidad de la conducta; el principio de presunción de inocencia se restringe en la medida en que el proceso no se agota para demostrar la culpabilidad del acusado; y el principio del *in dubio pro reo* también se limita, toda vez que la negociación puede implicar la aclaración de dudas por parte del procesado, que en realidad corresponden a la carga de la prueba en cabeza del Estado^[909].

No obstante constatarse esta crisis de los principios que soportan el proceso penal, lo evidente es que los modelos de justicia penal negociada se han impuesto por razones prácticas; es decir, ante la creciente demanda a las instituciones que administran justicia penal, se opta por soluciones que implican la renuncia a la noción tradicional del proceso en favor de la celeridad.

B. EL CONSENSO EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

A diferencia del allanamiento a la imputación, las alegaciones preacordadas suponen un consenso entre defensores, imputados y Fiscalía para llegar a una

imputación determinada y en consecuencia disminuir la pena. Sobre los acuerdos en el proceso penal, la doctrina europea ha planteado la discusión a partir de dos posturas: por una parte, una posición crítica que reafirma la imposibilidad de admitir los acuerdos en el proceso penal debido al juego a que se someten las garantías liberales que se reconocen durante la investigación y juzgamiento. En el otro extremo están quienes expresan la libertad del acusado en el proceso penal con fundamento en el principio de la autonomía privada, con lo cual se aceptan consecuencias que necesariamente obligan a la ponderación de los principios del proceso penal que contienen derechos fundamentales.

El consenso en el proceso penal plantea, en términos generales, la pregunta sobre la compatibilidad y coherencia de un proceso que está diseñado sobre la tensión entre la persecución penal y los derechos fundamentales del investigado. Esta se resuelve en una ecuación de limitación para la Fiscalía por múltiples factores (prohibiciones de prueba, términos estrictos, exclusión de evidencias, etc.) y mediante la máxima extensión de los derechos fundamentales del imputado (derecho al silencio, defensa técnica, contradicción, juicio con todas las garantías).

En esta ecuación, con sus debidas ponderaciones, el proceso se tramita para que el Estado, como actor titular del *ius puniendi*, demuestre la culpabilidad. No obstante, el consenso penal varía esta tensión, otorgándole mayor valor a la libre voluntad del imputado. En todo caso, el consenso penal valora con mayor aceptación una visión realista que involucra al imputado en la solución del conflicto que se desencadena con su conducta.

C. CRÍTICAS AL CONSENSO PENAL

La primera cuestión que suele plantearse tiene que ver con el problema de la renuncia a un juicio con todas las garantías, porque obviamente la discusión se fundamenta en la disponibilidad de derechos fundamentales y de garantías. Si bien los derechos fundamentales no tienen un carácter absoluto, lo cierto es que el consenso tiene suficiente entidad para hacerlos perfectamente renunciables. Con esta renuncia, como se afirmó, terminan restringidos principios que

tradicionalmente han operado a favor del acusado, como la carga de la prueba, el *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia, hasta tal punto que un proceso penal adecuado a la noción de Estado de derecho responde más a la funcionalidad de la administración de justicia que a la de un proceso con todas las garantías.

En segundo lugar, conviene reflexionar sobre la preservación del principio acusatorio como garantía para determinar la responsabilidad penal. En tal sentido, el sometimiento del juez a la ley en sus decisiones impide una promesa vinculante sobre el monto de la punibilidad, porque es tanto como si el fiscal pudiese decidir de antemano sobre la responsabilidad penal cuando los límites de su competencia, con respecto a la pretensión penal se agotan en la acusación. Por tal razón, se afirma que con los acuerdos y negociaciones se podría poner en peligro el principio acusatorio.

En tercer lugar, el principio de averiguación de la verdad como derecho de las víctimas puede menoscabarse, toda vez que la confesión formalizada mediante un acuerdo puede no resultar suficiente para definir la responsabilidad penal del sometido y mucho menos para lograr una efectiva garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas y perjudicados.

D. FINALIDADES DE LOS ACUERDOS Y LÍMITES PARA EL FISCAL

El Código señala que los acuerdos tienen cinco fines: (1) la humanización de la actuación procesal y la pena; (2) obtener pronta y cumplida justicia; (3) activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; (4) propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y (5) lograr la participación del imputado en la definición de su caso.

La interpretación de esta norma debe ser teleológica, de tal forma que debe entenderse que el fiscal puede propiciar acuerdos sólo cuando se presente uno de estos fines. De lo contrario, si tiene una investigación con acusación perfectamente fundada y con entidad suficiente para sustentarla en juicio, no deben realizarse preacuerdos.

Si el delito o los delitos investigados están plenamente demostrados no puede pretenderse llegar a un acuerdo o negociación, porque el Estado no debe mediante estas figuras negociar sin fundamento, cuando hay plena prueba de la responsabilidad. El procesado cuenta, por lo tanto, con la posibilidad de allanarse en los diferentes momentos procesales, y en virtud de ello operan beneficios de punibilidad para él y de economía procesal para el Estado. Ante plena prueba de la responsabilidad, lo procedente es el allanamiento.

Si se analiza el artículo 248 cpp puede advertirse una doble estructura, esto es, esta norma tiene conformación tanto de regla como de principio. Tiene características de regla porque consagra dos presupuestos indispensables para entrar a negociar: (1) cumplir las finalidades que allí se exponen y que acabamos de enunciar y (2) que haya aceptación clara de culpabilidad.

Ahora bien: esta norma tiene asimismo estructura de principio porque para saber el margen de actuación del fiscal en una negociación, es necesario partir de criterios de ponderación jurídica. Dicho en otros términos: cualquier cambio respecto de los cargos inicialmente imputados que pretenda hacer el funcionario debe estar justificado desde la teoría de la proporcionalidad. Se trata de la toma de una decisión después de un juicioso ejercicio de racionalidad.

Además, las finalidades también deben tener una proyección constitucional; en tal sentido, la humanización de la actuación y la pena deben entenderse conforme a las perspectivas de lo que pretende constitucionalmente el derecho penal. Esto es: mantener la persecución penal en unos límites razonables a efecto de cumplir los principios de prevención general y especial que predica el derecho penal.

En cuanto a la activación de soluciones a los conflictos, es claro que el fiscal debe buscar una respuesta a casos en los que el derecho penal es una mínima parte de la solución del problema y resultaría más acertado resarcir a la víctima de forma acelerada con el restablecimiento de su derecho que con la espera de la decisión penal.

Así mismo, el fin más importante es la celeridad de la administración de justicia, razón por la cual las contraprestaciones en el acuerdo deben ser efectivamente medidas bajo estrictos parámetros de proporcionalidad.

E. MOMENTOS PROCESALES EN LOS QUE ES POSIBLE REALIZAR PREACUERDOS Y CONSECUENCIAS PUNITIVAS

De conformidad con la ley procesal penal, los acuerdos pueden darse en los siguientes momentos:

- Desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de ser presentado el escrito de acusación;
- Entre la acusación y la iniciación de la audiencia de juicio oral, lo cual incluye la audiencia preparatoria.

F. PREACUERDOS E IMPUTACIÓN

I. GENERALIDADES

A diferencia del allanamiento a la imputación, los preacuerdos suponen un convenio bilateral. El artículo 35o CPP establece que desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El fiscal y el imputado, por intermedio de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual la persona se declarará culpable del delito imputado o de uno con pena menor a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico;
2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva de una forma específica con la finalidad de disminuir la pena;
3. Atribuya la conducta a un grado de ejecución o participación más benigna siempre que haya duda sobre estas instituciones jurídicas.

La disposición establece que la negociación ocurre después de la audiencia de imputación, por lo cual surge la pregunta de si la negociación debe girar en torno de esta imputación o es factible variarla por cuenta de la negociación. Debe

recalcarse que el fiscal no puede apartarse del principio de legalidad penal y, por lo tanto, la conducta jurídicamente endilgada debe corresponder con lo investigado sin que se puedan introducir cambios por cuenta de la negociación. Debe recordarse que la posibilidad dentro de los acuerdos de seleccionar una denominación jurídica diferente a la de la imputación o acusación es factible siempre y cuando no se altere el núcleo esencial de los hechos, porque la de nominación jurídica es provisional hasta antes de que se profiera la respectiva sentencia.

a. ADECUACIÓN TÍPICA Y NEGOCIACIÓN

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara a este respecto. Por ejemplo, en las sentencias de casación del 15 de julio del 2008^[910] y 6 de septiembre del 2007^[911] se enfatiza que la adecuación típica hace parte del debido proceso en las terminaciones anticipadas. Recientemente la Sala Penal señaló:

Sin duda, el debido proceso es una garantía reconocida en la Carta Política y el principio de legalidad, como una de sus expresiones, puede resultar eventualmente lesionado cuando la conducta desplegada por el agente no se adecua al tipo penal imputado y con fundamento en el cual se profirió sentencia condenatoria, o cuando el proceder criminal solo encaja en una acción típica.

Por consiguiente, de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado y el presunto cumplimiento de las formas, a los derechos y garantías fundamentales^[912].

El fiscal debe respetar la tipicidad a partir del *factum* imputado y, en consecuencia, esta actuación marca el límite de su facultad negociadora con respecto al delito. En este sentido, resultan trascendentales las circunstancias de la comisión de la conducta, debido a que los hechos jurídicamente relevantes pueden ser apreciados de manera distinta por la defensa y la Fiscalía para

acordar en forma definitiva la imputación, en la búsqueda de un tratamiento punitivo más benigno. Así, el fiscal puede negociar sobre las agravantes de un delito, bien sean genéricas o específicas, o dependiendo del planteamiento fáctico realizado en la imputación puede discutir la apreciación jurídica que tenga sobre los elementos demostrativos de una conducta por la que pretende acusar y de la que es posible derivar una calificación más favorable al imputado.

Una consecuencia del postulado anterior es la labor del juez de conocimiento en el control del preacuerdo, ya que si se predica que no hay lugar a la afectación del *factum* originario, debe permitirse un control exhaustivo por cuenta del funcionario de juzgamiento. La extensión de dicho control fue admitida por la Corte Suprema de Justicia al precisar los límites de actuación del juez en el rechazo del acuerdo cuando no haya consonancia entre la imputación fáctica originaria y el acuerdo realizado entre la Fiscalía y el acusado. Los fundamentos de esta jurisprudencia son el respeto por el principio acusatorio, el debido proceso y el principio de exclusividad judicial. La Corte se refiere a este aspecto de la siguiente forma:

En este orden de ideas, si en el ejercicio del control judicial que le asiste dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones el juez de conocimiento encuentra en el escrito presentado por las partes una incongruencia entre la imputación fáctica y la jurídica o, mejor dicho, un error en la calificación jurídica de los hechos atribuidos en la audiencia de formulación correspondiente (verbigracia, por haber seleccionado de manera equivocada el *nomen iuris* de la conducta, o la modalidad de coparticipación criminal, o la imputación al tipo subjetivo, o el reconocimiento de una circunstancia de agravación, o el desconocimiento de una atenuante, etcétera), y éste además repercute sustancialmente en la determinación de los límites punitivos, estará ante el quebrantamiento de la garantía judicial del debido proceso en lo que se refiere al principio de estricta jurisdiccionalidad del sistema, y en particular al axioma garantista según el cual no hay etapa de juicio sin una previa y adecuada acusación^[4913].

b. ACUERDOS Y PRUEBA MÍNIMA DE AUTORÍA,

PARTICIPACIÓN Y TIPICIDAD

Al igual que el allanamiento a la imputación, los acuerdos exigen prueba mínima de la existencia del delito. La normatividad procesal toma como punto de partida el inciso 4.º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, por lo que para la aplicación del principio de oportunidad y las negociaciones es indispensable un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en el delito investigado.

Esta disposición debe interpretarse conforme a las exigencias de un derecho penal democrático como el que contempla la Constitución de 1991, para evitar de esta manera que se derive una forma de responsabilidad objetiva al legitimar, por la vía del acuerdo, la aceptación de hechos punibles cuando no hay culpabilidad. Por tal razón, las nociones de prueba mínima sobre autoría o participación deben entenderse en el sentido de que la conducta es típica, antijurídica y culpable, tal y como lo exige el Código Penal.

Así mismo, es necesario tener en cuenta, con plena precisión, las diferentes alternativas que pueden presentarse por razón de los posibles acuerdos. Por ejemplo, si se imputan dos delitos y el más grave no está demostrado, esto es, hay duda sobre la responsabilidad del procesado frente a dicho comportamiento mientras que frente al menos gravoso existe certeza, es perfectamente posible entrar en una negociación con el fin de poder constituir prueba en relación con el delito de mayor gravedad eliminando por el acuerdo el de menor entidad. Cualquier reconocimiento de responsabilidad por el delito más gravoso implica una confesión con todas las características y los efectos procesales del caso.

2. EL FISCAL NO PUEDE EXAGERAR O SOBREDIMENSIONAR LA IMPUTACIÓN, EN CUANTO AL NÚMERO DE DELITOS O AGRAVANTES, PARA LOGRAR LUEGO UNA NEGOCIACIÓN

En el campo de las estrategias de negociación por parte de la persecución penal, el derecho comparado ha sido claro en conformar un modelo transparente de negociación que establece verdaderas prohibiciones para el fiscal. Desde este

punto de vista no son admisibles las estrategias de sobrecarga, en las cuales se imputan delitos por los que el investigado es inocente, con la esperanza de lograr que éste alegue su culpabilidad por aquellos que efectivamente cometió y de los cuales el fiscal tiene prueba suficiente pero no desea ir a juicio.

De conformidad con los lineamientos de la jurisprudencia penal, es claro que el fiscal está sujeto al principio de objetividad y legalidad, pero en algunos casos la forma de imputación fáctica puede permitir el fenómeno de sobrecarga, que desde el punto de vista sustancial debe resolverse por la vía del concurso de hechos punibles o la teoría de los actos copenados. Por ejemplo, no sería de recibo que de una situación fáctica de acceso carnal violento se hicieran inferencias sobre el secuestro por los efectos de la retención y las lesiones personales derivadas de la violencia propias de ese tipo penal.

Tampoco son admisibles las variaciones de los hechos en el sentido de imputar múltiples acciones cuando en realidad se está en presencia de un delito continuado, ni imputar modalidades alternativas que correspondan a un tipo penal. Por ejemplo, con el único hecho probado del porte de estupefacientes proponer una tentativa de distribución y participación en el tráfico.

G. REGLAS LEGALES SOBRE LOS ACUERDOS

I. ELIMINACIÓN DE AGRAVANTES O RECONOCIMIENTO DE ATENUANTES

Si se sostiene la tesis del mantenimiento del *factum* primigenio que fundamenta la negociación, debe entenderse que el fiscal puede conceder la supresión de agravantes teniendo en cuenta las circunstancias de comisión de la conducta y lo que hasta el momento esté probado. Por ejemplo, puede imputar un hurto agravado por la simulación de una calidad supuesta y en medio de situación calamitosa y con destreza. Un problema de subsunción complejo como es la simulación y la destreza permitiría al fiscal aceptar no incluir una o las dos agravantes en la acusación sin mayor discusión.

Contrario sensu, puede reconocer una atenuante específica de cada tipo penal

o las generales que modifiquen los límites punitivos, como ira, intenso dolor, marginalidad, ignorancia o pobreza extremas. Por ejemplo, en el caso de un hurto puede aceptar la circunstancia de extrema pobreza como causal de atenuación.

2. ELIMINACIÓN DE CARGOS

La eliminación de cargos debe entenderse como una renuncia parcial a la persecución penal y, por lo tanto, una manifestación del principio de oportunidad por cuenta de la Fiscalía. No obstante, al no estar contenida en el artículo 324 cpp tendríamos una especie de principio de oportunidad que no se sujeta a los requisitos para su aplicación, como son el examen por parte del juez de control de garantías y la estricta legalidad de la causal escogida porque el control lo haría el juez de conocimiento; en consecuencia, el tratamiento procesal que la ley le otorga a esta situación no es la del principio de oportunidad sino que se regula dentro del marco del preacuerdo como una supresión de cargos, cuyo control corresponde al juez de conocimiento.

Por lo tanto, en caso de que se excluya un delito en el acuerdo en relación con dicho comportamiento no se requiere la aplicación del principio de oportunidad ni que se profiera sentencia absolutoria: basta con que el juez, en la respectiva sentencia condenatoria, acepte de manera integral el acuerdo.

3. TIPIFICACIÓN CONCERTADA

Se trata de un acuerdo sobre el tipo objetivo con la finalidad de disminuir la pena y, por lo tanto, deben aplicarse los criterios ya mencionados en relación con la figura jurídica materia de estudio. Esto es: que el acuerdo se realice sobre el *factum* investigado y sobre el cual existe prueba suficiente. La Fiscalía podrá analizar este supuesto con otros elementos, como el grado de perfección de los hechos a efectos de configurar una tentativa y no un delito acabado o el mayor o menor grado de colaboración en una conducta punible que permite reconocer la complicidad y no la coautoría. La Corte Constitucional declaró exequible de

manera condicionada esta facultad del fiscal, con la siguiente argumentación:

[...] no se refiere a la facultad del fiscal de crear nuevos tipos penales, pues tratándose de una norma relativa a la posibilidad de celebrar preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado, la facultad del fiscal en el nuevo esquema procesal penal está referida a una labor de adecuación típica, según la cual, se otorga al fiscal un cierto margen de apreciación en cuanto a la imputación, pues con miras a lograr un acuerdo se le permite definir si puede imputar una conducta o hacer una imputación que resulte menos gravosa; pero de otro lado, en esta negociación el fiscal no podrá seleccionar libremente el tipo penal correspondiente sino que deberá obrar de acuerdo con los hechos del proceso.

En efecto, en relación con la posibilidad de celebrar preacuerdos entre el fiscal y el imputado, aquel no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, porque se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código Penal.

En conclusión, la Corte declarará la exequibilidad del numeral 2, del artículo 350 de la Ley 906 del 2004, que dispone que “Tipifique la conducta de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, en el entendido [de] que el fiscal no puede en ejercicio de esta facultad crear tipos penales; y que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación conclusiva no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente^{[914]/[915]}.

4. REQUISITOS DE LOS PREACUERDOS CUANDO EXISTA ENRIQUECIMIENTO POR PARTE DEL IMPUTADO

Los preacuerdos y las negociaciones son improcedentes cuando el imputado o el acusado hubieren obtenido un incremento patrimonial producto del ilícito, salvo

que se reintegre por lo menos el cincuenta por ciento del incremento ilícito y se garantice el recaudo del faltante (artículo 349 CPP). La norma tiene por finalidad proteger los intereses de la víctima e impedir que se trate de obtener beneficios mediante los acuerdos sin haber intentado parcialmente la reparación económica.

H. EXTENSIÓN DEL CONTROL DE LEGALIDAD

La normatividad impone, tanto en materia de allanamiento a la imputación como en el caso de preacuerdos, la intervención obligatoria del juez de conocimiento para que profiera el fallo condenatorio. La jurisprudencia ha entendido que este control tiene cuatro presupuestos:

- *Control sobre la actuación de negociación.* Básicamente se trata de un control de trámite sobre el debido proceso, un examen en donde se constate que el preacuerdo se realizó sin vicios del consentimiento y con respeto por los derechos fundamentales y garantías procesales. Si el acuerdo es presentado al juez de conocimiento, en caso de un error de legalidad, de garantía o de estructura, el juez lo puede rechazar. Si la irregularidad surge después de la aprobación, lo procedente será decretar su nulidad -total o parcial- y ordenar rehacer el trámite desde el momento en que se presentó el error *in procedendo*^[916].

- *Control sobre el sustento probatorio de las conductas imputadas en la negociación.* El juez de conocimiento debe verificar la concurrencia de evidencias y de elementos de prueba que satisfagan el umbral exigido, para determinar la responsabilidad del acusado con los presupuestos de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad de la conducta aceptada por el inculcado, además de la autoría (artículo 327 inciso 3.º y artículo 381 CPP).

- *Control sobre la calificación jurídica de la imputación primigenia.* Corresponde al juez de conocimiento controlar la legalidad del preacuerdo, que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte implica dos pasos: el funcionario de conocimiento deberá, en primer lugar, verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar; en segundo

lugar, el juez debe examinar si dichas circunstancias ostentan una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de su correspondencia o no con la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación^[917].

En otras palabras, el hecho de que en la audiencia preliminar se haya cometido cualquier error en la denominación jurídica de la conducta es una situación que no necesariamente tiene relevancia dentro del trámite de los preacuerdos y negociaciones, porque más allá de la intangibilidad de la situación fáctica inicialmente atribuida, lo que debe confrontar el juez de conocimiento es que la adecuación típica plasmada en el escrito se corresponda jurídicamente con los hechos a partir de los cuales las partes realizan su consenso.

– *El juez no puede hacer variación de la calificación motu proprio; así se respeta el principio acusatorio.* El principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control es rechazar el respectivo acuerdo, para así propiciar la realización de otra negociación que respete la consonancia predicable entre la imputación fáctica y la imputación jurídica, o también puede ordenar la continuación ordinaria del proceso^[918]. Si rechaza el acuerdo debe declararse impedido.

I. SISTEMA DE BENEFICIOS

El problema fundamental que enfrenta el sistema de beneficios tiene que ver con dos aspectos básicos: la función de la pena y el grado de colaboración^[919]. La Corte Suprema de Justicia ha interpretado el sistema de rebajas de la siguiente forma:

El establecimiento de disminuciones movibles en sistemas de justicia criminal consensuada o paccionada como la denominan algunos, hacen de la admisión de cargos un derecho relativo del procesado pues aunque es absoluto el de declararse culpable de ellos y renunciar al juicio, puede pasar que su aspiración de rebaja punitiva (al máximo

posible, por ejemplo) no se vea satisfecha porque el fiscal, en virtud de consideraciones vinculadas al fijarla, que no corresponden a los criterios para dosificar la pena, esté en desacuerdo con pactarla y ofrezca, en cambio un descuento menor.

Es una eventualidad que puede ocurrir y, en tales casos, con fundamento en que el allanamiento a cargos es un derecho del imputado, no se le puede imponer al fiscal acceder a una pretensión que en el caso concreto desborda las directrices de la institución en materia de negociaciones o acuerdos, las pautas de política criminal, o simplemente el equilibrio entre el ahorro de esfuerzo jurisdiccional en el caso concreto y/o la contribución del imputado a resolverlo -incluyendo en la noción de resolución del caso la reparación efectiva de la víctima- y la cantidad de rebaja punitiva.

Si, por ejemplo, se esperó hasta último momento para aceptar los cargos y siempre se mostró reticente a colaborar, su decisión de sometimiento podrá leerse simplemente como la última oportunidad para obtener una rebaja significativa de pena sin haber suministrado nada a cambio distinto a disponer de su derecho a allanarse o no a unas imputaciones frente a las cuales sabe que no tiene gran posibilidad de éxito si va a juicio. En tal escenario es muy posible que el ofrecimiento del fiscal sobre la rebaja sea el menor previsto en la ley o cercano a él^[920].

En cumplimiento del mandato del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal deberá ponderar la necesidad de entrar en una negociación y, por lo tanto, reiteramos la exigencia de aplicación del principio de proporcionalidad en los preacuerdos, en el sentido anotado por la Corte Constitucional en la decisión transcrita.

IV. OTORGAMIENTO DE REBAJAS EN ALLANAMIENTO Y ACUERDOS

De todo lo anterior se concluye que existen varias oportunidades para el allanamiento, lo cual implica tratamiento diferente en las rebajas punitivas. Para algunos intérpretes, la aceptación de cargos para otorgar el beneficio debe hacerse en un momento procesal exacto (imputación, audiencia preparatoria e

iniciación de juicio oral). Para otros, no puede circunscribirse a una actuación concreta sino que se puede extender la posibilidad durante la duración de determinada etapa procesal. Es decir, la primera oportunidad se inicia a partir de la imputación hasta antes de que se formule la acusación y una segunda oportunidad desde la audiencia preparatoria hasta antes de que comience el juicio oral. Consideramos que en esta forma se cumplen las finalidades de la institución jurídica objeto de estudio, porque de todas maneras se logra la economía procesal, como ya se ha mencionado.

- Desde el allanamiento a la imputación hasta antes de la presentación del escrito de acusación se permite una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible sin que sea inferior a la tercera parte, porque el sometimiento en la audiencia preparatoria, conforme al artículo 356 CPP, comporta esa rebaja, en los términos del artículo 351 CPP.

- Después de la acusación la persona tiene la posibilidad de obtener una rebaja de hasta la tercera parte sin que sea inferior a la sexta, porque la rebaja otorgada por la ley al inicio del juicio oral corresponde a una disminución automática de la sexta parte.

- Rebaja por allanamiento en la audiencia del juicio oral de la sexta parte conforme al artículo 367 CPP, que establece el rito de dicha audiencia en los siguientes términos: una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, esto es, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable, tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados.

- Lo anterior con excepción de los casos de flagrancia, en los cuales la rebaja de la pena será sólo de una cuarta parte desde la audiencia de imputación hasta el inicio del juicio oral, momento en el cual la rebaja será de una sexta parte⁴². Consideramos que en este caso, para respetar el principio de igualdad, si se ha iniciado el juicio debe ser solamente de una sexta parte para que se dé el mismo

tratamiento que se otorga a quienes no han sido capturados en flagrancia.

– Ahora bien: el sistema de dosificación punitiva en el caso de acuerdos y negociaciones es un ejercicio del fiscal que involucra las variables correspondientes al monto de pena del tipo penal básico y la determinación de los factores relacionados con la individualización, de conformidad con los artículos 59 y 60 CP. En este sentido, resultarían aplicables las circunstancias específicas de agravación o atenuación (mayor y menor punibilidad) y, con base en el monto final, se establecerán las rebajas de acuerdo con el tipo de negociación y el momento procesal en el cual se realizó ésta.

– La Corte Suprema de Justicia considera que las variables del Código Penal para dosificar la pena no son aplicables para el otorgamiento de las rebajas, porque resulta más importante el comportamiento procesal del imputado. A este respecto afirma:

Como manifestación de una justicia premial, la rebaja correspondiente al allanamiento unilateral de cargos expresado en la audiencia de formulación de imputación prevista en el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, no puede estar condicionada a los criterios legales para mensurar la retribución justa (artículo 4 del Código Penal) del comportamiento punible.

Si bien, el citado artículo 351 no consagra una directriz que sirva de guía para encontrar cuál es la proporción de reducción sobre la pena finalmente impuesta a la conducta punible realizada por el imputado, si está implícita en la misma naturaleza del instituto, que busca reconocerle el mérito por su conducta procesal, es decir, un premio por optar por un camino que significa materializar los principios de celeridad, eficacia y eficiencia insertos en el de lograr pronta y cumplida justicia que orienta la función pública de administración de justicia.

De esta forma el fiscal, si decide llegar a un acuerdo con el imputado a raíz de la aceptación de los cargos en la audiencia preliminar, o el juez al dictar sentencia si no se celebra pacto al respecto, *deberán sopesar el significado del allanamiento en términos de oportunidad y rapidez con que se hizo, la magnitud del ahorro de esfuerzos y recursos investigativos que esa conductapost delictualsignificó*, con el fin de establecer

el porcentaje de disminución de la pena que se fijó para la conducta punible realizada que por tal razón merezca el procesado^[921].

Como lo ha anotado la jurisprudencia, el comportamiento procesal del imputado puede constituirse en una de las variables para tener en cuenta al determinar el monto final de la rebaja, pero es necesario que los servidores judiciales apliquen los criterios que la ley entiende como justa retribución, de conformidad con los fines de prevención que se propone el derecho penal. Cuando el allanamiento sea puro y simple en el momento de la audiencia de imputación y no se entre a negociar, el juez puede aplicar todas las fórmulas de dosificación del Código Penal en el sistema de cuartos y luego determinar el monto de rebaja.

V. PREACUERDO SOBRE LOS HECHOS IMPUTADOS Y SUS CONSECUENCIAS

Por otra parte, en la decisión citada, la Corte Suprema de Justicia considera la posibilidad de pactar las consecuencias de los hechos imputados. Esta interpretación se ajusta a la letra del artículo 351 CPP, que establece, en el segundo inciso, que el fiscal y el imputado también pueden llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Así, la conclusión obvia a la que llega la Corte es la posibilidad de acuerdos que incluyan la prisión domiciliaria y la suspensión de la ejecución de la pena.

No obstante, la misma jurisprudencia, en punto del otorgamiento de la prisión domiciliaria, no se sujeta a la noción de negociación pura y simple, sino que determina que los servidores judiciales deben consultar el presupuesto objetivo, de tal forma que en delitos para los que no sea procedente la prisión domiciliaria por el monto de la pena no es factible pactar el beneficio^[922].

Con todo, esta posición merece las siguientes críticas:

- Esta interpretación no consulta las finalidades de los acuerdos y su naturaleza premial, debido a que limita la posibilidad de negociación y sujeta a los funcionarios a definir el acuerdo con fundamento en las normas aplicables para casos de terminación ordinaria del proceso.

– Cualquier duda en la interpretación de una norma punitiva debe tener en cuenta el argumento *pro homine*; en este caso, la interpretación más favorable del artículo 351 CPP respecto de que es posible negociar las consecuencias de la conducta punible en las formas anticipadas de terminación del proceso no es la definida por la Corte Suprema de Justicia.

– Si el argumento que se esgrime es el de la legalidad de la pena para no otorgar el beneficio domiciliario de prisión por la naturaleza de la conducta, también debe advertirse que la negociación como parte del principio de legalidad procesal permite acuerdo sobre las consecuencias del delito. En relación con este tema sostuvimos que es posible la concesión de la detención domiciliaria aunque el delito esté en la lista que prohíbe esta clase de privación de la libertad. Los argumentos expuestos en otra parte de esta obra son aplicables a la hipótesis planteada.

– La jurisprudencia no consulta la noción del efecto útil como criterio de interpretación, porque no tendría ninguna consecuencia esta norma si no se permitiera el pacto o negociación sobre la forma de ejecución. Las razones anteriores son aplicables a la suspensión de la ejecución de la pena.

VI. RECURSOS

Frente a las decisiones proferidas por los jueces en relación con las formas anticipadas de terminación del proceso (allanamiento y preacuerdos), al ser pronunciamientos que deciden sobre la responsabilidad penal, pueden ser objeto de los respectivos recursos de ley. La única excepción que se presenta a este principio se da frente al allanamiento a la imputación, ya que al ser un acto que requiere doble análisis jurisdiccional, los recursos procederán en la audiencia de control de legalidad posterior realizada por el juez de conocimiento antes de proferir el fallo respectivo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que quien interponga los recursos debe estar tanto legitimado para ello (legitimación en la causa) como tener un interés para recurrir (interés para obrar), lo cual se determinará según el rol de cada parte en la actuación procesal. Así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia:

Por modo que, por regla general, al Ministerio Público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley^[4923].

VII. CONCLUSIONES

El Código de Procedimiento Penal ha incorporado algunas figuras que pretenden agilizar y hacer más efectiva la justicia penal. Se busca de esta forma luchar contra la delincuencia organizada, otorgando ciertos beneficios a aquellas personas que colaboren con la administración de justicia y permitan solucionar el conflicto penal de una forma más expedita.

La figura del allanamiento o aceptación de cargos es la primera institución de terminación anticipada del proceso penal, y puede realizarse en diversos momentos procesales: desde la imputación y hasta antes de la presentación del escrito de acusación, después de ella y hasta el inicio de la audiencia de juicio oral, teniendo como incentivo una rebaja de la pena que depende del momento en que se lleva a cabo (el mayor incentivo es una rebaja de hasta el cincuenta por ciento de la pena que se ha de imponer, si el allanamiento se produce en la primera oportunidad, excepción hecha de una cuarta parte en los casos de flagrancia, conforme a la modificación hecha por la Ley 1453 del 2011). En la segunda oportunidad es de una tercera parte, y al iniciar el juicio, de una sexta parte.

Ya que el allanamiento procede cuando la persona conoce los cargos que se le han imputado, dicha actuación procesal debe ser lo más completa posible y reunir los requisitos que la legislación establece y que se concreta especialmente en la inferencia razonable de autoría y participación. En consecuencia, es deber de la Fiscalía llevar a cabo una investigación exhaustiva y correcta para que cuando proceda a imputar sea por los delitos verdaderamente cometidos y a partir de las evidencias pertinentes (por supuesto, lícitas). Un vacío investigativo puede generar consecuencias nefastas en materia de realización de la justicia

cuando se trata de casos de justicia premial.

El allanamiento es una propuesta que hace el Estado a la persona investigada, quien está en total libertad de acogerla o no, por lo cual resulta trascendental que el procesado se encuentre asesorado por un abogado, para que comprenda las consecuencias de dicha propuesta. Si el procesado acepta la imputación, lo actuado se considera suficiente como acusación, se suspende entonces la investigación y se entiende que hay una renuncia al juicio oral, con todas las garantías que se asocian con esa etapa procesal. Luego se procede a convocar la audiencia para la individualización de la pena y la sentencia.

El allanamiento es un acto sometido a examen de legalidad por parte del juez de control de garantías, a quien corresponde ejercer una actuación de verificación sobre los supuestos legales y fácticos del allanamiento, que deben constar en el acta de aceptación de cargos que fundamenta la acusación.

Por medio de este mecanismo el procesado decide sobre su “suerte procesal”; en consecuencia, es necesario que conozca toda la evidencia necesaria con que cuenta el fiscal para sustentar la imputación (inferencia razonable de autoría y participación). Por tal motivo, este funcionario (el fiscal) debe aportar, al momento de proponer la aceptación de la imputación al juez de conocimiento, todos los elementos probatorios que haya recaudado durante la actividad investigativa, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, para que el juez de conocimiento cuente con la totalidad de los elementos materiales probatorios al momento de realizar el control, formal y material, tanto de la aceptación de los cargos como de la existencia del delito. Al fiscal no le está permitido utilizar estrategias de sobrecarga en las cuales se imputen delitos por los cuales el investigado es inocente, para así provocar el allanamiento sobre algunos delitos imputados o para generar espacios “aptos” para acuerdos. Este funcionario (juez de garantías) está sujeto al principio de objetividad y legalidad.

El trámite para proferir sentencia conforme a la aceptación de cargos exige doble control, por parte del juez de garantías y del de conocimiento al momento de proferir la sentencia condenatoria.

El estatuto procesal penal también establece la figura de los preacuerdos, como otra forma de terminación anticipada del proceso, con especiales

finalidades que los orientan. A diferencia del allanamiento a la imputación, los preacuerdos suponen un consenso bilateral entre el imputado, su defensa y la Fiscalía. Estos (acuerdos) pueden realizarse desde la audiencia de formulación de imputación hasta antes de que el escrito de acusación se presente; entre la acusación y el inicio de la audiencia de juicio oral, donde se incluye la audiencia preparatoria.

Al igual que para el allanamiento, lo imputado es el soporte fáctico y jurídico para los acuerdos. El cumplimiento estricto de los requisitos de una correcta imputación es, entonces, el presupuesto para celebrar acuerdos. En estos casos lo que se tramita es una negociación dentro de un marco fáctico y jurídico mínimo, y es precisamente sobre este punto donde se presenta mayor discusión en la doctrina y la jurisprudencia. Se puede decir, como regla general, que el fiscal tiene como punto de partida unos hechos valorados jurídicamente que lo vinculan, de manera que cualquier cambio respecto de los cargos inicialmente imputados debe estar justificado desde la teoría de la proporcionalidad. El margen de actuación del funcionario está limitado a las siguientes actividades: puede quitar agravantes, puede retirar cargos, puede reconocer atenuantes y puede tipificar la conducta de forma diferente (art. 35o CPP). En todas las anteriores facultades es necesario, como se advirtió, que a la decisión del funcionario preceda un ejercicio estricto de ponderación.

En cualquier negociación resulta imperioso respetar el *factum* que ha servido de premisa para imputar. Por lo tanto, la eliminación de agravantes debe tener en cuenta las circunstancias específicas de comisión de la conducta y lo que hasta ese momento se encuentre probado, de modo que el fiscal puede, por ejemplo, suprimir circunstancias de agravación cuando tenga dudas sobre la configuración de una de esas circunstancias. Lo mismo puede decirse para los casos de tipificación concertada, porque el funcionario está facultado para acordar con el imputado y su defensa formas de tipificación del tipo, dependiendo de las circunstancias en que se han dado los hechos y la prueba que obra al respecto (piénsese en la tentativa o formas de intervención delictiva, etc.). En cuanto a la eliminación de cargos, consideramos que este supuesto constituye una forma de renuncia a la persecución penal conforme al alcance del principio de oportunidad

pero que se reconoce a través de los acuerdos. Cuando la Fiscalía haya imputado con suficientes y claros argumentos probatorios, lo que procede como forma de terminación anticipada es el allanamiento y no otro tipo de negociación.

Los preacuerdos son controlados en su legalidad por el juez de conocimiento. La extensión de dicho control fue entendida por la Corte Suprema de Justicia, afirmándose la necesidad de rechazar el acuerdo cuando no haya consonancia entre la imputación fáctica originaria y el acuerdo realizado entre la Fiscalía y el acusado.

Tanto en el allanamiento como en los acuerdos, el juez de conocimiento es quien dicta el fallo condenatorio. Por esta razón, es él quien tiene especial competencia para controlar la actuación de negociación y determinar si se otorgó la suficiente información al procesado, si se permitió el conocimiento del sustento probatorio de las conductas imputadas en la negociación, y todo lo que se requiera para el pleno conocimiento de la actuación procesal realizada por la Fiscalía. De conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, el control exige el cumplimiento de dos pasos: (1) verificar que la situación fáctica referida en el escrito presentado por las partes sea idéntica a los hechos imputados por la Fiscalía en la respectiva audiencia preliminar (imputación) y (2) el juez debe examinar si dichas circunstancias contienen una debida consonancia frente a la adecuación típica plasmada en el escrito del preacuerdo, sin perjuicio de que corresponda o no a la calificación jurídica de los hechos atribuida en la formulación de imputación.

Para dictar sentencia, el juez se encuentra limitado por lo acordado; en consecuencia, no puede hacer variación de la calificación *motuproprio*. El principio acusatorio implica una rígida separación entre el juez y las partes, de manera que si el funcionario advierte un error en la calificación jurídica de la conducta, lo que tendrá que hacer de manera inmediata en la audiencia de control es rechazar el respectivo acuerdo y en casos excepcionales invalidar la actuación mediante la declaratoria de nulidad y declararse impedido para conocer luego del respectivo caso.

PARTE NOVENA

MECANISMOS DE CONTROL Y PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DENTRO DEL PROCESO PENAL

CAPÍTULO PRIMERO

El debido proceso

I. EL DEBIDO PROCESO Y EL ARTÍCULO 29 CONSTITUCIONAL

Para explicar algunos de los mecanismos más importantes en la efectiva protección de los derechos fundamentales dentro del proceso penal, resulta indispensable comenzar con la exposición del contenido y las características del derecho al debido proceso. En el segundo capítulo estudiaremos la nulidad como consecuencia jurídica por su violación. Y, por último, se analizarán los mecanismos de control de constitucionalidad en concreto, que pueden también ser utilizados dentro, durante o con ocasión del proceso penal.

El derecho al debido proceso, en sentido abstracto, se entiende como la posibilidad que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga, con el fin de proteger sus derechos sustanciales, dentro de un procedimiento judicial o administrativo^[924]. En consecuencia, el contenido y los alcances del debido proceso están determinados por ese grupo de atribuciones y mecanismos, que, a su vez, se encuentran establecidos en función de los derechos, intereses y valores en juego en el procedimiento, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad^[925].

El inciso i.º del artículo 29 constitucional indica que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Podría pensarse que el derecho al debido proceso equivale al procedimiento establecido en la ley, lo cual terminaría por hacer equivalente el derecho al debido proceso con el principio de legalidad del procedimiento, por ello se podría concluir que el debido proceso equivale a la aplicación de la ley y, dentro de ella, al procedimiento fijado legalmente.

No obstante, la anterior tesis no ha sido aceptada por la Corte Constitucional. Para dilucidar esta temática, la Corte Constitucional ha distinguido entre el derecho al debido proceso como derecho fundamental previsto en la Constitución y el derecho al debido proceso legal; lo anterior, con el objeto de determinar un ámbito que permita el control constitucional del desarrollo legal. La Corte concluyó que el derecho fundamental al debido proceso es un derecho

de clara visión estructural, que define la admisibilidad de los distintos procedimientos fijados por el legislador. El derecho fundamental al debido proceso define lo que es un proceso justo, así:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a un juicio justo sometido a las garantías mínimas del debido proceso. El derecho a un juicio justo, también denominado derecho al debido proceso, reúne un conjunto de derechos y garantías esenciales de todo proceso, como el derecho de acceso pronto y efectivo a jueces y tribunales autónomos e imparciales; a ser oído y vencido en juicio; y, a la efectividad de la decisión judicial, que favorezca los propios derechos o intereses^[4926].

- LA NOCIÓN DE JUICIO JUSTO

La noción de juicio justo a que hace referencia la Corte Constitucional en la sentencia citada apunta a identificar el núcleo esencial del derecho constitucional al debido proceso. En otra providencia, la Corte indicó cuál era el contenido esencial del derecho al debido proceso en materia penal de la siguiente forma:

Las aludidas garantías configuran, conforme al artículo 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho^[927].

No es del caso entrar a considerar si tales elementos integran o no el núcleo esencial del debido proceso en otras materias. Lo importante, por ahora, es que la Corte ha definido un ámbito de estricta raigambre constitucional para definir el debido proceso, que permite distinguirlo del debido proceso legal. Lo anterior significa que el legislador, al momento de diseñar el procedimiento, está obligado a respetar los contenidos esenciales del derecho. Aspecto distinto es la

manera como se desarrolla cada uno de tales elementos esenciales.

Así mismo, a partir de la distinción señalada cabe concluir que no toda violación del debido proceso legal comporta violación del debido proceso constitucional. La violación del derecho al debido proceso legal sólo será constitucionalmente relevante en la medida en que tenga como efecto desvirtuar el carácter justo del procedimiento diseñado por el legislador o, en otras palabras, cuando afecte el núcleo esencial del debido proceso o conduzca a una limitación desproporcionada de alguno de sus elementos. Así, en la Sentencia T-685 del 2003, la Corte Constitucional se abstuvo de otorgar protección constitucional por medio de una acción de tutela interpuesta contra una sentencia dictada en un proceso en el cual evidentemente se violó el proceso legal⁵. El caso analizado se refiere a la existencia de una presunta irregularidad en la notificación dentro de un proceso civil. La Corte consideró que si bien podía observarse objetivamente una irregularidad legal, no alteraba el debido proceso constitucional por no existir violación de ningún derecho fundamental. En esa decisión dijo la Corte lo siguiente:

[...]

17. La Corte ha avanzado en la definición de un sistema de control de constitucionalidad de las providencias judiciales que distingue entre situaciones de violación de la Constitución derivada de la violación de la ley y de aquellas en que la Carta se desconoce de manera directa. En ambas situaciones, la Corte ha condicionado la procedencia de la tutela contra las providencias judiciales a que se establezca la existencia de una violación de un derecho fundamental.

La Corte denegó la acción de tutela, y la razón de su decisión se estructuró sobre el hecho de que la violación del procedimiento no había comportado una afectación constitucionalmente relevante al debido proceso constitucional.

La Constitución ha definido procedimientos en diversas áreas. En relación con tales casos, el debido proceso comprende el respeto por los parámetros superiores sobre tales procedimientos. La violación del derecho al debido

proceso bajo este supuesto está directamente ligada a la densidad constitucional en la materia^{928}. Dicho en otros términos, en asuntos intensamente regulados en el plano constitucional, el desconocimiento de sus reglas implica violación del derecho al debido proceso. Por su parte, cuando se trata de regulaciones abiertas y flexibles, la violación se desprendería de la incompatibilidad de la interpretación de las disposiciones constitucionales con el resto de la Constitución^{929}, o por actuaciones o interpretaciones que tengan como consecuencia la modificación de la estructura constitucional del procedimiento.

II. EL DEBIDO PROCESO PENAL

Por la trascendencia de los bienes jurídicamente protegidos mediante la ley penal, y por la importancia de los derechos y garantías constitucionales que pueden resultar afectados por la sentencia, el proceso penal no es sólo el más minuciosamente reglado de los procesos, sino aquel en el cual deben hacerse efectivas más garantías constitucionales. En ese orden de ideas, el conjunto de facultades y garantías que componen el derecho al debido proceso penal debe ser más amplio que el de un procedimiento en el que no están de por medio, por una parte, el derecho a la libertad individual y, por la otra, la seguridad jurídica, la eficacia del sistema de justicia y la convivencia ciudadana^{930}.

En relación con el sistema acusatorio, la Constitución definió la estructura básica del procedimiento penal, que en ningún caso puede ser desconocida. Claramente ha establecido una etapa de investigación y acusación y otra de juicio. La existencia de estas distintas fases implica que sin acusación no puede haber juzgamiento (*nemo iudex sine actore*). Así mismo, ha fijado las características (verdaderos derechos fundamentales) de cada una de tales etapas. En particular, resulta claro que el juicio tiene que ser oral y deben respetarse los principios de inmediación y concentración. Las consecuencias de esta doctrina no son pocas, porque definen competencias y la naturaleza jurídica de la información recogida en cada etapa.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE DEBIDO PROCESO

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha entendido, en líneas generales, el debido proceso en dos acepciones distintas, pero a su vez complementarias:

En primer lugar, como un derecho de rango constitucional aplicable a todas las actuaciones y que, por lo tanto, debe estar presente a lo largo de todos los trámites de carácter administrativo o judicial. En esta acepción, el debido proceso incluye, entre otros, (i) la observancia de las formas propias de cada juicio; (2) el derecho de presentar y controvertir pruebas; (3) la defensa material y técnica y la posibilidad de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales; (4) el derecho a ser escuchado dentro del proceso -en forma oportuna y dentro de un plazo razonable-; (5) el derecho a que el trámite se surta por la autoridad, juez o tribunal competente y predeterminado; (6) el derecho a la presunción de inocencia y a no ser obligado a declarar contra sí mismo; (7) la posibilidad de recurrir las decisiones que considere adversas; (8) el no ser juzgado dos veces por el mismo hecho; (9) el derecho a la aplicación de la ley penal más favorable; (io) la adecuada motivación de las providencias y (ii) la prohibición de *reformatio in pejus*.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia ha entendido el debido proceso como el respeto a una sucesión de actuaciones de forma antecedente-consecuente, que han sido establecidas previamente en el ordenamiento jurídico, en especial en la ley, y cuyo fin es el reconocimiento y la realización del derecho sustancial, para garantizar así a los intervinientes la defensa de sus intereses^{[19311](#)}. En particular sobre el debido proceso penal, dijo:

El debido proceso, como manifestación del principio lógico antecedente-consecuente, se relaciona con una sucesión compuesta, escalonada y consecutiva de actos regulados en la ley procesal, cuyo objeto, en materia penal, es la verificación de una conducta punible y la consecuente responsabilidad del imputado, orientados dichos actos a obtener una decisión válida y con fuerza de cosa juzgada a cerca de los mismos temas, de suerte que transgredir el proceso como es debido, significa, ni más ni menos, que pretermitir un acto procesal expresamente señalado por la ley como requisito sine qua non para la eficacia del subsiguiente, o adelantar dicho acto sin la observancia de las

garantías constitucionales y legales inherentes a las partes e intervinientes, las cuales lo hacen vinculante en tanto manifestación legítima del ejercicio del *ius puniendi* detentado por el órgano jurisdicente en un Estado social y democrático de derecho^[932].

Desde otra perspectiva, el derecho fundamental al debido proceso en materia penal constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, o de otros derechos que puedan verse afectados^[933]. Las aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares que, desde la perspectiva constitucional (art. 29), integran su núcleo conceptual y que desarrollaremos a continuación como presupuestos indispensables para abordar luego el tema de las nulidades^[934]:

- A. Legalidad.
- B. Juez natural.
- C. Presunción de inocencia.
- D. Favorabilidad.
- E. Derecho a la defensa.
- F. Derecho a la asistencia de un abogado.
- G. Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.
- H. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- I. Derecho a impugnar la sentencia condenatoria.
- J. Derecho a un proceso público.
- K. Derecho a presentar y controvertir pruebas.

Dentro del sinnúmero de pautas constitucionales que, a título de ejemplo, se podrían dar respecto de cada uno de los referidos matices del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 superior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional pone de relieve los que se explicarán más adelante. Es imprescindible aclarar que estos principios y derechos relativos al debido

proceso son *prima facie* irrenunciables^[935] (por ejemplo, si es posible renunciar a la impugnación de la sentencia o a presentar y controvertir pruebas en los eventos de terminación anticipada de los procesos) y que deben cumplirse en cada una de las etapas del proceso penal.

IV. CONTENIDO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El ejercicio del poder punitivo en el Estado de derecho debe estar sometido a los más estrictos controles, con el objeto de hacer efectivo el respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica. Esos controles se establecen a través del principio de legalidad, que traza límites al ejercicio del poder tanto al momento de configurar los hechos punibles como al determinar las consecuencias jurídicas de ellos (penas y medidas de seguridad), con lo que se excluyen la arbitrariedad y el exceso en el cumplimiento de la tarea de la represión penal^[936].

Por ende, ningún órgano del Estado, principalmente del orden judicial, puede desconocer el imperativo constitucional consagrado en el artículo 29 superior, relacionado con el derecho al debido proceso y al principio de legalidad. En relación con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha expuesto lo siguiente:

El principio de legalidad se formula, como ya ha tenido oportunidad la Sala de precisarlo, sobre la base de que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión que no sea conforme a una disposición por vía general anteriormente dictada, esto es, que una determinación no puede ser jamás adoptada sino dentro de los límites fijados por una ley material anterior. Siendo ello así, constituye un imperativo constitucional la observancia del ordenamiento jurídico por todos los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones, comoquiera que nuestra Constitución Política señala que el Estado colombiano es un Estado de derecho -art. 1.º-, lo cual quiere decir que la actividad estatal está sometida a reglas jurídicas^[937].

El mismo tribunal ha hecho claridad sobre las barreras o límites que impone el principio de legalidad y sobre su estrecha relación con los postulados de reserva legal y de tipicidad:

[...] el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, los cuales guardan entre sí una estrecha relación. De acuerdo con el primero, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. Conforme con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible. También debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, el término, la naturaleza, la cuantía cuando se trate de pecuniaria, el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición.

En materia penal, cuando el artículo 29 de la Carta Política preceptúa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, está declarando implícitamente que a nadie se le puede imponer una pena no prevista por el legislador para el hecho por el cual fue oído en juicio -legalidad preexistente e irretroactividad de la ley.

I. ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad constituye, entonces, por un lado, una garantía de libertad y de seguridad para el ciudadano y, por otro, correlativamente, una autolimitación del poder punitivo que el Estado ejerce por medio de sus legisladores y jueces. Su tradicional contenido dogmático se asocia con la tradición liberal del penalista P. J. A. FEUERBACH de la mano del concepto de “ley previa, estricta, escrita y cierta”, e inspira el orden jurídico penal actual. No obstante, y como se desprende de la cita jurisprudencial anterior, la vigencia y la

validez del principio, tal y como fue concebido en épocas anteriores, fueron cuestionadas por la dogmática penal, que muy rápidamente advirtió la necesidad de tipos penales abiertos y en blanco para responder a las necesidades punitivas de las sociedades modernas^{938}.

Lo anterior se advierte hoy en día de forma mucho más clara, porque no solo se asiste a la redefinición del concepto material de legalidad conforme, por ejemplo, a la llamada “criminalidad económica”^{939}, donde no hay espacios para la total certeza de lo prohibido, o de la responsabilidad por omisión^{940}, y, más aún, con el derecho penal internacional^{941} (sólo para citar un par de ejemplos), sino que también se complementa o excepciona su versión procesal. En verdad, la máxima de legalidad procesal que impone la obligación de investigar y sancionar todo atentado contra el orden jurídico conoce en nuestro sistema procesal actual mecanismos alternativos o funcionales como el principio de oportunidad^{942}, estudiado en detalle en el primer tomo de esta obra.

2. PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DEBIDO PROCESO

Con el fin de dar alguna muestra del principio medular del debido proceso y su elemento “legalidad” como también de su constante manejo y aplicación jurisdiccional, bien pueden reseñarse, sólo a manera de ejemplo, algunos casos de doctrina sentada por la Corte Constitucional. El alto tribunal indica que los funcionarios encargados de reconocer y aplicar los beneficios y rebajas que la ley penal señala en favor del procesado están obligados a pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia cuando se demuestran los supuestos de hecho para su concesión. De no ser así, se desconocerían el derecho a un debido proceso y, en especial, los principios constitucionales de la favorabilidad y legalidad.

También con ocasión de una acción de tutela, la Corte Constitucional encontró violados los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia por parte del juzgado, que al proferir sentencia condenatoria no tuvo en cuenta que los procesados tenían derecho a una rebaja de pena por indemnización integral de perjuicios. Es decir, se dejó de aplicar, sin razón

justificada, una norma que los favorecía, con lo cual se incurrió, además, en desconocimiento del principio de legalidad^[943].

Dentro del marco de la acción de tutela, la protección del principio de legalidad está directamente relacionada, entonces, con la vía de hecho. Los defectos que pueden corregirse con la tutela, en particular el sustancial y el procedimental, apuntan a este principio. Debe quedar claro que el principio de legalidad no se limita a imponer la plena observancia del derecho legislado, sino que exige, además, el estricto respeto y cumplimiento de la Carta. La jurisprudencia de la Corte Interamericana referida al principio de legalidad reconoce plenamente la garantía en los siguientes términos:

[...] Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

En un Estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo.

En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en [la adecuación] de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico^[944].

La importancia de la relación del principio de legalidad con la garantía de derechos fundamentales, en concreto con el derecho a la libertad personal, ha sido puesta de presente por la Corte Interamericana en un caso concreto, así:

La Corte ya ha señalado que la condena a la [víctima] fue impuesta en violación del principio de legalidad [...]. En consecuencia, la Corte considera que ninguno de los actos realizados dentro del procedimiento que condujo a emitir dicha condena penal pueden ser considerados compatibles con las disposiciones de la Convención Americana, y entrañan, por lo tanto, en el [...] caso, la violación de otras normas del mismo tratado internacional^{945}. En consecuencia, la detención de la [...] [víctima], originada por un proceso que culminó en una condena violatoria del principio de legalidad, fue ilegal y arbitraria, y el proceso respectivo fue contrario al derecho a las garantías judiciales, y por ello, la Corte considera que el Estado violó los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales consagrados en los artículos 7 [libertad personal] y 8 [garantías procesales], respectivamente, de la Convención Americana, en relación con los artículos 9 [principio de legalidad y de retroactividad]^{946} y I.I^{947} [obligación de respetar los derechos] de la misma^{948}.

B. JUEZ NATURAL

Es tradición considerar el principio del juez natural un asunto meramente legal, porque las competencias judiciales raramente están consagradas en las constituciones. Sin embargo, de la Carta es posible derivar algunas reglas que permiten deducir que la garantía constitucional del juez natural se vulnera, entre otras, en las siguientes hipótesis descritas en la Sentencia SU-1184 del 2001^{949}:

Existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios ex-post con tribunales ad-hoc; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a

ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

- CRITERIOS MATERIALES O
POSITIVOS DEL JUEZ NATURAL

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional es posible establecer un criterio material o positivo de juez natural. En la Sentencia C-iii del 2000^{950}, la Corte señaló que el marco constitucional de la justicia contencioso-administrativa se restringía a ciertas competencias reducidas (acción de nulidad y suspensión de actos administrativos), de suerte que el legislador quedaba en libertad para distribuir competencias entre las distintas jurisdicciones.

Después, en la Sentencia C-392 del 2000^{951}, indicó que “la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz y la de las comunidades indígenas, como se deduce del título VIII de la Constitución”. La justicia penal (salvo jurisdicciones especiales) únicamente puede estar en cabeza de la justicia ordinaria, con la precisión de que la Corte Suprema de Justicia, cabeza de dicha jurisdicción, es la única con competencia para juzgar por delitos a altos funcionarios^{952}. El tribunal constitucional afirmó de forma tajante, en la sentencia indicada, que “no es posible la existencia de una jurisdicción especial para que a través de ella se ejerza la función punitiva del Estado, porque pugna con la concepción del Estado social democrático de derecho que sólo admite que el juzgamiento de las conductas tipificadas como delitos por el legislador sean juzgadas de manera permanente por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria”, salvo, por supuesto, las excepciones constitucionales.

- AFECTACIONES DE LAS GARANTÍAS DEL JUEZ NATURAL

Se vulneran las garantías constitucionales del juez natural y, también, del respeto a las formas propias de cada juicio cuando se juzga, por ejemplo, bajo el régimen

procesal y sustancial reservado para los mayores de edad a quien sea menor en el momento de la transgresión de la ley penal^{953}. Con base en esta posición, la Corte concedió la tutela al debido proceso para declarar la nulidad de lo actuado y ordenar la libertad inmediata de quien cometió un homicidio cuatro días antes de cumplir dieciocho años de edad, pero rindió diligencia de indagatoria siendo ya mayor de edad, tramitándose la investigación ante autoridades judiciales ordinarias, porque nadie advirtió la circunstancia de la minoridad en el instante de los hechos^{954}.

También en relación con el tema del juez natural es pertinente comentar la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a que, en consonancia con lo preceptuado en el artículo 29 de la Carta, relativo al derecho de la persona sometida a proceso, de conocer quién es su juzgador desde el inicio de la actuación, al Estado se le impone el deber jurídico de establecer legalmente y antes del proceso a cuál órgano judicial corresponden la instrucción y el juzgamiento de un delito.

Así mismo, es oportuno señalar que el artículo 228 constitucional consagra el principio de la desconcentración de la justicia, que, según la misma Corte Constitucional^{955}, impide al legislador unificar la totalidad de competencias de cualquier especialidad en un solo juez o tribunal, a no ser que se trate de las corporaciones que encabezan las jurisdicciones y cuyas decisiones tienen por ámbito territorial toda la República, de conformidad con la misma Constitución^{956}. La desconcentración obedece al deseo del constituyente de materializar los derechos constitucionales de acceso a la administración de justicia y a la igualdad de oportunidades, reconocidas en los artículos 13 y 228 superiores. respectivamente, de tal modo que todos los habitantes, con independencia de la zona en que residan, pueden acudir en condiciones similares a los estrados judiciales, sin que esto se convierta en un privilegio reservado sólo a quienes viven en determinado lugar.

En cuanto al punto del juez natural y legal, ya la Corte Constitucional se pronunció sobre el cambio de radicación, institución que tiene un trámite judicial para que sea la misma judicatura la que resuelva si es procedente o no, sin

intervención de la rama ejecutiva. Considera el alto tribunal que resulta inconstitucional, por vulneración ostensible del artículo 116 constitucional, la autorización que en algún momento se le otorgó al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, de oficio o a petición de parte procesal, variara la radicación de los procesos. No obstante, recordemos que la Sentencia C-093 de 1993^{957} admitió esa posibilidad pero justificada en la circunstancia excepcional y temporal de la justicia regional.

Por último, para preservar los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción consagrados en el artículo 250, en concordancia con el artículo 29 superior, la Corte Suprema de Justicia afirmó que es indispensable que sea el mismo juez quien tramite todo el juicio oral, lo que le permite la apreciación y valoración de la prueba para dar cumplimiento estricto al principio de inmediación, que constituye base fundamental del debido proceso. En este sentido, la Corte ha señalado que se desconocen o violan los citados principios cuando “el juez que anunció el sentido del fallo y profirió sentencia no fue el mismo que presenció la totalidad del juicio”^{958}. Al respecto afirmó que “la trascendencia del yerro es evidente, por cuanto desquició la estructura del debido proceso y las garantías fundamentales de los acusados [...] en esta oportunidad, la extensión en el tiempo del juicio, aunada al cambio de jueces y a la ausencia de percepción de la prueba de quien anunció el sentido del fallo y lo profirió, según expresa constancia de los funcionarios, conducen a declarar la nulidad” ^{959}.

C. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La Corte Constitucional considera que este es uno de los derechos más importantes con que cuenta toda persona. Para desvirtuar dicha presunción es necesario demostrar la responsabilidad con apoyo en pruebas debidamente controvertidas, dentro de un trámite que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y el esclarecimiento de los

hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones^{[960]/[961]}.

La Corte interpreta en forma amplia dicha presunción, en tanto que considera que la norma constitucional acompaña a toda persona hasta el momento en que se le condene por medio de una sentencia en firme. Se vulneraría, por ejemplo, si no se comunica de modo oportuno la existencia de una indagación a la persona involucrada en los hechos, de forma que ésta pueda ejercer su derecho de defensa, al conocer y presentar las pruebas respectivas. Dice la Corte:

La inocencia como valor individual comprende su defensa permanente, la cual mal puede diferirse a un momento lejano luego de que el Estado sin conocimiento del imputado y por largo tiempo haya acumulado en su contra un acervo probatorio que sorprenda y haga difícil su defensa^[962].

Finalmente, en la Sentencia C-776 del 2001^[963] la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “y prestarle la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos” contenida en el numeral i del artículo 368 de la Ley 600 del 2000, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, por encontrarla contraria a la garantía de presunción de inocencia, entre otros derechos. Consideró la Corte, en efecto, que

[...] en el proceso penal el sindicado se encuentra amparado por la presunción de inocencia, de tal manera que es al Estado a quien le corresponde la carga probatoria para su destrucción, y ello explica que el artículo 250 de la Constitución asigne a la Fiscalía General de la Nación asumir, como función propia, la de “investigar los delitos” para, cuando fuere el caso, acusar a los infractores ante los jueces competentes. De esta suerte, no puede imponerse al sindicado una “colaboración necesaria” para el “esclarecimiento de los hechos”, pues ese esclarecimiento le corresponde al Estado y resulta altamente lesivo del derecho de defensa exigirle al justiciable una conducta cuya eficiencia, además, queda a la calificación del funcionario.

Otro desarrollo importante de la presunción de inocencia es el hecho de que no

pueden hacerse efectivas las consecuencias jurídicas de una sentencia hasta tanto se encuentre en firme o quede ejecutoriada. Si la persona está privada de la libertad debe entenderse que, antes de su ejecutoria (de la sentencia), se cumple la detención como medida de aseguramiento, sin que importe que este tiempo sea tenido en cuenta para efectos de la contabilización de la pena impuesta en la sentencia. Por esta razón, la Corte declaró inexecutable las normas que señalaban la procedencia del recurso de casación una vez ejecutoriada la sentencia, porque si está cuestionada en su legalidad formal o material y existe la eventualidad de su revocatoria no pueden cumplirse los efectos del fallo, porque ello quebranta la presunción de inocencia^{964}.

La presunción de inocencia se proyecta más allá del proceso penal. En varias ocasiones^{965} la Corte ha destacado el derecho de los organismos de inteligencia de realizar sus actividades de manera secreta y elaborar informes sobre sus resultados. Dichas actividades, ha señalado, tienen que respetar los derechos fundamentales de las personas, de manera que las autoridades deben abstenerse de hacer señalamientos que, más allá de indicar una sospecha, supongan una condena sin juicio previo.

D. FAVORABILIDAD

1. La favorabilidad es un *principio* rector del derecho punitivo reconocido en el inciso 3.º del artículo 29 superior, cuando señala que, “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”^{966}. Según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

Dicho principio, que constituye una excepción a la regla general según la cual las leyes rigen hacia el futuro, surge de la máxima *favoralia amplianda sunt, odiosa restringenda* (lo favorable debe ampliarse y lo odioso, restringirse), y solamente tiene operancia cuando existe sucesión de leyes^{967}.

En este caso se deberá aplicar, entre las varias disposiciones posibles para

resolver el caso, aquella norma que resulta más favorable desde el punto de vista material. Por ejemplo, es perentorio inaplicar al caso la norma vigente al momento de la comisión del delito y que consagraba un tratamiento penal más gravoso para el sindicado o condenado, o aplicarla cuando en comparación con la disposición vigente resulta benigna. En caso contrario, se vulneraría el principio constitucional de la favorabilidad, motivo por el cual la actuación o providencia judicial correspondiente quedará de inmediato impregnada de un defecto sustancial de tal magnitud que origina una vía de hecho^{968}.

En atención al principio de favorabilidad de la ley penal que la propia Constitución consagra, la Corte, al declarar inconstitucional el Decreto 264 de 1993^{969}, consideró que esta decisión sólo produciría efectos hacia el futuro. Ello significa que se mantendrían los beneficios ya concedidos en virtud de dicho decreto, y quienes antes de la decisión de la Corte se hubieren entregado a la justicia con el ánimo de hacerse acreedores a aquéllos tendrían derecho a obtenerlos si cumplían con los requisitos que el mismo decreto señalaba. Por ende, las negociaciones en curso podrían proseguirse hasta su culminación.

De igual manera, en la sentencia que estudió la constitucionalidad del tercer inciso del artículo 6.º de la Ley 906 del 2004, la Corte decidió declarar su exequibilidad bajo el entendido de que la frase “Las disposiciones de este Código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia” constituye una formulación expresa del principio de irretroactividad de la ley penal y una precisión inherente a la aplicación como sistema de las normas en él contenidas, mas no un desconocimiento del principio de favorabilidad penal. Para la Corte, en esta disposición “se fijan los parámetros para la puesta en marcha, como sistema, de las normas contenidas en el Acto Legislativo 02 del 2003 tendientes a introducir en Colombia el sistema acusatorio”. Esta providencia no encontró “lógico pretender la aplicación del sistema acusatorio en su conjunto a hechos anteriores a su entrada en vigencia”, razón por la cual se consideró en ella que el aparte mencionado en nada vulneraba el principio de favorabilidad penal^{970}.

En otros términos, no es factible aplicar la estructura del sistema acusatorio

de manera integral a hechos que habían tenido realización antes de la implantación del mencionado sistema. Pero existen instituciones jurídicas que sin hacer parte esencial del esquema acusatorio, por razón del principio de favorabilidad, pueden tener efecto retroactivo con el fin de respetar el principio de igualdad de las personas sometidas a procesos penales. De la misma manera, a pesar de que el sistema acusatorio se estableció expresamente para hechos cometidos a partir de su vigencia, es factible que normas favorables del anterior sistema (Ley 600 del 2000) puedan aplicarse ultra activamente para respetar el principio constitucional mencionado (favorabilidad).

2. Un punto de discusión se presenta respecto de la aplicación de las instituciones propias del sistema acusatorio a procesos que se tramitan por el sistema mixto (Ley 600 del 2000). Cuando las categorías son parte esencial de la estructura del sistema acusatorio, no pueden aplicarse al trámite establecido en la Ley 600 del 2000 porque ello desnaturalizaría ese esquema procesal. Por el contrario, es factible la existencia de instituciones que pueden integrarse a cualquier otro sistema (Ley 600-Ley 906) sin que altere su estructura, casos en los cuales puede estudiarse la posibilidad de aplicar el principio de favorabilidad -por ejemplo, casos de restricción de libertades-. En este sentido, la Corte ha sostenido lo siguiente:

[...] “que ella [la favorabilidad] está condicionada básicamente al cumplimiento de tres requisitos, a saber: (i) que la figura a aplicar esté regulada en ambas legislaciones, sin requerirse para el efecto que lo sea bajo el mismo *nomen iuris*, pues basta una identidad sustancial en torno al fenómeno jurídico inmerso en ambas normatividades.[:] (ii) que la aplicación de la norma favorable se haga sobre la base de la existencia de similitud de presupuestos fácticos o procesales. Y (iii) que para hacer efectiva la garantía no se desvertebre o resquebraje el sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, vale decir que, entre otras cosas, no se omita algún paso del esquema procesal. O dicho de otro modo, que se aplique la favorabilidad en lo estrictamente necesario” [\[1971\]](#).

3. No puede pasar desapercibido el hecho de que la Corte Constitucional ha discutido la tesis según la cual la favorabilidad, en el sentido técnico de la

expresión, no puede predicarse ultractivamente. De conformidad con la opinión consolidada en derecho privado, los actos de las personas se juzgan conforme a las normas vigentes al momento de producirse el hecho. Así mismo, se ha considerado que el juicio de constitucionalidad abstracto no tiene que inmiscuirse en el análisis de la favorabilidad, porque éste se resuelve en el caso concreto^{972}.

4. La Corte ha sostenido asimismo que “tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, porque el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales”^{973}.

5. Por último, debemos mencionar que la favorabilidad entendida como principio y no como regla obliga a utilizar la técnica de la ponderación en su interpretación. Así se ha manifestado ARANGO RIVADENEIRA con ocasión de las dicotomías presentes en la “Ley de Justicia y Paz”. Según el autor, “si se interpreta el principio de favorabilidad de la ley penal como principio o sea -siguiendo a Alexy- como una máxima de optimización, es claro que aquel debe ponderarse con los derechos fundamentales de las víctimas [...]”^{974}. Esta interpretación resulta interesante frente a temas tan sensibles como la denominada “justicia de transición” o los conflictos que se presentan entre los tradicionales principios penales liberales y las nuevas manifestaciones del derecho penal, donde la decisión para proteger un derecho puede estar en contravía con otro principio como la favorabilidad, que, sin duda, en algunos casos por ser ponderable, puede permitir la primacía del derecho o principio en tensión.

En este orden de ideas, se presentarán casos en que la necesaria protección de los derechos de las víctimas resulte imprescindible, por lo cual el principio de favorabilidad deberá ceder a favor de estas prerrogativas. Los casos que aquí pueden considerarse tienen que ver con aquellas conductas que atentan abiertamente contra el derecho internacional humanitario y que se han concretado hoy en día en los denominados “crímenes internacionales”. Así

ocurriría por ejemplo en el análisis de la prescripción de casos de violencia sexual, que se constituyan en crímenes de lesa humanidad. En tales circunstancias, el entendimiento de la favorabilidad como principio obliga a realizar un juicio de ponderación entre la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de tales delitos y el derecho de las víctimas^{975}.

E. DERECHO A LA DEFENSA

El derecho a la defensa es el aspecto básico, por así decirlo, esencialísimo del debido proceso. Este último integra en su núcleo conceptual varias garantías, que carecerán de sentido y eficacia si en el proceso no se brindara la posibilidad de ejercer la defensa. Sin ella, el proceso no sería más que una parodia y un ritual sancionatorio.

El derecho de defensa fue desarrollado por el legislador en el artículo 8.º de la Ley 906 del 2004 como un principio rector del proceso penal y una garantía procesal del imputado^{976}. La Corte Constitucional, por su parte, en la Sentencia C-799 del 2005^{977}, condicionó la constitucionalidad de esta norma en el sentido de sostener que es una garantía no solo del imputado sino también del “presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación”. El ejercicio de este derecho constitucional fundamental comporta, entre otras, las siguientes prerrogativas:

F. DERECHO A LA ASISTENCIA DE UN ABOGADO^{978}

Sobre el derecho a la asistencia de un abogado o defensa técnica, ha expresado la Corte que es una modalidad específica del debido proceso penal constitucional que se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito (indiciado)^{979}, y supone no solo habilidad, es decir, un mínimo de conocimientos jurídicos para enfrentar las vicisitudes del proceso, sino también diligencia, esto es, oportuna y pertinente utilización de instrumentos y variado conjunto de actos y recursos procesales. Por lo tanto, y como afirma ROXIN, “el defensor cumple una tarea

pública, debido a que él en el contexto fáctico hace valer la presunción de inocencia [...] y además garantiza y vigila en sentido jurídico la legalidad formal del proceso”^{980}.

De conformidad con el artículo 29 constitucional, los imputados tienen el derecho fundamental a la defensa técnica, esto es, a que los asista un abogado dentro y durante todo el proceso penal. Tal garantía puede materializarse mediante el nombramiento de un abogado por parte del indiciado, imputado o acusado -defensor de confianza- o mediante la asignación de un defensor público -función encargada a la Defensoría del Pueblo- o, cuando no hay defensores públicos disponibles en el lugar donde se surte el proceso, con el nombramiento de un defensor de oficio.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en relación con la restricción del derecho de la víctima a ser asistida por un abogado en el sentido de indicar que tal restricción debe provenir del legislador y, además, que debe ser proporcionada. Así, en la Sentencia C-516 del 2007 la Corte Constitucional declaró inexecutable la decisión legislativa relacionada con el derecho de las víctimas del delito a ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral por un abogado, condicionado a que “el interés de la justicia lo exigiere”. Afirmó que dichas restricciones sólo deben operar “de manera excepcional”, por lo cual al trasladarse un asunto que debió haber regulado el legislador “a la discrecionalidad del juez”, la ley “se sustrajo al referido mandato constitucional”.

En síntesis, a juicio de la Corte, con tal expresión se introdujo “una restricción desproporcionada al derecho de las víctimas de acceder a la justicia, por cuanto el condicionamiento que impone la norma para garantizar el derecho de asistencia técnica de las víctimas en el juicio y en el incidente de reparación integral es de tal ambigüedad que ni siquiera permite identificar si existe una finalidad legítima en la restricción y cuáles serían los intereses que se encontrarían en pugna para efectuar una labor de ponderación”^{981}. En otras palabras, restringir la posibilidad de que las víctimas estén representadas por un profesional del derecho sólo en los casos en que el interés de la justicia lo

requiriere, según criterio de la Corte, constituye una limitación desproporcionada a los derechos de aquéllas.

Ahora bien: el hecho de que la defensa deba realizarse mediante abogado ha implicado la declaración de inexecutable de normas que permitían a ciudadanos respetables y alfabetos asumir la defensa de procesados. Por ejemplo, restringió la posibilidad de que los estudiantes de las facultades de Derecho participen en materia sancionatoria^{982}.

I. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE ACCESO A LA JUSTICIA MEDIANTE ABOGADO

La Corte Constitucional ha sostenido que puede prescindirse de la regla general del acceso a la justicia mediante abogado sólo excepcionalmente y de manera directa en los términos previstos por la ley, porque “la regulación de esas situaciones excepcionales debe efectuarse por el legislador atendiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad”, comoquiera que “la asistencia letrada o técnica constituye -tanto en el caso del acusado como de la víctima- una garantía del derecho de acceso a la administración de justicia”^{983} (por ejemplo, acción de tutela).

Como afirma GÖSSEL, “la limitación de los derechos del defensor puede ser solo valorada en consideración al fin del procedimiento penal y a la función de la defensa. [...] Las limitaciones de la defensa deben dejar intactas su importancia y función en el Estado de derecho y no pueden, por ello, tornar imposible una conducción de la defensa conforme a esa función”^{984}.

El ejercicio del derecho a la defensa técnica, además de consistir en la asistencia de un abogado, tiene dos partes fundamentales: (1) la facultad del defensor de solicitar pruebas y controvertir las allegadas al proceso y (2) la de impugnar las providencias. Desconocida la habilidad o la diligencia de la defensa, lo procedente es la nulidad constitucional según lo dispuesto en el último inciso del aludido artículo 29 superior.

La protección del derecho a la defensa técnica asume un carácter distinto

tratándose de casos en los cuales el apoderado es suministrado por el Estado, es decir, sea defensor público o abogado de oficio. En tales casos resulta claro que las deficiencias en la defensa le son imputables al Estado y, por lo mismo, no pueden trasladarse al imputado. Por otra parte, cabe observar que el juez (garantías o conocimiento), ante la absoluta inacción del defensor, sea público o de confianza, debe intervenir. Entonces, a pesar de la exigencia de imparcialidad en materia de valoración de responsabilidad, el juez debe proteger los derechos fundamentales del procesado, y la defensa es uno de los derechos más importantes^{985}.

2. LA DEFENSA TÉCNICA Y LA EFICACIA DE LA JUSTICIA

Respecto de un posible enfrentamiento entre la defensa técnica y la eficacia de la justicia, principios, ambos, de estirpe superior, la Corte Constitucional considera que en primer lugar debe procurarse su armonización y, en caso de no ser posible, darle preferencia a aquélla (defensa), porque la eficacia y la seguridad jurídica no pueden alcanzarse con sacrificio de los derechos de las personas. La justicia está al servicio de éstos, por lo cual no puede aplicarse mecánicamente el principio constitucional de prevalencia del interés general (art. i.º C. N.) sobre el particular, porque en tales casos la norma constitucional relevante es aquella que dispone que el Estado reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5.º C. N.)^{986}.

Sin embargo, se insiste en que las garantías previstas en el proceso para la defensa no tienen un valor absoluto, ya que en situaciones específicas pueden existir poderosas razones de interés general que justifiquen incluso la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Al respecto, la Corte Constitucional^{987} ha definido el ámbito de protección del derecho a la defensa técnica a partir de los siguientes requisitos:

1. No se vulnera la defensa técnica cuando la omisión de un determinado acto de impugnación o postulación obedece a una estrategia legítima de defensa;
2. La ausencia de defensa técnica debe haber repercutido respecto de otros

derechos fundamentales y debe evaluarse dentro del contexto del debido proceso; y

3. No hay ausencia de defensa técnica cuando la omisión de cualquier actividad es el resultado de la intención del imputado de evadir las consecuencias de la investigación.

Por otra parte, si bien nuestro sistema de procedimiento penal acepta procesar a una persona en ausencia, posibilidad que encuentra pleno respaldo a la luz del ordenamiento constitucional^{988}, ello requiere que dentro del proceso los derechos e intereses del ausente estén representados por un abogado defensor (de confianza o designado por el Estado, como se dijo en otro aparte) que aporte y controvierta pruebas e impugne las decisiones judiciales, en fin, que actúe con suma diligencia. Ello implica que el abogado responde hasta por culpa levísima, correspondiente al nivel de experto, porque están representados los intereses de personas que, además de ver comprometida su libertad individual, no tienen la posibilidad de ejercer por sí mismas sus derechos.

G. DERECHO A IMPUGNAR LA SENTENCIA CONDENATORIA

Del principio constitucional de la doble instancia no se deriva necesariamente el derecho fundamental de apelar todas las providencias judiciales, porque aquél no pertenece al núcleo conceptual del debido proceso, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, que siempre podrán ser impugnadas, según el artículo 29 superior^{989}. En efecto, será el legislador el encargado de definir, conforme a los principios constitucionales pertinentes, la existencia de la doble instancia, como lo establece el artículo 20 CPP, en cuyo texto es claro que, de no respetarse esta garantía, se vulnera el derecho al debido proceso y, más específicamente, la defensa de los sujetos procesales.

Respecto de la impugnación mediante el recurso de apelación, la jurisprudencia de la Corte^{990} considera, entre otras cosas, que frente a providencias diferentes de las sentencias, como son los autos o decisiones de trámite o interlocutorias, corresponde al legislador, con base en la facultad

constitucional que tiene para señalar las formas propias de cada juicio, determinar los casos en que procede la apelación. Así mismo, la Corte estima que las normas procesales penales que con arreglo al marco constitucional desarrollan el derecho a impugnar pueden exigir la sustentación del recurso de apelación, mediante razones que deben ser expuestas oportunamente.

Sin duda, como norma que integra el debido proceso, el artículo 31 constitucional consagra el principio de la doble instancia, en el sentido de que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, principio que garantiza el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, integrantes del denominado “debido proceso”.

En materia penal, resulta de singular importancia el hecho de que el superior jerárquico del funcionario encargado de tomar una decisión en primera instancia pueda libremente estudiar y evaluar las argumentaciones expuestas y llegar, por tanto, al convencimiento de que la determinación adoptada se fundamentó en suficientes bases fácticas y legales o de que, por el contrario, desconoció pruebas, hechos o consideraciones jurídicas que ameritaban un razonamiento y un juicio diferente.

- DERECHO A LA DEFENSA Y ACCIÓN DE TUTELA

De igual manera, el derecho de defensa implica la posibilidad que tiene toda persona de solicitar el estudio de las providencias judiciales en materia penal por violación de los derechos fundamentales. Por tal razón, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-590 del 2005^[991], manifestó que no es competencia del legislador ordinario, “bajo ninguna circunstancia, modificar o suprimir la Constitución Política y mucho menos uno de los mecanismos constitucionales de protección de los derechos fundamentales”, por lo cual declaró la inconstitucionalidad de la expresión “ni acción” del artículo 185 de la Ley 906 del 2004, la cual indicaba que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal “no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión”.

La Corte encontró que esta expresión excluía la procedencia de la acción de

tutela contra esa clase de pronunciamientos. La voluntad del constituyente en este sentido fue autorizar la procedencia de ese mecanismo de protección constitucional frente a todos los actos y omisiones de las autoridades públicas, incluidas las judiciales^{992}.

H. DERECHO A UN PROCESO PÚBLICO

El artículo 29 de la Carta establece el carácter público del proceso como una de las principales garantías, lo cual implica el conocimiento por las partes de quién es la persona que investiga y juzga, cuáles son las actuaciones que se surten ante esos funcionarios y cuál es la persona que rinde una declaración en contra del acusado, porque de otra manera este último no podría hacer efectivos, entre otros, sus derechos constitucionales a la imparcialidad de los funcionarios judiciales y a impugnar las providencias que le afectan y que estima contrarias a derecho. Por lo anterior, la Corte Constitucional, por ejemplo, consideró inconstitucionales las normas de la Ley 504 de 1999, que permitían la reserva de identidad de funcionarios y de testigos y la utilización de medios técnicos para preservarla^{993}.

La Corte concluyó que dicha reserva priva al imputado de la posibilidad de recusar al funcionario cuando existan causales para hacerlo, desconociéndose la condición constitucional de la imparcialidad, que constituye pilar fundamental del debido proceso. Así mismo, si se ignora la identidad de la persona que declara en contra del procesado, se limita la garantía suprallegal del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al impedir el ejercicio pleno del derecho a tachar el testigo, cuando haya motivos para dudar de su imparcialidad.

También guarda estrecha relación con este derecho la posibilidad de acceder al expediente. La Corte ha considerado que se incurre en vía de hecho cuando no se permite al apoderado conocer la actuación una vez finalizada cualquier diligencia, en especial aquellas de importancia para el ejercicio del derecho a la defensa^{994}. Si bien lo anterior comporta, además, violación del derecho de

defensa, no puede pasar desapercibido el hecho de que la publicidad del proceso exige, ante todo, que el procesado y su apoderado tengan la oportunidad de conocer la actuación. Todo acto contrario significa el secreto del proceso, lo cual está proscrito en el derecho constitucional contemporáneo.

Por la forma como actúa la delincuencia, pueden darse casos en que el conocimiento de todos los medios probatorios obstaculice o altere la investigación previa. En esta circunstancia debe hacerse un juicio de proporcionalidad para determinar si prevalece la protección a la justicia y a la investigación o, en esta etapa, el derecho a conocer integralmente todos los elementos probatorios. Con base en dicho juicio puede el funcionario, de manera razonada, limitar el conocimiento de parte de la investigación; por esta razón pudiera pensarse que solo se le permita enterarse del programa metodológico a través del cual se lograrían dos finalidades para la defensa: (i) conocer el objeto de investigación y (2) orientar la reconstrucción de la verdad como lo permite la ley, elaborando su propio método para determinar la existencia y forma como tuvieron ocurrencia los hechos. Esta solución exigiría que el límite de conocimiento que debe tener la defensa fuera el programa metodológico, sin que ello implique descubrimiento probatorio, que es lo que pretende proteger la justicia.

La publicidad del proceso tiene repercusiones más allá de los aspectos antes mencionados. Parte esencial de dicho principio descansa en la posibilidad de acceder oportunamente a todos los documentos que obran en el proceso y al expediente mismo, como ya se indicó. Este acceso al expediente (diligencias o carpetas) se traduce, en la etapa de juicio, en que los medios de comunicación tengan la posibilidad de cubrir las audiencias públicas, salvo las excepciones previstas en tratados internacionales. Lo anterior persigue el ejercicio del control ciudadano sobre la actividad judicial y hacer pública la identidad de los condenados o absueltos por hechos punibles. Dada la publicidad de la etapa de juzgamiento, la reserva únicamente se justifica durante la investigación salvo cuando se requiera la develación de pruebas para afectación de derechos fundamentales. Dicha restricción, además de buscar la eficacia de esta etapa procesal, tiene por propósito evitar afectaciones injustificadas al buen nombre y

la presunción de inocencia del procesado^{995}.

El artículo 8.º de la Ley 906 del 2004 brinda la posibilidad de renunciar a los derechos contenidos en sus literales *b* (no autoincriminación ni incriminación a personas cercanas) y *k* (tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas...). La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta renuncia, siempre que ella cumpla con las garantías legales y constitucionales, así:

el imputado debe estar asesorado por su defensor (art. 368 de la Ley 906), ii) los actos estarán sujetos al control del juez de garantías o de conocimiento, según el caso (arts. 131 y 368 de la Ley 906) para lo cual, iii) será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado a fin de que se verifique que actúa de manera libre, voluntaria, y debidamente informado de las consecuencias de su decisión (art. 131 de la Ley 906), IV) debe contarse con la presencia del Ministerio Público, v) los preacuerdos obligan en la medida que no desconozcan o quebranten garantías fundamentales del procesado (art. 351-4 de la Ley 906), ya que vi) de advertir el juez algún desconocimiento rechazará la alegación de culpabilidad y adelantará el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad (art. 368 de la Ley 906)^{996}.

La Corte, aunque reconoce una amplia libertad de configuración legislativa en materia de presentación y controversia de pruebas, ha considerado que para integrar debidamente el derecho de defensa, la ley debe:

[...] prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i. El derecho para presentarlas y solicitarlas; 2. El derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; 3. El derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; 4. El derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; 5. El derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2.º y 228), y 6.º. El derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso^{997}.

Por otra parte, la Corte Constitucional señaló que si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión con base en los principios científicos de la sana crítica^{998} (art. 38o CPP), no puede ser arbitrario, por lo cual no podrá simplemente ignorar la prueba u omitir su valoración o, sin razón valedera alguna, no dar por probados el hecho o la circunstancia que de ella emergen de forma clara y objetiva. Por consiguiente, si actúa de manera diferente de la reflejada en la prueba, el juez atenta contra la justicia que materialmente debe realizar, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales que lo obligan.

Agrega el tribunal constitucional que, al estar facultado el legislador por el artículo 29 superior para diseñar las reglas del debido proceso, también se encuentra autorizado para establecer cuáles son los medios de prueba admisibles y, en ciertos casos, cuáles los inadmisibles. Naturalmente, esa facultad debe atender a una finalidad constitucional legítima^{999}, sin irracionalidad y desproporción, porque no se puede olvidar que una pretensión pública subjetiva que integra el derecho constitucional al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en contra, y que la finalidad del Estado consiste en proteger y garantizar los derechos de las personas, por lo que resulta contrario a derecho el realizar acciones que oculten la verdad u obstaculicen la correcta administración de justicia, con lo cual se puede violar derechos fundamentales o alterar la función pública de aplicar adecuadamente la justicia.

Así mismo, por disposición constitucional, el juez es la autoridad facultada para ordenar la revelación de información reservada (art. 15 C. N.)^{1000}, porque a este funcionario no se le puede objetar o impedir que acceda a información necesaria para esclarecer la verdad. Por ejemplo, se declaró inexecutable la prohibición de utilizar datos contenidos en el Sistema Único de Información Personal como medio probatorio^{1001}.

Conforme al desarrollo jurisprudencial de este derecho desde la perspectiva constitucional, se vulnera el debido proceso, por ejemplo, cuando el funcionario judicial omite responder una solicitud de pruebas que ha sido formulada oportunamente por alguno de los sujetos procesales y cuya decisión está en su

ámbito de competencia. En este sentido, al conocer una determinada solicitud de pruebas, el juez de control de garantías o de conocimiento tiene la obligación de responderla expresamente, ya sea en sentido positivo o negativo. En efecto, de no darse una respuesta expresa no habría decisión alguna que pudiera ser objeto de recursos y, en consecuencia, se privaría arbitrariamente a las partes del derecho a recurrir la correspondiente actuación judicial, en los casos en que sea procedente el recurso.

El indiciado puede pedir a la Fiscalía que se le escuche en interrogatorio, para efectos de ejercer plenamente el derecho de defensa, y el ente acusador debe responder en el sentido que considere pertinente para a partir de ese momento ejercer las acciones que puedan intentarse en relación con dicha actuación.

Por otra parte, la posibilidad de proteger a los testigos se limita por el derecho a presentar y controvertir pruebas, porque el Estado se encuentra obligado a asegurar que dicha protección no se traduzca en una prueba secreta^{1002}. Lo mismo debe predicarse de las pruebas trasladadas^{1003} y de aquellas practicadas en el exterior. Es pertinente señalar que los tratados de cooperación judicial suscritos por Colombia prevén el traslado de testigos, si fuere necesario, con el objeto de asegurar la publicidad y la controversia probatoria^{1004}.

I. NULIDAD CONSTITUCIONAL DE LAS PRUEBAS

Un aspecto directamente relacionado con este punto es la nulidad constitucional de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Si se realiza una comparación frente al marco constitucional que regula lo referente a la prueba ilícitamente obtenida y lo confrontamos con el sistema adoptado por la Ley 906 del 2004, lo primero que debe advertirse es que existe una diferencia normativa entre lo establecido en la norma superior frente a su desarrollo legal. En efecto, el último inciso del artículo 29 CN establece que “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Es decir, la Constitución adopta en este tema una solución conforme a la teoría de la ineficacia de los actos procesales propia de los sistemas europeos

continentales; específicamente, sanciona con nulidad de pleno derecho la prueba para cuya obtención el funcionario ha vulnerado el debido proceso. Sin embargo, al revisarse el Código de Procedimiento Penal la situación no parece ser tan clara, ya que si bien varias disposiciones establecen la nulidad como sanción para la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, al parecer se acogió un sistema similar a la regla de exclusión del derecho estadounidense. Incluso alguna parte de la doctrina considera que dentro del sistema normativo de la Ley 906 del 2004 existen además estructuras asimilables a las prohibiciones probatorias del derecho alemán^{1005}. El artículo 23 CPP establece:

Artículo 23. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

De la lectura de esta norma resulta evidente que el Código de Procedimiento Penal parece asimilar la regla de exclusión con la teoría de la ineficacia de los actos procesales, lo cual no es del todo correcto, en particular si se tiene en cuenta que ambas teorías tienen consecuencias y principios de aplicación distintos. Esta mixtura de conceptos se presenta tanto en la jurisprudencia de la Corte Suprema como en la de la Corte Constitucional, en sus diferentes pronunciamientos. Así, por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema ha acogido el concepto de “inexistencia” para el tratamiento de las pruebas ilícitamente obtenidas^{1006}. Por su parte, la Corte Constitucional ha manejado diferentes nomenclaturas para este fenómeno, como la de *prueba inconstitucional* y *prueba ilícita*^{1007}.

Sin embargo, y dejando a un lado las imprecisiones antes señaladas, resulta claro que la Constitución y el Código protegen ciertos derechos al momento de la obtención, aducción e incluso valoración de las pruebas. De hecho, al examinar la redacción de la Carta Política se encuentra que se prohíben por

medio de la nulidad de pleno derecho las violaciones al debido proceso ocurridas en el procedimiento probatorio, pero la redacción de la Ley 906 del 2004 establece esa prohibición a través del sistema de ineficacia (o de la exclusión, según se quiera interpretar) para cualquier violación de garantías fundamentales.

El Código de Procedimiento Penal, como se dijo, tiene un desarrollo más o menos organizado. Además del mencionado artículo 23 CPP, los artículos 223, 231 y 232 establecen una regulación especial de la prueba ilícitamente obtenida cuando se trata de registros y allanamientos. Así, el artículo 223 establece límites especiales respecto de ciertos objetos sobre los cuales puede recaer la diligencia de registro, relacionadas con la inviolabilidad de las comunicaciones del procesado con su abogado y con el principio de no autoincriminación, también con las extensiones que se derivan respecto de los familiares del procesado.

Pero además, al traer la figura de la regla de exclusión a nuestro ordenamiento jurídico se importaron algunas de sus limitaciones. Precisamente, el artículo 231 establece quién puede solicitar la exclusión de evidencias en los casos de irregularidades sustanciales que afecten derechos fundamentales en materia de registros o allanamientos. Esta legitimación está vinculada con el concepto de “expectativa razonable de intimidad”, requisito que nace en la sentencia *Alderman vs. United States*^{1008}, en donde la Suprema Corte de los Estados Unidos limitó, mediante la figura del *standing* (legitimación en la causa e interés para obrar), la posibilidad de que se solicite la regla de exclusión a quienes hayan sufrido una efectiva lesión al derecho a la intimidad en el proceso de obtención de la evidencia^{1009}.

Por su parte, la versión original del artículo 232 CPP^{1010} limitaba el alcance de la exclusión probatoria cuando se trate de registros y allanamientos. Este artículo establecía que cuando existieran falencias sustanciales de la orden que da origen al procedimiento, la actuación sería inválida, y las evidencias obtenidas que dependieran directamente de esa injerencia serían excluidas y sólo podrían ser utilizadas para efectos de impugnación de credibilidad. La Corte Constitucional encontró que estas limitaciones a la regla de exclusión estaban en contravía de la Carta. En efecto, la Sentencia C-591 del 2005^{1011} declaró la

inexequibilidad de la expresión “y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación”. Por su parte, la Sentencia C-210 del 2007^[1012] hizo lo propio con la expresión “directa y exclusivamente” contenida en dicho artículo. En ese orden de ideas, la norma, después de estas declaratorias de inconstitucionalidad, refleja las reglas generales de la cláusula de exclusión en cuanto a sus efectos se refiere, en particular respecto de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, ya que el artículo 232 pretendía ser una limitación a dicho postulado.

La extensión de las consecuencias de la invalidez o exclusión -según se prefiera- de las pruebas obtenidas con violación a garantías fundamentales, incorporada en el último inciso del artículo 23 CPP, es también una importación del modelo estadounidense de la *exclusionary rule*. La doctrina de los frutos del árbol envenenado o *fruit of the poisonous tree doctrine*, tiene su origen en la sentencia *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*^[1013], aunque la denominación con la cual actualmente se le conoce nace en la sentencia *Nardone vs. United States*^[1014], además de ser un referente obligado la sentencias *Wong Sun vs. United States*^[1015], *Brown vs. Illinois*^[1016], *Payton vs. United States*^[1017], *United States vs. Crews*^[1018].

Esta doctrina se puede resumir fundamentalmente en que las pruebas derivadas de una prueba que ha sido obtenida con violación de garantías procesales fundamentales deben ser excluidas de la actuación en los mismos términos de la prueba ilícita original. Sin embargo, este planteamiento ha tenido varias limitaciones dentro de la jurisprudencia estadounidense, que fueron recogidas por el artículo 455 de la Ley 906 del 2004:

Artículo 455. Nulidad derivada de la prueba ilícita. Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

En ese orden de ideas, las excepciones a la doctrina del fruto del árbol envenenado son, en primer lugar, el vínculo atenuado: parte de que en efecto existe una relación entre la prueba ilícita original y la prueba derivada, pero esa

conexión es tan tenue que no puede considerarse la segunda contaminada por la ilicitud de la primera.

Este concepto ha tenido una amplia línea jurisprudencial en la Suprema Corte de los Estados Unidos, dentro de la cual deben mencionarse las sentencias *Nardone vs. United States*, *Wong Sun vs. United States*, *Brown vs. Illinois*^{1019} y *United States vs. Ceccolini*^{1020}. La doctrina, estudiando los planteamientos fácticos y jurídicos de estas sentencias, ha enumerado algunos criterios indicativos frente a los cuales se puede estar en presencia de un vínculo atenuado^{1021}:

- El tiempo transcurrido entre la prueba originaria y la prueba derivada es un indicador importante, ya que, cuanto mayor sea el tiempo que ha pasado entre una y otra prueba, más tenue puede llegar a ser el vínculo entre la prueba viciada y la prueba derivada.

- Un segundo indicador se presenta respecto de la cantidad de hechos ocurridos entre la prueba originaria y la prueba derivada. De esta forma, cuanto más hechos hayan ocurrido en la cadena causal entre la prueba irregular y la derivada, más tenue será el vínculo.

- Un tercer hecho indicador de la excepción del vínculo atenuado se presenta respecto de la gravedad de la violación con la cual se obtuvo la prueba originaria. Así, cuanto más grave sea la infracción más difícil resulta borrar el vínculo entre las pruebas.

La segunda excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado es la fuente independiente, que nació al mismo tiempo en la sentencia *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, antes mencionada. Esta excepción parte de la base de que si bien las pruebas derivadas de una prueba ilícitamente obtenida no pueden ser tenidas en cuenta en la actuación y, por lo tanto, deben excluirse, nada impide probar los hechos objeto de prueba con otras evidencias que tengan una fuente diferente no contaminada. Es decir, en este caso la ilicitud rece sobre la fuente mas no sobre el hecho.

La última excepción a la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*) es el descubrimiento inevitable, integrada en la

sentencia *United States ex rel. Owens vs. Twomey*^{1022}, pero desarrollada a plenitud en *Nix vs. Williams*^{1023}. El descubrimiento inevitable parte del supuesto de la existencia de un vínculo fuerte y directo entre la prueba ilícita y la prueba derivada, que imposibilita la aplicación de las dos excepciones anteriores. Sin embargo, se plantea que no es posible aplicar la doctrina del fruto del árbol envenenado si en el desarrollo de la investigación de todas formas se hubiera obtenido esta evidencia, independientemente de la realización del acto que vicia la prueba originaria.

El artículo 455 CPP que contiene estas excepciones fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional:

En tal sentido, el artículo 455 del nuevo cpe establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por *vínculo atenuado* se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la *fuerza independiente*, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el *descubrimiento inevitable*, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto^{1024}.

Otro punto que debe analizarse es cuáles son las consecuencias de exclusión o nulidad de pleno derecho de las pruebas que han sido obtenidas, directa o

indirectamente, con violación de garantías fundamentales. La regla general indica que la invalidez de la prueba no afecta al proceso; por lo tanto, de comprobarse una irregularidad sustancial en la obtención o aporte de la prueba, deberá excluirse de la actuación como única consecuencia. Sin embargo, la Corte Constitucional ha determinado que cuando la prueba ilícitamente obtenida se origina en graves violaciones a derechos humanos, específicamente cuando es producto de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales o tortura, debe declararse la nulidad de toda la actuación y, además, asignarse un juez diferente del que venía conociendo del proceso:

La Corte considera que cuando el juez de conocimiento se encuentra en el juicio con una prueba ilícita, debe en consecuencia proceder a su exclusión. Pero, deberá siempre declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas, cuando quiera que dicha prueba ha sido obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial. En efecto, en estos casos, por tratarse de la obtención de una prueba con violación de los derechos humanos, esta circunstancia por si sola hace que se rompa cualquier vínculo con el proceso. En otras palabras, independientemente de si la prueba es trascendental o necesaria, el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, es decir, mediante la perpetración de un crimen de lesa humanidad imputable a agentes del Estado, se transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto. En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana^[1025].

Por otro lado, debe clarificarse cuál es el momento procesal oportuno para

solicitar la exclusión de la evidencia que ha sido obtenida con violación de garantías fundamentales y las pruebas que de ella se deriven. Es un error común el pensar que el único momento para alegar la ilicitud de una evidencia es la audiencia preparatoria, haciendo una interpretación literal de la Ley 906 del 2004. Al realizar una lectura sistemática y sobre todo constitucional del Código de Procedimiento, resulta evidente que la declaratoria de nulidad y la exclusión de la evidencia puede solicitarse en cualquier momento del proceso. De lo contrario podría llegarse a absurdos según los cuales puedan afectarse derechos fundamentales a partir de pruebas obtenidas violando garantías constitucionales. Así, por ejemplo, cuando se esté discutiendo la posibilidad de imponer una medida de aseguramiento no es constitucionalmente viable el que se realice tal injerencia al derecho a la libertad con base en un testimonio obtenido bajo tortura o violando la garantía de no autoincriminación. De ahí que sea necesario permitir a la defensa y a las demás partes e intervinientes analizar las evidencias que sean soporte de esa solicitud, para que, si lo consideran pertinente, soliciten su exclusión. Esta posición es respaldada por la jurisprudencia constitucional:

Una interpretación armónica del artículo 29 superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física^[1026].

Debe mencionarse que la garantía contenida en el artículo 29 superior y desarrollada en la Ley 906 del 2004 debe ser aplicada no solo a las evidencias obtenidas por la Fiscalía General de la Nación, sino también, y bajo los mismos términos, a las evidencias aportadas por la defensa y las víctimas.

Finalmente, el artículo 360 CPP incluye el concepto de “prueba ilegal”, que difiere del de “prueba ilícita”, en la medida en que no se trata de violaciones de garantías fundamentales, sino de la transgresión de ciertos requisitos formales en la obtención o aducción de la prueba:

Artículo 360. Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado la prueba ilícita de la prueba ilegal en los siguientes términos:

[...]

4. El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que: “Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

4.1 Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.

[...]

4.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba^[1027].

De lo anterior se deduce que no cualquier irregularidad formal en el procedimiento probatorio configura una prueba ilegal que dé lugar a la exclusión, sino que se requiere cierto nivel de trascendencia en cuanto a la falta de requisitos esenciales previstos por la ley para dicho procedimiento.

J. DERECHO A PRESENTAR Y CONTROVERTIR PRUEBAS

Para terminar, el derecho a presentar y controvertir pruebas se predica respecto de todos los sujetos procesales. En efecto, este derecho, las garantías al debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia en principio confieren a la víctima en el proceso penal una serie de derechos y obligaciones similares a los que ostentan los restantes sujetos procesales. En consecuencia, debe entenderse que, desde el momento en el cual una persona es reconocida como “víctima”, adquiere el derecho a participar activamente a través de los instrumentos procesales, diseñados por el legislador.

Así mismo, puede optar por una intervención directa o canalizar la defensa de sus intereses por intermedio de la Fiscalía. En tal virtud, se vulnera el derecho constitucional fundamental al debido proceso, por ejemplo, cuando un juez o fiscal, sin justificación alguna, es decir, de manera arbitraria, omite un trámite judicial que resulta básico para el ejercicio pleno del derecho de la víctima^[1028]. No olvidemos que la institución de la víctima tiene soporte constitucional en los artículos 229 y 250 constitucionales y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cual permitió a la Corte afirmar que, para las víctimas de un presunto hecho delictivo, el acceso a la justicia se materializa en la posibilidad de participar en el proceso penal.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que al conocer una solicitud de pruebas el juez tiene la obligación de contestarla, ya sea

en sentido positivo o negativo, porque de no darse una respuesta expresa se incurriría en un grave vicio o defecto fáctico y procedimental, toda vez que no habría providencia alguna que pudiera ser objeto de recursos y, en consecuencia, se privaría arbitrariamente a las partes de su derecho a recurrir la correspondiente actuación judicial.

Para la Corte Constitucional es claro que la posibilidad de controvertir “pruebas”, como parte efectiva del debido proceso, abarca aquellas que se presentan en las audiencias preliminares (lo que incluye las diligencias en las que se efectúa el control de legalidad posterior de una medida que pudo afectar derechos fundamentales, realizadas antes de la imputación). En efecto, la Corte ha determinado que si el indiciado tiene noticia de que en las diligencias practicadas antes de la formulación de la imputación se investiga su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías autorizará su intervención en tales audiencias, si así lo solicita, para efectos de controvertir la validez de la diligencia y verificar “si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución, e igualmente, que no hayan desconocido con su proceder garantías fundamentales”^{1029}.

K. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS^{1030}

1. Desconocer los términos de ley sin motivo probado y razonable implica dilación injustificada. Es decir: vulneración ostensible del debido proceso (art. 29 C. N.). Este quebranto comporta también un desconocimiento del derecho constitucional de toda persona de acceso a la administración de justicia y del deber -también de rango supralegal^{1031}- de observar los términos procesales con diligencia, como lo exige el artículo 229 constitucional; todo ello sin desconocer la seguridad jurídica o la certeza del derecho que el proceso penal debe garantizar, no solo para las partes sino también para los asociados.

Considera la Corte Constitucional que si bien el acatamiento de los términos

dentro de los cuales deben adelantarse las respectivas diligencias judiciales, cuya dimensión señala el legislador con base en determinados factores^{1032}, no es un derecho absoluto del procesado, su consagración constitucional muestra un límite externo, porque sólo constituye violación del debido proceso la mora *judicial injustificada*. Puede suceder, por ejemplo, que la audiencia no se lleve a cabo porque el defensor, al que se le ha reconocido personería para representar al imputado, no pudo asistir.

Obsérvese que la simple desobediencia de los plazos no constituye violación constitucional, porque el incumplimiento debe ser injustificado^{1033}. No obstante, asevera la Corte, la falta de colaboración de los denunciantes y ofendidos o la congestión en el despacho judicial no son atendibles como exculpaciones. En efecto, adelantar el proceso es una tarea que corresponde al Estado, tanto en el sistema inquisitivo que regía antes de la Constitución de 1991 como en el actual con tendencia acusatoria, motivo por el cual no puede escudarse en el desinterés de los ofendidos en la investigación para abstenerse de adelantarla, ni en las imposibilidades fácticas o de infraestructura. De hecho, la ineficiencia e ineficacia del Estado no puede justificar la violación de los derechos fundamentales de las personas investigadas^{1034}.

2. Por otra parte, en lo que atañe al tema de las dilaciones injustificadas como violación del debido proceso, resulta importante mencionar la jurisprudencia constitucional^{1035} sobre la mora judicial en que pueden incurrir los funcionarios que adelantan una causa penal, con ocasión del ejercicio del derecho de petición (art. 23 C. N.). Esto bajo el entendido indiscutible de que los fiscales y jueces son autoridades, porque ejercen funciones públicas de jurisdicción o mando, capaces de afectar los intereses de los gobernados. Lo anterior se desprende, entre otros, de los artículos 116, 123 y 272 de la Carta.

3. El cumplimiento estricto de los términos es una de las bases del debido proceso y, por tal razón, el artículo 228 de la Constitución estableció expresamente que ellos se observarán con diligencia y su incumplimiento acarreará sanciones. Sobre el particular, dijo la Corte que su desconocimiento rompería el derecho a la igualdad^{1036}, al quedar al arbitrio de los funcionarios

judiciales el recibir o no, fuera del término legal, actuaciones procesales sujetas a términos de presentación. Este derecho tiene un correlativo deber que no es exclusivo del administrador de justicia, porque también corresponde al demandante, demandado, procesado o condenado. Por tal motivo, la Corte^{1037} no accedió a la pretensión de una persona que, en ejercicio de la acción de tutela, solicitaba se le tuviera como presentada a tiempo la demanda de casación que hizo por fuera de los 30 días, es decir, después del vencimiento del término de traslado, sin que hubiese solicitado oportuna y justificadamente la prórroga.

4. Un aspecto central en esta materia es la razonabilidad de los términos fijados por el legislador para adelantar determinadas etapas del proceso. Si bien el debido proceso es de aquellos derechos que, por su naturaleza, exigen desarrollo legal, no todo término que se encuentre definido en el ordenamiento procesal se entiende absoluto, sino que es necesario flexibilizarlos según la complejidad de las investigaciones y a la luz del principio de proporcionalidad. Los plazos o términos que están fijados en la ley no pueden sacrificar indebidamente derechos fundamentales^{1038}, porque debe entenderse que su consagración está en función de dichos derechos. Tampoco es aceptable que los términos establecidos se modifiquen injustificadamente por vía de excepción^{1039}. Así mismo, se debe propender a la realización de los principios de celeridad y eficacia^{1040}.

L. DERECHO A NO SER JUZGADO DOS VECES POR EL MISMO HECHO (“NON BIS IN IDEM”)

La expresión *non bis in idem*, que significa “no dos veces sobre lo mismo”, ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. Este principio equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta (salvo los casos en que

proceda la acción de revisión)^{1041}

El principio *non bis in idem* es una garantía jurídico-penal de rango constitucional que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho (art. 29 C. N.). En efecto, mediante esta norma rectora se protege al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial, porque ordena que los jueces o fiscales no desconozcan decisiones anteriores que, al revisar nuevamente asuntos finalizados, afecten derechos individuales y generen costos y esfuerzos injustificados para el Estado.

El *non bis in idem*, que se extiende a todo el universo del derecho sancionatorio y del cual forma parte el derecho penal, no implica la imposibilidad de castigar unos mismos hechos por autoridades de distinto orden o que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas^{1042}. Lo que comporta el principio objeto de estudio “es que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, comoquiera que se produciría una inadmisibile reiteración del *ius puniendi* del Estado y, de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia”^{1043}. De ahí que se haya admitido que una misma conducta pueda dar lugar, por ejemplo, a sanciones disciplinarias y penales, e inclusive fiscales.

Al estudiar el *non bis in idem*, la Corte ha considerado que se viola dicho principio constitucional cuando el juzgador fracciona el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas^{1044}, o cuando valora un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad.

Un ejemplo interesante es el analizado por la Corte Constitucional al estudiar una demanda de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 211, numeral 4, de la Ley 599 del 2000, disposición que señala como circunstancia de agravación punitiva de los delitos contra la libertad sexual el realizar la conducta reprochada sobre persona menor de 14 años. El actor consideraba que esa circunstancia desconocía el derecho al debido proceso porque al cometer el delito de acceso carnal en menor de 14 años, y de actos sexuales con menor de

14 años, siempre se agravaría la conducta. Para no vulnerar el principio del *non bis in idem* e imponer doble sanción (una tenida en cuenta en la descripción típica y la otra en la agravación de la conducta), el tribunal declaró exequible la norma acusada, “en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto”^{1045}.

I. PENAS CONCURRENTES Y NON BIS IN IDEM

En este orden de ideas, no se vulnera el *non bis in idem* cuando la ley prevé penas concurrentes como la privación de la libertad, interdicción de derechos o multa, toda vez que la imposición de esta clase de castigos o afectaciones a bienes jurídicos de la persona por una misma conducta no es contraria a la unidad de la pena. Al consagrar la sanción jurídica de un supuesto de hecho, el legislador está en posibilidad de afectar no solo la libertad del condenado, sino también su esfera patrimonial y el ejercicio de sus derechos civiles o políticos, todo lo cual constituye la pena que se ha de imponer por la comisión del delito.

También merece atención la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de aplicación del *non bis in idem* con base en la extraterritorialidad de la ley penal, cuando con ocasión de tratados internacionales de derecho penal los estados partes deben reconocer y respetar los procedimientos adelantados y las sentencias dictadas en un país extranjero, de manera que una persona no pueda ser juzgada o condenada por el mismo hecho por dos o más jurisdicciones.

Lo anterior es lógico si se tiene en cuenta que el principio del *non bis in idem* se relaciona con el principio de la cosa juzgada, que tiene apoyo de orden legal en el artículo 21 CPP y constitucional en las normas superiores (art. 29 C. N.) relativas al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la economía procesal y a la justicia material que implica el Estado social de derecho.

Según la jurisprudencia constitucional, la garantía del *non bis in idem* sólo opera frente a sentencias definitivas, ejecutoriadas, amparadas por la cosa juzgada, lo que quiere decir que el procesado sólo está protegido por dicha garantía cuando el juicio ha concluido mediante una sentencia en firme. De esta manera, ha dicho la Corte, siempre que una decisión de primera instancia sea

susceptible de control por el superior, por la procedencia de recursos, no puede afirmarse que dicha sentencia tenga efectos de cosa juzgada y que dé lugar a esta garantía constitucional, porque el juicio aún no ha concluido ni la persona ha sido absuelta o condenada. Esta garantía será aplicable cuando se hayan interpuesto los recursos previstos en la ley para la decisión de que se trate y hayan sido resueltos oportunamente en la instancia correspondiente^{1046}. Sin embargo, consideramos que el principio de *non bis in idem* debe extenderse a otras decisiones que ponen fin al proceso, como por ejemplo, el auto de preclusión y las decisiones sobre aplicación del principio de oportunidad. De igual manera, el principio constitucional de *non bis in idem* tiene aplicación cuando concurren varios procesos sobre un mismo hecho, caso en el cual, para evitar que el ciudadano se enfrente innecesariamente a una doble investigación, deberá archivarse alguno de ellos o decretarse su conexidad (unidad procesal).

2. DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

Del mismo modo, para la jurisprudencia constitucional es claro que así como la impugnación de una sentencia condenatoria es un derecho constitucional del procesado, también la impugnación de una sentencia absolutoria es un derecho constitucional de la víctima, porque es la materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo y la protección del interés de la sociedad a obtener una sentencia que conduzca a la verdad, la reparación y la justicia.

Por lo anterior, la Corte ha considerado que el derecho a la segunda instancia debe garantizarse tanto para el procesado como para la víctima y que tal garantía de ninguna manera puede ser tenida como una violación de la garantía del *non bis in idem* que existe a favor del procesado^{1047}. Ha sostenido la corporación que es posible entonces establecer limitaciones al derecho al *non bis in idem* a fin de desarrollar otros valores y derechos constitucionales, como los derechos de las víctimas y el deber correlativo del Estado de investigar y sancionar los delitos a fin de realizar la justicia y lograr un orden justo. De esta manera, ha

dicho la Corte que cuando una persona ha sido absuelta pero aparecen hechos o pruebas posteriores que sugieran su culpabilidad, “se desarrolla una clara tensión normativa entre, de un lado, la garantía del procesado a no ser enjuiciado nuevamente y, de otro lado, los derechos de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos y sancionar a los responsables a fin de lograr un orden justo”^{1048}.

Con fundamento en estos argumentos, en la Sentencia C-799 del 2005^{1049} la Corte declaró la constitucionalidad de la acción de revisión^{1050} por considerar que a pesar de que tal acción puede limitar el principio de *non bis in idem*, por cuanto permite que una persona sentenciada vuelva a ser juzgada dada la aparición de hechos nuevos o pruebas nuevas, dicha medida es constitucional porque pretende impedir los fallos que han sido determinados por el delito de un juez o un tercero o por prueba falsa que sirva de base para las conclusiones del respectivo fallo. Para la Corte, la tensión existente en este caso con el principio del *non bis in idem* debe resolverse en beneficio de la justicia como valor y del orden justo como fin primordial del Estado.

Debe recordarse que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 906 del 2004, la *reformatio in pejus* o la prohibición de agravación opera en todos los casos cuando se trate de recurrente único, y no solamente para la sentencia sino para todas las decisiones proferidas durante el proceso y que afecten derechos fundamentales de dicho recurrente.

M. RESTRICCIONES ADMISIBLES AL “NON BIS IN IDEM”.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

I. La garantía del *non bis in idem*, como mecanismo para proteger la seguridad jurídica y la certeza que demanda la vida en comunidad, ha sido concebida por algunos sectores de manera absoluta. La Corte Constitucional, sin embargo, ha indicado que, al igual que los otros derechos y garantías constitucionales, la del *non bis in idem* puede entrar en colisión con otros derechos, garantías y valores constitucionales. Lo anterior ha llevado a ese alto tribunal a considerar la

posibilidad de un estudio serio de proporcionalidad en tratándose de este principio.

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en contra de la regulación sobre la acción de revisión, la Corte Constitucional analizó la exclusión de tal acción para las sentencias absolutorias, cuando aparecen hechos nuevos o pruebas no conocidas al momento de los debates^{1051}. En el respectivo análisis la Corte Constitucional destacó la obligación del Estado de adelantar una investigación seria, que se estima de mayor intensidad en función del mayor daño social que se genera por el hecho punible. Conforme a esta obligación, los estados no cumplen con sus funciones constitucionales y desatienden sus obligaciones internacionales cuando las investigaciones penales que se adelantan son simplemente formales o cuando se trata de una investigación aparente. Otro punto que toca esta jurisprudencia es el relativo a los derechos de las víctimas. Se advierte que tales derechos pueden entrar en colisión con el principio *non bis in idem*, en particular cuando el desconocimiento del derecho a la verdad y a la justicia es producto de la falta de investigación seria por parte de las autoridades.

A partir de estos puntos cardinales, la Sentencia C-004 del 2003 de la Corte Constitucional adelantó un juicio sobre el principio *non bis in idem*, entendido desde una perspectiva absoluta de imposibilidad de reabrir una investigación en contra de personas absueltas^{1052}. Si bien la Corte Constitucional establece que la limitación a la acción de revisión persigue un fin legítimo (evitar la persecución arbitraria y garantizar la seguridad jurídica), que resulta idóneo y necesario, no satisface plenamente los requisitos de un juicio estricto de proporcionalidad. En efecto, el juicio de proporcionalidad que adelanta la Corte Constitucional parte de distinguir entre hechos punibles que configuren delitos comunes y hechos punibles que impliquen violación grave de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. Respecto del primer grupo, se llega a la conclusión de que no existe imperativo constitucional alguno que obligue al legislador a optar por una protección menos radical de la persona absuelta por un hecho punible, máxime cuando en estos casos “la limitación genérica de los derechos de las víctimas aparezca en sí misma excesiva”^{1053}.

Frente a los segundos, la posición de la jurisprudencia constitucional concluyó que debía darse un trato distinto.

Cosa contraria ocurre respecto de los delitos que implican violación de los derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. En este caso, la Corte identifica una doble afectación: por un lado, debido a “la manera en que esos comportamientos desconocen la dignidad humana y afectan condiciones básicas de convivencia social, que son necesarias para la vigencia de un orden justo”, lo que implica que tales hechos punibles tienen una capacidad de afectación que atañe a las víctimas y a la población en general; por otra parte, dicha afectación resulta de mayor entidad cuando aquéllos son producto de la negligencia estatal en materia de investigación penal.

En consecuencia, cuando ocurren estas situaciones se presenta una carga en extremo onerosa para las víctimas de tales hechos punibles y una alteración grave del orden jurídico, que no puede ampararse, por desproporcionada, so pretexto de proteger la seguridad jurídica. En relación específica con las víctimas, se advierte la existencia de una doble afectación, consistente en la violación en sí misma de la dignidad humana y en la indiferencia estatal. De ahí que para la Corte Constitucional “La seguridad jurídica en una sociedad democrática, fundada en la dignidad humana, no puede estar edificada sobre la base de silenciar el dolor y los reclamos de justicia de las víctimas de los comportamientos más atroces, como son las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario”^{[1054](#)}.

Por lo anterior, se estima inconstitucional la restricción a la posibilidad de ejercer la acción de revisión en contra de sentencias absolutorias en procesos donde se investigan violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario. Recuérdese que el Estatuto de Roma otorga competencia complementaria a la Corte Penal Internacional, de forma tal que cuando un estado se niegue o no juzgue a personas responsables de las conductas descritas en dicho estatuto, será la Corte Penal Internacional la que lo haga^{[1055](#)}. Pero, además, la Corte advirtió que en esos casos concretos resulta desproporcionado aplicar de forma absoluta la garantía del *non bis in idem*

cuando la acción de revisión se intenta no por la existencia de pruebas nuevas o pruebas desconocidas, sino para reiniciar el proceso en razón de la absoluta negligencia del Estado. En tales casos la Corte considera que ha existido un abandono absoluto de las obligaciones internacionales del Estado colombiano y el juicio realizado sólo puede calificarse de aparente.

Esta advertencia podría dar lugar a la negación plena del principio de *non bis in idem*, porque bastaría con que cualquier persona alegara que se ha presentado dicha omisión grave por parte del Estado. Para enfrentar este punto, la Corte claramente precisó y señaló que la acción de revisión en este caso sólo operaría si una autoridad internacional o una autoridad judicial interna declara la existencia de la omisión. Esta jurisprudencia de la Corte Constitucional fue acogida integralmente en el nuevo Código de Procedimiento Penal e incorporada en los artículos 21 y 192, numeral 4.

Ordinariamente el derecho al *non bis in idem* debe aplicarse en el área penal y no es factible extenderlo para evitar investigaciones y juzgamiento de materias extrapenales, como ocurre con el régimen disciplinario. Excepcionalmente puede haber influencia tangencial de dos ramas sancionatorias, como se puede observar por vía de ejemplo en el numeral 9 del artículo 324^{1056} CPP (principio de oportunidad).

La Corte Constitucional, siguiendo consideraciones similares a las explicadas en la citada Sentencia C-004 del 2003, en la decisión C-979 del 2005^{1057} declaró inexecutable la expresión “absolutorio” contenida en el numeral 4 del artículo 192 de la Ley 906 del 2004. Señaló al respecto lo siguiente:

El principio de la cosa juzgada se proyecta, complementa y realiza en materia sancionatoria en un postulado de singular importancia en la determinación de los límites al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad punitiva del Estado: la prohibición de doble incriminación o principio *non bis in idem*, conforme al cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, de explícita consagración en la Constitución (inciso 3° Art. 29) y en los tratados de derechos humanos que regulan las garantías judiciales. No obstante, la decidida importancia que en materia punitiva reviste el principio de la cosa juzgada, y su derivado, la prohibición de la doble

incriminación fundada en un mismo hecho y respecto de un mismo sujeto, es evidente que no se trata de un derecho absoluto, particularmente cuando no se encuentra trascendido por el valor justicia. Ninguna cosa juzgada puede ser oponible válidamente en un asunto que envuelve un acto de intolerable injusticia.

Esta declaratoria de inconstitucionalidad permitió que la acción de revisión proceda contra los fallos absolutorios como condenatorios en procesos que tengan por objeto la investigación y el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones graves al derecho internacional humanitario, en los cuales exista un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar estos hechos de forma seria e imparcial. La decisión de la Corte no puede interpretarse por ningún motivo en el sentido de la improcedencia de revisión para fallos absolutorios, sino que extendió la posibilidad a cualquiera que sea el sentido de la decisión definitiva que se adopte en determinados procesos.

V. CONCLUSIONES

Esta parte del libro se inició con el estudio del derecho al debido proceso como presupuesto teórico para luego abordar el análisis de las nulidades y otros mecanismos de control y protección de los derechos fundamentales en el proceso penal. Punto de partida del examen del debido proceso debe ser necesariamente la diferenciación entre debido proceso legal y debido proceso constitucional. Por lo tanto, al diseñar el procedimiento, el legislador debe respetar los elementos dados por la Carta Política.

El derecho al debido proceso es, entonces, un límite al poder del Estado en el momento de la configuración del procedimiento, como también durante la investigación y el juzgamiento de los hechos punibles. Deben respetarse las garantías sustanciales y procesales que la ley estableció.

La Constitución definió la estructura básica del proceso penal, que no puede ser desconocida cuando se regulan los trámites procesales legales. Puede decirse que existen unos principios fundamentales que integran el núcleo esencial al

debido proceso, y ellos son básicamente los de legalidad, juez natural, presunción de inocencia, favorabilidad y los derechos a la defensa y a un proceso sin dilaciones injustificadas.

El principio de legalidad es fundamento de legitimidad del Estado de derecho. Por medio de él no solo se garantizan derechos y libertades individuales, sino que también, y como contrapartida, se trazan límites al ejercicio del poder estatal. Este principio ha tenido un tratamiento privilegiado en el derecho penal, porque desde su mención en esta área del derecho y su posterior desarrollo dogmático (contenido esencial del principio de legalidad: la ley debe ser cierta, estricta, escrita y previa) ha marcado la pauta de lo que se ha entendido como derecho penal liberal. No obstante, no fueron pocos los momentos en que se advirtió la imposibilidad de establecer una legalidad estricta y aún hoy en día se pone de manifiesto dicha dificultad si se tienen en cuenta las actuales formas de criminalidad y la respuesta estatal a nuevos fenómenos, donde muchas veces resulta difícil que la ley penal cumpla rigurosamente los elementos que, se ha dicho, deben caracterizarla.

El principio del juez natural no es una garantía que emana simplemente de la ley, donde por regla general se fijan las normas de competencia. Desde la Constitución pueden inferirse algunas reglas que tienen que ver especialmente con el respeto por las jurisdicciones y los fueros, la titularidad de la Fiscalía para investigar conductas punibles y con el principio de desconcentración de la justicia. En efecto, resulta importante tener en cuenta las especiales normas de investigación y juzgamiento que con la Ley 1098 del 2005 se han establecido para los adolescentes, según las cuales ellos deben ser investigados y juzgados por los funcionarios especializados creados para el efecto.

La presunción de inocencia es una de las garantías más importantes del derecho procesal penal. Toda persona es y se presume inocente hasta tanto haya una declaración expresa de responsabilidad debidamente soportada en material probatorio controvertido dentro del proceso. Para desvirtuar dicha presunción la sentencia que declara la responsabilidad debe estar en firme, de manera que si la persona se encuentra privada de la libertad, continúa en esa condición mientras se resuelve el recurso, en el entendimiento de que es por razón de la medida de

aseguramiento de detención preventiva. Si la persona estuvo en libertad durante el proceso y se profiere sentencia condenatoria, el juez goza de discrecionalidad para ordenar o no la privación de la libertad a partir del momento en que se conoce el sentido del fallo.

Teniendo en cuenta que la favorabilidad es un principio, como fue desarrollado en el primer tomo de esta obra, resulta obligatorio utilizar la técnica de la ponderación en su interpretación. En consecuencia, este principio puede encontrarse en tensión con otros principios constitucionales y, a partir de un ejercicio juicioso de ponderación, ceder a favor de ellos en un caso concreto (por ejemplo, cuando debe darse prelación frente al poder sancionatorio en casos de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, aspecto que fue desarrollado en el tomo primero).

El derecho de defensa se erige como esencial dentro del concepto de “debido proceso”, por lo que sin una garantía efectiva de la defensa no podrán realizarse otras prerrogativas integrantes del derecho consagrado en el artículo 29 constitucional. Implica la posibilidad de que el procesado cuente con la asistencia de un abogado, es decir, con una defensa técnica por medio de la cual se soliciten pruebas, se controviertan las existentes en el proceso y se escoja la estrategia procesal adecuada, que de igual manera incluye la defensa material. Así mismo, comprende la facultad de impugnar las decisiones judiciales que sean adversas -por ejemplo, la sentencia condenatoria, que siempre debe gozar de la garantía de la doble instancia-. Las excepciones a este principio sólo son admisibles siempre que sean constitucionales.

La publicidad del proceso es otro principio constitucional. Las partes deben conocer quién es la persona que investiga y juzga, y todas las circunstancias que rodean la actuación procesal. De esta forma se garantizan al procesado otros derechos y facultades procesales como las recusaciones, la contradicción de testigos y el acceso al expediente, entre otros. La posibilidad de renunciar al derecho consagrado en el literal *k* del artículo 8.º de la Ley 906 del 2004^{[1058](#)} requiere una manifestación libre, consciente, voluntaria, informada y debe realizarse siempre con la asesoría del abogado defensor, tal y como lo consagra

el literal / del citado artículo 8.º.

El derecho de defensa, como se dijo, implica el derecho a presentar y controvertir pruebas. No solo la defensa y el procesado cuentan con este derecho, sino también las víctimas, a quienes especialmente la jurisprudencia ha ampliado el ámbito de participación procesal. El funcionario judicial deberá tomar las decisiones con fundamento en la evidencia y el material probatorio aportado y debatido debidamente durante el trámite del proceso en sus diferentes etapas. Esta valoración debe ser integral e implica que el funcionario se pronuncie sobre las solicitudes probatorias que se hagan oportunamente, a fin de respetar otras garantías procesales como el derecho de impugnación.

La práctica e incorporación del material probatorio debe estar exenta de vicios, de tal forma que si se practican pruebas con violación del debido proceso se estaría ante una nulidad constitucional (respaldada en la vía de hecho por consecuencia). La prueba indebidamente practicada debe ser excluida, como también la prueba ilícita -por ejemplo, aquellas que sólo pudieron obtenerse por razón de una prueba ilícita (ello no impide la práctica oficiosa de pruebas).

El respeto de los términos procesales es parte sustancial del derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. Debe decirse, sin embargo, que no se trata de un derecho absoluto, porque lo que la Constitución prohíbe es la mora judicial injustificada. No obstante, saber cuándo el retraso o mora es justificado deberá decidirse según las implicaciones de cada caso y sin que sean desconocidos los deberes estatales de investigación y juzgamiento. La razonabilidad de los términos es un punto que debe tenerse en cuenta. Los plazos establecidos en la ley pueden ser flexibles cuando con su aplicación se vulneran derechos fundamentales.

Otra garantía del derecho al debido proceso es el *non bis in idem*. En materia penal, opera para la investigación, el juzgamiento y la punición. Ese derecho es también aplicable entre diferentes jurisdicciones, porque, en virtud de tratados internacionales, los estados reconocen las sentencias dictadas en el extranjero.

Como principio constitucional, puede ser sometido a ponderación cuando entre en tensión con otros principios y derechos constitucionales.

La Corte Constitucional consideró que la acción de revisión contra

providencias absolutorias ejecutoriadas es procedente cuando se investigan violaciones de derechos humanos o graves infracciones al derecho internacional humanitario, con lo cual fue introducida una excepción al principio del *non bis in idem*.

CAPÍTULO SEGUNDO

Las nulidades

I. INTRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS DE LAS NULIDADES

Una vez expuesto en detalle el contenido y el alcance del derecho fundamental al debido proceso, contamos con herramientas para entender e interpretar correctamente el artículo 457 CPP, que precisamente establece la nulidad por violación de los aspectos sustanciales del derecho al debido proceso. La nulidad es, entonces, la principal consecuencia que el ordenamiento jurídico señala frente a las violaciones *trascendentes* de este derecho.

Como se dijo, en el derecho al debido proceso confluyen las garantías propias y necesarias para todo procedimiento judicial y administrativo. Aun cuando en este trabajo se ha hecho reiterada mención de este derecho, no sobra insistir enunciativamente sobre algunos de los elementos sustanciales del derecho al debido proceso, advirtiéndole que se trata de prerrogativas amplias que, en consecuencia, sólo permiten plantear generalidades frente a los innumerables casos que se pueden presentar.

En nuestro concepto, los aspectos sustantivos del derecho al debido proceso se concretan en los siguientes elementos: la estructura constitucional del proceso penal acusatorio o principio acusatorio, las garantías particulares dentro del juicio, como la oralidad, concentración, publicidad e inmediación, las garantías puntuales como la *non reformatio in pejus* (no reformar en perjuicio), el *non bis in idem* (no dos veces por lo mismo), el *nemo tenetur se ipsum* (nadie está obligado a declarar en su contra), el derecho a apelar la sentencia condenatoria, el principio de favorabilidad, el principio de legalidad de los delitos y de las penas, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho al juez natural, el derecho a la igualdad de armas y el derecho a la exclusión de evidencia.

Las normas que regulan el debido proceso son abiertas. Por esta razón, el juez tiene una amplia discrecionalidad para lograr que su contenido sea un instrumento eficaz en la realización de un orden justo. Sobre el tema ha dicho la Corte Constitucional:

En el título “De los principios fundamentales” de la Constitución está incluido el

artículo 2.º que señala como fin esencial del Estado la efectividad de los principios. En el artículo 228 se establece la prevalencia del derecho sustancial, en el artículo 229 C.N. se consagra el acceso a la administración de justicia, en el artículo 23o se habla del imperio de la ley y en el artículo 29 se desarrolla el debido proceso. Respecto a esta última norma, la enumeración allí contenida no puede ser una camisa de fuerza, sino que se trata de las llamadas normas abiertas. Entonces, la discrecionalidad del juez (característica de la escuela antiformalista del realismo jurídico norteamericano) permite que la cláusula abierta sea un instrumento fundamental para lograr la finalidad constitucional del debido proceso.

Sobre este tópico de las normas abiertas, Ernest Fuchs, a principios del siglo xx, dijo: “en los estudios, la ciencia y la praxis, las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria”. Pero esta posición lleva a un planteamiento más de fondo: el debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos, y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela^[1059].

Con base en los anteriores presupuestos, comenzamos por afirmar que la nulidad por violación del debido proceso sólo procede cuando se trata de irregularidades sustanciales, porque no puede aceptarse en el derecho procesal colombiano el formalismo a ultranza, ni entronizar como causal de invalidez de actuaciones procesales las irregularidades intrascendentes que no comprometan la estructura y las bases fundamentales del proceso^[1060]. Corresponderá al funcionario en cada caso determinar qué actos socavan la estructura fundamental del proceso, porque resulta verdaderamente imposible, y además contraria a toda técnica legislativa, la enunciación exhaustiva de cada uno de los vicios trascendentales en la relación jurídico-procesal. Evitar el formalismo en este sentido es tarea del fiscal o del juez, precisamente mediante aplicación de los principios generales de

la nulidad (p. ej., los de instrumentalidad de las formas, el de la finalidad incumplida, etc.).

Cuando el trámite procesal no es sometido a las formas esenciales previstas en la Constitución o en la normativa penal, se incurre en omisiones, errores, imprecisiones o alteraciones que implican defectos procesales que, en la mayoría de casos, deben ser corregidos oportunamente para que la decisión que debe adoptarse tenga poder vinculante.

Con dicha finalidad, el legislador permite la aplicación de instituciones jurídicas que, por ejemplo, impiden tener en cuenta determinados medios probatorios para fundamentar decisiones judiciales (exclusión de evidencias), que autorizan a dar por no realizado parte del trámite cumplido (inexistencia) o, en últimas, permiten declarar expresamente su invalidez e ineficacia y ordenar la repetición a través del reconocimiento de la nulidad parcial o total. Cada uno de estos mecanismos mencionados para corregir las alteraciones procesales tiene alcances y formas determinadas en su aplicación, según el contenido y las consecuencias de la irregularidad.

Por lo anterior, el reconocimiento de las nulidades y su correcta aplicación deben fundamentarse en el marco constitucional que estructura el sistema acusatorio, el contenido y alcance de los derechos fundamentales lesionados, como también los límites establecidos en los principios que constituyen fundamento de las nulidades y las características de los demás correctivos procesales (exclusión de evidencias e inexistencia).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia entiende que los principios que orientan las nulidades en la Ley 906 del 2004 no se apartan del régimen anterior porque son inherentes a la naturaleza jurídica de la figura y parten de los principios generales del derecho, ya que implican un desarrollo de los preceptos constitucionales de debido proceso y de valores como el deber del Estado de garantizar un orden social justo^{[1061](#)}. De tal manera que los artículos 455 a 458 CPP, relacionados con la ineficacia de los actos procesales por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales se interpretan, básicamente, ciñéndose a la regla según la cual los actos procesales se dirigen a

finés determinados, pero con la exigencia al Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política^{1062}.

Así, la Corte Suprema entiende que el debido proceso como derecho fundamental comprende, entre otras, las garantías del principio de legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso según el artículo 29 superior, por lo cual los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y carácter residual, entre otros, continúan rigiendo las nulidades, tal y como se desarrollaban con base en la Ley 600 del 2000. A este respecto afirma ese alto tribunal lo siguiente:

En ese orden, el funcionario judicial sólo está autorizado para decretar las nulidades previstas en la ley como lo estipula el artículo 458 de la Ley 906 del 2004, y no podrá invocarlas el sujeto procesal que originó la configuración de la causal salvo en el caso de ausencia de defensa técnica, que la irregularidad puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado siempre y cuando se hayan observado las garantías fundamentales, de modo que quien la alega está forzado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido, así mismo debe indicar el motivo de invalidez, las razones de hecho y derecho en que lo fundamenta, y no podrá invocar una nueva petición por la misma causal sino por una diferente o por hechos ulteriores^{1063}.

Sobre los principios que rigen las nulidades, recientemente la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

Tales axiomas se concretan en los siguientes postulados: sólo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley (principio de taxatividad); quien alega la configuración de un vicio enervante debe especificar la causal que invoca y señalar los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya (principio de acreditación); no puede deprecarla en su beneficio el sujeto procesal que con su

conducta haya dado lugar a la configuración del yerro invalidante, salvo el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa (principio de instrumentalidad); quien alegue la rescisión tiene la obligación indeclinable de demostrar no solo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino que ésta afecta de manera real y cierta las bases fundamentales del debido proceso o las garantías constitucionales (principio de trascendencia) y, además, que para enmendar el agravio no existe remedio procesal distinto a la declaratoria de nulidad (principio de residualidad)^{1064}.

Los principios que rigen las nulidades en materia procesal penal, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, se pueden clasificar así:

A. PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD ("PAS DE NULLITÉ SANS TEXTE")

No tuvieron acogida en el Código de Procedimiento Penal -como equivocadamente piensan algunos- las llamadas "nulidades conminatorias", que en alguna época aceptó el sistema francés y que se refieren a aquellos defectos que pueden ser invalidados con toda libertad por los jueces. Por el contrario, los artículos 29 superior y 458 CPP consagraron el principio de especificidad o legalidad, en virtud del cual las causales de nulidad están taxativamente descritas en el ordenamiento jurídico, y no es posible aplicarlas por vía de analogía o de remisión al procedimiento civil. Sin embargo, el principio de especificidad o taxatividad deja amplio margen al funcionario para que determine, en el caso concreto, qué hechos pueden violar las garantías fundamentales, dado que resulta verdaderamente imposible hacer una descripción detallada de todas las posibles violaciones al principio de legalidad procesal.

En el derecho procesal contemporáneo "el requisito de legalidad no puede

imperar en forma absoluta, ya que el legislador no puede prever todas las situaciones en forma ‘minuciosa y detallada’. Se vería, entonces, obligado a elaborar un catálogo interminable de nulidades procesales. De ahí que sea indispensable dejar un margen a la decisión del juzgador, para colmar los vacíos del sistema”^{1065}. Con base en estas modernas orientaciones fueron redactadas dos fórmulas amplias, que resumen los motivos de nulidad: (1) la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso y (2) la violación del derecho a la defensa^{1066}.

La doctrina se ha encargado de señalar pautas para atenuar el principio de especificidad, al destacar que “si bien toda nulidad debe fundarse en una disposición legal que la establezca, ello no significa en modo alguno que la misma debe encontrarse consagrada en términos sacramentales y expresos, ya que pueden resultar de una prohibición o condición legal”.

La Corte Suprema ha sostenido que la violación del principio de taxatividad genera nulidad del proceso. Hay lugar a la invalidez cuando el funcionario declara una nulidad que no tiene fundamento en ninguna de las causales consagradas en el estatuto procesal (art. 458 CPP) o en la Carta Política (art. 29). La Corte Constitucional también ha sostenido que si se reconoce indebidamente una nulidad, dicho acto puede ser declarado ineficaz, revalidando la actuación que en forma equivocada se anuló .

B. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA (“PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF”)

La nulidad no puede invocarse por el solo interés de la ley. Es necesario que la irregularidad sustancial afecte garantías de los sujetos procesales o altere las bases fundamentales del juicio, por lo que algunas legislaciones (v. *gr.*, en Argentina) exigen que quien invoca la nulidad pruebe el perjuicio ocasionado con la actuación ilegal. Un sector de la doctrina entiende que el perjuicio consiste en el menoscabo del derecho a la defensa, pero esta concepción no ha sido aceptada en la tradición jurídica colombiana. De acogerse tal tesis se concluiría que las nulidades sólo están instituidas en favor del procesado^{1067}.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “cuando se acude a la nulidad, también es menester comprobar, entre otros aspectos, por qué la supuesta falta judicial ha perjudicado al procesado y, desde luego, por qué una vez repuesto el proceso obtendría el beneficio”^{1068}.

C. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN (“NEMO AUDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS”)

En virtud del principio de protección, no puede invocar la nulidad el sujeto procesal que “haya coadyuvado con su conducta a la tipificación del acto irregular”. Hay unidad de criterios en el sentido de que el sujeto que ha actuado deslealmente o ha sido causa del acto irregular no puede plantear la invalidez del proceso.

Surge sin embargo un interrogante: ¿podrá el sujeto procesal pedir al funcionario que se pronuncie oficiosamente sobre la nulidad, o será que el funcionario debe hacerlo sin que medie petición alguna? Nos parece que el funcionario no está autorizado, porque el principio de protección debe entenderse en el sentido de que la negligencia de los sujetos procesales no puede tomarse como razón válida para declarar la presencia de un vicio de invalidez en el proceso.

Se discute acerca de la posibilidad de invocar el principio de protección ante la falta de defensa técnica en el proceso penal. Es decir, existe duda sobre si se excluye la posibilidad de invocar la nulidad en este supuesto, especialmente si se tiene en cuenta que el imputado y el apoderado son dos sujetos que integran el concepto de “parte defendida”. La discusión es compleja particularmente si se considera que las omisiones del abogado (negligencia) no pueden ir en perjuicio del imputado (éste muchas veces no está en capacidad de entender el proceso como tal). De hecho, esta última razón es la causa o motivo por el cual la jurisprudencia ha aceptado que la falta de defensa técnica constituye violación del derecho a la defensa.

La Corte Constitucional aplicó el principio de protección en los siguientes términos:

Uno de los criterios más importantes para determinar en qué casos hay violación del derecho a la defensa es el llamado *principio de protección*, en virtud del cual quien con su comportamiento desleal da lugar a un acto irregular no puede invocar una violación al debido proceso.

Cuando una persona es vinculada al proceso penal surgen inmediatamente para ella ciertas cargas de lealtad y diligencia, y tiene la obligación de orientar sus actuaciones con base en la buena fe. Por esta razón, una vez tenga conocimiento de la imputación debe brindar información cierta y actualizada sobre el lugar en cual debe ser informada de las decisiones.

La obligación de notificar personalmente tiene por finalidad facilitar el ejercicio del derecho a la defensa material; es decir, la defensa ejercida directamente por el imputado. Sin embargo, la forma como se ejerce goza de un amplio campo de discrecionalidad, y el silencio o la no comparecencia personal pueden ser estrategias válidas de defensa.

Por las razones anteriores, si la persona conoce la existencia de la investigación y no cumple con la carga de informar sobre un lugar cierto donde le puedan comunicar los actos procesales, no existe violación del derecho fundamental de defensa^[1069].

Con la Ley 906 del 2004 el criterio continúa siendo válido. El principio de protección relacionado con el derecho de defensa normalmente atiende a un criterio de lealtad de la defensa para con la administración de justicia y mutuamente de ésta para con el procesado. No obstante, deben hacerse algunas aclaraciones con respecto a la jurisprudencia que, como es obvio, entiende de otra manera el trabajo del defensor en el sistema acusatorio. En este sentido, es necesario anotar que la jurisprudencia constitucional considera vulnerado el núcleo esencial del derecho a la defensa técnica cuando ocurran los siguientes eventos:

- i) Que efectivamente se presenten fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, puedan encuadrarse dentro del margen de libertad con que cuenta el apoderado

para escoger la estrategia de defensa adecuada. Ello implica que, para que se pueda alegar una vulneración del derecho a la defensa técnica, debe ser evidente que el defensor cumplió un papel meramente formal, carente de cualquier vinculación a una estrategia procesal.

ii) Que las mencionadas deficiencias no le sean imputables al procesado o no hayan resultado de su propósito de evadir la acción de la justicia. Habrá de distinguirse en estos casos, entre quienes no se presentan al proceso penal porque se ocultan y quienes no lo hacen porque les fue imposible conocer su existencia.

iii) Que la falta de defensa técnica revista tal trascendencia y magnitud que sea determinante de la decisión judicial respectiva, de manera tal que pueda afirmarse que se configura una vía de hecho judicial por uno de los defectos anotados y, en consecuencia, una vulneración del derecho al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos fundamentales.

Así las cosas, frente a una presunta vulneración del derecho fundamental a una defensa técnica, es necesario estudiar cada caso concreto para evaluar sus precisas consecuencias a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del mismo^[1070].

La jurisprudencia de la Corte Suprema considera que es factible invocar la nulidad por violación de la defensa técnica cuando el profesional del derecho no ejerce las facultades que la ley le otorga para hacer valer el derecho fundamental a la presunción de inocencia, bien por la carencia de conocimientos técnicos propios del sistema o por una pasividad que resulte incompatible con su ejercicio, más allá de lo que puede entenderse como estrategia del litigante para representar adecuadamente los derechos que se discuten en el respectivo caso. La Sala Penal afirmó:

Sobre el derecho a la asistencia de un abogado, o defensa técnica, ha expresado la corte que es una modalidad específica del debido proceso penal constitucional que se aplicará en todo caso en que exista sindicado de un delito, y que supone no solo habilidad, es

decir, un mínimo de conocimientos jurídicos para enfrentar las vicisitudes del proceso, sino también diligencia, esto es, oportuna y pertinente utilización de instrumentos y variado repertorio de actos y recursos procesales.

El ejercicio del derecho a la defensa técnica, además de consistir en la exigencia de la asistencia de un abogado, tiene dos partes fundamentales, a saber: por un lado, la facultad del defensor de solicitar pruebas y controvertir las allegadas al proceso y, por el otro, la de impugnar las providencias. Desconocida la habilidad o la diligencia de la defensa, lo procedente es la nulidad constitucional de acuerdo a lo dispuesto en el último inciso del aludido artículo superior (29)^[41071].

D. PRINCIPIO DE CONVALIDACIÓN

Los actos irregulares pueden convalidarse por el consentimiento presunto o expreso del perjudicado con la actuación ilegal, porque las reclamaciones por la vulneración de las formas propias de cada juicio están sujetas al principio de preclusión. En nuestro derecho procesal este principio tiene *aplicación restringida*, por cuanto el silencio de las partes no implica convalidación del acto irregular.

El funcionario que administra justicia penal es el supremo guardián de la legalidad del proceso y, por tanto, puede declarar oficiosamente cualquier clase de nulidad, aun cuando las partes guarden silencio sobre ellas. Por regla general, sólo la cosa juzgada (excepto cuando ha obrado el fenómeno de la prescripción o es procedente la acción de tutela porque se han vulnerado derechos fundamentales) tiene la capacidad de convalidar y sanear todas las nulidades que se presenten en el proceso.

La reciente reforma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (artículo 25 de la Ley 1285 del 2009) obliga al juez a pronunciarse de oficio cuando termine cada etapa procesal, en relación con la existencia o no de irregularidades que pueden afectar la validez del proceso, al preceptuar:

Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los

vicios que acarrean nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas.

No obstante, la jurisprudencia constitucional manifestó, en relación con el saneamiento oficioso en el proceso penal, lo siguiente:

La existencia de una suerte de control de legalidad oficioso al cierre de cada etapa del proceso, y la consecuente prohibición de reclamarse posteriores nulidades (salvo la existencia de nuevos hechos), se proyecta como una medida constitucionalmente válida teniendo en cuenta los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia.

A pesar de lo anterior, la Corte es consciente de que en el desarrollo de los diferentes procesos judiciales pueden presentarse situaciones de extrema irregularidad que atentan de manera significativa contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales. En estos eventos no resultaría proporcionado ignorarlos so pretexto de la preclusión de determinada oportunidad procesal dentro de la cual han debido ponerse en conocimiento de quien dirige el correspondiente proceso^{[1072](#)}.

Y para referirse al proceso penal, la misma decisión sostuvo:

Así las cosas, en presencia de situaciones extremas no sería constitucionalmente admisible que se sacrifique la posibilidad de proponer y obtener la correspondiente declaración de nulidad, en aras de la celeridad del proceso. La Corte comparte los planteamientos de la Fiscalía General de la Nación, de modo que la lectura correcta de la norma no puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad del proceso en cualquier etapa del mismo, cuando se determine la existencia de irregularidades que comporten una grave afectación al núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales.

La interpretación de la Corte Constitucional merece las siguientes aclaraciones:

Frente al proceso penal existe el saneamiento de oficio con la correspondiente convalidación, pero el juez debe tener en cuenta que la Corte se refiere a los

casos en que se compruebe la “existencia de graves irregularidades que comporten grave afectación de garantías constitucionales”, como supuesto de excepción. En tal sentido, debe entenderse que el juez está obligado a estimar y ponderar ante qué clase de vicio o irregularidad se encuentra, con el fin de determinar si tiene entidad para afectar una garantía con consecuencias trascendentales para el resultado del proceso o si la irregularidad se puede sanear o corregir de alguna forma diferente para evitar invalidar parte de la actuación procesal.

Se habla entonces de una ponderación en donde resulta fundamental el principio de trascendencia. Por vía de ejemplo, la propia Corte recuerda que tratándose de nulidad derivada de prueba ilícita^{1073}, o de la obtención de prueba mediante tortura u otra grave violación de los derechos humanos, no es procedente la convalidación.

E. PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS FORMAS (FINALIDAD INCUMPLIDA)

Otro principio que orienta las nulidades es el de la *instrumentalidad de las formas*, en virtud del cual las ritualidades están destinadas a satisfacer determinadas finalidades en el proceso y, por consiguiente, si a pesar de los defectos del acto éste cumple con su objeto o finalidad, no podrá recaer sobre él declaratoria de invalidez^{1074}.

A diferencia de la normatividad de la Ley 600 del 2000, el nuevo Código de Procedimiento Penal no establece expresamente este principio. En efecto, el artículo 31o. 1 de la Ley 600 establecía que “no se declarará la invalidez de un acto, cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho a la defensa”. Para fundamentar este principio también se ha recurrido por vía de analogía al artículo 144.4 del Código de Procedimiento Civil, actual artículo 136.4 del Código General del Proceso. Señala la ley el saneamiento de la nulidad “cuando, a pesar del vicio, el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”. No obstante, para la Corte

Suprema de Justicia, el artículo 457 CPP, al hablar de violación del “debido proceso en aspectos sustanciales”, nos remite al principio de instrumentalidad de las formas y obviamente al de trascendencia.

La Corte Suprema de Justicia explicó que la “nulidad es la inidoneidad de un acto para cumplir su finalidad”^{[10751](#)}. De tal manera que la nulidad como mecanismo procesal de saneamiento cuando se incurre en el desconocimiento de algunas formas procesales resulta procedente cuando se vulneran de manera grave los presupuestos de un acto exigido por el código de procedimiento penal o cuando éste adolezca de los requisitos que están establecidos para alcanzar determinada finalidad. En una antigua sentencia, la Corte Suprema de Justicia plasmó el principio de la instrumentalidad de las formas en los siguientes términos:

Se ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales que deben tener las formas cuya plenitud ordena el constituyente, porque una interpretación científica no puede ni debe conducir al simple formalismo procesal, es decir a la fórmula por la fórmula, con desconocimiento de su trascendencia o aspecto teleológico.

Evidentemente, dentro del curso del proceso penal, que es por naturaleza dinámico, unas formas procesales no satisfechas pueden quedar absorbidas por otras más amplias, u otras formalidades viciosas purgarse posteriormente de sus defectos. En estos casos, la “plenitud” a que se refiere la Carta queda indirectamente satisfecha.

Tal ocurre en casos de omisión de notificaciones, contra la cual no se reclama oportunamente (ords. 3°, 4° y 5° art. 198 cpp), o cuando a pesar de la omisión los interesados comparecen a las diligencias y hacen uso de sus derechos (ord. 2° art. 199 *ibid.*), o bien cuando, habiéndose denegado durante la instrucción sumaria una prueba fundamental, por estimarse ilegalmente que no procede, se ordena y practica durante el plenario.

Otras veces se tratará de simples erratas, que no inciden sobre lo esencial del asunto, o no afectan los fines naturales de la “forma”, como cuando se altera o deforma el apellido del acusado, que, no obstante ello, ha sido objeto de una perfecta

identificación. En esta hipótesis no puede alegarse la nulidad prevista en el numeral 8° del artículo 198 aludido, *porque la ausencia de la forma debida* (nombre real del acusado) *no altera su propia finalidad; el requisito ha dejado de ser sustancial, porque sus fines han quedado a salvo. La declaración de nulidad conduciría al formalismo criticado, pues equivaldría a mantener la fórmula por la fórmula, sin consideración teleológica alguna*^[1076] [énfasis nuestro].

Una aplicación clara de este principio se puede apreciar en la posibilidad de decretar la nulidad parcial en casos en los cuales se hayan celebrado preacuerdos, tesis avalada por el máximo tribunal de la justicia ordinaria, según la cual, para aplicar el principio de instrumentalidad de las formas^{1077}, el juez puede improbar parcialmente un preacuerdo. Entonces, si parte del preacuerdo no tiene reparo constitucional o legal, pese a que otro aspecto del acuerdo carezca de poder vinculante por alguna violación de garantías fundamentales, ninguna razón habría para restarle total validez; por lo menos, parte del acto cumple con la función para la cual estaba destinado^{1078}.

F. PRINCIPIO DE LA EJECUTORIA MATERIAL

En desarrollo del principio de preclusividad, el proceso penal se estructura a partir de ciertas situaciones que constituyen presupuesto de las actuaciones subsiguientes: por ejemplo, sin acusación no hay etapa de juzgamiento, sin agotamiento de la exposición o develación de pruebas en audiencia preparatoria no puede realizarse el juicio público, etc.

Cuando es tal la influencia de las decisiones sobre el resto de la actuación, se dice que éstas tienen *ejecutoria material* y contra ellas, una vez desatados los recursos interpuestos, no procede sino la declaratoria de nulidad, porque la naturaleza del vicio en que se incurrió impone rehacer parte de la actuación. Por el contrario, cuando una actuación no entraña condición procesal para las etapas posteriores, las decisiones tomadas tienen *ejecutoria formal* y el funcionario puede corregir los errores en que hubiere incurrido revocando dichas determinaciones sin necesidad de acudir a la figura de la nulidad.

Esta apreciación tiene respaldo en el artículo 10.º CPP, que establece con claridad la obligación para los jueces de conocimiento y de garantías de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad. Excepcionalmente puede pedirse la nulidad dentro del término de ejecutoria de sentencias de única instancia, por no existir otra oportunidad para solicitarse, como sucede, por ejemplo, al no dar aplicación al principio de favorabilidad. De esta forma se da cumplimiento a la ley estatutaria de administración de justicia (Ley 270 de 1996, adicionada por el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009).

G. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

Mientras no haya *pronunciamiento expreso* sobre un acto nulo, la actuación procesal tiene plena validez. Si no fuere así, el trámite de la relación jurídico-procesal estaría expuesto a la incertidumbre, ya que la legalidad del proceso quedaría al libre arbitrio del juzgador. La declaratoria de nulidad debe reconocerse mediante decisión interlocutoria. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 177 CPP, proceden los recursos ordinarios. El de apelación se debe conceder en el efecto suspensivo.

H. PRINCIPIO DE LA NATURALEZA RESIDUAL (MEDIDA EXTREMA)

La nulidad es una medida extrema, que sólo puede decretarse cuando no es viable otro mecanismo procesal para subsanar la irregularidad. Es decir, sólo tiene aplicación cuando el grave quebranto procesal no puede corregirse sino con la repetición de parte del trámite. Las irregularidades sustanciales del proceso generalmente se corrigen rehaciendo la actuación. Sin embargo, hay excepciones en las cuales el desvío, por grave que sea, puede subsanarse por otro medio procesal que no implique retorno a períodos fundamentales ya superados. Sobre este tema ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

La nulidad, consecuencia del principio de legalidad del proceso, busca establecer la

intangibilidad de las formas propias de cada juicio, por ser éstas el marco dentro del cual puede ejercer el Estado su derecho de sancionar, y por cuanto constituyen la garantía de la persona respecto de la salvaguarda de su libertad y del aseguramiento de oportunidades y medios idóneos para su defensa.

Cuando estos objetivos no se conculcan, o el vicio alcanza apenas la categoría de irregularidad o existe otro remedio procesal al cual se pueda acudir para dar piso legal a la actuación, debe prescindirse de decretar la nulidad.

Es lo que ocurre en el presente caso, pues si se acredita que uno de los delitos por los cuales fue llamado a responder el ex-juez [...] estaba prescrito cuando se le enjuició, el Código de Procedimiento Penal ofrece, en su artículo 163 (art. 39 nuevo CPP), solución adecuada para esa situación mediante la cesación de procedimiento por no poderse proseguir respecto de él la correspondiente acción penal. Y dicha determinación puede adoptarse en cualquier estado del proceso en que aparezca debidamente comprobada la causal de cesación, y puede y debe tomarla el juez que en ese momento tuviere a su conocimiento el asunto, por ser competente, así se trate del de segunda instancia^{1079}.

II. PRINCIPIO DE ACREDITACIÓN

Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya^{1080}.

Se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema que entre los principios que son aplicables a las nulidades está la exigencia de una carga de argumentación suficiente y de la demostración de la afectación injustificada de derechos fundamentales o la vulneración de la estructura básica del proceso. Estos principios tienen fundamento normativo en el artículo 27 CPP (criterios moduladores de la actividad procesal), ya que esta norma faculta al funcionario para que decrete la nulidad principalmente con el fin de “evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia”. De la misma forma, encuentran su fundamento en los ya mencionados artículos 457 y 458 CPP.

Específicamente, cuando se invoca la nulidad por violación del derecho de defensa o en concreto cuando se trate de ausencia de defensa técnica, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que existe una carga de argumentación y demostración que va más allá de la simple desaprobación del trabajo de los defensores, porque es necesario que se presente alguna de las siguientes circunstancias: la manifiesta ignorancia del defensor sobre los principios y reglas que rigen el sistema acusatorio^{1081}, o bien la existencia de omisiones inexcusables que indiquen la ausencia de actitud proactiva por parte del defensor, tales como la falta de la debida controversia probatoria, el no recurrir las decisiones que afectan derechos de la persona o la no oposición a eventuales arbitrariedades de los funcionarios judiciales. Además, quien alegue la nulidad por falta de defensa técnica debe señalar el daño derivado de tales omisiones^{1082}.

Por otra parte, cuando se invoque en sede de casación la nulidad por falta de incorporación de una prueba en el juicio, el recurrente, además de demostrar la utilidad, trascendencia, conducencia y pertinencia de la prueba^{1083}, debe solicitar en su demanda la nulidad parcial del juicio, para que se pueda introducir y controvertir esa prueba y sea tenida en cuenta por el juez al momento de proferir el fallo^{1084}.

III. ASPECTOS GENERALES DE LA NULIDAD

A. OPORTUNIDAD PARA INVOCAR LAS NULIDADES

El estatuto procesal penal, de manera general, no regula la oportunidad para invocar nulidades salvo en la audiencia de formulación de acusación (art. 339 CPP). La única referencia a la ritualidad procesal por haberse incurrido en omisión o cualquier error está definida en el artículo 10.º CPP, conforme al cual los jueces (garantía y conocimiento) “estarán en la obligación de corregir los actos irregulares no sancionables con nulidad, respetando siempre los derechos y garantías de los intervinientes”. Así mismo, la Ley Estatutaria 1285 del 2009,

artículo 25, establece oportunidades para realizar un control oficioso en la terminación de cada etapa procesal.

De lo anterior se infiere que el legislador ha previsto la audiencia de acusación como última oportunidad para plantear las nulidades de la actuación cumplida antes de iniciar el juicio oral. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la posibilidad de invocar nulidades de la actuación que se desarrolla en el juicio oral en sede de casación, según se desprende de las causales 2.^a y 3.^a del artículo 181 CPP. Este modelo se explica porque el juicio o el debate probatorio propiamente dicho sólo opera a partir de la acusación, mientras que en la etapa previa no existe una efectiva e integral controversia probatoria sino encuentros para definir aspectos puntuales entre las partes (audiencias preliminares), donde el juez de garantías opera como controlador de la validez, en sentido material, de todas las actuaciones que se realizan en el trámite del proceso (no se olvide el papel activo y las amplias facultades del juez de control de garantías en las diferentes audiencias, que aquí hemos defendido).

Si se aplica literalmente la anterior posición jurídica, se presentaría el siguiente interrogante: ¿qué ocurre si el juez de control de garantías advierte la nulidad de las actuaciones previas a la acusación? En nuestro concepto, y conforme entendemos el rol funcional del juez de control de garantías, con independencia de lo establecido en el artículo 339 CPP, cuando este funcionario advierta una irregularidad sustancial deberá decretarla -por ejemplo, que la investigación fue adelantada por la Fiscalía, sin competencia (p. ej., jurisdicciones especiales).

Aquí debe entenderse que el juez de control de garantías actúa como garante de los derechos fundamentales y, en consecuencia, de la validez del proceso en las etapas previas a la acusación. Lo mismo puede decirse frente a aquellos actos procesales que tienen ejecutoria material como la aceptación del juez de control de garantías sobre pedido de imputación realizado por el fiscal, etc. La afirmación anterior tiene respaldo en lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009, que obliga a los jueces a verificar la existencia de nulidades al terminar cada etapa procesal, lo que incluye a los jueces de control de garantías.

En consecuencia, las irregularidades procesales que permiten la declaratoria de nulidad no solo pueden corregirse después de la formulación de acusación, sino que es obligatoria la invalidación de parte de la actuación procesal en el momento en que aquellas sean advertidas, para dar cumplimiento al artículo 25 de la Ley 1285 del 2009. En otros términos, resulta ilógico y opuesto a los mandatos constitucionales (debido proceso) el seguir adelantando un proceso a sabiendas de su ineficacia hasta que se logre llegar formalmente a una determinada etapa procesal (acusación).

B. NULIDADES PARCIALES

El artículo 53.2 CPP acepta la existencia de nulidades parciales, al consagrarlas expresamente como causa de ruptura de la unidad procesal. Esta disposición describe una situación ya reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al sostener lo siguiente:

Es obvio que la nulidad de una decisión únicamente afecta a las actuaciones que dependan de ella, porque requieren de su validez para poder existir. Pero, cuando el acto declarado nulo no es requisito indispensable para la existencia de otros posteriores que tienen vida propia e independiente del anulado, no hay ninguna razón para que su invalidez los afecte. “Si el defecto no se comunica a todos los actos del proceso, o a un conjunto de ellos, o a un acto en sí mismo completo, como sucederá, valga el ejemplo, con los realizados por un juez incompetente, no se ve la necesidad de anular la totalidad de la actuación cumplida. La reposición del proceso, o la renovación del acto procesal, procede entonces cuando todos los actos que lo integran, o un conjunto de ellos o un acto en sí mismo completo, se encuentran afectados por la nulidad”, ha dicho esta Sala (casación del 13 de noviembre de 1980)^[1085].

La declaratoria de nulidad debe indicar con precisión y claridad la parte del proceso que debe ser objeto de reposición, porque no en todos los casos se invalidan íntegramente las diligencias practicadas. El funcionario está en la obligación de señalar los actos procesales afectados con la irregularidad, porque

en muchas ocasiones, a pesar del reconocimiento de la nulidad de una determinada etapa, puede haber diligencias cuya práctica no tenía como presupuesto procesal la providencia o la actuación a partir de la cual se incurra en vicio.

C. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

La violación del principio de favorabilidad puede constituir causal de nulidad en el proceso penal, por cuanto quebranta lo dispuesto en el artículo 29 constitucional. Para establecer la procedencia de esta nulidad constitucional es necesario distinguir: (1) la falta de aplicación de ley *material* más favorable y (2) la falta de aplicación de ley *instrumental* más favorable. Todo lo anterior debe estudiarse bajo el entendido de que el principio de favorabilidad tiene estructura normativa de principio y de que en aquellos casos en los cuales existen graves violaciones de derechos fundamentales es necesario realizar un juicio de ponderación cuando está en tensión con otro derecho.

I. FALTA DE APLICACIÓN

DE LEY MATERIAL MÁS FAVORABLE

Cuando no se aplica la ley material más favorable al procesado, en cuya vigencia se realizó el hecho que se imputa (ultractividad) o se desconoce normatividad expedida después de la realización del comportamiento ilícito (retroactividad), *excepcionalmente* podrá decretarse la nulidad si en el proceso no hay otros correctivos diferentes de la invalidez para subsanar la irregularidad sustancial (carácter residual de la nulidad)^{[110861](#)}.

Piénsese, por ejemplo, que se formula acusación con base en el desconocimiento de una ley material más favorable que debió aplicarse retroactivamente en el proceso. En este caso, aun cuando la formulación de acusación viola flagrantemente el artículo 29 de la Carta, no es procedente la declaratoria de nulidad, ya que puede acudirse a otro mecanismo procesal para corregir el vicio de legalidad: aplicar en la sentencia la disposición más benigna

al procesado.

Lo mismo ocurre si se niega el derecho a la libertad, porque se adecúa indebidamente la conducta a una ley restrictiva que consagra una sanción más grave. La providencia que niega dejar en libertad a la persona es ilegal por quebranto del artículo 29 superior. No obstante, no sería viable decretar la nulidad cuando puede acudir al mecanismo de la revocatoria (inc. 5.º, art. 10.º CPP) de la decisión desfavorable (ejecutoria formal) y sustituirla por la que conceda mayores beneficios.

En caso de que se haya formulado la acusación con base en un tipo penal que después se deroga o declara inexecutable, no sería lógico decretar la nulidad para reconstruir la actuación procesal, sino debe optarse por un mecanismo que le ponga fin al proceso por despenalización de la conducta. Por ejemplo, precluir la actuación, con lo cual se da aplicación estricta al principio de favorabilidad.

Ordinariamente, sólo cuando la violación del principio de favorabilidad se produce en la sentencia de segunda instancia puede decretarse la nulidad. En esta hipótesis, la nulidad podrá plantearse durante el término de ejecutoria de la sentencia o durante el recurso extraordinario de casación (art. 181 CPP).

2. FALTA DE APLICACIÓN DE LEY

INSTRUMENTAL MÁS FAVORABLE

La lectura del artículo 29 constitucional permite aceptar que el principio de favorabilidad tiene aplicación tanto en materia sustancial como instrumental. La interpretación de este precepto constitucional ha sido tan amplia que la Corte Suprema de Justicia ha aplicado ultractivamente disposiciones favorables al procesado, no obstante haber sido declaradas inexecutable ^{1087}. En este aspecto es necesario precisar que si la norma en cuya vigencia se cometió un hecho punible es más favorable a la legislación que deroga dichos preceptos, debe aplicarse indiscutiblemente la favorabilidad mediante la ultractividad de la ley penal, salvo que se trate de comportamientos de ejecución permanente.

En relación con el principio de favorabilidad frente a las medidas de

aseguramiento, ha dicho la Corte lo siguiente:

Ahora bien, como consecuencia de la nueva legislación penal y de procedimiento penal corresponde al funcionario judicial a solicitud de parte o por su iniciativa verificar bajo la égida del principio de favorabilidad si la medida de aseguramiento debe mantenerse o, por el contrario, ha de revocarse, caso en el cual está obligado a dinamizar las consecuencias que de su aplicación [se] deriven^[1088].

En conclusión, cuando deja de reconocerse una ley *instrumental* más favorable que implique violación de derechos fundamentales al procesado tiene plena aplicabilidad el mecanismo de la nulidad, siempre que no existan otros correctivos contra el desafuero del juzgador. La nulidad podrá alegarse con fundamento en el artículo 29 constitucional (violación del principio de favorabilidad), en concordancia con la nulidad legal por violación del debido proceso (art. 457 CPP). Debe tenerse en cuenta que cuando existe tránsito legislativo en los casos de delitos de ejecución permanente y la última norma es más grave, no se aplica la favorabilidad^[1089].

En virtud del principio de favorabilidad, la Corte Suprema de Justicia sostiene asimismo que es posible aplicar el Código Penal derogado para efectos de la pena imponible, y el nuevo Código de Procedimiento Penal para la determinación de la medida de aseguramiento^[1090]. Sobre la posibilidad de aplicar una combinación o conjunción de diversas leyes favorables al imputado, ha dicho el alto tribunal:

En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador), sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida (“sin excepción”, dice el precepto).

En razón de la amplitud que perfila el legislador en la aplicación de la ley permisiva, ha de entenderse por “ley” la norma o precepto que, por regular jurídicamente un comportamiento, materia, problema o institución determinada, logra su propia individualización y tiene su particular ámbito de aplicación, sin importar en el concepto el grado de relación entre ellas, porque éste se encuentra supeditado a la ontología de aquéllas.

Así pues, en el caso de las penas principales concurrentes, comoquiera que cada una de ellas tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, en hipótesis (justificable sólo para determinar la ley más favorable) sería factible conformar una norma con cada una de ellas y el presupuesto común.

[...] Lo importante es que, identificada una previsión normativa como precepto, cualquiera sea su conexión con otras, se aplique en su integridad, porque, por ejemplo, no sería posible tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol de aplicador del derecho e invadiría abusivamente el ámbito de la producción de normas propio del legislador^{1091}.

D. DIFERENCIAS ENTRE NULIDADES E INEXISTENCIAS^{1092}

Además de las nulidades, entendidas como sanción a los actos de violación de los derechos fundamentales, se consagra la figura de la inexistencia como mecanismo de ineficacia procesal. Para terminar este apartado, es preciso resaltar las diferencias entre nulidades e inexistencias. Dichas diferencias se definen respecto de cinco elementos, así:

a. Comunicabilidad: como lo anota la Corte Suprema de Justicia^{1093}, la inexistencia no comunica el vicio al resto de la actuación procesal, salvo en casos excepcionales. En cambio, la nulidad, por afectar la relación jurídico-procesal, comunica la grave irregularidad al trámite que depende del acto que se

invalida^{1094}.

b. *Taxatividad*: las inexistencias no están taxativamente enumeradas. Si se violan en forma grave principios esenciales que regulan la aducción de los elementos materiales probatorios, así no exista mandato expreso en la ley que ordene desconocer dicha prueba, el funcionario no está obligado a valorar el medio probatorio al proferir decisión de fondo^{1095}.

c. *Pronunciamiento judicial*: las inexistencias no requieren de pronunciamiento expreso. La nulidad sí, porque, como anotábamos, en la decisión respectiva el funcionario debe indicar cuál es la parte de la actuación que recibe influencia del defecto, porque ordinariamente la nulidad recae sobre actuaciones que constituyen presupuesto básico del trámite subsiguiente.

d. *Invocación en sede de casación*: como la inexistencia del acto procesal se relaciona con el “acto-prueba”, es decir con las formas que deben seguirse para aducir el medio probatorio al proceso, no era necesaria su expresa consagración como causal de casación, ya que todos los vicios que surjan por este motivo se alegan a través de la causal tercera del artículo 181 cpp, que trata de la violación indirecta de la ley.

e. *Culminación del proceso*: cuando un acto procesal es inexistente el proceso puede, por regla general, llevarse hasta su terminación sin traumatismo alguno, porque en la sentencia el juez se limita a no valorar el acto considerado como tal. En cambio, en tratándose de nulidad, el proceso no puede llegar hasta su culminación, y si lo hace, debe retrotraerse la actuación para rehacer el procedimiento viciado^{1096}.

IV. LA NULIDAD EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY 906 DEL 2004

A. REGLA GENERAL

Antes de pasar a estudiar los posibles eventos y errores en el desarrollo y la conducción del proceso penal que pueden dar lugar a la nulidad, consideramos

conveniente exponer la regla general que orienta nuestra posición sobre el fenómeno de invalidez del acto procesal.

Dado el carácter residual de la figura de la nulidad, debe entenderse que opera sobre algunas decisiones de los jueces y no sobre actos de postulación (petición de parte), y solo frente a errores que no puedan ser subsanados de forma diferente y con efectos menos drásticos dentro del proceso. Lo anterior, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009 obliga al juez a ejercer control de legalidad sobre cada etapa del proceso, a fin de sanear los vicios que acarrearán nulidades.

Dicho en otros términos, la declaratoria de nulidad es y debe ser excepcional, sólo será procedente cuando el acto procesal viciado influya de manera incuestionable o trascendental en el desarrollo normal y correcto del procedimiento penal y en la afectación de los derechos al debido proceso o de defensa. De esta forma es necesario utilizar este instituto para corregir errores procesales de manera estrictamente racional.

Esta limitación de la que partimos obliga a considerar que los actos procesales que pueden ser declarados nulos son sólo aquellos que, por constituir parte esencial de la estructura del proceso penal, tienen ejecutoria material y son presupuesto de las actuaciones procesales subsiguientes. Nos referimos a los actos realizados por los jueces de control de garantías o de conocimiento, que comportan decisiones sobre cuestiones fundamentales para el normal desarrollo del proceso y que no están necesariamente supeditados en su contenido a los planteamientos o solicitudes de las partes intervinientes en el proceso (por ejemplo, Fiscalía o defensa). Por el contrario, los actos de postulación de las partes no pueden declararse nulos, salvo que hagan parte de las diligencias que están afectadas por la nulidad. Los actos de parte, en concreto los de la Fiscalía, son por su esencia modificables y no pueden ser corregidos mediante declaratoria de nulidad.

Sin querer ser exhaustivos, podemos afirmar que son varios los actos procesales de ejecutoria material dentro del proceso penal: (1) la aceptación que realiza el juez de control de garantías sobre la solicitud de imputación hecha por el fiscal; (2) la aprobación del principio de oportunidad; (3) la aceptación de la

acusación; (4) la providencia que ordena la práctica de pruebas y (5) la decisión mediante la cual el juez de conocimiento aprueba los acuerdos.

Lo que permite hablar de nulidad en este momento procesal es la ejecutoria de la decisión del juez de conocimiento que imparte aprobación a la acusación. Los actos de ejecutoria material son fundamentales e inherentes a la estructura del proceso y, por tener la potencialidad de afectar derechos fundamentales, deben estar exentos de irregularidades.

Por lo tanto, podríamos decir que los funcionarios competentes para decretar la nulidad son los jueces de conocimiento o de control de garantías, dependiendo del acto que se considere viciado y del momento procesal en que se haga el pronunciamiento judicial. Un juez de control de garantías será competente para declarar nulo el acto de aceptación de la imputación emitido por el funcionario judicial. Lo mismo debe afirmarse para el juez de conocimiento respecto de la acusación cuando se acepta en la audiencia respectiva. Este funcionario también puede invalidar la aceptación de imputación cuando realice la revisión integral del proceso. Cuando se trate de otros actos procesales, como la aprobación de acuerdos o negociaciones entre la defensa, el procesado y la Fiscalía, o de un caso de allanamiento a la imputación, se seguirán las mismas reglas, por cuanto dicha aceptación equivale a la acusación.

Con base en lo anterior, a continuación expondremos los principales casos de nulidad procesal, con referencia especial a la imputación y la acusación.

B. ALTERACIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA DEL PROCEDIMIENTO (AFECTACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO)

El proceso penal acusatorio está estructurado sobre la base de la existencia de la acusación como presupuesto para acceder al juez de la causa: es lo que se denomina el *principio acusatorio*. Este principio, por lo tanto, determina el orden que debe existir en el proceso y estructura las actividades de las partes durante su trámite, así como define la interpretación de las reglas de procedimiento. En consecuencia, las facultades de la Fiscalía durante la

investigación o las decisiones del juez de control de garantías durante esta etapa o al momento de la imputación no pueden entenderse, en estricto sentido, como un juicio previo sobre la responsabilidad del acusado, sino que se trata de la preparación del debate jurídico final donde se decide de fondo sobre el objeto del proceso. De igual manera, este principio obliga a considerar todo el material probatorio recaudado durante la instrucción como simples evidencias, de manera que su existencia como prueba está sujeta a su presentación y controversia durante el juicio o en cualquier audiencia en que se afecten derechos fundamentales. .

Pero, además, la estructura del proceso penal está diseñada sobre la base del carácter adversativo del proceso. Ello implica que las solicitudes de las partes tienen igual peso dentro del debate jurídico o fáctico que se adelante. Como se expuso en el tomo primero de esta obra, en el proceso penal “compiten” versiones de la realidad en cuanto a la reconstrucción histórica de los hechos, por lo que corresponde al juez “arbitrar” entre dichas posiciones.

Así las cosas, la existencia de una estructura básica del proceso penal resulta importante en sede del estudio de las nulidades. Se incurrirá en nulidad cuando se altere esta estructura básica. Por ejemplo, cuando se acusa sin una suficiente y pertinente investigación. Toda afectación de los derechos, al igual que cuando se formula la acusación, tiene que estar precedida de una investigación suficiente para los fines que persigue el proceso penal.

C. NULIDADES EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

La Corte Suprema de Justicia, con un criterio amplio, ha establecido en su jurisprudencia que la oportunidad procesal para alegar las nulidades que se den en la obtención de evidencias en la etapa investigativa no es la audiencia de formulación de acusación. Si bien esta audiencia tiene una función de saneamiento, se limita a “irregularidades que afectan la estructura del proceso a partir del cuestionamiento de alguno de los aspectos constitutivos del escrito de acusación”^{[410971](#)}. Las nulidades derivadas de la obtención de evidencias deben ser alegadas, en primer término y según el alto tribunal, en las audiencias

preliminares y luego en la audiencia preparatoria, ya que al encontrarse fundada la vulneración, tendría como consecuencia procesal la exclusión de la evidencia (excepto lo cobijado por las excepciones del artículo 455 cpp). Sólo excepcionalmente la nulidad de la prueba tiene la entidad de afectar la validez de todo el proceso, tal como sucede en los casos en que el medio de convicción haya sido obtenido como consecuencia de delitos de lesa humanidad^{1098}.

Como se observa, esta posición no delimita claramente los casos de exclusión de evidencia de los de nulidad por afectación estructural del debido proceso y el derecho de defensa. Por esto afirmamos que, por regla general, son varios los supuestos de nulidad en la etapa de investigación que pueden presentarse, siempre y cuando se trate de decisiones con ejecutoria material, o de los cuales depende la actuación subsiguiente como la aceptación de imputación o los casos de allanamiento a la imputación o de preacuerdos y negociaciones.

Sin pretender agotar el tema, a continuación mencionamos las principales irregularidades sustanciales que originan nulidad:

I. NULIDADES POR INDEBIDA COMUNICACIÓN O NOTIFICACIÓN QUE IMPOSIBILITA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA)

El pleno conocimiento del indiciado o imputado acerca de lo que sucede durante el proceso es garantía del principio de publicidad. Por tal motivo, la indebida remisión de notas telegráficas (por defecto en el medio de envío o por falta de diligencia en la ubicación, etc.) que no permita conocer al investigado la fecha de las audiencias y diligencias a las cuales debe asistir para ejercer el derecho de contradicción o acogerse a beneficios tiene entidad suficiente para fracturar la estructura del proceso y, por lo tanto, cobra especial trascendencia para decretar una nulidad^{1099}. Por ejemplo, se ha formulado imputación y el indiciado no fue informado legalmente de esta diligencia y se declaró persona ausente.

2. NULIDADES DERIVADAS DE LA FALTA DE COMPETENCIA

Conforme a los artículos 54 y 339 cpp, las nulidades se deben proponer en la audiencia de lectura de la acusación. Debe entenderse, como ocurre con otras instituciones jurídicas, que esta es la última oportunidad que se otorga a los intervinientes para impetrar dicha solicitud, con el fin de que pueda tramitarse el juicio sobre un proceso que no contenga irregularidades. Pero no significa lo anterior que no pueda invocarse el vicio que genera la nulidad antes de esta etapa procesal.

Si, por ejemplo, un fiscal formula imputación y es aceptada por el juez de garantías contra un congresista, por actos que le otorguen fuero integral, en el momento en que se observe la irregularidad puede hacerse la solicitud o puede el juez de garantías o de conocimiento, en cualquiera de las audiencias que deben tramitarse bajo su dirección, oficiosamente decretar la nulidad tal y como lo ordena el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009.

Para invocar la causal de nulidad por falta de competencia se exige que quien la alega demuestre cualquiera de las situaciones enervantes de la prórroga, esto es: (1) que la incompetencia surja por el factor subjetivo (fuero) o excepcionalmente por el factor objetivo; (2) que el caso corresponda a un funcionario de superior jerarquía y (3) que el caso debería estar asignado por competencia a un juzgado penal del circuito especializado^{1100}.

3. NULIDADES EN LA IMPUTACIÓN

La imputación constituye una diligencia fundamental, porque con dicho trámite se inicia el proceso. Es el acto mediante el cual el Estado comunica^{1101} a la persona su calidad de imputado. Es, en definitiva, el único mecanismo que establece la ley para vincular al indiciado al proceso penal (art. 127 CPP)^{1102}.

Diversas situaciones afectan la validez de la imputación, tanto de carácter formal como material.

Según los términos del artículo 290 CPP, la imputación constituye

ordinariamente la primera oportunidad para el ejercicio del contradictorio, porque establece que este es el momento a partir del cual “la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal”. Una interpretación sistemática de esta disposición, en relación con el artículo 288 *ibidem*, obliga a considerar varias situaciones que deben ser analizadas.

Es necesario afirmar una vez más que sólo es posible decretar la nulidad de la imputación cuando el juez de garantías ha aceptado dicha actuación procesal propuesta por el fiscal. Antes de que se acepte la imputación es perfectamente posible que el juez de control de garantías exija la corrección de todos los errores procesales en que se haya incurrido en la indagación previa, en el entendimiento de que dicho trámite constituye presupuesto de la iniciación del proceso (imputación). Es decir: en la audiencia de imputación el juez puede aceptar o devolver la imputación para su corrección e incluso rechazarla por no concurrir los requisitos sustanciales exigidos por la ley. Debe anotarse que los errores en la imputación deben ser de tal entidad, que impliquen afectación del derecho de defensa. Para determinar si esta situación ocurre, el juez debe hacer un juicio de ponderación, para concluir si se justifica o no su corrección. Si no es trascendente, puede aceptarse la imputación, con lo cual se evitará devolverla por cuestiones simple y estrictamente formales. Esta posición es viable (declaratoria de nulidad) no solo porque se trata de una petición de parte no vinculante, sino porque el control judicial no es simplemente formal sino también material, especialmente si se entiende que la imputación no es un simple acto de comunicación.

a. FALTA DE INDIVIDUALIZACIÓN

El artículo 288 CPP exige una debida individualización de la persona objeto de la imputación. La individualización tiene una doble función en el proceso: por una parte, concreta el sujeto sobre el cual recae la investigación y, por otra, garantiza que el imputado ejerza plenamente su derecho de defensa. En este orden de ideas, una indebida individualización implica una vulneración del debido proceso y la imposibilidad del ejercicio del derecho de defensa.

b. DEFECTOS DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA

La ley exige que la Fiscalía haga una “relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible”. Este mandato está directamente ligado al ejercicio del contradictorio, porque a partir de la imputación se organiza la actividad de defensa.

En este sentido, el acto de imputación puede quedar afectado de nulidad por vulneración del derecho de defensa, cuando se presente una deficiente exposición de los hechos jurídicamente relevantes. Dada la estructura del proceso penal acusatorio, la imputación supone que se ha adelantado una actividad (recaudo de evidencia) suficiente para que “se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”. En este orden de ideas, la exigencia legal de indicar cuáles son los hechos jurídicamente relevantes tiene como fin establecer el marco fáctico dentro del cual se realizará el debate probatorio y jurídico en las etapas posteriores. En síntesis, significa que se ha adelantado una investigación adecuada y que la imputación es fundada o sea que el hecho reviste las características de delito.

En consecuencia, no hacer una presentación suficiente y exacta de los hechos jurídicamente relevantes deja al imputado en imposibilidad de diseñar una adecuada estrategia de defensa. Además, debe haber coincidencia entre los hechos imputados y los que soportan la acusación, porque no puede sorprenderse al acusado con supuestos de hecho, jurídicamente relevantes, no incluidos en la imputación, o que modifiquen la identidad del hecho.

Por otra parte, la norma exige que la imputación sea en lenguaje comprensible. En caso contrario se presentará violación del derecho de defensa porque su ejercicio supone saber a qué circunstancias y hechos se enfrenta la persona. En este caso no estamos ante la insuficiente descripción fáctica, sino ante la absoluta inexistencia de la relación de hechos, derivada de la incapacidad de la Fiscalía para expresar las razones por las cuales una persona puede considerarse “razonablemente” autor o partícipe de un hecho punible.

c. IMPUTACIÓN FUNDADA EN MEDIOS DE PRUEBA ILÍCITOS

A partir de la imputación es posible realizar una serie de actividades que limitan los derechos fundamentales de las personas, entre ellas solicitar medidas de aseguramiento. Según se ha analizado en referencia al derecho fundamental de la libertad, la validez de la imputación es fundamental para una restricción legítima de este derecho. Como ya se mencionó, la ley, en directa armonía con el artículo 29 superior, impone que la inferencia sobre la autoría o participación en un hecho punible sólo puede sustentarse en evidencia legalmente recaudada. Este tema nos ubica en la problemática de imputaciones sustentadas en información o evidencia obtenida de manera ilegal o con violación del debido proceso; es decir, en lo relativo a la exclusión de evidencia^{1103}.

Según la estructura del proceso diseñada por la Ley 906 del 2004, y con base en una interpretación exegética, sólo en la audiencia de acusación se realiza el descubrimiento de evidencia (aquí hemos sostenido que esto se puede hacer antes, cuando se pretende afectar derechos fundamentales). Antes de dicha oportunidad procesal no es posible controlar la legalidad o constitucionalidad de tales elementos. Sin embargo, resultaría desproporcionado el que, en virtud de evidencia inválida, resultaran afectados derechos fundamentales de una persona, como la libertad. Recuérdese que inmediatamente después de la imputación debe resolverse lo concerniente a la situación jurídica del imputado, imponiendo o no medida de aseguramiento.

En nuestro concepto, al igual que ocurre con la solicitud de medidas de aseguramiento, el juez de control de garantías tiene la facultad de verificar, *prima facie*, la validez de la evidencia que sustenta la imputación. Tal verificación no implica un descubrimiento integral de la evidencia (aunque, por supuesto, el material necesario para imputar debe conocerse), pero sí un control frente a ostensibles violaciones del orden legal o de la Constitución. Por ejemplo, si la imputación se apoya en información suministrada por una persona x de la cual se sabe que fue torturada, o en evidencias obtenidas del cuerpo del imputado con violación de su integridad física, claramente tal elemento probatorio debe ser excluido del proceso y rechazar si fuere del caso la petición del fiscal. Si en esas condiciones la imputación fue aceptada por un juez de

garantías y dichas irregularidades sustanciales son detectadas en cualquier momento procesal debe declararse la nulidad por el juez de garantías o de conocimiento, dependiendo de la etapa. En los casos de tortura o graves violaciones de derechos humanos, la nulidad afecta todo el proceso.

De igual manera, el juez de control de garantías está autorizado para establecer que efectivamente la evidencia en que se basa la imputación existe y es pertinente a efectos de atribuir a una determinada persona el hecho por vía de la inferencia. En otras palabras, no se trata simplemente de comprobar que hay evidencia, sino que ese material apunta hacia la inferencia que soporta la imputación. Sobre este punto, no sobra recordar que la Corte Constitucional ha señalado que la actuación judicial que se realiza al margen de la realidad probatoria constituye una forma de vía de hecho^{1104}. Como regla general, no es posible en ningún momento procesal afectar derechos fundamentales con base en prueba ilícita.

d. DEFECTOS DE LA INFERENCIA RACIONAL

La proscripción de la arbitrariedad es consustancial al debido proceso y al Estado de derecho. Una de las manifestaciones más frecuentes de comportamientos arbitrarios es la falta de racionalidad de la actuación pública. Así, la Corte Constitucional, al explicar el juicio de igualdad (en elementos directamente aplicables al juicio de proporcionalidad), señaló que éste implica un juicio de razonabilidad y uno de racionalidad^{1105}.

La imputación, señala la ley, supone una inferencia. Esto significa que racionalmente pueda entenderse que la persona ha realizado o fue partícipe del hecho punible investigado. Como se dijo, el fiscal debe hacer una inferencia razonable de autoría y participación, por lo tanto el examen jurídico implica que al imputado se le comunique el título de autor o partícipe y el fundamento probatorio que le permite al ente acusador aseverar que el indiciado ha recorrido con su acción u omisión la estructura de un tipo penal.

e. ERROR EN LA DENOMINACIÓN JURÍDICA DEL DELITO

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que es causal de nulidad de la imputación el error sobre la adecuación típica cuando ésta incida en la naturaleza de los presupuestos para iniciar investigación. Esta nulidad sólo se presenta cuando el error trasciende sobre los presupuestos para iniciar la acción. Por ejemplo, el delito realmente cometido exige querrela y se le da otra denominación, precisamente la de un hecho que no la exige. Como en estos casos las estructuras procesales son distintas, no es posible subsanar las irregularidades. Recuérdese que existen casos en los cuales se activa la acción penal solamente por solicitud de querellante legítimo^[1106].

Frente a la Ley 906 del 2004, la Corte Suprema de Justicia asume que es factible la existencia de errores en la imputación por razón del título de la denominación jurídica del delito, que pueden generar nulidad. No obstante, en el caso concreto no utilizó dicho remedio en aplicación de la técnica general de las nulidades. Así se expresó la Corte:

En conclusión, la conducta desplegada por la procesada asoma atípica para la configuración de la hipótesis punible de tráfico de migrantes, en la modalidad de *promover*, conforme así le fue imputado por la Fiscalía, ya que ese término, de acuerdo con su significado común, implica “*iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro... [t]omar la iniciativa para la realización o el logro de algo*”^[1107], acción y efecto que respecto de la salida del país de las víctimas sin el cumplimiento de los requisitos legales, estuvo lejos de materializarse a través de la maquinación urdida por la encausada y demás implicados, dado que sus actos no estaban idónea e inequívocamente dirigidos a ese objeto del comportamiento reprochado.

Los hechos dilucidados y los elementos de conocimiento que se fijaron en la formulación de imputación, se reitera, revelan que mediante la inducción y mantenimiento en error de un colectivo humano al que se le ofreció la expectativa de un viaje a otro país, oferta que jamás se iba a cumplir, la encausada obtuvo un provecho

patrimonial ilícito.

En otras palabras, los mismos elementos de conocimiento que develó la Fiscalía y que aportó para acreditar la tipicidad y responsabilidad en los cargos imputados, desvirtúan la presunción *iuris tantum* inherente a la conducta punible descrita en el artículo 188 del Código Penal, pues de esos elementos de conocimiento se colige que la acción desplegada por la procesada y los otros concertados no produjo peligro de lesión a los respectivos bienes jurídicos tutelados en la norma, categoría dogmática sin la cual la conducta no configura el correspondiente delito.

Con base en lo anterior el cargo propuesto está llamado a prosperar, pero no con el efecto que persigue el censor, esto es, con la declaración de nulidad de la audiencia de imputación, dado que ese es un remedio extremo inaceptable en este evento, cuando el vicio puede conjurarse sin afectar la garantía de congruencia, con la casación parcial de la sentencia atacada, absolviendo a la procesada del cargo por el delito de tráfico de migrantes en relación con los hechos y víctimas a los que se contrae esta actuación, a pesar de su allanamiento al mismo, solución que ya ha sido prohijada por la Sala en un caso similar^[1108].

Esta misma decisión permitiría predicar que el juez de control de garantías tiene facultad para decretar la nulidad por yerro en la escogencia del tipo (si ya fue aceptada la imputación) en el mismo sentido puede proceder el juez de conocimiento cuando realice control sobre la acusación, lo cual implica efectivamente una facultad de análisis sustancial y no meramente formal, en el sentido anotado en esta obra. En efecto, la decisión establece:

Ahora bien, la ambigüedad en que incurrió el instructor al imputar la estafa agravada por la cuantía y a la vez en concurso homogéneo, si bien es cierto debió ser salvada por el juez de control de garantías en la correspondiente diligencia, igualmente es verdad que fue adecuadamente sorteada por los falladores de primero y segundo grado, pues, contrariamente a lo alegado por el censor, los respectivos funcionarios al establecer los límites punitivos de la citada conducta, asumieron el comportamiento delictivo como uno solo con la agravante deducida expresamente, extremo de la disyuntiva menos

gravoso para la enjuiciada que el de haber computado a la pena seleccionada para el delito más grave tantos incrementos como aparentes estafas individuales se dieron (más de cuarenta), obviamente sin llegar por esa vía a la suma aritmética de penas ni rebasar el doble de la sanción individualizada para el delito base^[1109].

f. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO:

PRINCIPIO DE LEALTAD

Parte esencial del derecho al debido proceso es el respeto por el principio de lealtad. La Corte Constitucional se ha ocupado de este principio, para indicar que éste actúa en un doble sentido^[1110].

El numeral 3 artículo 288 CPP establece que durante la audiencia de imputación la persona puede allanarse a cargos y obtener rebaja de la pena. El principio de lealtad obliga al Estado ofrecer información suficiente sobre el alcance de la conformidad a la imputación y sobre las consecuencias que tal acto implica. Tal deber es directamente exigible al juez de control de garantías, quien actúa como garante de los derechos fundamentales del imputado. Se trata del deber de ofrecer la información suficiente para que la persona decida libremente sobre su proyecto de vida^[1111].

Así, la omisión de explicar suficientemente el alcance y las consecuencias de tal allanamiento, asunto que no puede ser deferido exclusivamente al defensor por ser el Estado el garante de los derechos fundamentales del imputado (art. ° C. N.), debe conducir a la anulación de esa diligencia. Una interpretación opuesta a la anterior tesis llevaría a validar situaciones de franco engaño a las personas.

Por otra parte, no debe olvidarse que la explicación sobre allanamiento a cargos, al igual que la imputación, debe hacerse en términos comprensibles, lo cual no puede entenderse en un sentido jurídico formal, sino conforme a las calidades personales del imputado. Así, el grado de explicación debe ser más intenso y cuidadoso respecto de una persona analfabeta y sin escolaridad que frente a un abogado con conocimientos en el área penal.

g. VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA
POR FALTA DE DEFENSA TÉCNICA

El artículo 289 cpp establece que “la formulación de la imputación se cumplirá con la presencia del imputado o su defensor”. La redacción de la disposición podría dar a entender que es posible que se realice la audiencia de imputación sin defensor. Estimamos, no obstante, que tal interpretación es errada por ser incompatible con el derecho de defensa técnica. La presencia del defensor en la audiencia de imputación no puede ser el simple cumplimiento de un requisito previsto en el cpp (similar a la presencia del defensor en la indagatoria en el modelo inquisitivo o mixto). El defensor tiene la obligación de verificar que la imputación contenga los requisitos legales y constitucionales que le son propios. En este mismo orden de ideas, el juez de control de garantías tiene el deber de verificar que efectivamente el defensor cumpla la función que le es propia dentro del proceso penal. De esta manera, se trata de asegurar la eficacia material de la defensa.

En razón de lo expuesto, debe anularse la audiencia de imputación en la que (i) no haya defensor o (2) su presencia sea exclusivamente formal y pasiva. La intervención del juez de control de garantías no suple la insuficiente o inexistente defensa, pero sí debe dejar sin efectos la actuación en caso de no existir defensa técnica, porque, con independencia de la regulación legal, toda autoridad pública tiene el deber de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de los asociados (art. 2.º C. N.). Es necesario precisar que la imputación es un acto trascendental porque con dicha diligencia se da inicio al proceso penal y constituye presupuesto para realizar allanamientos, acuerdos y preacuerdos.

4. VIOLACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE
DE INVESTIGACIÓN (NO PROCEDE NULIDAD)

No cabe duda de que la violación del plazo razonable para realizar la indagación o investigación constituye una irregularidad. Según el diseño normativo del

estatuto procedimental, el legislador estableció términos para el cumplimiento de las diferentes etapas procesales, incluyendo la indagación previa (artículo 49 de la Ley 1453 del 2011). Podría pensarse que frente a la violación del plazo razonable en la etapa de investigación sea posible solicitar la nulidad de lo actuado. Sin embargo, consideramos errada esta posición ya que existen otras alternativas para subsanar la irregularidad. Además, la declaratoria de nulidad carecería de un efecto útil y, por el contrario, solo agravaría la situación del procesado al extender los términos de investigación. Resultaría ilógico pensar que frente a la violación del plazo razonable la solución pueda ser la ampliación de los términos procesales.

En este orden de ideas, cuando se vencen los términos sin haber realizado la actuación que corresponda, se pueden presentar dos soluciones para corregir dichas anomalías. En primer lugar, solicitar al juez de control de garantías o de conocimiento que le imponga la obligación al fiscal para que ejecute el acto de postulación o actuación que corresponda conforme la ley, para dar por culminada la respectiva etapa procesal. Por ejemplo, si se trata de indagación previa, el juez de control de garantías debe corregir la omisión requiriendo al ente acusador para que archive, solicite preclusión o formule la imputación. De la misma manera, cuando se vence el término previsto por la ley para formular la acusación, para realizar la audiencia de imputación o iniciar el juicio oral.

En segundo término, el juez puede tomar la determinación, según el caso, de imponer un término razonable, previo juicio de ponderación, para que el fiscal realice o complete las actuaciones necesarias con el fin de que realice el acto de postulación. Piénsese en el caso de que el fiscal deba completar el programa metodológico para determinar si lo procedente es la imputación, el archivo, la preclusión o la aplicación del principio de oportunidad.

5. NULIDAD FRENTE A LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

En varias ocasiones, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la ausencia de una adecuada justificación para proferir la medida de aseguramiento por parte del juez es una clara violación del debido proceso, lo que amerita la revocación

o, como última posibilidad, la declaratoria de nulidad de la medida restrictiva. El alto tribunal ha encontrado que la falta de la debida motivación para afectar la libertad de las personas se presenta, principalmente, en cuatro hipótesis:

1. Porque la decisión carece totalmente de motivación, al omitirse las razones de orden fáctico y jurídico que sustenten el pronunciamiento judicial;

2. Porque la fundamentación es incompleta, esto es, el análisis que contiene es deficiente, hasta el punto de que no permite su determinación;

3. Porque la argumentación que contiene es dialógica o ambivalente; es decir, se sustenta en argumentaciones contradictorias o excluyentes, que impiden conocer su verdadero sentido; y

4. Porque la motivación es aparente y sofística, de modo que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo^[1112].

Debe recordarse que la nulidad es un mecanismo residual, por lo que de ordinario lo procedente es la revocatoria de la medida que afecta un derecho fundamental.

D. NULIDADES QUE SE ORIGINAN EN LA ACUSACIÓN

I. NULIDAD POR VIOLACIÓN DE LOS

PRINCIPIOS PROPIOS DE LA ACUSACIÓN^[1113]

Según el artículo 457 CPP, generalmente se presentan dos formas de nulidad: (1) por violación del derecho de defensa o (2) por violación de elementos sustanciales del debido proceso. Algunas de las siguientes causales de nulidad pueden aplicarse también a la imputación.

a. IRREGULARIDADES QUE CONDUCEN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y A LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO

i. DERECHO A CONOCER DEBIDAMENTE LA ACUSACIÓN

La acusación tiene por objeto formalizar las razones por las cuales una persona es convocada a juicio. El literal *b* numeral 2 del artículo 8.º del Pacto de San José consagra expresamente que la persona tiene derecho a una “comunicación previa y detallada [...] de la acusación formulada”. De este mandato se deriva la posible violación de las garantías judiciales del procesado por desconocimiento de la acusación o por irregularidades contenidas en dicha actuación procesal. En nuestro concepto, el derecho a conocer la acusación es de carácter absoluto, por tal motivo el Estado tiene la obligación de garantizar la presencia del imputado privado de la libertad en la audiencia de lectura de la acusación.

Conforme a lo anterior, el último inciso del artículo 339 CPP^{[1114](#)} debe entenderse como una potestad del imputado y no como una facultad para que el juez se abstenga de citarlo cuando no está privado de la libertad. La razón es sencilla: dado que se trata de un derecho subjetivo (a conocer la acusación), sólo el imputado tiene derecho a renunciar a él. Esta interpretación se apoya en el inciso 3.º del mismo artículo, cuando establece que la validez de la audiencia no se afecta en caso de que la persona privada de la libertad rehúse o renuncie a asistir a la audiencia.

Lo anterior no obsta para que el juez de conocimiento garantice que la persona conozca la acusación. Así, en caso de que la persona no asista a la audiencia, con independencia de si está o no privada de la libertad, se tiene el deber de enviar, por algún medio, copia del escrito de acusación para efectos de información.

ii. FALTA DE MOTIVACIÓN

El artículo 337.2 CPP señala que el escrito de acusación deberá contener “Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible”, requisitos que tienen su fuente en el principio de publicidad, materializado en la necesidad de que la persona acusada pueda comprender plenamente la acusación. El estatuto instrumental es enfático en señalar que no basta con que el fiscal se limite a *indicar* los elementos materiales probatorios y la suficiente información obtenida para acusar, sino que está en la obligación de

indicar, previa valoración, la conducencia y pertinencia del medio probatorio que va a utilizar en el juicio oral.

Para cumplir debidamente el contradictorio es necesario que las partes procesales y en especial el acusado conozcan cuál ha sido el fundamento de la acusación. No puede controvertirse plenamente el caudal probatorio cuando se ignora la eficacia y el mérito que le ha otorgado el funcionario.

La obligación del fiscal, en lo que respecta al análisis de la información y de los elementos materiales probatorios obtenidos, no se reduce al adecuado estudio de cada uno de los aspectos básicos que integran el concepto de responsabilidad penal (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), sino que también se extiende a las circunstancias específicas de agravación punitiva.

La necesidad de presentar claramente los hechos con sus respectivas circunstancias que originaron la investigación y elementos básicos de la responsabilidad tiene como finalidades (1) determinar los límites de la acusación, (2) permitir la congruencia que debe existir con la sentencia y (3) establecer sobre qué aspectos debe realizarse la controversia en el juicio y de esta manera facilitar los acuerdos probatorios y la posibilidad del acusado de allanarse o no a cargos.

iii. MOTIVACIÓN ANFIBOLÓGICA

La importancia de la acusación no admite discusión. Por tal motivo, la legislación procesal ha establecido reglas de imperioso cumplimiento para su redacción. Las imputaciones formuladas tienen que ser claras, precisas y libres de ambigüedad, so pena de afectar las bases del juzgamiento y atentar contra el derecho de defensa. En numerosas ocasiones la Corte Suprema de Justicia sostuvo, bajo la vigencia de códigos derogados, aplicables a los nuevos institutos, que la motivación anfibolológica de cargos en el escrito y en la correspondiente audiencia de formulación de la acusación genera nulidad por quebranto de las formas propias del juicio. Lo afirmado es perfectamente aplicable al actual Código de Procedimiento Penal, porque en él la acusación cumple una función de garantía:

La Corte ha reconocido como causal supralegal o de origen constitucional por quebrantamiento del debido proceso y del derecho de defensa la formulación anfibológica de los cargos imputados al procesado en el auto de proceder, de manera que no le resulte posible a la defensa, en tales circunstancias, determinar con precisión los medios adecuados tendientes a desvirtuar la acusación, ni saber a ciencia cierta cuál de las varias posibles interpretaciones ha de acogerse en la sentencia, con el riesgo de que la actividad profesional del defensor se haya encaminado hacia la demostración de la inocencia del procesado por una de tales interpretaciones y éste resultar condenado, a la postre, a causa de una diferente, de origen judicial^[1115].

A modo de ejemplo, podemos señalar que existe motivación anfibológica en los siguientes casos: (1) indeterminación del tipo objetivo; (2) indeterminación del tipo subjetivo; (3) indeterminación sobre la forma de intervención en el hecho punible; (4) indeterminación de los delitos conexos; y, por último (5), indeterminación del grado de ejecución del hecho punible. Veamos:

— INDETERMINACIÓN DE LA IMPUTACIÓN
FÁCTICA (TIPO OBJETIVO)

Como se dijo, la acusación cumple una *misión de garantía en el proceso penal*. Con base en ella se delimita fundamentalmente el objeto de la relación jurídico-procesal (art. 448 CPP). Esta finalidad de la acusación (delimitación de cargos) se desprende claramente de los artículos 337.2 y 8.º literal *h* CPP, en los cuales se consagra la obligación de especificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos “jurídicamente relevantes”.

No basta con que el fiscal se limite a realizar una calificación *in genere* del hecho punible por el cual se formula acusación, sino que está en la obligación de individualizar claramente la modalidad delictual imputada. Habría nulidad, por ejemplo, cuando se formula la acusación por un delito de peculado, sin que de la motivación expuesta, se desprenda *inequívocamente* a cuál de las varias modalidades de este delito contra la administración pública apuntaba el escrito de acusación^[1116].

– INDETERMINACIÓN EN LA IMPUTACIÓN
SUBJETIVA (TIPO SUBJETIVO)

De tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que se presenta irregularidad que genera nulidad por violación de las formas propias del juicio cuando en el pliego de cargos existe indeterminación sobre la imputación subjetiva (dolo, culpa o preterintención). Consideramos que en el actual estatuto procesal también tiene vigencia la nulidad por este motivo. Veamos las razones:

– De conformidad con el artículo 336 CPP, el fiscal presentará escrito de acusación “cuando de los elementos materiales probatorios o de la información legalmente obtenida se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la *conducta delictiva* existió y que el imputado es autor o partícipe”. Es decir, el funcionario tiene la obligación de pronunciarse expresamente sobre todos los elementos que integran la estructura de la conducta punible.

– El estatuto procesal mantiene el principio de congruencia entre acusación y sentencia (art. 448 CPP), con los matices que sobre el tema expresamos en otros apartes de este libro. Por esta razón, en la acusación no puede existir la menor duda sobre la especie delictual en concreto, porque la imputación subjetiva debe aparecer en forma inequívoca. De lo contrario, sería difícil ejercer el derecho de defensa y lograr la congruencia entre acusación y sentencia.

– Debemos aclarar que no se trata simplemente de omitir en el pliego de cargos los términos *dolo*, *culpa* o *preterintención* para que haya nulidad. La imputación subjetiva debe fundamentarse. Existen casos inescindibles del aspecto subjetivo con la imputación fáctica (tipo objetivo) -por ejemplo, cuando se atribuyen claramente circunstancias de agravación punitiva que sólo son compatibles con la forma dolosa de la culpabilidad: la omisión de una expresa imputación subjetivase puede suplirse con la inclusión inequívoca de la circunstancia, porque de ella puede inferirse que el hecho se endilga a título de dolo-. Pero evidentemente no siempre se está ante este tipo de casos, por ello la fundamentación resulta necesaria.

– No hay nulidad cuando la descripción de los hechos apunta inequívocamente a una determinada forma de conducta, así no se mencione

expresamente si se trata de dolo, culpa o preterintención. Por ejemplo, si se describe desde el punto de vista fáctico, en forma indubitable, una conducta negligente, intencional o preterintencional.

Cuando el delito no admite las formas culposa o preterintencional es difícil aceptar la existencia de la nulidad (a no ser que haya ausencia de motivación frente a la culpabilidad dolosa). En estos casos se sobreentiende que el delito se imputa a título de dolo^{1117}.

— INDETERMINACIÓN SOBRE LA FORMA DE INTERVENCIÓN EN EL HECHO PUNIBLE

La ley (artículos 28, 29 y 30 C. P.), la doctrina y la jurisprudencia distinguen conceptualmente entre *autoría* y *participación*. Los requisitos de la imputación y la acusación están sometidos a la precisión de estas instituciones judiciales. Particularmente el artículo 336 CPP exige que se pueda afirmar con probabilidad de verdad que el imputado es autor o partícipe.

Con base en ordenamientos derogados, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sentó el criterio según el cual la equivocación u omisión en la parte motiva del pliego de cargos sobre la forma de intervención en el hecho punible (ejecutor material o determinador) es irrelevante en el proceso penal, puesto que en ambos casos se impone la misma pena^{1118}. La posición de la Corte se fundamentó, a nuestro juicio, en una errónea equiparación entre el determinador y el autor. Consideramos que a partir de la nueva orientación del Código Penal, en el cual se precisa que el determinador es partícipe y no propiamente autor, se impone una rectificación de la posición anterior en el campo procesal, para lo cual nos apoyamos en los siguientes argumentos:

- La intervención en el hecho punible constituye un *numerus clausus*, porque sólo es posible responder a título de *autor o partícipe* (determinador, cómplice o interviniente). La participación difiere de la autoría porque se trata de un concepto de “referencia”: la responsabilidad del partícipe *es accesorio*, depende de la existencia de un hecho principal realizado por el autor. En cambio, la

responsabilidad del autor es autónoma, no depende de un hecho realizado por otro^{1119}.

– En virtud del principio de la accesoriedad limitada (inc. 2.º art. 30 C. P.), universalmente aceptado, el partícipe (principalmente determinador o cómplice) responde en la medida en que el autor realice un hecho típico y antijurídico. Por ende, demostrada la atipicidad del comportamiento o la existencia de una causal de justificación, no hay responsabilidad para el partícipe. En cambio, los fenómenos de tipicidad y justificación se estudian independientemente en cada uno de *los autores*, debido a que su responsabilidad *no es accesorio*. El fenómeno de la culpabilidad se analiza de manera independiente y las causales de inculpaibilidad que obren en favor del autor no se transmiten a los partícipes (art. 62 C. P.).

– En todas las posiciones dogmáticas modernas de la teoría del delito existe una clara división entre los elementos constitutivos de la determinación y aquellos que caracterizan la coautoría, lo cual implica que son fenómenos fácticos y jurídicos distintos que no están llamados a confundirse entre sí. Así por ejemplo, la doctrina finalista sostiene que para poder imputar responsabilidad al determinador es indispensable demostrar los siguientes supuestos: (i) que el instigador suscitó en el ánimo de otro la firme resolución de cometer el hecho delictivo -determinar es crear en el autor la decisión de cometer un delito concreto-; (2) que el ejecutor material no estaba dispuesto a cometer el delito *omnimodo facturatus* (exclusión de la determinación); (3) en la instigación se exige un doble dolo en el instigador -es decir: que origine tanto el acto en sí de la determinación delictiva como el resultado del hecho punible concreto^{1120}-. En cambio, para responder como coautor es indispensable acreditar supuestos distintos, como la adaptación a una decisión común al hecho y el *quantum* del aporte^{1121}. Debe decirse, sin embargo, que todos estos requisitos dependerán del esquema del delito que se adopte. Es precisamente en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva donde se discute actualmente, y esto por las especiales y fundadas elaboraciones del concepto funcional de autor que diferencia entre delitos de organización y delitos de infracción de deber. Si

tomamos por ejemplo la teoría de autoría y participación de RoxiN^{1122} se tendría que diferenciar entre coautoría y determinación, dependiendo de la clase de delito de que se trate, esto es, un delito de dominio en el cual el coautor tiene un codominio funcional del hecho, mientras que el determinador carece de tal característica, o si se trata de un delito de infracción de deber, en donde la diferencia estará en quién tiene el deber requerido por el tipo penal. Lo mismo tendría que decirse de la teoría de JAKOBS en la cual las estructuras de autoría y participación dependen de si quien comete la conducta tiene una posición de garante derivada de una competencia organizacional, caso en el cual tendrá que examinarse la importancia del aporte, o si, por el contrario, se trata de una posición de garante derivada de una situación institucional en donde quien tiene el deber positivo siempre será autor.

- Según el concepto finalista de autor, el partícipe no tiene dominio del hecho, mientras que el autor sí lo tiene y, por consiguiente, es éste quien decide si se avanza o no en la realización del delito. El autor es quien tiene las riendas del acontecimiento, el señorío del hecho^{1123}.

- Las cualificaciones del tipo sólo se exigen en el autor, no en el instigador o en el cómplice, quienes son partícipes en el hecho^{1124}.

Si median diferencias entre la determinación y la autoría, como someramente se explicó, es claro que no es lo mismo acreditar *probatoriamente* la calidad de autor que la de partícipe. En consecuencia, en la acusación debe ser clara la imputación en lo que atañe a la forma de intervención en el hecho punible, para que la defensa oriente adecuadamente su estrategia y su argumentación en relación con los cargos determinados en la acusación. Por ejemplo: la sola presencia de alguien en el lugar de los acontecimientos no tiene la suficiente relevancia para acreditar que dicha persona fue la instigadora del crimen.

No puede decirse lo mismo respecto del ejecutor material, frente a quien dicha circunstancia cobra inusitada importancia. De igual forma puede afirmarse que el encontrar en el cuerpo o en las ropas de una persona huellas de sangre es relevante respecto de la individualización del ejecutor material, pero no del determinador. De este último es necesario afirmar con probabilidad de verdad,

según los elementos materiales probatorios e información obtenidos, que ejerció una influencia sobre el autor, que lo indujo a cometer el crimen.

En nuestro concepto, hay nulidad cuando en la acusación no se precisa a cuál de las formas de intervención en el hecho punible apuntó el pliego de cargos, y tal aspecto no es aclarado o adicionado en la correspondiente audiencia de lectura de acusación. Por ejemplo, constituye encausamiento anfibológico y contradictorio en caso de que el fiscal se limite a mencionar los artículos 29 y 30 C. P., porque tales disposiciones consagran dos categorías jurídicas (*excluyentes y antagónicas*) en materia de intervención en el hecho punible, en las que no puede ubicarse simultáneamente a un mismo sujeto y en relación con el mismo hecho, porque se violaría el principio lógico de no contradicción.

Aclaramos que la nulidad es procedente cuando del contexto de la acusación no puede inferirse claramente a cuál de las dos categorías apunta la atribución de responsabilidad.

– INDETERMINACIÓN DE LOS DELITOS CONEXOS

El principio de la unidad procesal no implica que los hechos punibles conexos pierdan su individualidad. Por consiguiente, en la acusación debe delimitarse claramente cada una de las conductas imputadas al procesado, porque de lo contrario se estructurará nulidad por violación de las formas propias del juicio, cuando se afectan garantías constitucionales. Ya habíamos observado que la imputación en su sentido fáctico y jurídico debe resolver el problema del posible concurso o el de los actos copenados. Con mayor razón la acusación debe ser clara a este respecto.

Consideramos que se presenta irregularidad que genera nulidad cuando en la acusación por delitos conexos los respectivos comportamientos no aparecen debidamente especificados. Nos apoyamos en los siguientes razonamientos:

- Según el artículo 31 C. P., uno de los criterios para fijar la pena en el concurso de delitos es “el número de hechos punibles” que se investigan en el proceso. Este criterio no podrá aplicarse si en la acusación no se indica con claridad cuáles son las conductas punibles que se le atribuyen al imputado,

porque la sentencia debe estar en concordancia con los cargos formulados en la acusación y aceptados por el juez de conocimiento.

- La restitución del objeto material influye en algunos hechos punibles para efectos de obtener preclusión de procedimiento, libertad provisional, rebaja de pena o aplicar el principio de oportunidad. En consecuencia, si hay indeterminación acerca de los hechos punibles atribuidos al procesado, ¿cómo obtendría la aplicación del principio de oportunidad o rebaja de pena por restitución del objeto material, si no se sabe cuáles y cuántas son las conductas que se le atribuyen?

- La falta de concreción de los delitos conexos en la acusación no permite establecer el momento exacto a partir del cual debe contarse la prescripción de la acción penal respecto de cada una de las conductas delictuales, con indiscutible perjuicio para los intereses del procesado.

- La falta de individualización de las conductas punibles investigadas conduce en la práctica a la aplicación indebida de los efectos procesales y sustanciales del delito continuado, con violación de los artículos 31 y 61 C. P., que regulan los principios del concurso de delitos^{1125}. En efecto, el tratamiento punitivo es diverso para el concurso, el delito continuado y el delito masa. Además, para desarrollar la teoría del delito, no es lo mismo el delito unitario que la pluralidad de ilícitos. En el primero no se requiere la individualización de cada uno de los comportamientos, mientras que en el segundo sí (situación similar se presenta en el delito masa).

- De conformidad con los artículos 337.2 y 8.º, literal h, cpp, el fiscal está en la obligación de relacionar de manera clara y sucinta los hechos investigados, con indicación expresa de “las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los *especifiquen*”. Además, debe hacer alusión a los elementos materiales probatorios y de información obtenidos, con base en los cuales fundamenta la acusación, preceptos que no se cumplen cuando el servidor público se limita a decir que se trata de concurso de delitos, sin especificar claramente las conductas que lo integran.

- En la sentencia el juez debe tomar en concreto una decisión respecto de

cada uno de los hechos punibles investigados y, por lo tanto, es necesario que ellos aparezcan claramente individualizados en la formulación de la acusación, lo cual es predicable para cuando se formula la imputación. Lo mismo ocurre para resolver una situación jurídica con imposición de medidas de aseguramiento o sin ella.

– Los principios de certeza y seguridad jurídica que deben observar los fallos judiciales en favor de los partícipes y coautores resultan gravemente quebrantados cuando hay indeterminación en el número de conductas punibles imputadas, debido al riesgo de que se abran investigaciones penales por conductas que ya fueron juzgadas^{1126}.

— INDETERMINACIÓN DEL GRADO DE EJECUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE

También se presenta nulidad de la acusación por anfibología cuando no se diferencia con claridad si se trata de un hecho tentado o de uno consumado. Si bien tienen elementos comunes desde la imputación objetiva (riesgo desaprobado y realización del riesgo), existen ciertas particularidades que los diferencian. En consecuencia, la indeterminación puede afectar el derecho de defensa.

IV. EL PRINCIPIO LÓGICO DE NO CONTRADICCIÓN

Existe nulidad de la acusación cuando los cargos se imputan con violación del principio lógico de no contradicción. Hemos sostenido que el pliego de cargos debe ser concreto y libre de ambigüedades. De no ser así se menoscabaría el derecho de defensa. Por ejemplo, cuando se imputan al acusado dos categorías excluyentes, como la autoría y la determinación, o se le endilgan al mismo tiempo circunstancias de agravación y atenuación, que no pueden concurrir simultáneamente (el delito emocional y la sevicia), se desconoce claramente el principio de no contradicción.

V. ERRORES RELATIVOS A LA ÉPOCA DE COMISIÓN DEL HECHO PUNIBLE

Se trata de errores relativos a la *época* y no a la *fecha* en que tuvieron ocurrencia los hechos. La Corte Suprema de Justicia sostuvo, en jurisprudencia con fundamento en legislación anterior que es perfectamente predicable del estatuto procesal vigente, que ambos conceptos guardan estrecha relación por ser de carácter cronológico, pero que no pueden identificarse y confundirse:

Fecha es el tiempo en su momento actual o en un pasado que puede fijarse con exactitud y certeza. Época equivale a período, y éste es el tiempo que media entre el principio y el fin de una cosa. Equivale también a temporada, que corresponde a los días, meses y años que forman un conjunto. Es un espacio de tiempo de considerable duración, o si se prefiere, un amplio margen temporal. Una época se desarrolla y extiende entre dos fechas, y una fecha puede situarse al principio, al final o dentro de una época^{[1127](#)}.

Para que el error sobre la época constituya nulidad es necesario que suscite incertidumbre sobre los hechos que se imputan al procesado, porque el equívoco puede dar lugar, por ejemplo, a confusión entre dos hechos delictivos, o dificultar la defensa del indiciado.

VI. ERRORES SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL AUTOR O PARTÍCIPE

No debe confundirse esta nulidad con la originada por violación de las formas propias del juicio cuando se formula la imputación sin que *esté individualizado* alguno de los autores o partícipes, a que nos referimos al inicio de este capítulo. La hipótesis tratada parte del supuesto de la individualización de la persona, pero el vicio obedece a un error en cuanto a la imputación del hecho.

El supuesto al que se alude aquí es diferente, y, como afirma la Corte, “lo que se pretende y busca es que no vaya un inocente a cargar con la pena a que se ha

hecho merecedor quien, debidamente identificado a través de todo el proceso, es el verdadero acreedor a ella”^{1128}. El error consiste en que se vincule al proceso a un presunto autor o partícipe plenamente individualizado y en la acusación se formule pliego de cargos contra una persona *totalmente* diferente.

b. IRREGULARIDADES EN LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN QUE NO GENERAN NULIDAD

Consideramos conveniente hacer algunas referencias a vicios o irregularidades que se pueden presentar en el momento de la acusación, pero que a nuestro juicio no son generadores de nulidad. A título meramente enunciativo, mencionamos algunas de dichas irregularidades:

- a. Errores en la determinación del tipo objetivo, ya sea por selección indebida del tipo básico o especial, o por la indebida escogencia de tipos subordinados;
- b. Errores en la selección de tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención) y
- c. Error en la imputación de circunstancias —por ejemplo, inclusión de circunstancias genéricas o específicas de atenuación o agravación no demostradas, falta de inclusión de circunstancias genéricas o específicas demostradas en la investigación o la no inclusión de los elementos del exceso en las justificantes.

Los errores sobre la selección del tipo objetivo o subjetivo, o sobre las circunstancias del hecho, no constituyen causal de nulidad (en la medida en que no exista indeterminación), porque el estatuto consagra un instrumento idóneo para subsanar el desvío: mediante la corrección del vicio. En efecto, conforme a los artículos 288 y 337.2 CPP, el escrito de acusación debe contener los hechos jurídicamente relevantes, de ahí que las equivocaciones en que incurra el fiscal sobre el tipo objetivo o subjetivo, o sobre las circunstancias, pueden ser corregidas en la audiencia de formulación de la acusación, en la presentación de la teoría del caso o en la audiencia del juicio oral.

Por ejemplo, si se presenta escrito de acusación por homicidio culposo y se considera que se trata de conducta dolosa y a través de las alegaciones de las partes se puede constatar el yerro en la audiencia de lectura de acusación, el juez

de conocimiento puede devolver el pliego de cargos para que sea corregido y nuevamente sea presentado para determinar si es viable su aceptación. En caso de que se haya aceptado la acusación, queda aún la posibilidad de tener en cuenta esta situación en el transcurso del juicio oral, donde, en desarrollo del concepto de “congruencia” dinámico que aquí hemos sostenido, puede llegarse a la correcta apreciación de todas las categorías penales mencionadas, siempre que no se lesione el derecho de defensa ni el debido proceso.

También se incurre en error cuando se aducen circunstancias genéricas o específicas de agravación o atenuación no derivadas de la información y de los elementos materiales probatorios. Por ejemplo, cuando se formula acusación a un procesado por homicidio agravado sin que se tengan elementos de juicio para predicar la agravante, o por homicidio tentado cuando se trata de comportamiento consumado, o se atribuye calidad de cómplice cuando se trata de coautor, *el juez no puede decretar nulidad* porque, a pesar de haberse incurrido en un error, la misma ley le permite al funcionario judicial subsanar la equivocación. En el primer ejemplo propuesto, bastaría con suprimir en la sentencia el agravante indebidamente impuesto para enmendar el error. En los otros casos, se podría modificar la acusación mediante la teoría del caso para demostrar que se trata de un delito consumado y no de uno tentado, o que la calidad que recae en el agente es la de coautor y no la de cómplice, o que se trata de un delito unitario o de un concurso, en la medida en que los actos quedaron correctamente individualizados en la acusación. Excepcionalmente el juez puede en la sentencia corregir posibles errores, siempre que exista una perfecta enunciación de los hechos investigados en el pliego de cargos y se hayan debatido adecuadamente en el juicio oral.

Con todo, debe observarse que esta circunstancia no puede confundirse con una posible condena por hechos no imputados o por delitos no señalados en la audiencia oral. De conformidad con el artículo 448 CPP, el juez no puede condenar por *hechos* no imputados en la acusación, ni por *delitos* respecto de los cuales el fiscal no solicita condena en la audiencia del juicio oral. La primera parte de la norma no suscita discusión de ninguna naturaleza, pero en relación con el aparte que prohíbe al juez dictar sentencia condenatoria que no ha sido

solicitada por el fiscal, consideramos que debe interpretarse conforme a la Constitución.

En efecto, los artículos 228, 229 y 230 superiores establecen reglas indicativas de prevalencia del derecho sustancial, el derecho de acceso a la justicia y la autonomía de los jueces, en cuanto sólo están sometidos al imperio de la ley cuando profieren decisiones judiciales, por lo cual el criterio del juez no se condiciona a la solicitud que puede formular cualquier parte procesal (lo que incluye al fiscal): se trata de actos de postulación, tema estudiado cuando se analizó la visión dinámica de la congruencia.

Por otra parte, el Código de Procedimiento Penal no previó la posibilidad de retirar la acusación por parte del fiscal, por lo cual debe entenderse que el juicio oral está constituido por la incorporación y práctica de pruebas y los argumentos de conclusión, que son simplemente la valoración que hacen los intervinientes, conforme a su apreciación jurídica, los cuales, por supuesto, no pueden tener poder vinculante para el juez. En consecuencia, cuando la solicitud de absolución se oponga de manera evidente a lo probado, el juez puede proferir sentencia condenatoria. De manera similar debe pronunciarse cuando se trate de solicitudes hechas con base en el artículo 442 CPP (petición de absolución perentoria), aspecto estudiado antes.

Los planteamientos anteriores también son predicables cuando se presenten errores por omisión, ya sea porque no se incluyeron circunstancias genéricas o específicas demostradas en la investigación o porque no se reconoció exceso en las justificantes. Si se trata de circunstancias de agravación, es claro que se pueden tener en cuenta en la sentencia, si se presentan en la teoría del caso o se han debatido en la audiencia; y si se trata de atenuar la responsabilidad, la disminución se puede hacer discrecionalmente por parte del juez en el fallo definitivo, ya que si puede absolver, con mayor razón podrá otorgar un atenuante.

7. NULIDAD EN EL EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CUANDO SE DECRETA LA SUSPENSIÓN O INTERRUPCIÓN DEL PROCESO

Como afirmamos en el primer tomo de esta obra, es posible que en el trámite para aplicar el principio de oportunidad se presenten errores que ameriten la declaratoria de nulidad. Para la comprensión de algunas irregularidades que pueden dar lugar a la nulidad podemos acudir a las nociones de *capricho* y *arbitrariedad*, en los términos analizados por la Corte Constitucional, en relación con la tutela contra providencias judiciales^{1129}.

A partir de lo anterior es necesario precisar los siguientes aspectos: (1) las decisiones desproporcionadas y (2) la violación del derecho a la igualdad.

- El ejercicio del principio de oportunidad debe ser el resultado de una ponderación entre derechos o intereses constitucionales en conflicto. El desconocimiento del principio de proporcionalidad conduce a una violación de elementos sustanciales del debido proceso. Por lo tanto, la valoración que realice la Fiscalía General de la Nación sobre la aplicación del principio de oportunidad no puede resultar contraria al ordenamiento constitucional. La garantía de la protección de los derechos fundamentales de los asociados o del imputado implica que la evaluación que se haga de las circunstancias fácticas de las distintas situaciones previstas por el legislador para el ejercicio del principio de oportunidad sea respetuosa del núcleo conceptual de los distintos derechos en juego y que no resulte lesiva en exceso.

- La aplicación del principio de oportunidad no puede ser un mecanismo para establecer desigualdades procesales, que permitan dar trato preferencial a unos procesados respecto de otros sin justificación. Si por la aplicación del principio de oportunidad se viola simultáneamente el principio de igualdad, habrá suficientes motivos para declarar la nulidad de dicha aplicación. Como ya se afirmó, la garantía de igualdad de trato, en relación con decisiones judiciales, se logra con el respeto por el precedente^{1130}, al obligar que frente al mismo supuesto de hecho se apliquen los mismos parámetros contenidos en una decisión judicial. Es decir: que se apliquen las reglas judiciales adoptadas en decisiones anteriores.

Lo anterior significa que el principio de oportunidad tiene fuerza vinculante, tiene ejecutoria material y hace tránsito a cosa juzgada, cuando el juez de

control de garantías imparte la aprobación al acto de postulación de la Fiscalía mediante el cual renuncia a continuar el proceso, conforme la Constitución Política (artículo 250, inciso primero). En este caso no procede la nulidad por razón de que se da por terminada la actividad procesal. Respuesta diferente debe proponerse cuando se trata de suspensión o interrupción como formas de dar desarrollo al principio de oportunidad, instituciones jurídicas, como su nombre lo indica, que no implican la terminación del proceso, caso en el cual, si se ha incurrido en irregularidades como las mencionadas, la única vía es la nulidad, porque dicho pronunciamiento no admite la revocatoria por tener ejecutoria material.

8. NULIDADES EN TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

(UNA VEZ APROBADO PUEDE DECRETARSE LA NULIDAD)

El juez de conocimiento puede decretar la nulidad del allanamiento a la imputación cuando advierta que dicha actuación viola cualquiera de las garantías fundamentales^{[1131](#)}. En este punto la jurisprudencia ha considerado que el desconocimiento de garantías generalmente tiene su origen en los problemas de adecuación entre la situación fáctica y la calificación jurídica que se convierte en base de la imputación o acusación, entendiendo que si se trata de allanamiento la aceptación hecha por el juez de control de garantías constituye el pliego de cargos. El allanamiento a cargos conforme a la legislación tiene doble control: el primero es el estudio realizado por el juez de garantías, con el fin de determinar que no hay violación de derechos fundamentales. A partir de dicha aprobación, tiene poder vinculante. El segundo control, y definitivo, lo hace el juez de conocimiento, que, en caso de estar de acuerdo, cita para dictar la correspondiente sentencia. En caso de no estar de acuerdo, sólo puede remover el allanamiento que ya fue aprobado por el juez de garantías a través de la declaratoria de nulidad^{[1132](#)}.

Por otra parte, la jurisprudencia encuentra que existe violación del debido proceso que genera nulidad cuando el juez de conocimiento o de control de

garantías, según sea el caso, no advierte sobre las consecuencias del allanamiento a la imputación o sobre el monto de las rebajas punitivas. En consecuencia, si no aclara que hay normas que no permiten la rebaja (cuando la víctima es menor de edad), se genera la nulidad del acto de allanamiento y, en consecuencia, quedarán sin efecto las medidas de aseguramiento que se hayan tomado bajo su amparo^{1133}. Las mismas soluciones pueden aplicarse cuando se trata de acuerdos.

9. NULIDADES EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Para determinar posibles supuestos de nulidades en la etapa central del proceso penal es necesario entender su estructura y naturaleza.

En esta etapa procesal, el respeto al principio acusatorio es fundamental. A partir de este momento (acusación) se estructura un proceso en el que claramente se definen los roles de los intervinientes. Esto implica que el fallador ordinariamente debe mantenerse ajeno a cualquier impulso oficioso de incorporar pruebas en la causa, por lo cual la jurisprudencia ha dicho que la actitud del juez de conocimiento mediante la cual se pretenda obtener elementos de conocimiento, o de orientar el sentido de los propuestos por los intervinientes, es inconciliable con la imparcialidad y en consecuencia genera nulidad. Así mismo, la facultad de interrogar que tiene el juez de conocimiento en sede de juicio oral sólo le permite una configuración complementaria de lo sucedido y afirmado por el fiscal en la imputación, mas no una elaboración estricta de su propia concepción fáctica para efectos de la decisión^{1134}.

En cuanto a las vulneraciones del debido proceso, la jurisprudencia se ha manifestado sobre la relación entre el sentido del fallo y la sentencia, de tal manera que el anuncio del fallo (condenatorio o absolutorio) se aprecia como un aspecto sustancial de la estructura del proceso. Por lo tanto, se entiende que la sentencia es un acto complejo integrado por el sentido del fallo, la decisión y la orden de reparar si fuere pertinente deben ser consonantes y congruentes. Desconocer este presupuesto tiene trascendencia para afectar de nulidad el juicio

oral, en tanto pueden resultar vulnerados los derechos de la víctima o cualquier otro sujeto procesal, una vez se ha anunciado la decisión respectiva.

El desconocimiento de la relación entre el sentido del fallo y la sentencia en manera estricta conduce a la declaratoria de nulidad; la actuación procesal debe retrotraerse exclusivamente a lo indispensable para el restablecimiento del derecho afectado. Si el sentido del fallo es vinculante tiene que dictarse la correspondiente sentencia. Si considera que el sentido del fallo fue errado producto de una equivocación, debe decretar la nulidad del trámite del juicio y no solo del sentido del fallo, para que se respete integralmente la controversia probatoria y se cumpla el principio de inmediación. Así mismo, el funcionario debe declararse impedido, para que el trámite de la nueva audiencia sea hecho por un funcionario que no haya comprometido su criterio.

IO. NULIDAD DERIVADA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN GENERAL QUE SE PUEDE PRESENTAR EN LAS DIFERENTES ETAPAS PROCESALES

El artículo 456 cpp establece que la violación del derecho de defensa es causal de nulidad. La defensa en el ámbito penal comprende una serie de derechos básicos, que tienen distinto tratamiento jurídico, tales como: (1) derecho a estar presente en el proceso; (2) derecho a conocer la acusación; (3) derecho a solicitar y controvertir pruebas; (4) derecho a ejercer los recursos que la ley otorga. Por su parte, el derecho a la defensa técnica comprende una serie de derechos específicos dirigidos a facilitar la relación apoderado-defendido y garantizar la idoneidad de la defensa.

Si bien nos hemos referido a los casos de nulidad por violación del derecho de defensa en determinadas etapas procesales, en este acápite trataremos en detalle los supuestos básicos acabados de mencionar y que suelen asociarse directamente con este derecho. Debemos dejar claro que el carácter adversativo del modelo acusatorio permite considerar el derecho puntual de solicitar pruebas elemento integrante del derecho a la igualdad de armas, acápite bajo el cual se ha analizado este punto.

a. DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL PROCESO

La garantía básica del derecho de defensa consiste en la facultad de la persona a estar presente en el proceso. Se trata de la proscripción de procesos secretos y sin garantías so pena de generar vicios o irregularidades sustanciales que afectan su validez. Dentro del proceso penal, este derecho se manifiesta de diversas maneras:

i. COMUNICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL PROCESO

El primer escenario en el cual debe considerarse el ejercicio del derecho de defensa guarda relación con el conocimiento de la existencia de la investigación, porque en los ordenamientos democráticos^{1135} están proscritos los procesos secretos, de ahí que las normas del derecho interno y los tratados internacionales exigen la publicidad de los procesos penales (artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.º del Pacto de San José). La Corte Constitucional^{1136} ha indicado que la presencia del imputado en el proceso es obligatoria (salvo que renuncie a determinados derechos), razón de peso para inferir que el ocultamiento de la actividad procesal para el indiciado constituye irregularidad que permite la declaratoria de nulidad.

El Código de Procedimiento Penal establece que la comunicación de la existencia de la investigación se realiza a través de la imputación o a partir de la captura (art. 126). Ello supondría que sólo a partir de ese momento surge derecho a conocer la existencia del proceso. No obstante, en los términos del artículo 267 CPP es posible que la persona no imputada conozca el trámite de la investigación. El hecho de que el legislador garantice a la persona no imputada o no capturada la posibilidad de recaudar evidencias y acudir ante el juez de control de garantías para proteger los derechos fundamentales afectados durante la investigación implica que el ordenamiento jurídico colombiano garantiza la publicidad del proceso, en el sentido de permitir el conocimiento sobre su existencia en cualquier oportunidad, incluso antes de la imputación (art. 267

CPP).

El artículo 128 CPP obliga a la Fiscalía General de la Nación a “verificar la correcta identificación o individualización del imputado”. Con independencia de los vicios que las irregularidades en este punto pueda acarrear en relación con el imputado, los errores en la identificación o en la individualización implican desarrollar el proceso a espaldas de la persona indiciada.

Ahora bien: la Corte Constitucional^{1137} ha considerado que los errores de identificación no acarrear la nulidad del proceso. Cosa distinta es que haya errores en la individualización, en cuyo caso se afectan los derechos fundamentales del procesado, al limitarse el derecho de defensa^{1138}. Adelantar un proceso a espaldas del indiciado/imputado/acusado genera nulidad. Ello obliga a considerar la situación del reo o persona ausente y la declaratoria de contumacia, porque en tales casos se generan graves problemas con el ejercicio del derecho de defensa y con los intereses de la justicia.

ii. DECLARACIÓN DE PERSONA AUSENTE Y CONTUMACIA

Los artículos 127 y 291 cpp regulan lo relativo a la declaratoria de persona ausente y la contumacia, respectivamente. En relación con esta temática hay dos puntos para analizar: efectividad de la búsqueda e información suficiente.

La posibilidad de declarar ausente o contumaz a una persona supone necesariamente que el Estado ha desplegado todas las acciones necesarias y pertinentes para localizarlo o dar con su paradero^{1139}. No se justifica que al primer intento de búsqueda el Estado proceda a la declaración de persona ausente o contumaz. Tiene que existir una verdadera búsqueda^{1140}. Así las cosas, debe decirse que la violación del derecho de defensa en el proceso de declaratoria de persona ausente o en contumacia, teniendo en cuenta las precisiones realizadas antes, origina vicios significativos que pueden generar nulidad de la actuación.

b. FORMULACIÓN TARDÍA DE LA IMPUTACIÓN^{1141}

El artículo 287 cpp impone al fiscal la obligación de formular la imputación cuando de los elementos materiales probatorios o de la información legalmente obtenida llegare a la convicción de que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. El derecho consagrado en la citada disposición tiende indiscutiblemente a salvaguardar el derecho de defensa, puesto que

Es una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de la misma, cuando al inculcado ya le quede más difícil ejercer su derecho de defensa. Como sería el caso en que sólo se diera una orden de captura o citación para el interrogatorio, con el subsiguiente auto de privación de libertad, en las postrimerías del término legal de la instrucción. En cuyo caso, de una manera desleal se habría privado al imputado de la oportunidad de presentar sus propios descargos en momentos más propicios para su defensa y a solicitar la recepción de pruebas en su favor^[1142].

Recordemos que el párrafo del artículo 175 CPP, modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 del 2011, consagró que la Fiscalía tiene un término de dos años para formular la imputación u ordenar el archivo de la investigación, de tres años cuando se trate de concurso de delitos o sean más de tres los imputados, y de cinco años en relación con delitos de competencia de los jueces penales especializados^[1143].

Los términos mencionados son el límite máximo previsto por el legislador, por lo que la realización de audiencia de imputación no depende del vencimiento del término sino de los elementos probatorios recaudados. Dejar vencer los términos sin tomar una determinación concreta constituye una omisión que puede ser controlada por el juez de garantías por solicitud de la defensa, las víctimas o el ministerio público. Desafortunadamente, la normatividad no estableció ninguna sanción por vencimiento de términos. Previó algunas consecuencias como la libertad provisional, cuando no se ha formulado acusación en un lapso determinado.

El vencimiento de términos constituye una omisión y en consecuencia una grave irregularidad, porque afecta el debido proceso y la eficacia de la

administración de justicia. Sin embargo, no resulta lógica la declaratoria de nulidad porque el único resultado sería ampliar más un término que ya está vencido; por ello es procedente que el juez que hace control haga uso, de manera categórica, perentoria y expresa, de los términos con base en el concepto de “plazo razonable”. Esta decisión vincula al fiscal para formular imputación o, si no es viable, el archivo o preclusión.

C. DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

I. TÉRMINO RAZONABLE PARA PREPARAR LA DEFENSA Y CONOCIMIENTO OPORTUNO DE LA IMPUTACIÓN O LA ACUSACIÓN

En este acápite nos detendremos sólo en algunos aspectos concretos del derecho de defensa técnica que son relevantes para el tema de las nulidades.

Con ocasión del control de constitucionalidad en relación con la posibilidad de que estudiantes de los consultorios jurídicos actúen como apoderados (art. 30 Dcto. 196 de 1971), la Corte Constitucional distinguió entre derecho de defensa y defensa técnica en los siguientes términos:

Por voluntad expresa del constituyente, el orden jurídico y el Estado se hallan en la obligación de asegurar a todas las personas, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, el derecho de defensa, que significa plena oportunidad de ser oído, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Con todo ello se quiere impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado.

En el proceso penal, habida consideración de las materias en las cuales se ocupa, por las

graves consecuencias que tiene para el procesado la sentencia condenatoria y por estar implicada la libertad de éste, entre otras razones, la seguridad de sus adecuadas y efectivas posibilidades de defensa viene a ser, con mayor razón, exigente imperativo del debido proceso.

De allí que la Corte haya estimado indispensable la incorporación a su doctrina del concepto de *defensa técnica*, referente a la plena garantía de que las funciones de representación judicial del reo, en las etapas de investigación y juzgamiento, únicamente estarán confiadas a profesionales científicamente preparados, conocedores del derecho aplicable y académicamente habilitados para el ejercicio de la abogacía^[1144].

Esta distinción resulta importante en la medida en que la afectación del derecho de defensa técnica no necesariamente implica la violación del derecho de defensa y, en esa medida, no torna en ilegítima la actuación procesal adelantada^[1145]. Teniendo en cuenta los principios de las nulidades antes estudiados, la ausencia o deficiencia en la defensa técnica para que configure nulidad debe ser trascendente, esto es, debe acreditarse que efectivamente se afectó la defensa.

Como se ha expuesto en esta obra, existen factores temporales que inciden tanto sobre el derecho de defensa como sobre el derecho de defensa técnica. A partir del análisis de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, hemos afirmado que es obligatorio garantizar al procesado un término razonable para preparar la defensa. El ejercicio de una defensa técnica supone la posibilidad de que goce de un lapso suficiente para su preparación, y ello comporta la necesidad de conocer oportunamente la investigación (siempre y cuando no obstaculice la actividad del fiscal), imputación o la acusación, porque a partir de dicho conocimiento puede diseñarse la estrategia defensiva.

En consecuencia, la defensa debe contar con un plazo razonable para preparar los argumentos de descargo, razón por la cual el legislador ha previsto que la defensa pueda solicitar prórrogas del término para estructurar la metodología defensiva, si existen razones para tal fin (num. 2 art. 125 cpp). La necesidad de

la prórroga debe estar en directa relación con la complejidad del caso y las necesidades de investigación. Cualquier imprecisión o confusión en la imputación o acusación llevará a que la defensa requiera un término prudencial mayor para prepararse.

Cabe señalar que una posición contraria desconocería todo intento por lograr un proceso adversativo, porque la contraparte (la defensa) no sería, por decirlo de alguna manera, un contrincante digno. Cuando no se garantice este derecho se puede predicar la nulidad.

II. DERECHO A ACCEDER Y RECOGER

LA EVIDENCIA DE MANERA OPORTUNA

El numeral 3 del artículo 125 cpp consagra el derecho de acceso a la evidencia de manera oportuna. Tal facultad está dirigida a asegurar a la defensa que disponga de un término razonable para preparar su estrategia. Por tal motivo, el inoportuno acceso a esta evidencia, nuevamente, implica la imposibilidad de lograr una verdadera discusión jurídica, propia del carácter adversativo del sistema acusatorio y, por lo mismo, da vía libre a la declaratoria de nulidad. También cuando la imputación, como ya se dijo, se formula tardíamente, impide hacer la propia investigación de manera adecuada.

i i i. DERECHO A REALIZAR REUNIONES CON EL APODERADO

La posibilidad de que la persona imputada/acusada pueda reunirse con el apoderado es una de las garantías procesales más importantes. Debe asegurarse, según las condiciones del caso, que la persona que recibe asistencia letrada por parte del Estado goce de un término prudencial para reunirse con su apoderado. Lo mismo cuando se trate del apoderado de confianza o cuando éste renuncia a su calidad, porque es evidente que en este supuesto el procesado necesitará de mayor tiempo para instruir al nuevo representante y este último, a su vez, para participar eficazmente en el debate procesal.

En relación con personas privadas de la libertad, consideramos importante

reiterar la necesidad de asegurar que el apoderado pueda reunirse con su defendido el tiempo que resulte necesario para preparar la defensa, sin la intervención (sea directa o velada) de las autoridades carcelarias o de otra índole. Es decir, garantizar tiempo y secreto. A lo anterior debe sumarse la necesidad de que el Estado facilite el acceso del apoderado a su defendido al lugar de reclusión. El Estado debe abstenerse de imponer condiciones de acceso a los centros de reclusión que hagan, más allá de lo razonable, difíciles las reuniones entre estas personas.

IV. OCULTAMIENTO DE EVIDENCIA

El derecho de defensa comprende el de controvertir las pruebas. El ocultamiento de evidencia constituye, en este orden de ideas, una directa afrenta contra el derecho de defensa, porque se sorprende al defendido con argumentos inesperados. Se distorsiona así la lealtad que debe haber en toda la actuación. Recuérdese que la Fiscalía está obligada a descubrir la evidencia, tanto la favorable como la desfavorable al imputado (principio de lealtad).

Ahora bien: no obstante el hecho de que la Carta Política señala la acusación y la audiencia preparatoria como término para el descubrimiento de la evidencia, debe entenderse como un límite procesal máximo y, por ende, la ley o el juez de garantías pueden señalar descubrimientos parciales antes de este momento, como en la audiencia de imputación o en otras audiencias preliminares en las cuales se van a afectar derechos fundamentales.

V. ABSOLUTA NEGLIGENCIA DEL APODERADO

El artículo 4.º CPP establece el deber de las autoridades judiciales de “hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en desarrollo de la actuación procesal”. Esta obligación guarda estrecha relación con las situaciones de absoluta negligencia del apoderado. Si bien la existencia de un apoderado supone protección al derecho de defensa, su actitud negligente puede conducir a la absoluta indefensión de la parte que representa. La Corte Constitucional se ha

ocupado de esta materia, al señalar que en los casos en que el proceso se adelantó con violación del derecho de defensa técnica, por la absoluta negligencia del apoderado, la decisión es controlable en sede de tutela, por su inconstitucionalidad. Es decir: se incurriría en vía de hecho^{1146}.

Interesa resaltar en esta oportunidad que, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el juez (particularmente el juez de conocimiento) tiene el deber de sancionar la negligencia del apoderado, invalidando la actuación, a efectos de garantizar una real defensa.

VI. EL DERECHO A UN APODERADO DE CONFIANZA

Consideramos que otra de las garantías jurídico-procesales reside en el derecho a estar asistido en el juicio por un apoderado de confianza. Por tal razón, la intervención de un abogado de oficio o defensor público tiene naturaleza residual, por cuanto éste está llamado a actuar sólo cuando el procesado no designa defensor. Este principio se desprende, entre otros, de los siguientes preceptos del Código de Procedimiento Penal: (i) artículo 119, en el cual se señala que el cargo de defensor estará en cabeza del abogado principal que libremente designe el imputado; deberá hacerse desde la captura si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación; es factible también durante la indagación previa, especialmente cuando el indiciado rinde interrogatorio; (2) artículo 123 CPP, permite al defensor principal sustituir la designación en otro abogado y reasumir cuando lo estime conveniente; (3) artículo 8.º consagra el derecho a ser asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

En vigencia de la anterior legislación, la Corte Suprema de Justicia propugnaba el criterio según el cual existía nulidad por violación del derecho a la defensa cuando no se avisaba previamente al apoderado que se iba a realizar una diligencia con presencia del imputado. Al respecto dijo:

[...] en general, las diligencias pueden y deben realizarse por el juez en el momento que considere oportuno, consultando los términos procesales y la distribución de trabajo en

el despacho, y en su desarrollo pueden intervenir las partes. Solamente *para aquellas en que debe actuar el procesado debe avisarse previamente a su apoderado con el fin de no incurrir en nulidad constitucional por violación al derecho de defensa*, salvo los casos previstos en el artículo 393 del estatuto procedimental^[89] [énfasis nuestro].

En síntesis, a juicio de la Corte, “se considerarán inexistentes para todos los efectos procesales las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del procesado sin la de su defensor”. La intervención del apoderado de oficio es subsidiaria, es decir que su actuación se requerirá sólo por ausencia del apoderado a quien oportunamente se le comunicó la práctica de la prueba. De no ser así, las diligencias serán inexistentes.

La Corte Suprema de Justicia, desde tiempo atrás, ha sostenido que es causal de nulidad “todo hecho que implique un abusivo desconocimiento oficial de la absoluta libertad e independencia que deben rodear la voluntad expresa del acusado”. Así lo expresó en la siguiente decisión:

Por lo demás, como ha sido doctrina constante de la Corte, lo que ésta ha elevado a rango de nulidad supralegal o de origen constitucional no es la reticencia o la indiferencia del procesado respecto del ejercicio de su derecho a designar a un defensor de su confianza, lo que puede hacer válidamente desde la notificación del auto de proceder o en cualquier tiempo posterior a partir de ese momento, y aun, inclusive, en la diligencia de audiencia pública de la causa, sino el arbitrario desconocimiento por parte del juez de su facultad para designarlo, o la indebida sustitución del escogido por el reo en otra persona, sin mediar expreso consentimiento suyo, o el mantenimiento del nombrado de oficio sin embargo de haber sido designado luego otro de confianza y, en suma, la comisión de todo hecho que implique un abusivo desconocimiento oficial de la absoluta libertad e independencia que deben rodear la voluntad expresa del acusado en asunto de tanta importancia para él como el escogimiento del profesional a quien debe confiar la defensa de su honra y de su libertad^[1147].

La anterior jurisprudencia es perfectamente aplicable al actual estatuto procesal, porque, como quedó dicho, el derecho a nombrar un apoderado de confianza es una garantía

jurídico-procesal consagrada en diversas disposiciones del Código^{1148}. Debe agregarse que el derecho a nombrar un abogado de confianza es viable incluso cuando se ha declarado ausente o contumaz a la persona imputada. Si el proceso no puede adelantarse sin la intervención de un profesional del derecho, no existe razón para limitar el derecho de designarlo solo cuando la persona está privada de libertad o se ha hecho presente en el trámite procesal. En alguna oportunidad se exigió a la persona contra la cual existía orden de captura que se presentara para otorgar poder al abogado que discrecionalmente hubiera seleccionado. Dicha obligación fue declarada inexecutable.

II. DECLARATORIA DE NULIDAD Y SUS EFECTOS

a. CONSIDERACIONES PREVIAS

El proceso penal, desde el punto de vista constitucional y legal, tiene por finalidad determinar la verdad de los hechos que tengan características de delito, para lo cual es necesario reconstruir históricamente la conducta violatoria de cualquiera de las normas que describen un comportamiento ilícito. La búsqueda de la verdad no puede quedar al arbitrio o la discrecionalidad de los investigadores y servidores públicos que administran justicia, porque esta actividad tiene que desarrollarse dentro del marco de protección de los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por el proceso penal. Por este motivo, se reconocen múltiples garantías a la persona -sujeto pasivo de la acción penal-, que encuentran concreción, de manera especial, en los derechos de defensa y debido proceso.

Las irregularidades que se presentan en el desarrollo de la investigación y juzgamiento tienen que corregirse mediante los instrumentos previstos en la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, los cuales tienen como finalidad declarar la ineficacia de los actos procesales que se consideren violatorios de los derechos de defensa y debido proceso. La normatividad establece para este fin la exclusión de evidencias, la figura de la inexistencia y las nulidades. Cada una de las formas previstas para restablecer el quebranto

procesal tiene su propia regulación y necesariamente obedece a principios y características que permiten determinar la oportunidad y las consecuencias que implica su reconocimiento en el trámite procesal.

Lo anterior significa que el intérprete debe sujetarse de manera estricta a todos los requisitos exigidos para la aplicación de los correctivos mencionados. En este acápite nos hemos ocupado sólo de aspectos que tienen relación con las nulidades, por lo cual a continuación concretaremos los requisitos para decretarlas correctamente, la oportunidad procesal, los funcionarios competentes y sus consecuencias jurídicas.

b. REQUISITOS PARA DECLARAR LA INEFICACIA

TOTAL O PARCIAL DEL PROCESO PENAL

La jurisprudencia y la doctrina han sido uniformes en considerar que existen principios que regulan las nulidades, determinan su aplicación, establecen las diferencias con otras formas de corregir las irregularidades procesales y postulan las consecuencias que originan su reconocimiento. Es necesario recordar que se han aceptado los siguientes principios: especificidad, trascendencia, protección, convalidación, instrumentalidad de las formas, ejecutoria material, seguridad jurídica y naturaleza residual, como se expuso al comienzo de este capítulo.

í. APLICACIÓN RESIDUAL DE LA NULIDAD

La Constitución y el Código de Procedimiento Penal señalan los derechos que tiene la persona sometida a investigación y juzgamiento, regulan los requisitos para su correcta limitación y desarrollan diferentes instituciones para corregir irregularidades procesales que afecten tales derechos (art. 10 CPP). La declaratoria de nulidad constituye la sanción máxima, porque afecta total o parcialmente la actividad procesal cumplida y obliga a su repetición. Por esta razón, es necesario precisar que sólo debe reconocerse la nulidad cuando no sea posible subsanar los defectos procesales mediante las formas alternas enunciadas (inexistencia o exclusión de evidencia), por no ser éstas idóneas para restablecer adecuadamente

los derechos vulnerados.

Es necesario precisar, como se dijo, que la inexistencia de los actos procesales ordinariamente no afecta la estructura del proceso, y su aplicación se limita a reconocer que el vicio o irregularidad se originó en la recolección, producción, consecución o aducción del medio probatorio por incumplimiento de las reglas normativas previstas para que dichos elementos de convicción puedan ser valorados por el juzgador: por ejemplo, no observar las reglas propias de la cadena de custodia. Debe aclararse que para la Corte Suprema de Justicia la violación de la cadena de custodia no implica la inexistencia o ilegalidad de la prueba, sino que constituye un criterio de valoración respecto de su credibilidad, que eventualmente puede afectar su admisibilidad. En este caso, normalmente, los efectos del vicio no trascienden a la actuación realizada después del acto procesal que carece de validez; de la misma manera, no es necesario el reconocimiento expreso de la inexistencia y basta con que el servidor que administra justicia se abstenga de valorar dicho medio probatorio.

Por otra parte, la Constitución considera nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso. En desarrollo de esta previsión, el Código establece la necesidad de exclusión de evidencias o pruebas cuyo origen es ilícito, salvo excepciones taxativamente consagradas (artículos 223 párrafo y 455 CPP).

En los casos relacionados no es procedente declarar la nulidad en ninguna circunstancia, como de manera equivocada se enuncia en algunas decisiones judiciales, porque sencillamente se dispone de medios diferentes para corregir el desvío procesal en que se haya incurrido (exclusión de evidencias), sin que sea necesario invocar la medida extrema de nulidad mediante el pronunciamiento de decisión interlocutoria susceptible de recursos ordinarios. De lo anterior se concluye que ordinariamente la inexistencia o la exclusión de evidencias no alteran la relación jurídico-procesal que estructura el esquema del sistema acusatorio. Cuando se afecta la estructura del proceso o el esquema integral del derecho de defensa por no haberse cumplido determinados ritos en las diferentes etapas procesales, es cuando puede decretarse la nulidad.

Por lo anterior, y como se mencionó, el artículo 25 de la Ley 1285 del 2009, que modificó la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, impuso a los funcionarios competentes la obligación de controlar la legalidad y validez cada vez que se agota una etapa procesal, con el fin de que el proceso no continúe cuando sus bases estructurales tengan vicios que lesionan el derecho de defensa o se hayan desconocido normas constitucionales o legales que afecten gravemente el derecho fundamental al debido proceso.

ii. PROCEDENCIA DE LA NULIDAD CONTRA DECISIONES
QUE TIENEN EJECUTORIA MATERIAL Y CONSTITUYEN
PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN SUBSIGUIENTE

En este aparte nos referiremos a diferentes temas que necesariamente tienen incidencia para precisar la forma correcta de declarar la nulidad.

- EL PROCESO ACUSATORIO ES UN PROCESO DE PARTES

Constituye característica fundamental del sistema acusatorio, entre otras, el considerarlo un proceso de partes regido por el principio de igualdad de armas. Esta aceptación tiene trascendentales consecuencias para realizar una correcta aproximación a los requisitos que deben tenerse en cuenta con el fin de reconocer y decretar la invalidez de la actuación procesal mediante la aplicación de cualquier causal de nulidad.

Si se trata de un proceso de partes, significa que la actuación que realizan quienes intervienen en dicha condición constituye un acto de postulación con el fin de concretar las pretensiones ante las autoridades que deben resolverlas mediante pronunciamiento jurisdiccional con poder vinculante (jueces de control de garantías y de conocimiento). En otros términos, consideramos que las solicitudes de las partes -acusador y defensa- no constituyen actos decisorios, sino pedimentos o propuestas procesales que en ocasiones son indispensables para obligar a que los jueces hagan pronunciamientos, que en estricto sentido son trámites que conforman las etapas del debido proceso y estructuran el

derecho de defensa. Por ejemplo, el fiscal propone imputación o formula acusación; tales posturas del ente acusador sólo producen efectos vinculantes cuando el juez de garantías o de conocimiento aprueba o reconoce dichas pretensiones, conforme a la respectiva normatividad.

En conclusión, las actividades de las partes conforman actos de postulación y no de decisión, porque estos últimos corresponden a quienes les está atribuida la potestad de administrar justicia, salvo algunos casos excepcionales -por ejemplo, archivo de las diligencias que puede producir el fiscal antes de la imputación.

- LAS DECISIONES VINCULANTES QUE AFECTAN DERECHOS
FUNDAMENTALES Y QUE ADEMÁS ESTRUCTURAN EL PROCESO
PENAL CORRESPONDEN EXCLUSIVAMENTE A LOS JUECES

Conforme a lo anterior, insistimos en que la Ley 906 del 2004, en desarrollo de la Constitución, establece en cabeza de la Fiscalía la función de solicitar la imputación, la acusación y la imposición de medidas de aseguramiento, y de procurar la adecuada protección de las víctimas, entre otros. A partir de esta atribución funcional debe determinarse si los actos procesales mencionados y todos los que desarrolla la Fiscalía constituyen una actividad con poder vinculante y, en consecuencia, son discrecionales del ente investigador y acusador. En otros términos, es indispensable determinar qué características reviste la actividad desarrollada por la Fiscalía, esto es: ¿la imputación, la acusación, la solicitud de medidas de aseguramiento o cualquier otra posición jurídica del fiscal resultan vinculantes para el juez de garantías o de conocimiento?; ¿las actividades procesales mencionadas en cabeza de la Fiscalía son actos inmodificables?; ¿los actos a los que se ha hecho referencia tienen control por parte de los jueces y de ellos depende exclusivamente su aceptación o no?

Para dar respuesta a los interrogantes propuestos es necesario hacer las siguientes consideraciones:

Las funciones de la Fiscalía son de diferente naturaleza y pueden clasificarse en:

1. Actos que afectan derechos fundamentales con control o autorización previa o posterior. Estos actos tienen como fuente la Constitución, que atribuye de modo excepcional a la Fiscalía la facultad de ordenar directamente capturas, interceptación de comunicaciones, registros y allanamientos, con control posterior por parte del juez de control de garantías.

2. Actos de investigación. Se atribuye la facultad de recaudar evidencias o elementos probatorios con el fin de reconstruir los hechos que se consideran delictuosos para imputar, acusar y proponer la teoría del caso como presupuesto para adelantar el juicio oral. Dentro de estas amplias facultades, puede rechazar las denuncias propuestas cuando sean temerarias o archivar las diligencias cuando surge de manera evidente la atipicidad objetiva, decisión que no hace tránsito a cosa juzgada y puede tener control judicial. Algunos actos de investigación se ejecutan a través de actos de postulación.

3. Actos de postulación. La actividad orientada a que se dé inicio al proceso penal, a la etapa de juzgamiento, a la aplicación del principio de oportunidad o se adopten decisiones que afecten derechos fundamentales son actos de postulación no vinculantes (con contenido jurisdiccional). Sin embargo, es incuestionable que la actividad que realiza el ente acusador, a diferencia de la actuación de la defensa, constituye presupuesto constitucional indispensable para dar cumplimiento a las etapas procesales. Las afectaciones leves a los derechos fundamentales sin control del juez de garantías son actos jurisdiccionales de la Fiscalía.

4. Actos dispositivos que pueden ser la captura excepcional, archivo, restablecimiento del derecho por competencia residual y afectación leve de derechos fundamentales.

En consecuencia, se requiere propuesta de imputación para que el juez de garantías determine si hay elementos probatorios para dar inicio al proceso penal; debe existir escrito de acusación, lectura del pliego de cargos y develación de prueba para que el juez de conocimiento decida si tal pedimento tiene fundamento probatorio para ordenar el inicio de la etapa de juzgamiento. Tiene que hacerse la presentación de la teoría del caso para dar trámite al juicio oral. Así mismo, la defensa en la audiencia preparatoria debe enunciar las bases

probatorias en las cuales va a fundamentar su argumentación. Estos trámites procesales constituyen la estructura del proceso, pero en ningún caso estas propuestas obligan a los jueces a aceptarlas, porque dichos funcionarios (jueces) pueden devolver para corrección e incluso rechazar tales actos o pedimentos, conforme hemos expuesto en esta obra. Las posturas o peticiones de las partes adquieren poder vinculante cuando los jueces imparten su aprobación; lo mismo ocurre con el allanamiento a cargos o los acuerdos que permite la ley^{1149}. En últimas, las decisiones de los jueces son los únicos pronunciamientos obligatorios.

Surge otra pregunta: ¿A partir de qué momento la imputación, la acusación o la adopción de medidas de aseguramiento obligan o tienen poder vinculante? La respuesta es sencilla y obedece a criterios jurídicos elementales. Las mencionadas instituciones jurídicas sólo tienen poder vinculante y, en ocasiones, control de segunda instancia cuando los jueces de control o de conocimiento aceptan la petición hecha por la Fiscalía y determinan la afectación de los derechos fundamentales de la persona a quien se le inicia proceso penal o se le formula acusación. Algunas de estas decisiones tienen ejecutoria material.

Por ningún motivo puede afirmarse que la simple solicitud o propuesta de imputación, acusación o adopción de medidas de aseguramiento, entre otros pedimentos, puede tener efectos jurídicos y potencialidad para afectar derechos fundamentales; es necesario que la propuesta hecha por el ente acusador sea aceptada expresamente por el respectivo juez de garantías o de conocimiento. Esta postura se fundamenta en preceptos constitucionales que se encuentran regulados en los artículos 250 y siguientes de la Constitución. Cuando el constituyente autorizó a la Fiscalía para afectar directamente derechos fundamentales, lo hizo expresamente con la posibilidad de que esa entidad pueda realizar (1) captura excepcional, (2) allanamientos, (3) registros e interceptación de comunicaciones. Además, les impuso control posterior de legalidad. Así mismo, puede realizar afectaciones leves directamente y sin control.

- LA NULIDAD DEBE RECAER SOBRE DECISIONES CON

EJECUTORIA MATERIAL O QUE CONSTITUYAN PRESUPUESTO
INDISPENSABLE DE LA ACTUACIÓN SUBSIGUIENTE

Es elemental que en relación con las peticiones de parte, por un lado, no se establecen términos de ejecutoria y, por otro, éstas carecen de recursos. Estas características son propias de las decisiones proferidas por los jueces de control de garantías, de conocimiento y de ejecución de penas, por esta razón se hace referencia a la ejecutoria formal y material porque en ciertas ocasiones puede ser procedente la revocatoria directa del pronunciamiento judicial -decisiones con ejecutoria formal- o la nulidad -decisiones con ejecutoria material.

Así mismo, debe recordarse que la estructura propuesta en la Constitución para el sistema acusatorio eliminó toda clase de recursos a la actividad desarrollada por la Fiscalía, en razón de que su rol funcional se enmarca en la recolección de evidencias mediante las cuales se pretende reconstruir la verdad y realizar propuestas que deben definir los respectivos jueces (esto para dar cumplimiento al principio denominado “reserva judicial” que informa el sistema acusatorio).

Lo anterior es el fundamento para que no se le haya atribuido a la Fiscalía la potestad de terminar la actividad investigativa mediante decisión que haga tránsito a cosa juzgada. Este tema originó la decisión de la Corte Constitucional relacionada con el alcance que debe darse a los artículos 78 y 79 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la preclusión en cualquier momento procesal sólo puede ser decretada por el juez de conocimiento. A la Fiscalía se le otorgó la posibilidad, como parte, de formular la solicitud para promover el pronunciamiento respectivo (preclusión), sin que signifique que la Constitución haya excluido de esa facultad a las demás partes para que en determinados casos puedan proponer la terminación de la actividad procesal especialmente por causales objetivas (prescripción, etc.).

A la Fiscalía se le confirió la competencia de archivar las diligencias antes de la imputación por atipicidad objetiva, mediante decisión que no hace tránsito a cosa juzgada y que carece de recursos (es un acto dispositivo). Por tal motivo, esta decisión puede ser revocada directamente por el ente investigador cuando se

presenten nuevas pruebas con idoneidad suficiente para remover la decisión mencionada, exista un error protuberante en el contenido de la decisión, se haya proferido por causal diferente de la atipicidad objetiva, no se haya realizado una investigación integral o carezca de competencia (se trata de indiciado aforado). El juez de garantías, por solicitud del ministerio público o de las víctimas, puede controlar esta decisión cuando el fiscal se niega a revocar el pronunciamiento mediante el cual ordenó terminar la actividad procesal y, en consecuencia, el archivo de las diligencias.

Si bien a la defensa se le otorgan facultades para realizar investigación con el fin de establecer la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, ninguna de las peticiones de la defensa tiene poder vinculante, con lo cual se protege el principio de igualdad con el ente acusador. En resumen, la declaratoria de nulidad es procedente cuando no sea viable la aplicación de ningún otro mecanismo procesal de corrección, si se trata de decisiones con ejecutoria material y, en consecuencia, si el acto inválido constituye una decisión que es parte de la estructura del proceso y presupuesto indispensable de la actividad subsiguiente.

— LAS PETICIONES DE PARTE SON MODIFICABLES DIRECTAMENTE

Es incuestionable que las partes dentro del esquema procesal pueden modificar sus pretensiones o solicitudes, en el sentido de aclarar, precisar o adicionar sus pedimentos con el fin de que se cumplan los requisitos procesales y se garanticen los derechos de los demás intervinientes. Para tal fin, las peticiones y modificaciones de las solicitudes deben someterse a los términos procesales preestablecidos y a las etapas que estructuran el sistema acusatorio.

Las posturas de las partes imponen una carga funcional al juez de control de garantías o de conocimiento. Es decir: surge la obligación para el funcionario judicial de revisar la actuación y los pedimentos hechos por las partes para determinar si se ajustan a los mandatos constitucionales y legales. Cuando el juez aprueba las peticiones se entiende, como ya se dijo, que éstas hacen parte de

la estructura procesal y, en consecuencia, son de obligatorio cumplimiento mientras no sean removidas a través de la revocatoria (ejecutoria formal) o la nulidad (ejecutoria material).

Las modificaciones directas o adiciones a las posturas, solicitudes o los pedimentos de la Fiscalía -o de cualquier otra parte- pueden hacerse en las siguientes oportunidades:

- Desde que la parte presenta la respectiva solicitud y antes de que ésta sea aceptada o aprobada por el respectivo juez;
- Por disposición misma de los jueces de control de garantías o de conocimiento;
- En algunos casos, después del control judicial, con fundamento en prueba sobreviniente, sin que dicha modificación o adición implique desconocer de manera absoluta lo que ha sido aprobado por el respectivo juez. Por ejemplo, la parte (en este caso, la Fiscalía) puede adicionar la imputación, pero no puede retirar dicha actuación procesal; puede pedir absolución, pero no puede retirar la acusación después de haber sido aprobada por el juez de conocimiento; puede pedir revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, pero no puede, por su propia iniciativa, revocar o desconocer la decisión adoptada por el juez de control de garantías, etc. Las adiciones o modificaciones solo tienen poder vinculante cuando se cumpla el rito del control judicial.

En consecuencia, podemos decir que las peticiones de parte son modificables, pero en ningún caso pueden ser alteradas o desconocidas directamente o *motu proprio* por las partes que intervienen cuando éstas han sido aprobadas por un juez. La Fiscalía, la defensa o cualquier otro interviniente simplemente solicitan el pronunciamiento judicial en el sentido que consideren pertinente. Debe insistirse en que las decisiones de los jueces son vinculantes, razón por la cual su cumplimiento se extiende a todos los intervinientes, y en consecuencia la estructura del proceso depende únicamente de las decisiones judiciales, que sólo pueden ser modificadas, revocadas o removidas por voluntad expresa de los jueces de garantías o de conocimiento.

C. FUNCIONARIOS COMPETENTES

Resulta elemental afirmar que las partes (incluida la Fiscalía) no pueden tomar decisiones vinculantes y, por tanto, les está vedado corregir los errores judiciales mediante la nulidad de decisiones con ejecutoria material o mediante la revocatoria (excepto el archivo regulado en el artículo 79 CPP) de decisiones con ejecutoria formal, porque dicho pronunciamiento implica una competencia funcional que sólo está radicada en cabeza de los jueces de control de garantías y de conocimiento. Lo anterior proviene de la Constitución y de la ley estatutaria, que imponen a los jueces la obligación de realizar control de legalidad sobre la actividad cumplida en cada etapa procesal.

Sin embargo, debe aclararse que cuando se trata de errores que no exijan pronunciamiento de nulidad -por ejemplo, excluir evidencias o reconocer la inexistencia del acto procesal-, éstos pueden ser corregidos por el fiscal, simplemente con la exclusión de las evidencias ilícitas o la actuación considerada viciada (inexistencia) al momento de formular una petición de afectación de derechos fundamentales. Esta postura del ente acusador, no obstante, puede ser controlada por el juez de garantías o por el de conocimiento mediante el estudio de las omisiones en que pueda incurrir la parte acusadora.

Las competencias para corregir errores y reconocer las nulidades son las siguientes:

– Juez de control de garantías

Este funcionario tiene la potestad para corregir todos los “desvíos” o faltas procesales mediante la exclusión de evidencias, la declaratoria de inexistencias o, en últimas, el reconocimiento de nulidades. Su competencia se extiende a la actividad realizada antes de la imputación (por ejemplo, la aplicación del principio de oportunidad) y durante todo el trámite entre la imputación y hasta antes de que se formule y desarrolle el trámite de la acusación. Así mismo, puede corregir las irregularidades que se presenten por la afectación de derechos fundamentales que no sean de competencia del juez de conocimiento y que se detecten en la etapa de juzgamiento -por ejemplo, errores en la adopción de medidas de aseguramiento o en la afectación de bienes para la indemnización-.

En síntesis, la competencia del juez de control de garantías sólo está limitada por las facultades del juez que le corresponde adelantar el juicio oral (juez de conocimiento).

– JUEZ DE CONOCIMIENTO

El juez de conocimiento ejerce control de toda la actividad procesal. En virtud de ello, su competencia se extiende a la etapa preliminar (preclusión), la etapa de instrucción (preclusión, acuerdos, etc.) y la etapa de juzgamiento. El único límite está dado por la competencia del juez de control de garantías.

Resulta relativamente claro que las competencias de los jueces de garantías y conocimiento se pueden determinar teniendo en cuenta que este último funcionario puede decidir todas las situaciones jurídicas propuestas en la oportunidad y la etapa procesal establecidas en el Código de Procedimiento Penal, siempre que no constituyan juicios anticipados de responsabilidad del indiciado, para evitar así que comprometa su criterio antes de proferir la respectiva sentencia. En caso de que la decisión que deba adoptar implique estudios jurídicos orientados a determinar la posible responsabilidad -por ejemplo, decidir solicitud de preclusión con base en causales que no sean estrictamente objetivas-. Si no se acepta el pedimento o es aceptado pero revocado por el superior a través del recurso de apelación, debe declararse impedido para conocer la etapa de juzgamiento.

d. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

La corrección de las irregularidades procesales que afectan derechos fundamentales (debido proceso y derecho de defensa) implica determinadas consecuencias:

- Si se trata de exclusión de evidencias, tal determinación tiene incidencia en la adopción de decisiones que puedan afectar derechos fundamentales o determinar, en últimas, la responsabilidad o no del indiciado, porque el

funcionario que debe hacer pronunciamientos en este sentido no puede valorar elementos de juicio obtenidos de manera ilícita. La irregularidad no trasciende el esquema procesal, porque se concreta exclusivamente en el medio probatorio.

Ordinariamente ocurre lo mismo cuando se trata de reconocer la inexistencia, salvo que se trate de un acto procesal que sirve de fundamento a la actuación subsiguiente.

– En relación con la declaratoria de nulidad, sus efectos trascienden a los trámites que dependen del acto declarado inválido, porque normalmente el vicio recae sobre decisiones que tienen ejecutoria material y constituyen pronunciamientos judiciales que conforman la estructura del proceso penal. Sin embargo, es necesario aclarar que los actos de prueba que se hayan incorporado a partir de la decisión declarada nula conservan vigencia y pueden valorarse para fundamentar cualquier otra posible decisión. Por ejemplo, si se declara la nulidad de la acusación después de haber sido aprobada por el juez de conocimiento, las pruebas develadas no pierden eficacia y pueden hacerse valer una vez se corrija la irregularidad y se repita la actuación procesal.

V. CONCLUSIONES

La nulidad es la principal consecuencia frente a violaciones trascendentes del derecho al debido proceso y derecho de defensa. Esta causa de invalidez de las actuaciones procesales sólo debe entenderse procedente cuando se trata de irregularidades sustanciales con verdadera incidencia procesal. Lo anterior responde a la naturaleza de la figura y a sus principios orientadores, de manera que sólo cuando el vicio, error o irregularidad no pueda ser subsanado de otra forma (piénsese en la exclusión de evidencias o la inexistencia), procede la declaratoria de nulidad.

Los principios que rigen las nulidades son los siguientes: especificidad, trascendencia, protección, convalidación, instrumentalidad de las formas o finalidad cumplida, ejecutoria material, seguridad jurídica, naturaleza residual y acreditación.

El estatuto procesal no optó por la consagración de un catálogo detallado de

causales de nulidad, sino por una fórmula general que engloba los derechos al debido proceso y de defensa, con lo que dejó en claro que es *necesaria* la afectación de las garantías de los sujetos procesales y que no haya otras formas de subsanar la irregularidad. Como el proceso penal contiene deberes y obligaciones para todos los intervinientes, aquel que haya causado o generado el vicio o acto irregular no puede invocar la nulidad, así como tampoco es procedente decretarla cuando a pesar del acto defectuoso se cumple con el objeto buscado por actuación procesal.

La nulidad solo opera frente a actos que tienen ejecutoria material y que son aquellos que constituyen presupuesto de actuaciones subsiguientes; aquellos actos que, por el contrario, tienen ejecutoria formal pueden ser corregidos mediante la revocatoria de la decisión sin necesidad de acudir a la invalidación de la actuación. La nulidad tiene que ser declarada expresamente mediante decisión interlocutoria apelable en el efecto suspensivo y sólo cuando se haya acreditado y probado la causal que se propone.

La nulidad debe ser declarada expresamente siempre que se advierta durante el proceso una irregularidad sustancial (también en sede de casación). Lo anterior implica que el juez de control de garantías, como garante de la legalidad del proceso, está investido de esta facultad, cuando, por ejemplo, durante la investigación considere que se estructura una causal para la viabilidad de dicha determinación. Lo anterior al margen de lo consagrado en el estatuto procesal, que prevé la audiencia de formulación de acusación como oportunidad para invocar la nulidad, lo cual debe ser entendido como una oportunidad límite para realizar el control del trámite procesal cumplido hasta ese momento. Cuando se tramite la audiencia de lectura de acusación o se realice la audiencia preparatoria, el juez de conocimiento debe hacer control de legalidad de todo el proceso, lo cual incluye las decisiones que haya adoptado el juez de garantías (por ejemplo, la exclusión o no de evidencias).

La declaratoria de nulidad puede ser parcial, caso en el cual el funcionario judicial debe precisar claramente la parte del proceso afectada con la irregularidad.

Teniendo en cuenta el carácter residual de la nulidad y el hecho de que sólo

procede respecto de actos procesales que tienen ejecutoria material, debe afirmarse que la institución jurídica opera frente a actos con poder vinculante, que son aquellos proferidos por los jueces, y no frente a los actos de postulación de las partes.

Con base en lo anterior, es claro que la nulidad puede presentarse y reconocerse en cualquier etapa del proceso. En la fase de investigación y teniendo en cuenta la naturaleza de los actos y decisiones que pueden afectarse, es factible que se trate de nulidad en la imputación, cuando en la dinámica de este acto procesal se vulneran los derechos al debido proceso o al de defensa. Piénsese en los defectos que puede tener la imputación fáctica, en la falta de individualización del indiciado, en la indebida comunicación o notificación, en la fundamentación de la imputación en medios de prueba ilícitos, en defectos sobre el requisito para imputar de la inferencia razonable o de la denominación jurídica del delito cuando constituya causa para una inadecuada defensa, entre otras. Dentro de la etapa investigativa la nulidad puede generarse por otras razones, como la violación del plazo razonable para instruir, la defectuosa aplicación del principio de oportunidad, la violación de las garantías mediante la utilización de mecanismos de terminación anticipada del proceso, etc., siempre que no sea viable la revocatoria por tratarse de decisiones que solo tienen ejecutoria formal.

Los anteriores comentarios son aplicables a la acusación. Como acto procesal con ejecutoria material, por lo demás, presupuesto necesario para la realización del juicio oral, puede estar afectado de nulidad. Las irregularidades que vulneran el derecho al debido proceso o el de defensa en esta etapa pueden ser, a modo de ejemplo, la falta de conocimiento oportuno de la acusación, la falta de motivación del escrito presentado por el fiscal o cuando ésta sea anfibológica, la indeterminación en la imputación fáctica objetiva, subjetiva o en la forma de intervención en el hecho punible, entre otras. Aquí debe entenderse que si el vicio o irregularidad puede ser corregido, y dado el carácter residual de la nulidad, este instrumento de saneamiento de irregularidades procesales debe ceder a favor del menos drástico con el cual se logre una efectiva corrección del defecto.

En la audiencia del juicio oral también pueden presentarse irregularidades con capacidad para invalidar la actuación. Piénsese en aquellos supuestos donde la actuación del juez de conocimiento compromete su imparcialidad, como cuando, al margen del fiscal (*motu proprio*), construye su propio acervo probatorio o cuando no atiende los criterios mínimos de coherencia que debe haber entre el sentido del fallo y la sentencia, entre otros.

En concreto sobre la violación del derecho de defensa, pueden entenderse como supuestos de nulidad la falta de comunicación sobre la existencia del proceso, la deficiente búsqueda que haga el Estado del indiciado para lograr su comparecencia, la formulación tardía de la imputación, la falta de defensa técnica, la limitación injustificada del derecho de reunión con el apoderado, el ocultamiento de evidencia, entre muchos otros casos.

Los jueces (garantías y conocimiento) son los funcionarios competentes para la declaratoria de nulidad dependiendo de la etapa procesal en que se observe la irregularidad que lesione el derecho de defensa o el debido proceso. Si es durante la investigación, dicho pronunciamiento le corresponde al juez de garantías; y propuesta la acusación, la competencia es del juez de conocimiento.

La consecuencia de la declaratoria de nulidad implica ordinariamente repetir la actuación que dependa del acto declarado ineficaz.

CAPÍTULO TERCERO

Sistema de control constitucional en el proceso penal

I. CONTROL DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL EN SEDE DE ACCIÓN TUTELA

Dada la estructura del proceso penal acusatorio, donde por mandato constitucional existe un juez encargado de revisar toda afectación de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso, cabe preguntar frente a cuáles decisiones procede la acción tutela; dado que el mecanismo natural de control constitucional dentro del proceso penal es la actividad del juez de control de garantías o juez de conocimiento, pareciera que inexorablemente la tutela sólo procedería contra aquellas providencias judiciales que afectan derechos fundamentales.

Tal apreciación es cierta porque, salvo contadas excepciones y circunstancias especiales, las actuaciones que pueden ser objeto de reproche constitucional serán aquellas que profieren los jueces de control de garantías, de conocimiento y de ejecución de penas.

II. LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL PROCESO PENAL: UN MECANISMO SUBSIDIARIO

Antes de comenzar el análisis de la tutela dentro del proceso penal y la posibilidad de obtener la nulidad dentro de dicho procedimiento, resulta indispensable justificar la afirmación de que, en el proceso penal, en principio, el amparo opera bajo la forma de tutela contra providencias judiciales.

El artículo 86 superior establece que la acción de tutela procederá sólo cuando frente a la amenaza o violación del derecho fundamental el afectado “no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En la Sentencia C-590 del 2005^{[11501](#)}, la Corte Constitucional expresó que este requisito significa que “se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada”, porque “la acción de tutela no suplanta ni reemplaza los mecanismos ordinarios ni puede servir para

remediar la negligencia de alguna de las partes procesales”.

Si los recursos y acciones judiciales ordinarios y extraordinarios han operado adecuadamente, nada nuevo tendrá que decir el juez de tutela, porque los jueces ordinarios habrán cumplido a cabalidad con la tarea de garantizar los derechos fundamentales. Lo anterior permite considerar las condiciones bajo las cuales es procedente la acción de tutela. Es innegable que en el sistema jurídico colombiano se dispone, salvo casos muy particulares, de acciones y recursos judiciales suficientes para proteger los derechos fundamentales. De ahí que la propia Carta establezca el carácter subsidiario de la acción de tutela.

A. LA EXIGENCIA DE NO CONTAR CON UN MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ

El carácter subsidiario de la acción de tutela se desprende del mandato de los artículos 86 superior y 6.º del Decreto 2591 de 1991, según los cuales la procedencia de la tutela se sujeta a la inexistencia de un medio de *defensa judicial* para proteger el derecho fundamental afectado. Desde el año de 1992, la Corte Constitucional entendió que la cláusula constitucional no podía interpretarse en el sentido de excluir la tutela frente a los otros medios de defensa, porque ello terminaría por desnaturalizar la propia función garante de este instrumento de protección de los derechos fundamentales, en la medida en que se convertiría en un medio residual antes que subsidiario, para aquellos asuntos en que el legislador no hubiese previsto ningún mecanismo eficaz para evitar la afectación de derechos ante la judicatura. Más grave aún: ¿qué ocurriría si el medio judicial no asegura la protección de los derechos fundamentales?

A fin de enfrentar estos riesgos, en aplicación estricta del numeral 1 del artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991, la Corte advirtió que el medio de defensa debía ser eficaz:

Siendo esto así, es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su

naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente.

En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela^{1151}.

El concepto de “eficacia” o “idoneidad” del medio de defensa judicial es, sin lugar a dudas, uno de los más discutidos dentro de la dogmática constitucional colombiana. Con todo, a partir de algunas sentencias de la Corte Constitucional es posible establecer su alcance y sentido. El tribunal ha subrayado que la existencia de un medio de defensa judicial eficaz es un asunto sujeto a dos criterios: eficacia propiamente dicha del medio de defensa y (2) y verificación de tal existencia y eficacia en concreto.

Para la Corte, la existencia de medios judiciales de defensa no puede considerarse en abstracto. Debe analizarse según las circunstancias del caso específico. Por ejemplo, en materia del derecho laboral, el tribunal ha señalado que ciertos conflictos, como aquellos relacionados con el ejercicio del derecho fundamental de asociación sindical, pese a tener remedio judicial, no excluyen la tutela, porque las vías ordinarias no se estiman aptas para analizar la violación de derechos fundamentales:

La vía del amparo judicial es procedente para examinar la conducta de las partes enfrentadas y llegar a una solución de la controversia, pues si bien en la legislación laboral existen acciones y procesos encargados de resolver asuntos relacionados —v. gr.- con el fuero sindical, la huelga o el acatamiento de los acuerdos convencionales, hay aspectos del derecho colectivo que afectan el núcleo esencial de derechos

constitucionales fundamentales, cuyo reconocimiento y vigencia no depende del mero consenso entre las partes, o de su simple incorporación en textos contractuales o convencionales^[1152].

Así, para la Corte, serán las circunstancias concretas o, si se quiere, la naturaleza del debate lo que defina si puede reputarse existente y eficaz el medio de defensa judicial.

En relación con la eficacia, en las primeras sentencias el tribunal fijó el siguiente criterio:

[...] únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado^[1153].

Esta idea se ha desarrollado hasta alcanzar el concepto de *eficacia objetiva*, “de manera que el peticionario pueda obtener a través de la jurisdicción común la salvaguarda cierta de sus intereses y no una simple ilusión procesal que no protegerá sus derechos, o lo hará al costo de diferir en el tiempo la solución del caso, muy seguramente, cuando el pronunciamiento judicial carezca de valor real para el individuo”^[1154].

De ahí que la Corte vincule la eficacia del medio ordinario a dos elementos. Por una parte, a la aptitud en sí misma del medio para resolver el conflicto constitucional (lo que, sólo se aprecia en concreto) y, por otra, el costo de acudir a tal medio de defensa, en términos de la afectación del derecho. Es decir, debe ser proporcionado acudir a dicho medio de defensa judicial. Obsérvese lo expuesto por la Corte:

Desde otra perspectiva, el juez de tutela debe evaluar en concreto el mecanismo judicial ordinario, en cuanto a su eficacia y efectividad. Sobre este punto ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación, al señalar la necesidad de ponderar el medio existente, por cuanto a pesar de ser formalmente válido^[1155], el mismo puede resultar

materialmente ineficaz y afectar de esta manera los derechos fundamentales.

Puede ocurrir que a pesar de contar los sujetos procesales con los medios ordinarios dentro del proceso, para defender sus concretos intereses, sea porque la decisión judicial censurada puede ser susceptible de sanearse, o porque se declare su nulidad, o por cuanto dispone de recursos ordinarios y extraordinarios, ninguno de estos mecanismos actúa efectiva y eficientemente, lo cual da origen a la violación de los derechos fundamentales del debido proceso (art. 29 C. N.) y de acceso a la administración de justicia (art. 229 C. N.). En dichos casos, el juez de tutela, debe hacer un examen razonable y ponderado en cuanto a la validez y efectividad del medio judicial alternativo. Este dinamismo judicial permite en un Estado social de derecho el cumplimiento de uno de sus fines, es decir, asegurar la vigencia de un orden justo, de conformidad a lo establecido en el artículo 2.º de la Constitución^[1156].

En el Auto 100 del 2008 la Corte señaló que cuando se niegue el trámite de una acción de tutela debe entenderse que esa providencia (1) es una decisión en sentido material así no lo sea en sentido formal, y en consecuencia (2) debe surtir el trámite de la eventual revisión ante la Corte Constitucional. Así mismo, especificó que también puede presentarse la tutela ante la secretaría general de la Corte Constitucional. Para resolver estas situaciones la Corte señaló las siguientes reglas:

[...] en adelante, cuando se presente una situación semejante en la cual la Corte Suprema de Justicia no admita a trámite una acción de tutela contra una de sus providencias, el tutelante tendrá la opción de

- (i) acudir a la regla fijada en el Auto 04 del 3 de febrero de 2004, es decir, presentar la acción de tutela ante cualquier juez (unipersonal o colegiado) o incluso ante una corporación judicial de la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia; o
- (ii) solicitar ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, que radique para selección la decisión proferida por la Corte Suprema de Justicia en la cual se concluyó que la acción de tutela era absolutamente improcedente, con el fin de que surta el

trámite fijado en las normas correspondientes al proceso de selección. Para este efecto, el interesado adjuntará a la acción de tutela, la providencia donde se plasmó la decisión que la tutela era absolutamente improcedente, así como la providencia objeto de la acción de tutela.

B. SOBRE LOS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIALES DENTRO DEL PROCESO PENAL

El proceso penal diseñado desde la Constitución y desarrollado en el CPP trae como principio rector la reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, porque sólo el juez tiene competencia para ese efecto (ya sabemos que el fiscal la tiene sólo excepcionalmente). Lo anterior comporta dos consecuencias que hasta ahora no han sido advertidas plenamente, y es esta la ocasión para precisarlas.

Por una parte, que toda afectación intensa o media de los derechos fundamentales debe ser objeto de control judicial (sea por autorización previa o control posterior) y, por otra, lo que resulta más significativo, que la facultad de la Fiscalía General de la Nación para realizar afectaciones leves a los derechos fundamentales no implica que sus actuaciones sean ajenas al control judicial. La Fiscalía General en su labor investigativa puede afectar directamente de manera leve derechos fundamentales sin previa autorización ni control posterior. Sin embargo, si la persona a quien se restringió un derecho considera que el nivel de afectación es medio o intenso, puede concurrir ante el juez de garantías para que con base en un juicio de proporcionalidad determine cuál es el grado de afectación y en consecuencia realice el control correspondiente si es indispensable.

Antes de avanzar debe subrayarse que el tema propuesto exige, desde una perspectiva institucional, la necesidad de asegurar la publicidad y un sistema de precedentes, a fin de que la Fiscalía tenga claro cuál es el límite de sus competencias. En otras palabras, sólo a partir de la certeza que le brinda un sistema de precedentes es posible que dicha entidad adelante, con confianza de realizar una actuación legítima, los trámites requeridos dentro de un proceso de

investigación.

I. CONTROL SOBRE AFECTACIONES INTENSAS Y MEDIAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Del artículo 250 constitucional y, en particular, de su numeral 3, se deriva que toda actuación de la Fiscalía General de la Nación que afecte de manera intermedia o intensa derechos fundamentales debe estar controlada por un juez de garantías, con la consecuencia de ineficacia del acto o nulidad cuando se demuestre que tal afectación es desproporcionada. Habida consideración de lo anterior, se tiene que el sistema procesal penal se ha estructurado sobre la base de la existencia de un mecanismo específico de control de la validez de tales afectaciones, validez tanto en el sentido de estricta legalidad como, principalmente, de estricta constitucionalidad, según se ha analizado a lo largo de esta obra.

Lo anterior se apoya en el hecho de que las funciones específicas del juez de control de garantías consisten en: (1) autorizar las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación que tengan efecto restrictivo de derechos fundamentales y (2) controlar aquellas actuaciones que no requieren autorización previa. En conclusión, no hay actuación que afecte determinados derechos de los intervinientes en el proceso penal que no esté sujeta a un medio de control judicial.

Las actuaciones que se surten ante los jueces de control de garantías, según se ha visto, son públicas y con presencia del investigado o imputado (cuando se presenta a dichas actuaciones). Ello implica que los derechos de estas personas están debidamente protegidos frente a actuaciones arbitrarias de la Fiscalía y que pueden exponer sus razones ante el juez, antes de que éste decida sobre la autorización de una afectación por parte de la Fiscalía. Sobre el particular, es ilustrativo recordar que el artículo 267 CPP garantiza a quien no es imputado que “sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra”^{1157}, para “solicitar al juez de control de garantías que lo ejerza sobre las actuaciones que

considere hayan afectado o afecten sus derechos fundamentales”.

Se podría objetar que idéntica protección no debería brindarse a los terceros que no son parte del proceso y que resultan afectados por las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. Sobre este punto debe advertirse que el Código de Procedimiento Penal establece una distinción entre actuaciones de la Fiscalía que no requieren control previo por parte del juez de control de garantías y aquellas que no pueden adelantarse sin su autorización. En el segundo caso, desde un comienzo está garantizado un control jurisdiccional sobre la afectación del derecho. Respecto del primer grupo, los artículos 237, 239, 240, 242, 243, 244 y 245 CPP establecen que las actuaciones de la Fiscalía deben someterse a control judicial posterior. Ello implicaría que en este caso también existe una protección específica de los derechos fundamentales de los afectados.

Con independencia de lo afirmado, la afectación de derechos de personas que no sean el investigado, el imputado o la víctima, durante el proceso penal y el control judicial de tales afectaciones, no es el objeto del presente estudio. Lo anterior, en la medida en que la tutela busca, en principio, proteger los intereses de las partes dentro del proceso y en particular del investigado, del imputado y de la víctima. Las afectaciones inconstitucionales de derechos de terceros (esto es, derechos de personas distintas de las víctimas y del imputado) serían, en este escenario, actos realizados con ocasión del proceso, pero no objeto de debate dentro de dicha actuación. Lo afirmado no significa, se reitera, que no gocen de protección.

2. AFECTACIONES LEVES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Fiscalía, como se ha dicho en repetidas ocasiones, tiene potestad para realizar afectaciones leves a los derechos fundamentales. Se ha explicado que la definición de si una actuación afecta de manera leve, intermedia o intensa un derecho fundamental es el resultado del ejercicio de una ponderación entre los derechos en conflicto.

Corresponde a la Fiscalía General de la Nación hacer tal ejercicio de ponderación antes de surtir la respectiva actuación. Por lo tanto, si advierte que

la actuación tendrá como consecuencia una afectación intensa o intermedia de los derechos fundamentales de una persona, está en la obligación de solicitar autorización al juez de control de garantías salvo las excepciones constitucionales. La omisión en solicitar tal autorización, sea porque llegó a la conclusión errada de que no se trataba de una afectación intermedia o intensa o porque faltó al deber de acudir ante el juez, autoriza al afectado a solicitar al juez de control de garantías que revise la actuación de la Fiscalía.

Sobre este punto, aunque no hay disposición expresa que autorice al afectado acudir ante dicho juez, tal posibilidad se deriva del artículo 153 CPP, que señala que “las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías”. La disposición no excluye la posibilidad de acudir a dicho juez para que conozca de los mencionados asuntos. Conforme a lo anterior, es claro que durante la investigación y la imputación las personas cuyos derechos fundamentales son afectados durante el proceso pueden ir ante un juez de control de garantías, porque es quien tiene la misión constitucional de proteger sus derechos. Durante la acusación y el juicio, tal función está encomendada al juez de conocimiento cuando la competencia no le está atribuida expresamente al juez de garantías.

A partir de lo anterior, es claro que el sistema previsto en la Constitución y en la ley contempla un juez específico para proteger los derechos fundamentales afectados durante el proceso penal. En este orden de ideas, en principio, la tutela sería un mecanismo subsidiario y sólo operaría frente a las decisiones de dichos jueces. Es decir, se trata de un sistema donde la tutela procede contra providencias judiciales.

III. TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

La procedencia de tutelas contra decisiones judiciales está sujeta a requisitos que la Corte Constitucional ha construido a lo largo de su existencia y actividad. En su primera etapa, se consideró requisito central, fijado desde la Sentencia C-543

de 1992^[1158], el que la actuación de la autoridad judicial pueda considerarse arbitraria o caprichosa. Por ello, si no se observa *prima facie* la realización de actos irregulares que lesionan derechos fundamentales, no resulta viable entrar a analizar la procedencia de la tutela, según las causales construidas por la Corte.

A. CONCEPTO DE “ARBITRARIEDAD” O “CAPRICHOS JUDICIALES”

Las expresiones utilizadas por la Corte Constitucional tenían un alto contenido emotivo y sugerían la situación de absoluta desatención del ordenamiento jurídico como causal general de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, tal grado de desatención no consultaba la naturaleza cautelar de la acción de tutela y, por lo mismo, la propia Corte fijó unos lineamientos más precisos.

Para efectos de explicar estos conceptos, partiremos de lo señalado por el propio tribunal en relación con el alcance del capricho y la arbitrariedad:

[...] la Corte ha decantado los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial. No sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda, su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho), y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución^[1159].

De lo anterior se desprende que la Corte entiende los conceptos de capricho y arbitrariedad de dos maneras distintas: como imposición grosera y burda de la voluntad del juez sobre el ordenamiento y como desconocimiento injustificado del precedente judicial o interpretación que afecte los derechos fundamentales de los asociados.

El primer caso corresponde a toda la carga emotiva de las expresiones “capricho” y “arbitrariedad”. Se trata de situaciones donde es evidente que el juez impuso su posición personal sobre el contenido normativo del ordenamiento jurídico. Son situaciones en las que, en definitiva, se está por fuera del marco constitucional y legal^[1160].

El segundo caso es más sutil. La Corte indica que *capricho* es apartarse del precedente judicial sin justificación suficiente, en tanto que *arbitrariedad* es ejercer la “discrecionalidad interpretativa” de manea que se “desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”. Esto requiere un análisis un poco más detallado.

I. CAPRICHOS JUDICIALES

Anotábamos antes cómo en el sistema colombiano de precedentes, el juez, salvo circunstancias específicas, no se encuentra absolutamente atado a posturas jurídicas fijadas por su superior, por sus pares o por sí mismo, en tanto que puede apartarse de dichas tesis, siempre y cuando: (1) indique cuál es el precedente, de manera que resulte evidente que tiene clara la existencia de dicho precedente, y (2) ofrezca razones para separarse de él. Tales razones, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son las siguientes:

(a) que se establezca que la *ratio* no se aplica al caso concreto, por existir elementos relevantes en el caso que obligan a distinguir; (b) que la Corte Suprema [o el respectivo superior] no haya considerado elementos normativos relevantes, que alteran la admisibilidad del precedente; (c) que desarrollos dogmáticos posteriores al pronunciamiento del tribunal de casación [o del respectivo superior], basados en la discusión con tal decisión, lleven a la convicción de que es posible adoptar una postura que mejor responde a la institución jurídica; (d) que tribunales superiores, como la Corte Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se hayan pronunciado de manera contraria a la postura de la Corte Suprema de Justicia [o del respectivo superior]; o (e) que sobrevengan cambios normativos que tornen incompatible con el ordenamiento jurídico el precedente^[1161].

Lo anterior busca, específicamente, que el juez ofrezca razones debidamente fundamentadas para apartarse del deber de brindar tratamiento igualitario. La primera razón (a) (mencionada en la jurisprudencia) se refiere al término de comparación. Si el caso no es igual, no hay violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Las razones b, c y e apuntan a asegurar que el sistema jurídico mantenga su carácter dinámico, de manera que so pretexto de respetar el precedente, el sistema pierda la capacidad de actualización teórica y dogmática o de frente a los nuevos lineamientos de la sociedad. La razón d tiene por objeto asegurar la unidad del ordenamiento, de manera que el juez no se convierta en una rueda suelta dentro del sistema, sino que el ejercicio de su función sea garantía de la igualdad de trato. Es, en consecuencia, un mecanismo de ajuste interpretativo para resguardar la certeza jurídica.

Como se puede apreciar, la idea de capricho, entonces, apunta a sancionar (como inconstitucionales) las decisiones judiciales que no solo implican violación del derecho a la igualdad, sino que resultan disfuncionales para el propio sistema jurídico. Se trata, entonces, de un mecanismo de protección de la certeza jurídica, sin llegar a una afectación ostensible de la autonomía judicial. Obsérvese que dentro del concepto de “capricho” no existe mención alguna de la valoración probatoria.

2. ARBITRARIEDAD JUDICIAL

La arbitrariedad judicial, en este contexto, está definida a partir de las consecuencias del ejercicio de la discrecionalidad interpretativa del juez. Aquí, naturalmente, se parte de que el juez tiene autonomía para interpretar las disposiciones del ordenamiento jurídico, pero se impone el deber de que tales interpretaciones no violen la Constitución.

Este concepto de “arbitrariedad” es, sin más, una adecuación del mismo concepto frente al Estado de derecho. La garantía del principio de legalidad (en un sentido amplio y no restringido al concepto penal) implica que las actuaciones públicas están regidas por la ley y que su validez depende de su conformidad con los preceptos legales. Este es el fundamento de los controles de

legalidad en materia contenciosa administrativa y de casación en asuntos de justicia ordinaria. Para muchos se traduce en el *principio de interdicción de la arbitrariedad*. Lo anterior, trasladado a la democracia constitucional (o Estado social de derecho), significa que la actuación de cualquier autoridad pública debe respetar los principios de legalidad y constitucionalidad. En el medio colombiano, tal obligación está recogida en los artículos 2.º y 4.º superiores.

En este orden de ideas, se reputa arbitrario, en el sentido de no conformidad con el ordenamiento jurídico, la actuación estatal que viola derechos fundamentales. En el caso de los jueces, tal fenómeno es especialmente sancionado cuando la regla individual que se construye para resolver un caso (es decir, la *ratio decidendi*) viola la Constitución.

B. CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA
CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. CONSIDERACIONES
PARTICULARES PARA EL PROCESO PENAL

En la segunda etapa, hacia el año 2005, se consolidó la tendencia jurisprudencial actual, consistente en abandonar el concepto de “vía de hecho”^{1162} y adoptar la terminología de *causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*. El propio tribunal afirmó que cambiaba su jurisprudencia en el sentido de admitir la tutela contra providencias judiciales sin que necesariamente exista un acto caprichoso y arbitrario del juez, por lo cual, a partir de la Sentencia C-590 del 2005^{1163}, ha realizado esfuerzos por sistematizar la jurisprudencia sobre este tema, lo que nos servirá de punto de partida para las consideraciones relativas al proceso penal.

La Corte distinguió entre las causales genéricas y las especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Las primeras corresponden a requisitos que habilitan la interposición del recurso, en general en todos los casos de protección constitucional^{1164}, mientras que las segundas hacen referencia a la procedencia del recurso, una vez interpuesto, en particular para analizar la validez constitucional de las decisiones judiciales. En este punto,

la Corte ha exigido que quien demande en sede de tutela una providencia judicial debe demostrar que con dicho pronunciamiento se incurrió en un defecto o vicio determinado, con afectación o amenaza de derechos fundamentales, que la torna en ilegítima expresión del poder público. Este proceso de sistematización culmina en la Sentencia C-590 del 2005^{[1165](#)}, en la que la Corte estableció una lista de dichos vicios o defectos identificados, contruidos y admitidos hasta el momento:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^{[1166](#)} o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido [de] que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente

vinculante del derecho fundamental vulnerado^{1167}.

i. Violación directa de la Constitución.

Por exceder los propósitos de la presente investigación, no ahondaremos sino en algunos puntos que resultan especialmente relevantes para el proceso penal, por lo cual nos limitaremos a analizar el concepto de “defecto fáctico”, la vía de hecho por consecuencia y la interpretación en contra de la Constitución.

I. DEFECTO FÁCTICO

Tal como se desprende de los apartes transcritos, el defecto fáctico alude a la existencia de graves problemas probatorios dentro del proceso, que tienen como consecuencia la afectación de derechos fundamentales^{1168}. En el estudio sobre el derecho de defensa y de contradicción se hizo alusión a la exclusión de evidencia, asunto directamente vinculado al tema que nos ocupa.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el defecto fáctico es altamente restrictivo. Lo anterior, por cuanto en el ámbito probatorio es donde con mayor fuerza se aprecia la autonomía judicial. De ahí que el juez constitucional, salvo en lo que a la exclusión de evidencia se refiere (y que no será objeto de análisis, por haberse considerado en otro lugar), deber ser respetuoso del estudio realizado por el juez, lo cual limita la procedencia de la tutela a situaciones de manifiesta infracción. Por esa razón, la Corte advirtió que

[...] el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia^{1169}.

Conforme ha señalado la propia Corte, el defecto fáctico debe analizarse desde dos dimensiones distintas, según sea que el acto irregular dé lugar a que se

considere probado un hecho:

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa^{1170} u omite su valoración^{1171} y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente^{1172}. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez^{1173}. Y una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C. P.) o cuando da por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, y de esta manera vulnere la Constitución^{1174}.

Ahora bien: como puede advertirse, el defecto fáctico en la dimensión positiva comprende, entre otros, la problemática de exclusión de evidencia, que, como se dijo, no será objeto de este capítulo, y las decisiones basadas en insuficiente material probatorio. Este caso debe distinguirse de los problemas de valoración de elementos probatorios, porque se trata de eventos en que no hay evidencia y, por lo mismo, no puede probarse el hecho^{1175}.

En relación con la dimensión negativa, la Corte ha señalado que se presenta “(i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y práctica de pruebas; (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio; y (iii) defecto fáctico por la valoración defectuosa del material probatorio”^{1176}.

Cada uno de estos defectos tiene como presupuesto que se esté frente a situaciones en las que de haberse decretado o valorado correctamente el elemento fáctico se habría llegado a una solución sustancialmente distinta de la presentada por el juez^{1177}. Por ejemplo, para el juez de tutela resulta irrelevante, en términos constitucionales, que la valoración probatoria conduzca a considerar que el imputado representa un peligro no solo para la víctima sino también para

la sociedad. En términos constitucionales el efecto es el mismo: la restricción de la libertad estaría autorizada si se presentan las demás circunstancias pertinentes para tal restricción.

a. OMISIÓN EN EL DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS

El defecto fáctico, entonces, dentro de los parámetros de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se refiere a la circunstancia de que el juez impide el efectivo ingreso al expediente de una prueba que resulta decisiva para definir su resultado. La terminología se explica por el hecho de que la jurisprudencia en este punto se dictó antes de la adopción del modelo acusatorio.

La ocurrencia de un defecto como el analizado depende, naturalmente, de las competencias del juez -sea de control de garantías o de conocimiento- dentro del proceso. Así, dado que el juez de control de garantías, propiamente, no decreta la práctica de prueba alguna (salvo aquellas que ordene de oficio, según advierte la Corte en la Sentencia C-397 del 2007^[1178], y la práctica de la prueba anticipada), debe entenderse que el defecto consiste en el impedimento a la actividad de recolección de evidencia por parte de la defensa o la víctima. Si bien tanto la defensa como la víctima pueden recoger evidencia de manera autónoma, lo cierto es que si requieren de medidas que impliquen la afectación de los derechos constitucionales de terceros (no solo de aquellos fundamentales), debe obtener tanto orden judicial como ayuda por parte del Estado. Dichas órdenes y ayuda pueden surgir del juez de control de garantías.

Negarse a autorizar ciertas medidas, como podría ser el caso de que el juez no permita la práctica de un examen o extracción de sangre o toma de fluidos sobre la víctima, a pesar de “que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia”^[1179], podría dar lugar a demandar la protección de los derechos fundamentales del defendido mediante tutela. Lo mismo procedería si el juez de control niega una inspección corporal sobre el imputado.

Ahora bien: cabe advertir que la negativa del juez de control de garantías a autorizar actividades de recolección de evidencia por parte del defendido o por la víctima tiene consecuencias distintas *prima facie*. La negativa o el impedimento para que la defensa despliegue una actividad investigativa implican una gravísima vulneración de sus derechos fundamentales, lo que conduce a la nulidad del proceso, nulidad que únicamente puede ser enervada si se demuestra la absoluta impertinencia de la actividad solicitada. Dado que el juez de control de garantías tiene pocas opciones para desconocer todo el acervo de evidencia o elementos probatorios en posesión de la Fiscalía y de la defensa, estimamos que el rechazo de las medidas es admisible sólo si de manera ostensible resulta la impertinencia.

Por su parte, la protección de los derechos fundamentales de la víctima no depende sólo de su propia actividad, sino de aquella desplegada por la Fiscalía. De allí que la negativa a una solicitud de apoyo a la investigación que adelante la víctima de manera autónoma no necesariamente conduce a la violación de sus derechos fundamentales y a la nulidad procesal, porque ello será producto del resultado de las pesquisas adelantadas por el ente de investigación y acusación.

Esto último obliga a considerar el evento de que la Fiscalía se niegue a investigar, en cuyo caso, aunque no hay propiamente una actuación judicial, cabe hablar de una suerte de defecto fáctico al omitir investigar adecuadamente los hechos (que corresponde, análogamente, a una omisión en decretar y practicar “pruebas”). La Corte Constitucional, como ya habíamos advertido en otro lugar, se ocupó de esta situación al señalar que si bien en principio es posible acudir ante el juez de control de garantías para solicitar que éste ordene la investigación, no hay una clara regulación sobre la materia, por lo cual procede la tutela:

Así las cosas, aunque el juez de control de garantías está facultado para proteger los derechos fundamentales de los involucrados en el proceso, en el caso que nos ocupa no es clara la pertinencia de su intervención para ordenar al fiscal delegado III, de ser el caso, que realice una investigación que no ha adelantado o que entre a valorar la pertinencia de algunos hechos objeto de su conocimiento; teniendo en cuenta que

dentro del sistema penal acusatorio al que pertenece, la disposición de la acción penal es de la Fiscalía.

Por consiguiente, ante la amenaza de derechos fundamentales mediante acciones u omisiones de los operadores jurídicos, sin que exista un medio de defensa suficientemente efectivo en la protección privilegiada de esos derechos, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo de protección, por lo que la Corte entrará por ello en el análisis de fondo de los hechos, en esta providencia^[1180].

De igual manera, se presentaría el aludido defecto durante la imputación o al momento de adoptarse medidas de aseguramiento si se impide a la defensa aportar evidencia o el juez de control de garantías se abstiene de ordenar el recaudo de evidencia que se dirija a probar la improcedencia de la imputación, la no necesidad o la desproporcionalidad de la medida de aseguramiento. Por ejemplo, si se señala que una persona debe ser sometida a detención preventiva, ésta tiene derecho a presentar evidencia con la que demuestre que no constituye amenaza contra la víctima o la sociedad, que no va a eludir la justicia o impedir la acción de la administración de justicia (entorpecer la investigación).

El defecto que se estudia tiene un espacio procesal más claro en la audiencia preparatoria y durante la etapa de juicio oral. Esto, por cuanto en tales etapas procesales el juez adopta decisiones sobre la evidencia o elementos probatorios, para presentarla durante el juicio en donde se realiza la controversia probatoria. Sin ser exhaustivos, podría presentarse el defecto cuando en la audiencia preparatoria se excluye evidencia que resulta pertinente o cuando el juez se abstiene de ordenar la práctica de aquellas que favorecen a la defensa. De igual manera, cuando durante el juicio se impide a la defensa presentar la evidencia para el debate probatorio.

b. DEFECTOS FÁCTICOS RELACIONADOS CON LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La Corte distingue dos casos: (i) el de decisiones contraevidentes, que no

requieren mayor comentario, excepto lo relativo a la identificación del reo, condenado o procesado, y (2) el de valoración indebida de la prueba.

La condena penal supone no solo la determinación, más allá de toda duda, de la responsabilidad del imputado: exige, primordialmente, certeza sobre la persona a quien se ha imputado y acusado por la realización de un hecho punible. Con ese supuesto como punto de partida, la Corte Constitucional ha advertido que las fallas en la identificación de la persona objeto del proceso implican un defecto fáctico. La diversidad de situaciones en las que se han advertido errores en la identificación de la persona tenida por autora o partícipe del hecho nos lleva a considerar que se trata de un defecto relativo a la valoración de la prueba, porque el juez, cuando decide, está frente a un material probatorio que arroja dudas sobre la identidad del responsable y la persona que materialmente está vinculada al proceso.

En consecuencia, ante material probatorio o evidencia que razonablemente genere dudas sobre la identidad, el juez está en el deber de advertir dicha situación y, dada la prohibición de decretar pruebas de oficio (juez de conocimiento- art. 361 CPP), deberá absolver o anular cuando sea posible profundizar en la investigación. Bajo el anterior régimen, la Corte advirtió:

Lo anterior no significa que la Corte pretenda invadir la órbita de las autoridades judiciales en la función de apreciación autónoma de las pruebas, porque entiende que la determinación de la situación fáctica concreta en cada proceso corresponde al funcionario judicial. Pero en este caso concreto encuentra que no se desplegó actividad probatoria alguna tendiente a obtener la plena identidad del procesado a pesar de que se advertían irregularidades que ofrecían serias dudas en relación con la identidad de la persona sindicada, lo que constituye una vía de hecho, comoquiera que los jueces solamente pueden resolver con fundamento en las pruebas que sobre la cuestión fáctica obren en el expediente^{1181}.

Igual situación ocurre con la declaración de persona ausente. La Corte Constitucional ha advertido que a la Fiscalía corresponde una significativa carga de diligencia para identificar a la persona que será objeto de imputación, como

también para ubicarla. En consecuencia, el juez de control de garantías tiene el deber de extremar la valoración de “los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo”. La Corte señaló:

Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela^{1182}, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado^{1183}.

En este orden de ideas, la tarea del juez de control de garantías debe concentrarse en establecer si existe evidencia suficiente que permita justificar la solicitud de declaración de persona ausente o en contumacia. Sin embargo, se advierte que no se trata de una valoración indebida del material probatorio, porque precisamente no existen los medios probatorios. La Corte es clara en dicho reproche:

Lo que se censura son las tibias actuaciones subsiguientes para localizar y aprehender al procesado cuya búsqueda se redujo a librar telegramas a una dirección en la cual se sabía que no vivía, a pesar de tener bases testimoniales que daban luces sobre el lugar en que se encontraba durante los meses subsiguientes al hecho luctuoso^{1184}.

Por otra parte, en materia de indebida valoración, la objeción constitucional se dirige contra el juicio causal o de imputación fáctica que debe realizar el juez. La Corte Constitucional ha considerado esta situación de manera profundamente restrictiva, para lo que cabe recordar la Sentencia T-554 del 2003. En esta oportunidad el alto tribunal consideró que había un error grave en la valoración probatoria^{1185}.

Cabe advertir que el análisis que realiza la Corte en relación con la valoración probatoria no se agota en establecer si de la evidencia que obra en el proceso se

deriva aquello que el juez da por probado o no, sino que vincula el análisis a parámetros constitucionales. Así, el defecto no se presenta sólo cuando el juez desatienda los criterios de la sana crítica, sino también cuando en la valoración desconoce principios, valores y criterios constitucionales. Al ejercer el control sobre una sentencia en materia civil que involucraba un incumplimiento contractual, la Corte Constitucional vinculó el estudio de la valoración fáctica con la consideración que hiciera el juez del principio constitucional de buena fe:

Lo hasta el momento expuesto deja ver claramente que ante la inexistencia de recursos ordinarios para controvertir la sentencia del Juzgado 40 Civil del Circuito, la tutela es la vía apropiada para corregir la vulneración al debido proceso, que en esta ocasión encuentra la Corte fue violado por la ocurrencia de tres causales de procedibilidad específicas para providencias judiciales: i) la primera de ellas es el defecto fáctico en que incurrió el juez al valorar el acervo probatorio con total desconocimiento de los testimonios e indicios que indicaban un absoluto y patente desinterés, además de una imposibilidad de bulto, por parte de la Sociedad para cumplir su parte del contrato; ii) esto conduce a que se configure, además, una vía de hecho por defecto sustancial, ya que el juez, al comprobar la desidia en el cumplimiento por parte del demandante, se abstuvo de aplicar el remedio previsto por el ordenamiento en caso de incumplimiento mutuo, esto es la excepción de mutuo disenso o *non adimpleti contractus*, que, como tantas veces se ha dicho, resulta el único mecanismo acorde con los criterios de justicia material que, en concreción del principio constitucional de la buena fe, manifestado esta vez en materia contractual; y iii) violación directa de la Constitución, en cuanto la interpretación del juez va en contra de claros e incontrovertibles principios constitucionales, como tantas veces se ha mencionado a lo largo de esta providencia^[1186].

Como se puede apreciar, el análisis de la Corte se limita a situaciones de extrema gravedad en que la indebida valoración resulta manifiestamente cercana a una valoración contraevidente. De allí que haya desestimado las demandas de tutela en que no hay razones objetivas para cuestionar la valoración.

A lo anterior debe sumarse que el defecto propuesto sólo puede plantearse en

relación con la instancia judicial en que una determinada valoración o apreciación probatoria es posible, por cuanto no cabe alegar vulneración constitucional cuando al juez no le corresponde, en el momento procesal en cuestión, valorar piezas probatorias específicas o cuestionar la valoración realizada en otra sede. Por ejemplo, la Corte señaló:

[...]

4.3.3. Pues bien, frente a este reproche la Sala debe anotar, de entrada, que dadas las condiciones y los límites del recurso extraordinario de súplica, en el que solamente se hace un estudio acerca de la *violación directa de normas sustanciales*, en la sentencia proferida por la Sala Especial Transitoria no se efectuó un análisis sobre el valor de las Resoluciones 04990 de 1991 y 0207 de 1974. Esta circunstancia, diferente a la asumida en la providencia de segunda instancia^{1187}, no le permite a esta Sala de Revisión engendrar una omisión ilegítima determinada sobre la apreciación del material probatorio que obraba en el expediente, ya que no era competencia del Consejo de Estado, de frente al trámite del recurso extraordinario, determinar la trascendencia de dichas pruebas^{1188}.

2. VÍA DE HECHO POR CONSECUENCIA

La vía de hecho por consecuencia se explica por la circunstancia de que la decisión judicial, en muchas ocasiones, depende de la información suministrada por terceras personas. En dicha oportunidad la Corte precisó que la vía de hecho por consecuencia consiste en que

[...] la decisión judicial se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y que tenga como consecuencia un perjuicio fundamental, se impone, en aras de garantizar los fines esenciales del Estado, su revisión. En caso de que no exista otro medio de defensa judicial, no existe razón constitucional alguna para que no se pueda acudir a la tutela^{1189}.

En estos casos, en realidad se hace un reproche sobre la conducta de terceras personas, por ejemplo peritos o técnicos, que, de una u otra manera, inducen a que el juez incurra en error. La invalidez de la decisión se deriva, entonces, no del comportamiento del funcionario judicial, sino de la conducta inconstitucional desplegada por autoridades públicas (o de particulares que ejercen funciones públicas o garantes de derechos de terceros -por ejemplo, padres de familia respecto de sus hijos). Esta situación ha sido estudiada, en numerosas ocasiones, frente a condenas dentro de procesos donde el imputado o condenado no ha concurrido al proceso, debido no a su conducta, sino al hecho de encontrarse privado de la libertad, circunstancia que no le fue comunicada a la autoridad judicial. A manera de ejemplo, la Corte concluyó:

Lo anterior, partiendo de la base que la deficiencia procesal no deriva directamente de la conducta del juez demandado, como tampoco del fiscal que promovió la investigación, sino de los organismos de apoyo que tenían la responsabilidad de averiguar el paradero del actor. Así las cosas, la vulneración de los derechos a la defensa y al debido proceso se produce como consecuencia de la inactividad de los últimos, hecho que amerita otorgar la protección invocada.

Sentado lo anterior, para la Sala es claro que al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, le correspondía informar y solicitar la conducción del actor dentro de las etapas procesales que se surtieron a partir de que asumió el conocimiento del presente asunto y que no se logró por falta de diligencia de otras autoridades. Entonces, con la omisión presentada, no se le permitió al señor [...] ejercer su derecho de defensa, situación ésta que configura una vía de hecho por consecuencia o por error inducido, la que, como se dijo, no es un defecto atribuible al funcionario judicial que profiere la providencia atacada por vía de tutela, para el caso los actos procesales que se adelantaron con posterioridad a su captura, lo que constituye una vulneración de sus derechos fundamentales^[1190].

Para el proceso penal acusatorio esta figura adquiere singular relevancia, porque al depender la investigación (tanto en lo que a la Fiscalía como a la defensa

corresponde) y el consecuente recaudo de evidencia de la actividad de terceros, su conducta puede afectar seriamente el resultado del proceso penal. Claramente, las normas relativas a la cadena de custodia o los términos para que la defensa recaude evidencia están dirigidos a asegurar que el debate probatorio durante el juicio se realice sobre la base de un comportamiento acorde con la Carta.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre situaciones en las cuales la inacción de las autoridades de investigación, sumada a la mala fe de interesados o víctimas, conduce a errores judiciales. Por ejemplo, estableció que la condena impuesta dentro de un proceso penal por inasistencia alimentaria fue producto de una serie de actuaciones que indujeron el sentido del fallo:

[...]

I.2 Las decisiones mencionadas, en las cuales nada tuvo que ver el demandado, se basaron en pruebas que establecían la paternidad de (x) sobre las menores. Empero, tales pruebas no eran ciertas. Si bien reconoció la paternidad de las menores, dicha paternidad no era posible, como se comprobó ante el juez de familia. Dicha situación no podría ser objeto de reproche constitucional, de no ser porque la demandante sabía, tal como lo reconoció ante el juzgado accionado, que (x) no era padre de una de la menores y que, además, por razón de sus permanentes relaciones sexuales y afectivas por fuera de la familia^{1191}, existía una sospecha de que él no era el padre de la otra menor, circunstancias que, según lo probado, nunca fueron puestos en conocimiento de su compañero. Así, se observa que la señora (y), con su silencio, indujo en error a la justicia. Dicho engaño no es objeto de análisis en esta providencia. Lo que interesa a la corporación es destacar cómo dicho silencio le permitió a la señora (y) valerse de los instrumentos represivos del Estado para perseguir sus propios intereses y, a la vez, negar al demandante de información que podría favorecer la defensa en el proceso penal.

En estas condiciones no puede sostenerse que el imputado fue sometido a un juicio justo^{1192}, pues el desconocimiento de información relevante le impidió lograr una situación de igualdad procesal y diseñar una defensa acorde con la realidad y, por otra

parte, dicho desconocimiento, desde el punto de vista de las autoridades judiciales, les impidió realizar una investigación integral, llevando al imputado en el proceso penal a un juicio con base en una información parcial. La Corte, como se indicó antes, no es competente para entrar a analizar si dicha información modificaría el sentido del fallo. Si le compete señalar que se indujo a error a la administración de justicia, afectándose seriamente las oportunidades de defensa, constituyéndose en clara vía de hecho por consecuencia.

También hay vía de hecho por consecuencia, pues la justicia penal no realizó una investigación integral sobre los hechos. Si la hubiere realizado, habría concluido que el procesado no era el padre de las menores^{1193}.

3. INTERPRETACIÓN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN

Por la amplitud del tema, en esta sección hemos decidido restringir el análisis a los casos en que el juez, en particular el juez de control de garantías, omite realizar el juicio de proporcionalidad (o aquel que realiza es inadmisibles) que, conforme se analizó al estudiar el derecho a la libertad, exigen la Constitución y la ley.

Lo anterior requiere una explicación antes de proceder a su análisis. Tal explicación es necesaria porque, *prima facie*, podría aducirse, con alguna razón, que en realidad existe un defecto sustantivo, consistente en no aplicar normas aplicables, precisamente aquellas que ordenan la realización del juicio de proporcionalidad. Sin embargo, en nuestro concepto, aunque lo anterior es cierto, no recoge en toda su dimensión la situación que se quiere ilustrar. Aquí no se cuestiona la inaplicación de una determinada norma del ordenamiento, sino el no cumplimiento satisfactorio del juicio de proporcionalidad propiamente dicho.

El juicio de proporcionalidad, según han señalado varios autores^{1194}, y principalmente ROBERT ALEXY^{1195}, cumple la función primordial de resolver conflictos entre normas con estructura de principios. En tales casos, el resultado,

ante la imposibilidad de eliminar los principios del ordenamiento, consiste necesariamente en privilegiar un principio sobre otro, dadas las circunstancias del caso. Al respecto, la doctrina española explica:

El fallo es efectivamente una regla, que propugna la adecuación de una de las normas en conflicto y la consecuente inadecuación de la otra en orden a disciplinar el caso concreto: pero es una regla obtenida a partir de la ponderación de los principios o derechos en conflicto^[1196].

Desde cierto punto de vista, establecer cuáles normas integran el ordenamiento jurídico superior y si entre ellas se presentan antinomias^[1197] son problemas usuales en la interpretación constitucional. Así, al definir cómo se resuelve una antinomia, en este caso produciendo una regla para el caso concreto, se interpreta el derecho. De ahí que se haya optado por ubicar esta temática dentro de la interpretación violatoria de la Constitución.

Para el tema que nos ocupa, el defecto en la decisión judicial puede ser producto bien sea de la omisión en realizar el juicio de proporcionalidad o de una inadecuada realización de éste. Antes hemos expuesto los pasos de dicho juicio, por lo cual no es necesario reiterarlos.

En el plano práctico el asunto es de extrema sensibilidad porque, como hemos indicado, la afectación de la libertad (sea por restricción a la libertad o por la privación de la libertad personal) sólo se torna admisible cuando la medida resulta proporcionada. En su oportunidad planteamos casos de radical desproporcionalidad de tales medidas. Situación habitual, en ciertos escenarios, es la sola indicación de que la medida resulta proporcionada. En tales casos, el juicio de proporcionalidad no es más que un argumento retórico, que pretende, sin lograrlo, asegurar la validez de la decisión judicial. Sin un juicio serio no puede predicarse la proporcionalidad de la medida.

Ante la ausencia de un juicio de proporcionalidad, sea por ausencia propiamente dicha o por insuficiencia, la regla de solución de la antinomia es necesariamente violatoria del ordenamiento constitucional, porque no hay una razón justificada para afectar la libertad de las personas (este argumento es

extensible, por obvias razones, a cualquier evento de conflicto entre derechos fundamentales y la necesidad de su restricción). En tal caso, la procedencia de la tutela se hace aún más ostensible, por el grave incumplimiento de la función jurisdiccional: ser garante de los derechos fundamentales de los asociados.

IV. DERECHO A PRESENTAR LOS RECURSOS DE LEY Y EL PRINCIPIO DE CONTROL

A. DERECHO A PRESENTAR LOS RECURSOS DE LEY

El artículo 20 del estatuto procesal consagra *el principio del control en el proceso penal*, en virtud del cual un funcionario de mayor jerarquía puede examinar la decisión del inferior^{1198}. El principio de la doble instancia no es novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano, porque cabe recordar que ya había sido consagrado en dos tratados internacionales ratificados por Colombia: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972)^{1199}.

El derecho de impugnación es un aspecto fundamental del derecho de defensa y, por consiguiente, se presenta vicio que genera nulidad cuando se restringe el acceso a la segunda instancia^{1200}. La Corte Suprema de Justicia considera inconstitucional todo precepto que viole el principio de control en el proceso penal, porque “El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma”^{1201}.

Por las razones anteriores, la Corte Suprema de Justicia ha decretado nulidades por violación del derecho a la defensa cuando no se tramita un recurso de apelación legalmente interpuesto contra una sentencia susceptible de este medio de impugnación. Sobre el particular ha sostenido:

En estas condiciones, es obvio que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal

del Circuito de Armenia, y que es objeto del recurso extraordinario de revisión, no está debidamente ejecutoriada. Es cierto que el Tribunal Superior de aquel distrito judicial ha considerado que sí lo está, pero, como esta conclusión está fundamentada en un claro error sobre la manera de computar los términos cuando la notificación de una determinada providencia se cumple en fechas diferentes a varios de los sujetos procesales, este yerro en la interpretación de la norma de ninguna manera puede impedir el ejercicio de los recursos que las mismas leyes reconocen en favor de las partes que los interponen y sustentan oportunamente, como ocurrió en el caso *sub examine*. Es preciso, entonces, que se corrija el error y se desate el recurso que equivocadamente se consideró extemporáneo y no sustentado en su oportunidad legal. Mientras esto no suceda, no puede la Corte entrar a pronunciarse sobre la revisión solicitada, porque, como ya se dijo, para ello es requisito indispensable que la sentencia esté legalmente ejecutoriada, y la que condenó no lo está, por las razones que se dejaron anotadas. Establecido el error que sirvió de premisa para las decisiones del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia y de su respectivo tribunal, es obvio que también sus conclusiones fueron equivocadas, y por ello no pueden ser de ninguna manera vinculantes, máxime si se tiene en cuenta que el objeto de las normas procesales es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4.º CPC). A esta sustantiva finalidad del procedimiento no puede enfrentarse la simple formalidad de la ejecutoria de un auto equivocado, ya que ello implicaría sacrificar un derecho indiscutible en aras de una forma con apariencia de legalidad pero con fundamento contrario a las normas jurídicas.

Se anulará, pues, toda la actuación de la Corte en sede de revisión, y el proceso se devolverá al juzgado de origen para que, de acuerdo con lo expuesto, se haga lo necesario a fin de que se resuelvan los recursos debidamente interpuestos contra la sentencia que condenó a [...]^[1202].

En la decisión transcrita, la Corte *tácitamente* decreta la nulidad de lo actuado en segunda instancia, no obstante que *formalmente* aparecía finalizado el proceso. Estimamos que no puede aceptarse que las equivocaciones sobre la ejecutoria de decisiones judiciales tengan fuerza vinculante, porque de ser así, harían tránsito

a cosa juzgada a pesar de haberse quebrantado derechos del procesado, como el derecho a la segunda instancia (principio de control). En diversas oportunidades, la Corte Constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso y el derecho a la defensa cuando arbitrariamente se le niega al imputado el acceso a la segunda instancia^{1203}. La Corte Constitucional también ha sostenido que es viable la tutela contra sentencias cuando se niega arbitrariamente el recurso de apelación debidamente interpuesto^{1204}.

B. PRINCIPIO DE CONTROL

La garantía del derecho a interponer los recursos de ley se dirige a hacer efectivo el principio de control sobre las actuaciones estatales. A lo largo de este capítulo se ha analizado cómo la tutela se erige en medio de protección frente a las decisiones judiciales que violan los derechos fundamentales de las partes dentro del proceso. Como se ha mencionado, la tutela tiene carácter subsidiario. Lo anterior tiene diversos significados: por una parte, se reconoce que el orden jurídico ha previsto la existencia de medios para lograr la protección de los derechos fundamentales de los asociados, de suerte que la tutela aparece como la última institución de protección de la persona, al igual que el proceso penal debe ser la *ultima ratio* en la protección de la comunidad. Por otra parte, si los instrumentos ordinarios de protección fallan, la tutela aparece como un medio legítimo para lograr la protección requerida.

La normatividad procesal penal vigente señala que “no podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título” (art. 458 CPP), y se restringe la nulidad al evento de “la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales” (art. 457 CPP). Se podría pensar que no cabe decretar la nulidad por violación de otros derechos fundamentales y que, dado que la violación de determinados derechos fundamentales implica nulidad, no es posible alegarla fuera del proceso penal. Ambas interpretaciones, como pasa a explicarse, resultan contrarias a la propia Constitución.

En relación con el primer punto, esto es, que no cabe alegar nulidad por

violación de derechos fundamentales distintos de aquellos indicados en el título relativo a la ineficacia de los actos procesales, se está ante una interpretación restrictiva del orden jurídico, incompatible con la estructura propia del proceso penal y, más importante aún, con la propia Constitución. Cabe advertir que diversas disposiciones del propio Código de Procedimiento Penal permiten por efecto considerar la nulidad de la actuación por violación de derechos fundamentales diversos de aquellos indicados en la norma en cuestión. Así, las privaciones ilegítimas de la libertad invalidan las actuaciones que sirvieron de base para autorizarla. Por ejemplo, la Corte Constitucional invalidó la medida de “convalidación” de la retención que se dictó mientras se surtía un recurso de *habeas corpus*:

En el caso presente, el Tribunal Superior (Nacional) de Orden Público concedió a la señora (x) el recurso de habeas corpus luego de comprobar la prolongación ilícita de la privación de su libertad. La circunstancia de la demora del Tribunal para resolver el recurso de habeas corpus no puede tener el efecto de convalidar las medidas restrictivas de la libertad proferidas con posterioridad a dicha solicitud, en sí mismas violatorias de las garantías constitucionales y legales de la peticionaria. El habeas corpus es un derecho de la persona y no una garantía en favor de las instituciones.

Repugna a los principios de legalidad y de buena fe que las propias autoridades pretendan impedir la efectividad de las sentencias. La circunstancia de haber sido el propio juez de orden público quién aparentemente dio lugar a la prolongación indebida de la libertad y también haber sido el mismo que dictó la segunda orden de captura contra la peticionaria, con base en medidas restrictivas de la libertad inexistentes -por ser éstas posteriores a la petición de habeas corpus y a la solicitud de información cursada por el Tribunal Superior de Orden Público-, sumado al hecho de proceder así inmediatamente después de expedir la respectiva boleta de libertad, revelan que la finalidad del funcionario judicial era evitar a toda costa la libertad de la inculpada, incluso desconociendo claras disposiciones legales^[1205].

Por otra parte, la competencia del juez de control de garantías no se contrae a

verificar que el derecho de defensa o que el debido proceso no resulte vulnerado. Su función se dirige a garantizar, como se ha explicado en este capítulo, que las afectaciones a los derechos fundamentales durante la investigación no resulten desproporcionadas e inconstitucionales.

En relación con la práctica de pruebas durante la etapa de juicio, la función del juez de conocimiento no se limita a autorizar su producción y garantizar los derechos mencionados, sino que este funcionario debe estar atento a evitar que se incurra en violaciones de derechos fundamentales. Por ejemplo, la autorización al juez para prohibir preguntas ofensivas busca proteger los derechos al buen nombre y al honor del interrogado; la prohibición de preguntas impertinentes se dirige, entre otras, a proteger el derecho fundamental a la intimidad.

Por último, la interpretación que se estudia resulta contraria al orden constitucional porque conduciría a admitir que hay espacios y escenarios estatales en los cuales, contra lo que ocurre de ordinario, es legítimo que se violen los derechos fundamentales. Ello no solo controvierte la lógica y la coherencia del sistema, sino que además se opone al artículo 2.º de la Constitución, que establece como fin del Estado (y de todas sus autoridades) la garantía de la protección de los derechos fundamentales.

Despejado este punto, debe enfrentarse el segundo argumento interpretativo: no es posible que en sede de tutela se plantee la nulidad de las actuaciones cuando ellas impliquen violación de derechos fundamentales, a menos que exista un perjuicio irremediable. Dicha interpretación no tiene otra explicación que el carácter subsidiario de la tutela. Así, dado que dentro del proceso penal es posible alegar la nulidad por violación de derechos fundamentales, es claro que existe un procedimiento especial, eficaz e idóneo de protección, que forzaría a descartar la tutela.

Esta interpretación es correcta en cuanto que, en principio, las partes dentro del proceso penal deben solicitar la nulidad y no acudir directamente a la tutela. Sin embargo, desconoce situaciones en las cuales sí cabe tutela por estos hechos. Veamos:

En primer lugar, cuando se ha solicitado la nulidad y se ha advertido la

existencia de una violación de los derechos fundamentales dentro del proceso y no se ha fallado de conformidad. En tal caso, la tutela actúa en toda su dimensión, porque estaría probada la ineficacia de los medios ordinarios de protección judicial.

En segundo lugar, cuando la violación de los derechos fundamentales ocurre en la sentencia. En tal caso, tratándose de decisiones que no admiten recurso, el afectado carece de medio de protección judicial, razón por la cual la tutela es el único instrumento disponible para lograr la protección de sus derechos fundamentales.

Finalmente, puede darse el supuesto de que, a pesar de que existen otros medios de defensa diferentes de la tutela, por ejemplo, posibles recursos dentro del proceso, sean ordinarios o extraordinarios, resulta desproporcionado el que se exija que el afectado recurra a tales soluciones. En relación con esos casos, por ejemplo, en la Sentencia T-232 del 2007 la Corte Constitucional constató la ineficacia del medio ordinario de protección, frente a la violación del principio de favorabilidad en materia penal, entre otros. Al respecto dijo la alta corporación:

[...] tal como lo señalaron los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, el demandante contaba con otro medio judicial de defensa para la protección de su derecho a la libertad y a la aplicación de la ley más favorable, consistente en la impugnación, ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, de las decisiones del Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad que le habían negado el beneficio solicitado. No obstante tal mecanismo alternativo de defensa no fue analizado en su grado de eficacia concreta como lo exige la jurisprudencia. Para la Sala, la apelación de las señaladas decisiones puede considerarse en abstracto, un medio idóneo para la defensa de los derechos fundamentales que se consideran conculcados. Sin embargo, atendidas las circunstancias particulares del actor, y la naturaleza de los derechos que se invocan a través de la acción de tutela, advierte la Sala que tal mecanismo ordinario se presenta como ineficaz e insuficiente.

Es ineficaz en concreto, por cuanto como se puede constatar a través de piezas que

forman parte del expediente el accionante se encuentra privado de la libertad en la jurisdicción del Distrito Judicial de Popayán, cuya máxima autoridad (el Tribunal Superior de Distrito) y quien debería resolver la impugnación contra la decisión que le negó el beneficio, se ha declarado contrario a la aplicación del principio de favorabilidad en casos similares^{1206}. Lo que permite inferir una alta probabilidad de que ante una impugnación en sede ordinaria se aplique el criterio ya expresado por esa corporación al definir la acción de tutela, oportunidad en la que se pronunció sobre el fondo del asunto, pese a haber argumentado una causal de improcedencia de la acción de tutela consistente en la existencia de otro mecanismo idóneo de defensa como era la impugnación del auto, recurso que esa misma instancia debería resolver.

Pero adicionalmente, el medio alternativo es insuficiente por cuanto estaría enfocado a la protección de los derechos a la libertad y a la aplicación de la ley penal más favorable. En la tutela se involucran otros derechos que no podrían ser protegidos a través de una eventual impugnación de la decisión que niega la readecuación de la pena, como son el derecho a la igualdad de trato por parte de las autoridades públicas (art. 13 C. P.), y de acceso igualitario a la administración de justicia (art. 229 C. P.). La ineficacia e insuficiencia del medio alternativo de defensa, junto a la concurrencia de los demás requisitos generales, permite continuar con el análisis para abordar el tema relativo a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra decisión judicial^{1207}.

Antes, la Corte había decretado la nulidad de una providencia dentro de un proceso penal, por aplicación inconstitucional del principio de *non reformatio in pejus*, pese a que cabía el recurso de casación. El alto tribunal estimó que

Las circunstancias en las que se encuentran los demandantes son éstas: fueron condenados, interpusieron el recurso como apelantes únicos, y el superior ordenó modificarles la pena en forma fatalmente gravosa, violando la garantía constitucional del artículo 31 con base en una doctrina elaborada y reiterada hasta hacerla doctrina probable por la Corte Suprema de Justicia, que conocería de la casación^{1208}.

En suma, la Corte ha decretado la nulidad de las actuaciones dentro de procesos penales cuando es ostensible la violación de los derechos fundamentales de las partes. Es ilustrativo el siguiente extracto:

No comparte la Sala la afirmación del Tribunal, pues por los antecedentes que se han reseñado, la violación del derecho de defensa, elemento esencial del debido proceso, se configuró desde el momento en que, por auto del 20 de junio de 1991, el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal declaró persona ausente al señor (x), y dicha violación persistió a lo largo de la etapa de instrucción y del juicio que culminó con la sentencia condenatoria.

La acción de tutela es un mecanismo para la efectiva e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de la autoridad pública.

Es obvio que las protuberantes irregularidades sustanciales y procesales mencionadas, desconocieron flagrantemente el derecho de defensa del demandante, y ello determinó la expedición de una sentencia condenatoria. Por consiguiente, lo procedente, con el fin de restablecer efectiva e inmediatamente dicho derecho es declarar la nulidad de la actuación viciada^{1209}.

V. UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO Y LA NECESIDAD DEL PRECEDENTE

En esta obra se ha defendido la posición de que la Fiscalía General de la Nación cumple generalmente funciones jurisdiccionales. El artículo 116 de la Carta establece que la Fiscalía administra justicia, de suerte que puede sostenerse que en ejercicio de dicha función pública, en los términos del artículo 230 de la Constitución, sus actuaciones son independientes. Dicha independencia constituye una de las garantías propias de la actividad judicial^{1210}. La Corte Constitucional ha precisado que el fiscal general no puede determinar arbitrariamente el rumbo de un proceso de investigación, la manera de

interpretar la ley, etc. El alto tribunal ha señalado que

[...] no le está permitido al fiscal general de la Nación, como a ningún otro funcionario de la Fiscalía, injerir en las decisiones que deban adoptar los demás fiscales en desarrollo de su actividad investigativa y acusadora, ni señalarles criterios relacionados con la forma como deben resolver los casos a su cargo, ni cómo deben interpretar la ley, pues se atentaría contra los principios de independencia y autonomía funcional del fiscal^[4211].

Dicha garantía, si bien obra a favor del debido funcionamiento de la Fiscalía, también es fuente de riesgo para los ciudadanos, en tanto que la igualdad de trato y los principios de certeza y seguridad jurídica pueden quedar en entredicho. En efecto, desde muchos ámbitos se ha discutido sobre el alcance de un sistema de precedentes en Colombia y, particularmente, si aquel diseñado desde la Corte Constitucional se extiende también a los fiscales.

En relación con el tema del precedente, cabe advertir que si bien el modelo actual fue estructurado por la Corte Constitucional, principalmente mediante la jurisprudencia sobre tutela contra sentencias y el recurso de nulidad contra sentencias de la propia Corte, el legislador ha optado por reconocer la fuerza vinculante del precedente. El artículo 115 de la Ley 1395 del 2010 dispone que “cuando existan precedentes jurisprudenciales” está permitido a los jueces, tribunales y altas cortes variar el turno de decisión a fin de que “puedan fallar o decidir casos similares”. Además, el artículo 4.º de la citada ley modificó el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil (artículo 35 del Código General del Proceso, Ley 1564 del 2012), previendo la función de los tribunales y la Corte Suprema de Justicia de establecer precedentes judiciales.

En virtud de la Sentencia C-836 del 2001, la doctrina probable que dicta la Corte Suprema de Justicia es vinculante. El alto tribunal declaró exequible (a pesar de existir duda sobre su vigencia) de manera condicionada el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, de lo cual es forzoso entender que el condicionamiento integra el contenido normativo del texto legal^[4212].

En consecuencia, se tiene que la legislación prevé las siguientes situaciones

en materia de precedentes, en lo que a la jurisdicción ordinaria respecta:

a. Según la Corte Constitucional, la doctrina probable, consistente en tres decisiones uniformes dictadas en sede de casación (art. 4.º Ley 169 de 1896), es vinculante; en consecuencia, es obligatorio para el juez o tribunal que se aparte de dicha doctrina exponer de manera “clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” (contenido normativo del condicionamiento introducido por la Sentencia C-836 del 2001)^{1213}.

b. Precedentes dictados por la sala plena especializada de la Corte Suprema de Justicia o los respectivos tribunales, en los términos del artículo 4.º de la Ley 1395 del 2010.

c. Sistema de precedente horizontal y vertical, derivado del artículo 115 de la Ley 1395 del 2010.

En relación con las dos últimas situaciones antes mencionadas, resulta pertinente considerar lo siguiente:

En primer lugar, aun cuando el legislador en ningún momento señaló de manera expresa la fuerza vinculante de los precedentes, sino que fijó competencia para constituirlos (caso del artículo 4.º de la Ley 1395 del 2010) y una autorización para seguirlos (artículo 115 de la misma ley), es claro que el concepto mismo de precedente supone (1) una decisión judicial previa que el juez está obligado a considerar para próximos fallos y (2) una interpretación conforme a la Constitución de dicho precepto, por lo cual obliga a admitir su fuerza vinculante, no solo por la extensa jurisprudencia constitucional en la materia, sino, particularmente, por obligación del juez de brindar un trato igual a los ciudadanos. Además (3), no podría entenderse que los jueces, tribunales y altas cortes pudiesen variar los turnos de decisión para aplicar precedentes, si estos no tuvieran fuerza normativa propia. Esto, por cuanto del principio de legalidad se deriva que las decisiones judiciales deben estar basadas en elementos con fuerza normativa (Constitución, ley y precedente).

En segundo lugar, dada la ausencia de una regulación en la materia, debe entenderse que el tratamiento de los precedentes se sujeta a la jurisprudencia que en la materia ha dictado la Corte Constitucional^{1214}. Sobre el particular debe

destacarse, para efectos del presente estudio, que la jurisprudencia y la legislación vigente no acogieron el sistema rígido de precedentes al estilo *stare decisis* estadounidense, porque la fuerza vinculante del precedente, horizontal o vertical, exige simplemente que el juez lo considere para su decisión, por lo cual puede apartarse de él si ofrece razones suficientes.

Cabe advertir que la Corte ha señalado que no cualquier razón puede estimarse suficiente o razonable para separarse del precedente. No es la voluntad del juez la que impera, sino razones jurídicas importantes las que autorizan el abandono del precedente. En la Sentencia T-292 del 2006, la Corte Constitucional explicó las circunstancias en las cuales es posible apartarse de un precedente consolidado:

El respeto a los precedentes entonces, no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional. Ello puede ocurrir por ejemplo, cuando los hechos en el proceso en estudio se hacen inaplicables al precedente concreto^{1215} o cuando “elementos de juicio no considerados en su oportunidad, permiten desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”^{1216} o ante un tránsito legislativo o un cambio en las disposiciones jurídicas aplicables, circunstancias que pueden exigir una decisión fundada en otras consideraciones jurídicas. Ante estas posibilidades, se exige que los jueces, en caso de apartarse, manifiesten clara y razonadamente, con una carga argumentativa^{1217} mayor, los fundamentos jurídicos que justifican su decisión^{1218}.

Hechas estas advertencias, podemos pasar a considerar la situación de decisiones de jueces dentro del proceso penal que se aparten, sin ofrecer razones suficientes, de sus propios precedentes. En tales casos procede tutela por violación del derecho fundamental a la igualdad de trato, porque la decisión de

apartarse del precedente, siendo éste pertinente para el caso, implica que dos personas en situaciones similares han sido objeto de trato diferencial injustificado^{1219} -en otros términos, han sido discriminados.

En cuanto a las actuaciones de los fiscales dentro del proceso penal, el análisis debe distinguir dos situaciones: por un lado, si los fiscales están sujetos a los precedentes fijados por las autoridades judiciales y, por otro, si los fiscales están sujetos a sus propios precedentes.

En lo que atañe a la segunda situación, el deber de las autoridades de garantizar la igualdad de trato obliga a aceptar la existencia de un precedente de naturaleza no judicial.

La Fiscalía no puede sustraerse del deber general de garantizar la igualdad de trato, lo que explica el deber de seguir los “precedentes” fijados por el propio funcionario o por sus superiores.

Por su parte, tratándose de enfrentamientos entre la Fiscalía y los jueces, consistentes en que los primeros insisten en apartarse del precedente fijado por los últimos, estimamos que debe distinguirse entre la actuación del fiscal como parte propiamente dicha de aquella como autoridad y el consecuencial poder vinculante de los actos de postulación de la Fiscalía y las decisiones de los jueces.

Respecto del primer caso, donde la Fiscalía actúa como una parte -con igualdad de situación jurídica que la defensa- dentro del proceso, al igual que la contraparte, los precedentes serán un argumento a favor o en contra de su postura y podrá exponer las razones que estime suficientes para convencer al juez de aplicar el precedente o de apartarse de éste. Lo anterior, por cuanto el precedente únicamente opera con fuerza vinculante plena para quien decide, no para quien argumenta una posición o realiza actos de postulación.

En el segundo caso, el fiscal actúa como servidor de la justicia y tendrá el deber de seguir el precedente fijado por la autoridad judicial o, en su defecto, presentar razones poderosas para desconocerlo. Tales razones deben satisfacer los mismos requisitos exigibles a cualquier juez para apartarse de aquellos precedentes que lo vinculan en el caso concreto. Lo anterior tiene importantes

consecuencias, porque aunque el precedente se determina a partir de la *ratio decidendi* de la providencia judicial⁽¹²²⁰⁾ las razones sistemáticamente desechadas por los jueces para modificar su postura también deben entenderse desestimadas como argumento válido para apartarse del precedente. De lo contrario, antes que genuinas razones jurídicas para apartarse del precedente, imperará un modelo de terquedad argumentativa, desprovista de toda consideración por los derechos fundamentales de los asociados.

VI. CONCLUSIONES

La protección de los derechos constitucionales está encomendada en el proceso penal a todos los que intervienen en representación del Estado para ejercer el *ius puniendi*. Esta tarea está atribuida principalmente al juez de control de garantías. En consecuencia, la acción de tutela sólo será procedente de forma subsidiaria contra aquellas decisiones judiciales cuando no haya otro medio de defensa eficaz del derecho fundamental afectado.

La determinación de la existencia del medio de defensa eficaz está sometida a dos criterios: (1) eficacia propiamente dicha del medio de defensa y su existencia y (2) verificación de tal existencia y eficacia en concreto. Por lo tanto, sólo el análisis del caso en concreto permitirá establecer si es procedente la tutela.

En el proceso penal la regla general es que sólo el juez tiene competencia para restringir derechos fundamentales, por lo que cualquier afectación tiene un control judicial previo o posterior (o ambos), según lo señale la ley.

El fiscal está facultado para limitar derechos fundamentales sólo excepcionalmente conforme la Constitución y cuando la afectación se puede considerar leve. En estos casos, si la persona considera que la Fiscalía afecta su derecho en grado medio o intenso puede acudir ante el juez de control de garantías para que revise dicha decisión (esta prerrogativa se deriva del artículo 153 CPP). El procesado no puede quedar sometido al arbitrio del funcionario judicial, ya que toda afectación tiene que superar el test de razonabilidad o proporcionalidad; por esto, cuando la medida pueda ser catalogada de desproporcionada, la sanción es la nulidad si no existe forma diferente de

corregir el desvío procesal.

La acción de tutela procede contra decisiones judiciales dictadas dentro del proceso penal. La jurisprudencia ha desarrollado criterios de viabilidad de la tutela contra providencias judiciales. Para muchos, la única alternativa para que proceda la tutela contra providencias judiciales es que la actuación de la autoridad judicial sea arbitraria o caprichosa.

La Corte Constitucional ha entendido los conceptos de *capricho* y *arbitrariedad* de dos maneras distintas: (i) como imposición grosera y burda de la voluntad del juez sobre el ordenamiento y (2) como desconocimiento injustificado del precedente judicial o interpretación que afecte los derechos fundamentales. La idea de permitir la tutela ante el capricho del funcionario busca declarar inconstitucionales las decisiones judiciales que además de implicar una violación del derecho a la igualdad resultan disfuncionales para el propio sistema jurídico. Una decisión judicial se reputa arbitraria cuando no sea conforme con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, viola derechos fundamentales.

En las sentencias T-441 del 2003 y C-590 del 2005, la Corte Constitucional sistematizó las causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Importantes para la afectación de derechos en el proceso penal resultan el defecto fáctico, la vía de hecho por consecuencia y la interpretación en contra de la Constitución.

El defecto fáctico tiene que ver con graves problemas probatorios que pueden presentarse dentro del proceso y que, como es de esperarse, tengan como corolario la afectación de derechos fundamentales. Comprende dos dimensiones, una positiva y una negativa; ocurre la primera, por ejemplo, cuando se toman decisiones con insuficiencia de material probatorio, mientras que la segunda se presenta cuando se valora de forma errónea material probatorio existente.

Cuando el juez impide el ingreso al proceso de una prueba fundamental para definir el resultado de éste, se está ante un caso de defecto fáctico. Este criterio debe analizarse teniendo en cuenta la especial estructura del proceso penal acusatorio, porque si se parte de que el juez de control de garantías no decreta pruebas en sentido estricto (salvo unos casos excepcionales), cualquier actuación

del juez que dificulte el recaudo de evidencia por parte de los sujetos procesales configura este defecto. También se configura este defecto cuando en el desarrollo del proceso se impida que las partes fundamenten probatoriamente sus pretensiones frente a la actividad del Estado; por ejemplo, cuando el juez no permite que se obtenga una evidencia o elemento probatorio que tiene la capacidad de enervar el pedido de medida de aseguramiento. Especial relevancia cobra este tema en la audiencia preparatoria y en el juicio oral, donde se desarrolla la verdadera actividad probatoria. Estos aspectos son aplicables a las audiencias preliminares cuando se afectan derechos fundamentales.

Otro supuesto de defecto fáctico ocurre cuando existen errores en la valoración de la prueba. Las decisiones contraevidentes y la valoración indebida de la prueba son el fundamento básico de este defecto. La jurisprudencia ha advertido que el defecto referido se presenta en los casos de errores en la identificación de la persona sometida a proceso o cuando el funcionario desatiende los criterios de la sana crítica o principios y valores constitucionales en la toma de decisiones.

La vía de hecho por consecuencia como criterio para la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales fue propuesta por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-014 del 2001. La sanción de inconstitucionalidad de la decisión se deriva, en este caso, no de la actividad del funcionario judicial, sino de la conducta incorrecta de terceras personas que inducen a error al juez. Por ejemplo, cuando autoridades públicas o particulares que ejercen funciones públicas, entre otros, ofrecen información errónea al juez que cambia el sentido justo y objetivo del fallo. En el proceso penal lo anterior es de gran importancia, porque la toma de decisiones está supeditada en muchos casos a información aportada por terceras personas, llámese peritos o las partes mismas.

Mucho se ha discutido sobre el alcance del precedente en Colombia. Se parte de la existencia de la doctrina probable según el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896, aun cuando esa disposición podría estar derogada^{[1221](#)}. No obstante, cualquier decisión que pretenda apartarse de dicha doctrina debe contener de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que justifican la decisión en

otro sentido (Sentencia C-836 del 2001). No cualquier fundamento puede estimarse suficiente o razonable: es necesario tener en cuenta razones jurídicas importantes que autorizan el abandono del precedente. El legislador reconoció la fuerza vinculante del precedente. El artículo 115 de la Ley 1395 del 2010 dispone que cuando haya precedentes jurisprudenciales está permitido a los jueces, tribunales y altas cortes variar el turno de decisión a fin de que puedan fallar o decidir casos similares. Así mismo, el artículo 4.º de esta ley modificó el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil, previendo la función de los tribunales y la Corte Suprema de Justicia de establecer precedentes judiciales.

Los casos de interpretación contraria a la Constitución también pueden ser mencionados en este catálogo. Se trata aquí no solo de supuestos concretos de interpretación claramente en contra de lo preceptuado por la Carta, sino también del no cumplimiento satisfactorio del juicio de proporcionalidad, obligatorio cuando se trata de la interpretación de normas que tienen estructura de principio y que pueden entrar en tensión entre sí, como sucede claramente en el proceso penal. Se desconoce la Constitución cuando se omite el juicio de proporcionalidad o cuando, habiéndose adelantado, resulta insuficiente.

En el proceso penal también se protegen derechos del procesado por medio de la efectiva garantía del principio de control, en virtud del cual un funcionario de mayor jerarquía puede examinar la decisión del inferior. Desconocer esta prerrogativa sería una clara violación de los derechos al debido proceso y al derecho de defensa, que tiene como consecuencia la nulidad. La tutela también resulta procedente en estos casos, como cuando se niega arbitrariamente un recurso de apelación oportunamente interpuesto.

Las decisiones dentro del proceso penal que sin ofrecer razones suficientes se aparten de sus propios precedentes constituyen violación del derecho a la igualdad^{[1222](#)}. Por tanto, en caso de desconocimiento injustificado del precedente, procede tutela por violación del derecho fundamental a la igualdad de trato.

La Fiscalía también tiene el deber general de garantizar la igualdad de trato, lo cual explica el deber de seguir los “precedentes” fijados por el propio

funcionario o por sus superiores. Así mismo, debe acatar los precedentes judiciales cuando dentro del proceso penal actúe como autoridad, y puede invocarlos cuando su actividad sea propia de parte que busca una pretensión específica en el proceso penal.

Jaime Bernal Cuéllar. Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Especializado en Técnicas de Casación e Instituciones Procesales en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Trayectoria en el sector público: juez promiscuo, juez penal municipal, juez superior en materia penal, relator de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y procurador general de la Nación. Participó en diversas comisiones redactoras del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal (1974-1977/1981-1987-1989). Coordinador del grupo de investigación de la Universidad de los Andes que preparó el anteproyecto del Código de Procedimiento Penal. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; miembro invitado por el Gobierno argentino para revisar el proyecto del Código de Procedimiento Penal; miembro de la comisión designada por el Instituto Iberoamericano para la elaboración del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ha ejercido como abogado litigante en materia penal (1984 a 1997 y 2001 a la fecha). Profesor en el área penal y procesal penal de la Universidad Externado de Colombia desde 1967. Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la misma universidad y miembro del consejo directivo. Autor de varios libros y artículos. Profesor en varias universidades como la Nacional de Colombia, del Rosario y Libre. Conferencista invitado en Brasil, Argentina, México, España, Ecuador, Panamá, Perú, Guatemala, Italia y Noruega. Tratadista. Miembro facilitador para los procesos de paz. Agente del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Eduardo Montealegre Lynett. Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la misma universidad; investigador en el Colegio Universitario San Pablo, Universidad

Complutense de Madrid; becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn (Alemania); con el patrocinio de la misma fundación, realizó estudios de investigación en el área de derecho constitucional en la Universidad de Erlangen (Alemania) y Diploma en Estudios Avanzados (dea) de la Universidad de León (España). Distinguido con el título de Doctor “Honoris causa” por la Universidad de Huánuco (Perú), en junio del 2008. Profesor invitado en varias universidades latinoamericanas y europeas y autor de varios libros de derecho y diversos artículos en alemán, francés, inglés y portugués publicados en revistas nacionales e internacionales. Se ha desempeñado como consultor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, asesor externo del Banco de la República de Colombia, viceprocurador general de la Nación (en algunas oportunidades procurador general de la Nación encargado), presidente de la Corte Constitucional. Ha sido en varias oportunidades agente del Estado colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y ha recibido distintos reconocimientos como la Medalla de Honor “José Ignacio de Márquez”, entregada por la justicia colombiana, así como un reconocimiento en el año 2003 por haber sido juez de altas calidades académicas en el desempeño del cargo de magistrado de la Corte Constitucional de Colombia. También ha sido miembro de varias comisiones de reforma al ordenamiento constitucional y legal colombiano y director del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es fiscal general de la Nación.

COLABORADORES

Nathalia Elena Bautista Pizarro. Abogada por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Comparado (LL. M.) por la Universidad de Bonn (Alemania). Candidata a doctora en esta misma universidad. Traductora de textos de derecho penal del alemán al español y autora de algunos artículos de derecho penal; docente investigadora adscrita al Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

Carlos Bernal Pulido. Abogado por la Universidad Externado de Colombia (1996). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (2001). Magíster en Filosofía por la Universidad de la Florida (2008). Doctor en Filosofía por esta misma universidad (2011). Profesor de la Universidad Externado de Colombia, Senior Research Scholar de la Yale Law School, durante el curso académico 2010-2011. Autor, entre otras publicaciones, de los libros *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 [tercera edición]); *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010 [séptima reimpresión]) y *El constitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010 [segunda reimpresión]).

Gerardo Camilo Burbano Cifuentes. Abogado por la Universidad Externado de Colombia, especializado en Procedimiento Penal (sistema acusatorio) y magíster en Derecho Penal y Criminología de la misma casa de estudios. Se ha desempeñado como asesor del viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho (2011-2012) y asistente de investigación del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia (2005-2012). En la actualidad es asesor del vicefiscal general de la Nación y profesor adscrito al Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

Óscar Julián Guerrero Peralta. Abogado y sociólogo por la Universidad Nacional de Colombia. Ha realizado estudios de derecho penal comparado en la Universidad de Bielefeld (Alemania). Ha sido becario de la Sociedad Científica de Alemania Max Planck para realizar estudios en el área de Derecho Penal Internacional y Procedimiento Penal en el Instituto de Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional (Max Planck de Friburgo de Brisgovia [Alemania]). Investigador invitado del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (Alemania). Dentro de su experiencia administrativa ha sido asesor del despacho del fiscal general de la Nación para el área de política criminal y reforma procesal penal, procurador judicial ante los tribunales

superiores de distrito judicial y asesor en el área de derecho penal internacional de varias agencias de cooperación técnica extranjera. Autor de varios libros en el área del derecho penal internacional y el derecho procesal penal; docente universitario.

Everaldo Lamprea Montealegre. Abogado por la Universidad de los Andes. Candidato a doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford (California) y Visiting Research Fellow del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (2010-2011). En el año 2009 recibió la beca para doctorado en derecho económico Enrique Low Murtra, otorgada por el Banco de la República. Sus artículos han sido publicados en Colombia y Estados Unidos. Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y actualmente es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Paula Lizano van der Laat. Especializada en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas en el Centro de Estudios Constitucionales y de Ciencia Política de Madrid (1995-1996) y cursos doctorales en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid (1995-1997). Ha trabajado en la Sala Constitucional de Costa Rica (1992-1993), en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en derecho electoral y educación en derechos humanos (1993-1996) y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2004). Desde el año 2004 se desempeña como consultora internacional en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. En esta función destaca la asesoría a la Corte Interamericana sobre la sistematización de la jurisprudencia de este alto tribunal para la conmemoración de sus 25 años de existencia (2005). Fungió como asesora de la Cancillería colombiana en el campo del derecho internacional de los derechos humanos para los casos pendientes ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos así como en casos pendientes ante los organismos de las Naciones Unidas. En la actualidad es profesora de derecho internacional público, y como parte de su trayectoria ha hecho publicaciones en esta materia, direcciones de más de veinte tesis de grado

y más de cincuenta capacitaciones en derecho internacional de los derechos humanos. Además, es profesora invitada en varias universidades extranjeras.

Henrik López Sterup. Abogado por la Universidad de los Andes y magíster en Ciencia Política por la misma universidad. Estudios de especialización en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Magíster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante). Experiencia profesional de once años en la Corte Constitucional, hasta el nivel de magistrado auxiliar. Profesor de cátedra de la Facultad de Derecho entre los años 1998 y 2005 en las áreas de Constitución para todos, Argumentación III (juez e interpretación constitucional), Derecho Constitucional y Hermenéutica. Desde el mes de abril del 2005, profesor de planta, dicta las cátedras de Derecho constitucional, Constitución y democracia. Además, es coordinador del Programa de Constitución y Democracia. Entre sus publicaciones se encuentran: “Concepto de derecho fundamental y el fenómeno de la constitucionalización del derecho ordinario”, en *Constitucionalización del orden jurídico y tutela contra sentencias: algunos aspectos problemáticos* (memorias) (Bogotá, Universidad de Bonn, Universidad de los Andes, Consejo Superior de la Judicatura y Eurosocietal, 2010); “Política pública de atención a la población desplazada por la violencia: dificultades conceptuales”, en *Desplazamiento forzado: ¿hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?* (Bogotá, Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, 2009); *El principio de legalidad, discrecionalidad y confianza legítima* (Bogotá, Uniandes-Temis, 2009); “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas”, en *La ponderación en el derecho* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008); “Derecho al debido proceso”, en *Manual de Constitución y democracia* (Bogotá, Uniandes 2007); “Libertad personal y presunción de inocencia”, en *Manual de Constitución y democracia* (Bogotá, Universidad de los Andes, 2006.)

Jorge Fernando Perdomo Torres. Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho comparado y doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Asimismo cursó estudios posdoctorales en las

universidades de Fráncfort del Meno y Colonia. Experto en victimología en la Universidad de Sevilla. Exbecario de la Universidad Externado de Colombia en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn y en la cátedra de derecho penal de la Universidad de Rostock. Exbecario de la Fundación Konrad Adenauer y del Instituto de Intercambio Académico Alemán. Profesor invitado en diferentes universidades latinoamericanas y europeas. Autor de varias obras y artículos sobre derecho penal, procesal penal y filosofía del derecho; se destacan las publicaciones en alemán *Garantenpflichten aus Vertrautheit* (Duncker & Humbolt, 2006) y *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Nostand* (Nomos, 2010). Se desempeñó como viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho. Actualmente es profesor de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia y vicefiscal general de la Nación.

Javier Hernán Tovar Maldonado. Abogado por la Universidad Nacional de Colombia y egresado de la Facultad de Filosofía de la Universidad del Rosario. Magíster en Administración y Gerencia Pública de la Universidad de Alcalá de Henares. Exbecario del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Instituto Nacional de Administraciones Públicas de España. Docente en pregrado en la cátedra de Argumentación jurídica y análisis de la decisión judicial. Ha sido profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad del Rosario en la cátedra de Argumentación y hermenéutica jurídica, de argumentación en la especialización de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, de filosofía del derecho en varias universidades y de lógica y ética en la Facultad de Filosofía de la Universidad del Rosario. Actualmente es asesor del despacho del fiscal general de la Nación.

{1} Alejandro M.a Benito López y Ramón Sáenz valcárcel. *La investigación penal. Hacia un nuevo proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 205.

{2} Eduardo de Urbano Castrillo. *La investigación tecnológica del delito. Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 26 y 27.

{3} De Urbano Castrillo. *La investigación tecnológica del delito...*, cit., pp. 31-33.

{4} Cfr. en detalle, al respecto, Óscar Julián Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica y Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 47 y ss.

{5} Cfr. Angela María Buitrago Ruiz. “El acusador privado”, en *xxxrn Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 591.

{6} Julio Maier. *Derecho procesal penal*, t. I, “Fundamentos”, Buenos Aires, del Puerto, 2002, p. 827.

{7} Cfr. también la Sentencia C-540 del 2011, en donde la Corte estudió las facultades de policía administrativa de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

{8} Cfr. Enrique Bacigalupo. “La significación de los derechos humanos en el moderno proceso penal” en *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 138.

{9} Valentín Cortés Domínguez. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, p. 334.

{10} Guerrero Peralta. *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, cit., p. 78.

{11} Sobre el alcance, naturaleza, validez y aptitud probatoria de las entrevistas y los interrogatorios recibidos por fuera del juicio, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de noviembre del 2006, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

{12} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de septiembre del 2006, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

{13} Cfr. Jorge Fernando Perdomo Torres. *Los principios de legalidad y oportunidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 25.

{14} Cfr. Sentencia C-209 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

{15} Sentencia C-431 del 2003, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

{16} Sentencia C-412 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

{17} M. P.: Catalina Botero.

{18} Ricardo Levene (h). *Las ciencias penales en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1980, pp. 48 y 49.

[{19}](#) Ricardo Levene (h). *Manual de derecho procesal penal*, tt. I y II, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 509.

[{20}](#) Con la colaboración de Sebastián Machado Ramírez, profesor de derecho internacional de la Universidad de los Andes.

[{21}](#) Véase: Diego López-Medina. “Recomendaciones para la elaboración de estrategias de priorización de casos en el marco de la Ley de Justicia y Paz”, en *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 17, 2010, pp. 63-86.

[{22}](#) Véase: Terry M. Beitner. “Canada’s Approach to File Review in the Context of War Crimes Cases”, en Morten Bergsmo (ed.). *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases*, disponible en [\[www.ficjl.org\]](http://www.ficjl.org), p. 119; Ministerio Público de la República de Chile. “Plan Estratégico 2009-2015”, disponible en [\[www.fiscaliadechile.cl\]](http://www.fiscaliadechile.cl), p. 48.

[{23}](#) El acuerdo para el establecimiento del tribunal está anexo a la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 57/228.

[{24}](#) Antonio Cassese. “The icty: A Living and Vital Reality”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n.º 2, 2004, pp. 585-587.

[{25}](#) M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. El razonamiento de esta sentencia es recogido y confirmado por la Sentencia C-1195 del 2001, mm. pp.: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{26}](#) Sentencia C-873 del 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{27}](#) Véase, por ejemplo, la Sentencia C-221 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{28}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, sentencia de fondo del 27 de noviembre del 2003, par. 126.

[{29}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Masacres de Ituango, sentencia de fondo del i.º de julio del 2006, par. 299.

[{30}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de fondo del 26 de septiembre del 2006, par. iii.

[{31}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán, sentencia de fondo del 15 de septiembre del 2005, par. 237.

[{32}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, sentencia de fondo del 15 de junio del 2005, par. 203.

[{33}](#) Al respecto, en detalle, Ángela María Buitrago Ruiz y William Monroy Victoria. “Policía judicial”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 43 y ss.

[\[34\]](#) Cfr., a este respecto, Guillermo Augusto Arciniegas Martínez. *Investigación y juzgamiento en el sistema acusatorio*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2005, pp. 231 y ss.

[\[35\]](#) Para los fundamentos teóricos, cfr. Javier Llobet Rodríguez. *La prisión preventiva. Límites constitucionales*, San José, Universidad para la Cooperación Internacional, 1997.

[\[36\]](#) El literal C, numeral 2, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho a “ser juzgado sin dilaciones injustificadas”.

[\[37\]](#) En igual sentido, el numeral 3 del artículo 9.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[\[38\]](#) Sentencia T-1319 del 2001, M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes: “Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93.2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”.

[\[39\]](#) Al respecto ha establecido la Corte Suprema de Justicia: “Así mismo es conveniente dejar claro que en esos eventos en que no medie captura, por ejemplo porque el delito no tenga prevista detención preventiva, pero sí es procedente imputar y solicitar medida no privativa de libertad, no podrá en esas circunstancias operar el término de las 36 horas, dado que -de un lado- no existe la premura que impone actuar frente una privación de libertad, y -de otro- el acto de vinculación estará sujeto a la recolección de los elementos de juicio necesarios para ello, para cuya consecución el fiscal dispone del plazo razonable dentro del cual ha de desarrollarse la etapa de indagación, pero particularmente teniendo en cuenta que se haya logrado la identificación del indiciado”: radicación n.º 32634, i.º de octubre del 2009.

[\[40\]](#) Sentencia C-282 del 2002, mm. pp.: Eduardo Montealegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa. Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes decisiones de la Corte Constitucional: C-014 del 2004, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-370 del 2006, con ponencia de varios magistrados; C-046 del 2006 M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-454 del 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño; C-209 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[\[41\]](#) Sentencia C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[\[42\]](#) Ídem.

[\[43\]](#) Sobre exceso ritual manifiesto pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: A-171/09; T-599/09; T-513/09; T-264/09; T-052/09; T-1091/08; T-441/07; T-230/07; T-117/07; T-1033/07; T-

892A/06; T- 289/05; T-1023/05; T- 328/04; T-1222/04; T- 974/03; T-950/03, SU-1158/03; T-1123/02; y T-1306/01.

[{44}](#) Cortés Domínguez et ál. *Derecho procesal penal*, cit., pp. 335 a

[{45}](#) Cfr. Sentencia C-025 del 2009. En esta providencia la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del último inciso del artículo 237 de la Ley 906 del 2004. El fallo modulado se realizó en los siguientes términos: “[...] siempre que, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, se entienda que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita”.

[{46}](#) Sentencia C-1177 del 2005, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{47}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 26 de octubre del 2006, M. P.: Alvaro o. Pérez Pinzón.

[{48}](#) Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{49}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{50}](#) Cfr., al respecto, la Sentencia C-822 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{51}](#) El artículo 5.º del Código Nacional de Policía dispone: “Las normas y los servicios de policía son medios para prevenir la infracción penal. En el ejercicio de la función punitiva del Estado, la policía es auxiliar técnico”.

[{52}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-179 del 2007, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{53}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-176 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{54}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 2005.

[{55}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1177 del 2005, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{56}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{57}](#) Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{58}](#) Ídem.

[{59}](#) Cfr. Marco Cerletti. “Juicios de imputación y juicios causales”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 237 y ss.

[{60}](#) Cfr. Jorge Fernando Perdomo Torres. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; Íd. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001; María Eloísa Quintero. “El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 173 y ss.

[{61}](#) Cfr., entre otros, Mario Maraver. “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 207 y ss.; Manuel Cancio Meliá. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

[{62}](#) Cfr. Nathalia Elena Bautista Pizarro. *El principio de confianza en un derecho penal funcional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

[{63}](#) Cfr. Wolfgang Naucke; Harro ütto; Günther Jakobs y Claus Roxin. *La prohibición de regreso en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

[{64}](#) Cfr. Claudia López Díaz. *Acciones a propio riesgo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

[{65}](#) Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994. Con referencia a nuestra jurisprudencia, véase Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 5 de julio del 2007, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas; también, Claudia López Díaz. *Introducción a la imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

[{66}](#) Al respecto puede consultarse la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 21 Penal Municipal de Garantías (3 de marzo del 2012) que resolvió desarchivar por inexistencia de investigación (juez Alexander Candía). Esa decisión fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Conocimiento el 14 de septiembre del 2012 (juez Luis Antonio Murillo).

[{67}](#) Corte Suprema de Justicia. Auto del 27 de abril del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{68}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{69}](#) Sentencia C-095 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{70}](#) Sentencia C-936 del 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

[{71}](#) Sentencia C-738 del 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{72}](#) Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas.

[{73}](#) Sentencia C-979 del 2005, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{74}](#) Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas.

[{75}](#) En una sentencia del 19 de octubre del 2011 (rad. n.º 37449, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez), la Corte Suprema de Justicia señaló que las víctimas pueden apelar y sustentar el recurso contra la preclusión de la investigación. Sin embargo, precisó que la sustentación deberá tener un mínimo de argumentación, por lo cual si éste no es correctamente fundamentado, deberá declararse desierto.

[{76}](#) Johannes Wessels. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, Müller, 1997, p. 195.

[{77}](#) George P. Fletcher. *Conceptos básicos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 13.

[{78}](#) Ídem.

[{79}](#) Franco Cordero. *Procedimiento penal*, Bogotá, Temis, 2001, p. 346.

[{80}](#) Según Moreno Catena, la imputación “[...] es pieza esencial en el proceso penal, en la medida en que a través de ella se determina el sujeto pasivo y se le confiere la condición de parte procesal, porque, sabido es, no puede hablarse de proceso y de actividad jurisdiccional, para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva y, al propio tiempo, se le permite el ejercicio del derecho a la defensa. La imputación consiste en atribuir a una persona determinada participación criminal en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito o falta. Se trata, pues, de una doble concreción, subjetiva y objetiva, que somete a enjuiciamiento unos hechos y no los demás; a una persona y no al resto. Con ello no solo se identifica el procedimiento, impidiendo la simultánea o sucesiva tramitación de lo que ya se está substanciado, sino que, esencialmente, sirve como garantía del sujeto pasivo, y le permite, primero, conocer el contenido del proceso y las razones de su apertura y curso y, segundo, ejercitar su derecho a la defensa, reaccionar frente a la agresión que la imputación supone. Esta doble virtualidad, de atribuir la condición de parte pasiva al imputado y de delimitar el objeto del proceso penal, conforma básicamente el concepto de la imputación. Pero la obligada concreción que implica la imputación persigue sobre todo evitar una inquisición general (*inquisitio generalis*) contra un ciudadano; es decir, que se abra un procedimiento penal a sus espaldas, y que el objeto mismo se pueda extender a cualquier hecho en que el sujeto hubiera tenido participación. En definitiva, la imputación exigirá que el proceso solo se abra ante la afirmación de que se han producido unos concretos hechos con apariencia delictiva, impidiendo naturalmente su apertura para comenzar a indagar dentro de él si acaso ha tenido lugar algún hecho, y que se celebre el juicio precisamente ante la atribución de responsabilidad criminal por ellos a la parte pasiva del proceso. Son estos hechos los que constituyen en realidad el factor determinante para iniciar la fase de investigación y el objeto de la misma, por lo que no es preciso que en ese primer momento del procedimiento penal haya de estar determinada la persona presuntamente responsable. Tan es así que una de las funciones legalmente atribuidas a la instrucción es la de averiguar y hacer constar ‘la culpabilidad de los delincuentes’, las ‘personas que hayan participado’ en el hecho delictivo, determinando la legitimación pasiva. Si esta esencial función no se

cumple no puede pasarse al enjuiciamiento y será necesario sobreseer el procedimiento, archivando las actuaciones”: Víctor Moreno Catena. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, pp. 315 y ss.

[\[81\]](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto dijo la Corte lo siguiente: “Es la regla general, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. Solo de manera excepcional, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales”.

[\[82\]](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[\[83\]](#) Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[\[84\]](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1197 del 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[\[85\]](#) En el mismo sentido, Corte Constitucional. Sentencia C-425 del 2008, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[\[86\]](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[\[87\]](#) Maier. *Derecho procesal penal*, cit., p. 553.

[\[88\]](#) Cfr. al respecto Alberto Hernández Esquivel. “Imputación fáctica y jurídica”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 87 y ss.

[\[89\]](#) Sobre el control de las reglas de la lógica, cfr. Eduardo Montealegre Lynett. “Principio lógico de no contradicción y recurso de casación. Una perspectiva desde la teoría jurídica”, conferencia dictada en el seminario organizado por la Corte Suprema de Justicia con ocasión de los 120 años de su fundación. Trabajo realizado con la colaboración de los profesores Yefferson Dueñas y Everaldo Lamprea, Bogotá, noviembre del 2006.

[\[90\]](#) El Tribunal Supremo Federal de Alemania sostuvo que los registros de voz grabados secretamente no tienen validez. Tampoco las pruebas obtenidas con engaño. Sobre el tema de la autoincriminación involuntaria, cfr. Claus Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004, pp. 87 y ss.

[{91}](#) Corte suprema de Justicia, sala Penal, 8 de julio del 2009, M. P.: Julio Enrique socha salamanca.

[{92}](#) Moreno Catena. Ob. cit., pp. 320 y ss.

[{93}](#) Daniel o'Donnell. *Derecho internacional de los derechos humanos*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 309 y ss.

[{94}](#) Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (nota de los autores).

[{95}](#) Maier. *Derecho procesal penal*, cit.

[{96}](#) M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{97}](#) La Sentencia C-127 del 2011 declaró exequibles los artículos 267 y 287 del cpp.

[{98}](#) Sobre la individualización e identificación del procesado, en el esquema procesal penal acusatorio, cfr. Corte suprema de Justicia. Sentencia de casación rad. n.º 34779, Fernando Alberto Castro Caballero, 27 de julio del 2011.

[{99}](#) Corte suprema de Justicia, sala de Casación Penal, rad. n.º 28935 del 1.º de julio del 2009, M. P.: José Leonidas Bustos.

[{100}](#) Vicente Gimeno sendra et ál. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, p. 599.

[{101}](#) Vicente Gimeno sendra et ál. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, p. 599.

[{102}](#) Sobre el allanamiento y las oportunidades procesales en las que se puede presentar, Corte suprema de Justicia, sala de Casación Penal, 23 de agosto del 2005, M. P.: Jorge Luis Quintero.

[{103}](#) La Corte Constitucional ha señalado especialmente en las sentencias C-559 de 1999 y C-843 de 1999, que la libertad de configuración legislativa, permite que se establezca responsabilidad penal a las personas jurídicas.

[{104}](#) gimeno sendra. Ob. cit., p. 152.

[{105}](#) Corte suprema de Justicia, sala de Casación Penal. Sentencia del 1.º de octubre del 2009, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{106}](#) Corte suprema de Justicia, sala de Casación Penal, rad. n.º 32634 de octubre del 2009, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{107}](#) Debe destacarse que el artículo 39 cpp, después de las modificaciones introducidas especialmente por la Ley 1453 del 2011, consagra que la función de garantías será ejercida por un juez penal municipal del lugar en el cual fue cometido el delito. Así mismo, consagra que existirán jueces de garantías ambulantes para aquellos lugares (i) donde sólo exista un juez penal municipal, (2) exista dificultad para el traslado de las partes e intervinientes, (3) en casos adelantados por la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la

Fiscalía General de la Nación o (4) en los que haya problemas de seguridad de los funcionarios.

[{108}](#) M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{109}](#) A este respecto puede consultarse, entre muchas otras, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia rad. n.º 33660, 25 de mayo del 2011, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[{110}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 16 de abril del 2009, M. P.: José Leonidas Bustos.

[{111}](#) Luis Mattiolo. *Tratado de derecho judicial civil*, t. I, Madrid, Reus, 1930, p. 3.

[{112}](#) Al respecto, en detalle, Luis Guillermo Acero Gallego. *Teoría aplicada de la jurisdicción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 169 y ss.; también, José Quesada Meléndez. *La competencia*, Santiago de Chile, Edisar-Conosur, 1985, p. 6.

[{113}](#) Al respecto, en detalle, Werner Beulke. *Strafprozessrecht*, 7.a ed., Augsburg, C. F. Müller, 2004, p. 26.

[{114}](#) Francesco Carnelutti. *Sistema de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Uteha, 1944, p. 290.

[{115}](#) Así, Miguel Enrique Rojas Gómez. *Introducción a la teoría del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 160.

[{116}](#) Definición de competencia. Corte suprema de Justicia, rad. n.º 30654, 8 de octubre del 2008, M. P.: sigifredo Espinosa.

[{117}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de octubre del 2011, rad. n.º 37674, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[{118}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de febrero del 2010, proceso n.º 33615, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{119}](#) Definición de competencia 26660, 7 de febrero del 2007.

[{120}](#) Corte Suprema de Justicia. Definición de competencia 316676 de mayo del 2009, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{121}](#) Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de junio del 2007, rad. n.º 27.567; del 6 de abril del 2005, rad. n.º 23.501; del 22 de octubre del 2002, rad. n.º 19.946; y del 30 de mayo del 2000, rad. n.º 17.034, entre otros.

[{122}](#) Corte Suprema de Justicia, rad. n.º 30938, 4 de diciembre del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez.

[{123}](#) Cfr. Quesada Meléndez. Ob. cit., p. 9.

[{124}](#) Rogelio Enrique Peña Peña. *Teoría general del proceso*, Bogotá, Ecoe, 2007, p. 84.

[{125}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de noviembre del 2009, proceso 33011, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

[{126}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de septiembre del 2006, proceso 22872, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{127}](#) Sentencia C-222 de 1996, M. P.: Fabio Morón.

[{128}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26584, 3 de febrero del 2010.

[{129}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, mm. pp.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[{130}](#) La Corte Suprema de Justicia ha considerado que cuando el fiscal general de la Nación se declare impedido, tendrá que nombrar un nuevo funcionario “ad hoc” de terna que envíe el presidente de la República. En estos casos, ya no será el vicefiscal quien asuma las funciones. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 28 de junio del 2011, mm. pp.: Jaime Arrubla y José Leonidas Bustos. De igual forma, la Corte precisó que los impedimentos del fiscal general no afectan la competencia de su sucesor. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 9 de agosto del 2011, exp. 35058, M. P.: José Luis Barceló.

[{131}](#) En detalle, Fabio Espitia Garzón. *Instituciones de derecho procesal penal. Sistema acusatorio*, 7.a ed., Bogotá, Legis, 2010, pp. 201 y ss.

[{132}](#) Quesada Meléndez. Ob. cit., p. 9.

[{133}](#) Peña Peña. Ob. cit., p. 87.

[{134}](#) Quesada Meléndez. Ob. cit., p. 34.

[{135}](#) Y así lo entiende la doctrina: cfr. Sandra Jeannette Castro Ospina. “Audiencia de formulación de la acusación”, en *El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral*, Bogotá, Andrés Morales, 2005, p. 223.

[{136}](#) Corte Suprema de Justicia. Auto del 9 de abril del 2008, radicación 29444.

[{137}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de marzo del 2009, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

[{138}](#) David Albarracín Durán. *Dinámica y acción probatoria de la defensa*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009, p. 50.

[{139}](#) M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{140}](#) En el mismo sentido, Sentencia C-151 del 2009, M. P.: Humberto Sierra Porto

[{141}](#) Al respecto, cfr. Yesid Reyes Alvarado. “La cadena de custodia”, en *xxxxrn Congreso Colombiano de*

Derecho Procesal, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 613.

{142} Al respecto, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29877, 18 de mayo del 2011.

{143} Esto ha llevado a hablar de la omnipotencia del ente acusador en esta fase procesal, cfr. José Ignacio Umbarila Rodríguez. “Nuevo esquema de la fase de investigación en el sistema acusatorio formal”, en *El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral*, Bogotá, Andrés Morales, 2005, p. 24.

{144} Cfr. al respecto Jesús Antonio Marín. “Fiscalía y policía judicial. Una relación en la persecución del delito”, en xxx *Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2009, pp. 217 y ss.

{145} Sobre el rol del defensor, Sandra Jannette Castro Ospina. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 22 y ss.; asimismo, y frente a los diferentes momentos procesales, Alvaro León Benítez Acevedo. *Actividad del defensor en audiencias del sistema penal acusatorio*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2008.

{146} En detalle, cfr. Albarracín DurAn. *Dinámica y acción probatoria de la defensa*, cit., pp. 56 y ss.

{147} *Ibíd.*, p. 76.

{148} Corte Constitucional. Sentencia C-536 del 2008, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

{149} Sentencia C-186 del 2008, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

{150} Sentencia C-536 del 2008, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

{151} Piero Gualteri. *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002.

{152} Claus Roxin. “Presente y futuro del derecho de defensa en el proceso penal del Estado de derecho”, en *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004, pp. 4i a 7i.

{153} En detalle, José Joaquín Urbano Martínez. “Prueba ilícita y regla de exclusión”, en *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2006, p. 267.

{154} Sobre el particular, Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

{155} Al respecto, detallado, Plácido Fernández-Viagas Bartolomé. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.

{156} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del i.º de octubre del 2009, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

{157} Detalladamente al respecto, Oscar Julián Guerrero Peralta. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006;

también, Umbarila Rodríguez. Ob. cit., pp. 26 y ss.

[{158}](#) Cfr. José David Albarracín Durán y Juan Carlos Arias Duque. “Control de garantías en la Ley 906 del 2004”, en *El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral*, Bogotá, Andrés Morales, 2005, pp. 61 y ss.

[{159}](#) Cfr. Alejandro Aponte. *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2005.

[{160}](#) Sentencia C-979 del 2005, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{161}](#) Dijo la Corte lo siguiente: “Dar curso y decidir en audiencia preliminar los asuntos que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, v. g.: (i) El control de legalidad sobre los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía; (ii) La práctica de una prueba anticipada; (iii) Las órdenes de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos; (iv) La solicitud de medida de aseguramiento formulada por la Fiscalía, así como su revocatoria a petición de cualquiera de las partes o el Ministerio Público (v) La petición de medidas cautelares reales; (vi) La formulación de la imputación; (vii) El control judicial de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad en cualquiera de sus modalidades, y (viii) Las peticiones de libertad presentadas con anterioridad al anuncio del sentido del fallo (artículo 154, modificado por el artículo 12 de la Ley 1142 del 2007). De manera reservada los jueces de control de garantías deben adelantar audiencias de: (a) Control de legalidad posterior en materia de allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas; (b) Autorización judicial previa para la realización de inspección corporal, obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, así como procedimientos en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales. Control de legalidad posterior, entre otros, sobre: (a) El diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares; (b) Las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía haya carecido de la oportunidad para solicitar el mandamiento escrito; (c) La orden de vigilancia y seguimiento de personas, y (d) La captura del acusado en la fase de juzgamiento. Deben los jueces de control de garantías pronunciarse dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes sobre la legalidad de las siguientes actuaciones: (a) Captura en flagrancia y excepcional; (b) Registros, allanamientos, búsqueda de datos e interceptación de comunicaciones; (c) Incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso; (d) Vigilancia y seguimiento de personas; (e) Orden de vigilancia de inmuebles, naves, aeronaves, vehículos o muebles; (f) Operaciones encubiertas culminadas; (g) Entregas vigiladas realizadas; (h) Búsquedas selectivas de datos finalizadas; (i) Exámenes de ADN que hayan involucrado al indiciado o imputado; (j) Captura con fundamento en mandato judicial; y (k) Captura en la fase de juzgamiento”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 30363, 4 de febrero del 2009.

{162} Pues, como arriba expusimos, el actual ordenamiento procesal otorga al procesado la facultad para realizar este tipo de actividades investigativas.

{163} M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

{164} En este sentido lo dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

{165} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre del 2008, proceso 29338, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

{166} Víctor Fairén Guillén. *Teoría general del derecho procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 350-355.

{167} Pedro David Berdugo Saucedo. “La audiencia de formulación de la imputación”, en *El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral*, Bogotá, Andrés Morales, 2005, p. 113.

{168} Ampliamente, sobre la audiencia de formulación de acusación, cfr. Castro Ospina. “Audiencia de formulación de la acusación”, cit., pp. 219 y ss.

{169} Cfr. Albarracín Durán. *Dinámica y acción probatoria de la defensa*, cit., pp. 96 y ss.

{170} Sentencia C-920 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

{171} Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Humberto Sierra Porto.

{172} Cfr. Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Humberto Sierra Porto.

{173} Albarracín Durán. *Dinámica y acción probatoria de la defensa*, cit., p. 92.

{174} Sobre la participación de la víctima en general en el proceso, cfr. el juicioso estudio *La intervención procesal de la víctima*, María Cristina Patino González (directora), Bogotá, Centro de estudios Cendepro, 2009.

{175} En general, sobre la participación de la víctima en el proceso penal cfr. Julio Andrés Sampedro Arrubla. *Las víctimas y el sistema penal*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2010, p. 44.

{176} Al respecto, ibíd., pp. 171 y ss.

{177} M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

{178} María Victoria Parra Archila. *Las transformaciones del derecho en Colombia: su incidencia en el tratamiento de la víctima en el proceso penal*, tesis doctoral, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (en proceso de publicación).

{179} Cfr. Carlos Mario Molina Arrubla. *Principio de protección a las víctimas*, Bogotá, Diké, 2005.

{180} Sentencia C-209 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[\[181\]](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de diciembre del 2011, rad. n.º 37596, M. P.: José Luis Barceló Camacho.

[\[182\]](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[\[183\]](#) Vicente Emilio Gaviria Londoño. *Víctimas, acción civil y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 25 y ss.

[\[184\]](#) Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

[\[185\]](#) Debe recordarse que al referirse a la detención preventiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en el carácter excepcional de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. En ese sentido, el alto tribunal considera que “[...] la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C n.º 35, párr. 77; Caso Barreto Leiva. Sentencia del 17 de noviembre del 2009, serie C n.º 206, párr. 121; Caso Bayarri. Sentencia del 30 de octubre del 2008, serie C n.º 187, párr. 69; Caso Yvon Neptune. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 180, párr. 107; Caso Servellón García y otros. Sentencia del 21 de septiembre del 2006, serie C n.º 152, párr. 88; Caso López Álvarez. Sentencia del i.º de febrero del 2006, serie C n.º 141, párr. 67; y Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia del 25 de noviembre del 2005, serie C n.º 137, párr. io6). Así mismo ha indicado que debe ser utilizada como una medida cautelar, no punitiva (Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C n.º 35, párr. 77; Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre del 2009, serie C n.º 207, párr. 144; Caso Barreto Leiva. Sentencia del 17 de noviembre del 2009, serie C n.º 206, párr. 121; Caso Bayarri. Sentencia del 30 de octubre del 2008, serie C n.º 187, párr. iio; Caso Yvon Neptune. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 180, párr. 107; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Sentencia del 21 de noviembre del 2007, serie C n.º 170, párr. 69; Caso López Álvarez. Sentencia del i.º de febrero del 2006, serie C n.º 141, párr. 69; y Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia del 25 de noviembre del 2005, serie C n.º 137, párr. 106; en igual sentido, Caso Tibi. Sentencia del 7 de septiembre del 2004, serie C n.º 114, párr. 180). También el Tribunal Interamericano ha indicado que el período no puede ser excesivamente prolongado, ya que sería desproporcionado respecto de personas de cuya responsabilidad criminal no ha sido establecido y “[...] [e]quival[e] a anticipar la pena” (Caso Suárez Rosero. Sentencia del 12 de noviembre de 1997, serie C n.º 35, párr. 77; Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre del 2009, serie C n.º 207, párr. 144; Caso Bayarri. Sentencia del 30 de octubre del 2008, serie C n.º 187, párr. iio; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Sentencia del 21 de noviembre del 2007, serie C n.º 170, párr. 146; Caso López Álvarez. Sentencia del i.º de febrero del 2006, serie C n.º 14, párr. 69; y Caso Acosta Calderón. Sentencia del 24 de junio del 2005, serie C n.º 129, párr. iii).

[{186}](#) En cuanto a las limitaciones a los derechos fundamentales, es vital indicar que según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ciertos derechos son intocables, inclusive en situaciones de emergencia. Así, su artículo 27, inciso 2.º, explica: “[...] 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Inclusive, la Corte Interamericana, en su jurisprudencia, ha manifestado que “[...] [L]as garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías (Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio del 2004, serie C n.º iio, párr. 97; Caso Durand y Ugarte. Sentencia del 16 de agosto del 2000, serie C n.º 68, párr. 107; Caso Neira Alegría y otros. Sentencia del 19 de enero de 1995, serie C n.º 20, párr. 83; y Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, cidh). Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A n.º 9, párr. 38.) indicó: “aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención” (cidh. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, serie A n.º 8, párr. 42.)

[{187}](#) Peter Haberle. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 119.

[{188}](#) El principio de proporcionalidad también ha sido reconocido y utilizado por las autoridades del sistema interamericano de derechos humanos, aun cuando no goza todavía del desarrollo metodológico del que ha sido objeto en otros escenarios. Las opiniones consultivas OC-05/85 (colegiatura obligatoria de periodistas) y OC-08/87 (suspensión de garantías en estados de excepción) son ejemplos de la funcionalidad de este principio en la Comisión, mientras que los casos Ricardo Canese, Herrera Ulloa, Ivcher Bronstein y el de la Comunidad Indígena Yakye Axa ilustran su relevancia ante la Corte Interamericana (también se destacan, entre otros, el Caso Manuel Cepeda Vargas. Sentencia del 26 de mayo del 2010, serie C n.º 213, párr. 15o; Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre del 2009, serie C n.º 207, párrs. 76-87; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio del 2005, serie C n.º 125, párrs. 143 y 144; Caso Ricardo Canese. Sentencia del 31 de agosto del 2004, serie C n.º iii, párr. 96; el Caso Herrera Ulloa.

Sentencia del 2 de julio del 2004, serie C n.º 107, párr. 127; y el Caso Ivcher Bronstein. Sentencia del 6 de febrero del 2001, serie C n.º 74, párr. 155). Es así como la Corte ha establecido que “[l]a proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que las restricciones sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio del 2005, serie C n.º 125, párrs. 141-145; *[mutatis mutandi]* Caso Ricardo Canese. Sentencia del 31 de agosto del 2004, serie C n.º iii, párr. 96; Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio del 2004, serie C n.º 107, párr. 127, y Caso Ivcher Bronstein. Sentencia del 6 de febrero del 2001, serie C n.º 74, párr. 155. En igual sentido, Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre del 2009, serie C n.º 207, párr. 87).

[{189}](#) Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

[{190}](#) En su relación con la libertad, Jürgen Wolter. “Dignidad humana y libertad en el proceso penal”, en Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores). *Constitución y sistema acusatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 225 y ss.

[{191}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit., p. 12o.

[{192}](#) Caso Rosendo Cantú y otra, sentencia del 31 de agosto del 2010, serie C n.º 216, párr. 114; Caso Maritza Urrutia, sentencia del 27 de noviembre del 2003, serie C n.º 103, párr. 91; y Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, serie C n.º 69, párr. 100.

[{193}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-186 del 2008, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{194}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-186 del 2008, M. P.: Jaime Córdoba Tripiño.

[{195}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-220 del 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. También pueden consultarse las sentencias T-340 de 1993, T-210 de 1994, T-435 del 2002, T-708 del 2008 y C-640 del 2010.

[{196}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido se pronunció el tribunal en la Sentencia T-210 de 1994.

[{197}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-220 del 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{198}](#) Caso Escher y otros, sentencia del 6 de julio del 2009, serie C n.º 200, párr. 2. Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez.

[{199}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-056 de 1995, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{200}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-340 de 1993, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{201}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-220 del 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{202}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{203}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-053 del 2001, M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

[{204}](#) Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, caps. II, III y IV.

[{205}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit.

[{206}](#) BVerfGE 34, 238.

[{207}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit., p. 101.

[{208}](#) BVerfGE 80, 367.

[{209}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit., p. 103.

[{210}](#) Ídem.

[{211}](#) Sobre el particular, Juan Carlos Gavara de Cara. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

[{212}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-993 del 2004, relativa a la ley estatutaria sobre *habeas data*, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{213}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{214}](#) Cfr., p. ej., Corte Constitucional. Sentencias C-673 del 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-475 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-489 del 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{215}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-158A del 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{216}](#) De manera análoga al interés social, la Corte Interamericana “[...] ha interpretado el alcance de las razones de interés general comprendido en el artículo 30 de la Convención Americana (alcance de las restricciones), al señalar que ‘[e]l requisito según la cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del ‘bien común’ (artículo 32.2 [de la Convención]), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad’ (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, considerandos, párr. i)”. (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 74. En igual sentido, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A n.º 6, párr. 29).

[{217}](#) Consultar por todas, sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: *BVerfG*, 1993, 474.

[{218}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. Debe precisarse que la Ley Estatutaria 1266 del 2008 recogió estos criterios jurisprudenciales. Sobre el tema se puede consultar igualmente las sentencias C-1011 del 2008 y T-847 del 2010.

[{219}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{220}](#) Es importante señalar que la Corte Interamericana, “[...] siguiendo la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en dicha Convención, ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno” (Caso Rosendo Cantú y otra. Sentencia del 31 de agosto del 2010, serie C n.º 216, párr. lio; Caso Fernández Ortega y otros. Sentencia del 30 de agosto del 2010, serie C n.º 215, párr. 119 y Caso del Penal Miguel Castro Castro. Sentencia del [{220}](#) de noviembre del 2006, serie C n.º 160, párr. 306. También, ictr, Case of Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Judgment of September 2, 1998. Case n.º ICTR-96-4-T, par. 688). En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden la persona de la víctima (Caso Rosendo Cantú y otra. Sentencia del 31 de agosto del 2010, serie C n.º 216, párr. iio y Caso Fernández Ortega y otros. Sentencia del 30 de agosto del 2010, serie C n.º 215, párr. 119).

[{221}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-453 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{222}](#) Según lo ha indicado la Corte Interamericana, “el artículo ii.2 de la Convención protege la vida privada y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas. Dicho artículo reconoce que existe un ámbito personal que debe estar a salvo de intromisiones por parte de extraños y que el honor personal y familiar, así como el domicilio, deben estar protegidos ante tales interferencias. La Corte considera que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar” (Caso Fernández Ortega y otros. Sentencia del 30 de agosto del 2010, serie C n.º 215, párr. 157; Caso Escué Zapata. Sentencia del 4 de julio del 2007, serie C n.º 165, párr. 95 y Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia del i.º de julio del 2006, serie C n.º 148, párrs. 193 y 194).

[{223}](#) M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{224}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de mayo del 2009, M. P.: José Leónidas Bustos Martínez.

[{225}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-816 del 2004, MM. PP.: Jaime Córdoba Triyño y Rodrigo Uprimny Yepes.

[{226}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{227}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-673 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{228}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-806 del 2009, M. P.: María Victoria Calle.

[{229}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{230}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-210 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{231}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[{232}](#) A este respecto afirma: “Si un juez ha declarado la invalidez de la diligencia de registro y allanamiento adelantada por orden de un fiscal, porque la encontró ilegal o inconstitucional, todo aquello que de ella se deriva debe carecer de valor. Por ello, resulta inconstitucional que la norma parcialmente acusada otorgue efectos jurídicos, aunque sólo sea para fines de impugnación, a materiales probatorios y evidencia física que fueron excluidos de la actuación penal porque se recaudaron en diligencias de registro y allanamiento declaradas inválidas por el juez competente. La prueba ilícita debe excluirse del proceso y de la operación intelectual que hace el juez, pues a él corresponde despojarse de su conocimiento e impedir la valoración que de pruebas inconstitucionales pueda hacer el juez de segunda instancia. Debe evitarse, entonces, la contaminación del proceso penal y del proceso volitivo del juez, por lo que no resulta admisible que la prueba ilícita sea evaluada en segunda instancia. De esta forma, para la Sala es claro que la expresión acusada es inconstitucional. Con todo, podría decirse que la exclusión de todos los efectos de las evidencias o elementos materiales probatorios encontrados en diligencias de allanamiento y registro declaradas nulas, desconoce la obligación del Estado de descubrir la verdad, hacer efectiva la ley y reparar los daños causados por el delito, por lo que podría resultar válido establecer su validez para efectos de la impugnación. Definitivamente la Sala no comparte ese argumento, pues no podría admitirse en el proceso penal democrático que las pruebas ilícitas e ilegales constituyan la fuente de atribución de responsabilidad penal ni que el Estado se beneficie de un hecho contrario a las reglas mínimas de convivencia que salvaguarda la Constitución. Por ello, el Estado no puede administrar justicia con base en la violación del debido proceso del indiciado o imputado. Entonces, ninguna evidencia, elemento probatorio o prueba ilícita tiene vocación para ser valorada en ninguna etapa del proceso penal. De todas maneras, es importante advertir que la prohibición de valorar evidencias o elementos materiales probatorios objeto de los allanamientos o registros ilegales o inconstitucionales no excluye la posibilidad de hacer saber a la autoridad competente la existencia de los elementos materiales hallados casualmente en desarrollo de dichos procedimientos que puedan ser objeto de investigación”: Corte Constitucional. Sentencia C-210 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{233}](#) La norma establecía que podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando “Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del *indiciado*, imputado, acusado, condenado”.

[{234}](#) La sentencia resalta en palabras textuales lo siguiente: “Nótese que el numeral 4.º objeto de la demanda, no indica que, en lo pertinente, el registro y allanamiento se lleven a cabo para lograr la captura del requerido, sino ‘*con ocasión de* (se resalta en negrilla [cursivas])”.

[{235}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-519 del 2007, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{236}](#) M. P.: Leónidas Bustos.

[{237}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 9 de noviembre del 2006, M. P.: Marina Pulido de Barón.

[{238}](#) Guerrero Peralta. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit.

[{239}](#) Guerrero Peralta. Ob. cit.

[{240}](#) Maier. *Derecho procesal penal*, cit., p. 687.

[{241}](#) Alguna bibliografía sobre inviolabilidad domiciliaria, Joaquín Delgado Martín. *La criminalidad organizada*, Barcelona, Bosch, 2001; Gómez de Liaño Fonseca-Herrero. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, Colex, 2004; Angel Luis Alonso de Antonio. *El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978*, Madrid, Colex, 1993; Pedro J. González-Trevijano. *La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992; Francisco Javier Matía Portilla. *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Silvia Pascual López. *La inviolabilidad del domicilio en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 193 y ss.

[{242}](#) Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Sentencia del 28 de octubre de 1997, M. P.: José Augusto de Vega Ruiz.

[{243}](#) Sentencia del 17 de octubre de 1985.

[{244}](#) Este auto señala que el hecho de que “los registros empresariales a las personas jurídicas han de gozar de las mismas prerrogativas constitucionales que los registros domiciliarios es algo que no ofrece discusión alguna”.

[{245}](#) M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{246}](#) Al respecto, Francisco Farfán Molina. *El agente encubierto en el proceso penal*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.

[{247}](#) Jorge Fernando Perdomo Torres. “Investigaciones encubiertas y derechos fundamentales: en especial sobre el derecho a la autodeterminación de la información”, en *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 202 y ss.

[{248}](#) Esta ley entró a regir a partir del momento de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, a partir del día 14 de enero de 1999.

[{249}](#) El texto del artículo 282 mencionado contiene los siguientes elementos: “Numeral i. A los fines

previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el juez de instrucción competente o el ministerio fiscal, dando cuenta inmediata al juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta, a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente. Numeral 2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado I, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que intervino y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada. Ningún funcionario de Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. Numeral 3. Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. Numeral 4. Define el concepto de delincuencia organizada. Numeral 5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

[\[250\]](#) Cfr. Camilo Sampedro Arrubla. “La prueba y el agente provocador”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 24, n.º 74, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 161-172.

[\[251\]](#) En este sentido, en el Caso Tristán Donoso vs. Panamá la Corte Interamericana destacó “[l]a importancia de adoptar, a la mayor brevedad, las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para implementar dicha reforma constitucional, de manera que los procedimientos legales a seguir por las autoridades judiciales para autorizar escuchas o intervenciones telefónicas cumplan con los propósitos y demás obligaciones determinadas en la Convención Americana. Finalmente, la Corte señala la conveniencia de revisar la necesidad de adoptar legislación sobre el uso de información relativa a la vida privada en poder de autoridades del Estado”: Sentencia del 27 de enero del 2009, serie C n.º 193, párr. 206. Es claro, entonces, que la interceptación de comunicaciones debe hacerse de manera cuidadosa y limitada a los parámetros legales que consideren los derechos humanos consagrados en el derecho interno y el derecho internacional. Semejante intromisión pone en peligro, entre otros, los derechos a la intimidad y a la

propiedad privada, por lo que su uso debe ser sumamente restringido y apegado a las leyes.

[{252}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-131 del 2009 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{253}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-025 del 2009 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{254}](#) Cfr. en detalle, con especial referencia al derecho a la intimidad, Angela María Buitrago y Yesid Reyes Alvarado. “Interceptaciones telefónicas y derechos de la persona”, en *xxx Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2009, pp. 91 y ss.

[{255}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-159 del 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{256}](#) El tribunal interamericano “[h]a señalado que los conceptos de ‘orden público’ o el ‘bien común’, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 75. En igual sentido, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A n.º 6, párr. 31, y *La colegiación obligatoria de periodistas [arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]*. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A n.º 5, párrs. 66

[{257}](#) Sentencia C-540 del 2012, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Comunicado de prensa.

[{258}](#) Sentencia 202 del 2001 (15 de octubre del 2001).

[{259}](#) Ídem. Según el Tribunal Constitucional, “La conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida y el sujeto afectado por ésta es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad” (Sentencia 49 de 1999, f. J. 8, doctrina que reiteran las sentencias 166 de 1999, f. j. 8; 171 de 1999, f. J. 8; y 299 del 2000, f. j. 4)

[{260}](#) Sentencia 166 de 1999, del 27 de septiembre, ff. jj. i y 2; 171 de 1999, del 27 de septiembre, f. j. 5; 126 del 2000, del 16 de mayo, f. j. 2; 299 del 2000, del ii de diciembre, f. j. 2; 14 del 2001, del 29 de enero, j. 2; y 138 del 2001, del 18 de junio, f. j. 3, entre las últimas.

[{261}](#) Sentencias 82 del 2002, del 22 de abril (Boletín n.º 12122, del 22 de mayo del 2002). Recurso de amparo 5369 de 1997. Desestima el amparo, M. P.: María Emilia Casas Baamonde.

[{262}](#) En la Sentencia 167 del 2002, el Tribunal estableció un conjunto de exigencias a las cuales debe sujetarse la autoridad judicial al momento de conceder una habilitación para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones. En palabras del Tribunal: “Al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda [...]

La resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre la que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al juez para controlar su ejecución [...] Así, pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo” (stc 167/2002, del 18 de septiembre, Boletín n.º 242, del 9 de octubre, Pleno. Recurso de amparo avogado. Otorga el amparo, M. P.: Vicente Conde Martín de Hijas. En el mismo sentido, stc 82/ 2002, del 22 de abril, Boletín n.º 12122, del 22 de mayo del 2002). Recurso de amparo 5369 de 1997. Desestima el amparo, M. P.: María Emilia Casas Baamonde.

[{263}](#) Sentencia 82 del 2002, cit.

[{264}](#) Cfr. Sentencia 167 del 2002, cit.

[{265}](#) Ídem.

[{266}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1995, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

[{267}](#) Guerrero Peralta. *El control de garantías como construcción de una función jurisdiccional*, cit., pp. 107 y ss.

[{268}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón

[{269}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-082 de 1995, M. P.: Jorge Arango Mejía.

[{270}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-176 de 1995, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{271}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-261 de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{272}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-022 de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{273}](#) Cfr. las sentencias C-1011 del 2008 y T- 847 del 2010.

[{274}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{275}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 1999, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{276}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-527 del 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{277}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-578 del 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{278}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{279}](#) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, oea/Ser.L/v/11.124, Doc. 5 rev. I, 7 de marzo del 2006, párrs. 87 a 90.

[{280}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{281}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-082 de 1995, M. P.: Jorge Arango Mejía.

[{282}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{283}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-284 del 2008, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{284}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{285}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-082 de 1995, M. P.: Jorge Arango Mejía.

[{286}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{287}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-464 del 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{288}](#) Es importante indicar que la Comisión Interamericana, en su *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, recomendó al Estado establecer “[u]n procedimiento para otorgar a las personas acceso a la información de inteligencia recogida sobre ellas. Este procedimiento debería incluir un mecanismo para el examen independiente por las autoridades civiles de las decisiones de las fuerzas de seguridad que niegan el acceso a esa información”: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, oea/ Ser.L/v/11.102, Doc. 9 rev. I, 26 de febrero de 1999, capítulo VII, recomendación 6.

Dicha sugerencia fue reiterada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (*Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos en Colombia* [E/CN.4/2006/9]).

[{289}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-433 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{290}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{291}](#) Ídem.

[{292}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-414 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{293}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{294}](#) Ídem.

[{295}](#) Ídem.

[{296}](#) Ídem.

[{297}](#) Caso Claude Reyes y otros. Sentencia del 19 de septiembre del 2006, serie C n.º 151, párr. 78.

[{298}](#) Resolución ag/res. 1932 (xxxiii-0/03) del 10 de junio del 2003 sobre “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”; Resolución ag/res. (xxxiv-0/04) del 8 de junio del 2004 sobre “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”; Resolución ag/res. 2121 (xxxv-0/05) del 7 de junio del 2005 sobre “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”; y ag/res. 2252 (xxxvi-0/06) del 6 de junio del 2006 sobre “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”.

[{299}](#) Resolución ag/res. 2252 (xxxvi-0/06) del 6 de junio del 2006 sobre “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia”, punto resolutivo 2.

[{300}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{301}](#) La Corte Constitucional considera sinónimos los derechos al *habeas data* y la autodeterminación informativa. En la Sentencia C-748 del 2011 señaló al respecto lo siguiente: “La Sala considera necesario reiterar la nota introducida en la Sentencia C-1011 del 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño, sobre el empleo del término *habeas data*: ‘Debe tenerse en cuenta que la denominación <hábeas data> no ha sido la única utilizada por la jurisprudencia para identificar las facultades del sujeto concernido respecto de las bases de datos. Así, durante el desarrollo del concepto en las decisiones de la Corte se han usado las expresiones de <autodeterminación informática> o <autodeterminación informativa>. En todo caso, estas tres definiciones refieren a la misma realidad jurídica, por lo que no ofrecen mayores dificultades en su uso alternativo. Sin embargo, ante la necesidad de contar con una descripción uniforme y habida cuenta el uso extendido del término en el ámbito del derecho constitucional colombiano, esta sentencia utilizará el vocablo *hábeas data* con el fin de nombrar el derecho que tienen todas las personas a ejercer las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal contenida en bases de datos’. La equivalencia entre los términos *habeas data* y *autodeterminación informativa* también había sido anunciada en la Sentencia T-729 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett”.

[{302}](#) Sobre esta jurisprudencia, cfr. Perdomo Torres. “Investigaciones encubiertas y derechos fundamentales: en especial sobre el derecho a la autodeterminación de la información”, cit., pp. 213 y ss.

[{303}](#) Winfried Hassemer y Alfredo Chirino Sánchez. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997.

[{304}](#) Según el principio de *utilidad*, tanto el acopio como el procesamiento y la divulgación de los datos personales deben cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de aquellos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable. Según el principio de *circulación restringida*, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base

de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales: Sentencia T-729 del 2002.

[{305}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{306}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1490 del 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{307}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-336 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. También puede consultarse la Sentencia C-1011 del 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{308}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-014 del 2001, M. P.: Martha Victoria Sánchez Méndez.

[{309}](#) El *habeas corpus* es el medio idóneo para “hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad” (Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C n.º 4, párr. 65; Caso Anzualdo Castro. Sentencia del 22 de septiembre del 2009, serie C n.º 202, párr. 72; Caso Yvon Neptune. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 180, párr. 115; Caso La Cantuta. Sentencia del 29 de noviembre del 2006, serie C n.º 162, párr. iii; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1.º de marzo del 2005, serie C n.º 120, párr. 79; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio del 2004, serie C n.º 110, párr. 97. En igual sentido, Caso Chitay Nech y otros. Sentencia del 25 de mayo del 2010, serie C n.º 212, párr. 203).

[{310}](#) El *habeas corpus* es el medio idóneo para “hallar a una persona presuntamente detenida por las autoridades, averiguar si lo está legalmente y, llegado el caso, lograr su libertad” (Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C n.º 4, párr. 65; Caso Anzualdo Castro. Sentencia del 22 de septiembre del 2009, serie C n.º 202, párr. 72; Caso Yvon Neptune. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 180, párr. 115; Caso La Cantuta. Sentencia del 29 de noviembre del 2006, serie C n.º 162, párr. iii; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia del 1.º de marzo del 2005, serie C n.º 120, párr. 79; y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia del 8 de julio del 2004, serie C n.º 110, párr. 97. En igual sentido, Caso Chitay Nech y otros. Sentencia del 25 de mayo del 2010, serie C n.º 212, párr. 203).

[{311}](#) Sentencia 73 de 1982, 2 de diciembre, f. j. 5. En igual sentido: sentencias 110 de 1984, 26 de noviembre, f. j. 3; 89 de 1987, 3 de junio, f. j. 3; 231 de 1988, 2 de diciembre, f. j. 3; 197 de 1991, 17 de octubre, f. j. 3; y en general las sentencias 134 de 1999, 15 de julio; 144 de 1999, 22 de julio; y 115 del 2000, 10 de mayo.

[{312}](#) En palabras del Tribunal, “A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos” (stc 254/1993, f. j. 7).

[{313}](#) En el texto titulado “Solicitudes de datos efectuadas por la Policía Judicial sin mandamiento judicial o requerimiento previo del Ministerio Fiscal”, disponible en [www.agpd.es], citado por Eusko Lege-

biltzarra, parlamento vasco. Servicios Jurídicos, mediante recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 14/2003, del 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del ii de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, letrado: Andoni Iturbe Mach.

[{314}](#) Nicolás González-Cuellar Serrano. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

[{315}](#) Jairo Parra Qüijano. “El cuerpo humano y su utilización como evidencia probatoria”, en *xx Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, septiembre de 1999.

[{316}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-334-10, del 12 de mayo del 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

[{317}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{318}](#) José Antonio Díaz Cabáale. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (adn, sangre, etc.)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 12, 1996 (dedicado a medidas restrictivas de derechos fundamentales).

[{319}](#) José A. Varela Agrelo. “El cuerpo humano como medio de prueba: en especial las intervenciones corporales”, Premio de Investigación Jurídica 1995, cgpj y Xunta de Galicia, Boletín del Ministerio de Justicia, n.º 1172, pp. 5 y ss.

[{320}](#) Ídem.

[{321}](#) vicente Magro servet. “La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 5, 2001.

[{322}](#) Sentencia 37 de 1989; el objeto de vulneración en este caso fue un examen ginecológico.

[{323}](#) Magro servet. “La actuación policial en los cacheos y registros como modalidad de las intervenciones corporales en el proceso penal”, cit.

[{324}](#) Cfr. sentencia del 2 de febrero de 1996.

[{325}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{326}](#) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, Informe n.º 38/96-X e Y, Caso 10.506 (Argentina), párrs. 114 y 115.

[{327}](#) Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 5 de junio de 1999.

[{328}](#) Sentencia del 23 de diciembre de 1994.

[{329}](#) Comunidad Europea. Directiva 8278/78 del 13 de diciembre de 1979.

[{330}](#) Miguel Lorente Acosta, José Antonio Lorente Acosta y Enrique villanueva Cañadas. *Identificación*

humana y medicina legal: consideraciones éticas y jurídicas, Granada, Departamento de Medicina Legal, Universidad de Granada, 1999.

[{331}](#) Ídem.

[{332}](#) Es importante aclarar que en el derecho internacional de los derechos humanos no existen vulneraciones leves o intensas. Hay o no hay violaciones; por ende, a la luz de este derecho resulta un tanto confuso decir que la integridad física se puede dañar mucho o poco. Se vulnera, por ende violentando el derecho humano de la persona, o no se vulnera.

[{333}](#) Sentencia del 5 de octubre de 1989.

[{334}](#) Sentencia 37/89, 15 de febrero.

[{335}](#) Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 25 de abril de 1978, caso Tyer.

[{336}](#) Audiencia provincial de Madrid. Sentencia del 8 de septiembre de 1999.

[{337}](#) Sentencia del 15 de diciembre de 1998.

[{338}](#) Audiencia provincial de Baleares. Sentencia del 4 de mayo del 2000.

[{339}](#) Sentencia 207 de 1996.

[{340}](#) La adecuación al principio de proporcionalidad se ampara en las sentencias 66 de 1995, 54 de 1996, 26 de marzo, 55 de 1996, 58 de 1998, 16 de marzo, y 37 de 1998, 17 de febrero, citadas por la propia sentencia referida de la Audiencia Provincial de Baleares del 4 de mayo del 2000 al señalar como aplicables los siguientes subprincipios: “a) Adecuación: La medida adoptada ha de ser adecuada para alcanzar el fin pretendido. Es adecuada cuando su utilización permite alcanzar o se aproxima al resultado pretendido y es inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia. b) Necesidad: Este subprincipio supone que el medio seleccionado para alcanzar el fin no puede ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o que lo haga de una manera menos gravosa. Las medidas adecuadas deben ser también necesarias o imprescindibles para alcanzar el fin perseguido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas que producen el mismo resultado pueden ocasionar, por la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos perjudiciales. Si atendiendo a todas las consecuencias secundarias resulta que los perjuicios producidos por la medida empleada son mayores que los de otra igualmente eficaz, cabe negar la necesidad a la medida. c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto: es necesario que la injerencia supere un tercer grado de legitimidad. Hay que ponderar los intereses o bienes confrontados o afectados conforme al ideal de Justicia. La colisión se produce entre el interés del Estado en la persecución penal de las infracciones que tienen este carácter y los derechos de la personalidad”.

[{341}](#) Comunidad Europea. Directiva 8239/78, del 4 de diciembre.

[{342}](#) Sentencia 207/1996, 16 de diciembre.

[{343}](#) M. Lorente Acosta, J. A. Lorente Acosta y E. villanueva Cañadas. Ob. cit.

[{344}](#) La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho especiales esfuerzos en la materia y en la decisión del Caso Manuel Cepeda invocó la Sentencia T-959 del 2006 de la Corte Constitucional colombiana, en la que “reconoció que la difusión de ciertos mensajes a través de medios masivos de comunicación menoscabó el buen nombre y la honra del señor Iván Cepeda Castro” (Caso Manuel Cepeda. Sentencia del 26 de mayo del 2010, serie C n.º 213, párr. 206).

[{345}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 1992, M. P.: simón Rodríguez Rodríguez.

[{346}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{347}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-047 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{348}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-097 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{349}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-335 de 1995, M. P.: vladimiro Naranjo Mesa.

[{350}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{351}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-129 del 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

[{352}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-168 del 2010, M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[{353}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-412 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{354}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{355}](#) También sobre el derecho al buen nombre de las personas jurídicas, cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, sin embargo, la Corte parece negarse a reconocer que el contenido del *goodwill* coincida con el del derecho al buen nombre. Sobre este aspecto, la Corte señaló: “En razón de sus características y naturaleza y, especialmente, por constituir una derivación directa del principio de dignidad humana, las personas jurídicas no pueden ser titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Dado que el valor constitucional de la dignidad de la persona tiende a la protección del actuar humano en condiciones de autonomía y responsabilidad, puede entenderse con facilidad porque las personas jurídicas no pueden ser titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Al paso que el individuo es un fin en sí mismo, con capacidad de determinar sus actos sin coacciones ajenas, las personas jurídicas son meras realidades accidentales, ficciones jurídicas que existen y se ordenan a los fines propios de la persona humana. En este sentido, el individuo y, por ende, su dignidad preexisten a la persona jurídica, la cual se torna en uno de los variados ámbitos dentro de los cuales puede desarrollarse y planificarse la libertad. Puede afirmarse que las personas jurídicas son fruto del obrar responsable de los individuos y que, en esta medida, carecen de responsabilidad personal propia. El valor dignidad no puede predicarse de las personas jurídicas y, en consecuencia, no serán titulares de

aquellos derechos fundamentales que sólo se explican como mecanismos concretos de defensa de la dignidad de la persona humana”. Asimismo, la Corte sostuvo en esta sentencia lo siguiente: “Las personas jurídicas sí pueden buscar la protección de su ‘buen nombre’ o ‘imagen’ comercial, también conocidos como *goodwill*, de naturaleza completamente distinta a los derechos a la honra y al buen nombre. En efecto, mientras éstos buscan garantizar la dignidad de la persona humana, aquéllos pretenden salvaguardar la libertad de empresa o evitar distorsiones del mercado, como la competencia desleal y, por ende, tienen un contenido eminentemente económico, del que carecen los derechos a la honra y al buen nombre de que son titulares los individuos”.

[{356}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-228 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, y T-296 de 1996, M. P.: Hernando Herrera vergara.

[{357}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{358}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-697 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{359}](#) . Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-404 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{360}](#) Corte Constitucional. Sentencias T-228 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, y T-296 de 1996, M. P.: Hernando Herrera vergara.

[{361}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-921 del 2002 M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{362}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{363}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-465 de 1996, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{364}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-220 del 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{365}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-527 del 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{366}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-094 del 2000, M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{367}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-437 del 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{368}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-405 del 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

[{369}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1202 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{370}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-634 del 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{371}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-494 del 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{372}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1225 del 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{373}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 1992, mm. pp.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

[{374}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-578 del 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{375}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-977 de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{376}](#) Corte Constitucional. Sentencias T-480 del 10 de agosto de 1992, M. P.: Jaime Sanín Greiffenstein; T- 577 del 28 de octubre de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-369 de 1993, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{377}](#) En la Sentencia T-851 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte sostuvo: “[...] esta corporación ha señalado en su jurisprudencia que el derecho al buen nombre no es una garantía contra investigaciones ni procesos disciplinarios, correccionales, administrativos o judiciales adelantados con fundamento en las normas vigentes”.

[{378}](#) *BVerfGE* 35, 202.

[{379}](#) Robert Alexy. “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n.º 5, 1988, p. 146.

[{380}](#) M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{381}](#) En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia T-ii i del 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{382}](#) Como bien lo invocó la Corte Interamericana en el Caso Acosta Calderón, el principio trigésimo sexto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas establece que “[s]e presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa” (Caso Acosta Calderón. Sentencia del 24 de junio del 2005, serie C n.º 129, párr. ii). El Honorable Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. Bien lo dijo en el Caso Lori Berenson Mejía: “El derecho a la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella” (Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia del 25 de noviembre del 2004, serie C n.º 119, párr. 160; Caso Tibi. Sentencia del 7 de septiembre del 2004, serie C n.º 114, párr. 182; Caso Ricardo Canese. Sentencia del 31 de agosto del 2004, serie C n.º 111, párr. 153; y Caso Cantoral Benavides. Sentencia del 18 de agosto del 2000, serie C n.º 69, párr. 120).

[{383}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{384}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{385}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-525 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{386}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{387}](#) Así en el sistema interamericano: “Del artículo ii de la Convención Americana, la Corte ha precisado que, si bien esa norma se titula ‘Protección de la Honra y de la Dignidad’, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada (Caso Rosendo Cantú y otra. Sentencia del 3i de agosto del 2010, serie C n.º 216, párr. 12o; Caso Fernández Ortega y otros. Sentencia del 30 de agosto del 2010, serie C n.º 215, párr. 129; Caso Escher y otros. Sentencia del 6 de julio del 2009, serie C n.º 200, párr. 114; Caso Tristán Donoso. Sentencia del 27 de enero del 2009, serie C n.º 193, párr. 55 y Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia del i.º de julio del 2006, serie C n.º 148, párr. 193). Por su parte, el concepto de *vida privada* es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas (echr. *Case of Niemietz vs. Germany, Judgment of 16 December 1992*, App. n.º 13710/88, par. 29, y *Case of Peck vs. United Kingdom, Judgment of 28 January 2003*, App. n.º 44647/98, parr. 57), pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, [...] el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos” (echr. *Case of Niemietz vs. Germany, Judgment of 16 December 1992*, App. n.º 13710/88, par. 29, y *Case of Peck vs. United Kingdom, Judgment of 28 January 2003*, App. n.º 44647/ 98, par. 57).

[{388}](#) “El derecho a la protección de la honra y de la dignidad, reconocido en el artículo ii de la Convención, implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado” (Caso Usón Ramírez. Sentencia del 20 de noviembre del 2009, serie C n.º 207, párr. 47).

[{389}](#) Caso González y otras (“Campo Algodonero”), sentencia del 16 de noviembre del 2009, serie C n.º 205, párr. 444; Caso Escher y otros. Sentencia del 6 de julio del 2009, serie C n.º 200, párr. 117; y Caso Tristán Donoso. Sentencia del 27 de enero del 2009, serie C n.º 193, párr. 57.

[{390}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-063 de 1992, M. P.: simón Rodríguez Rodríguez.

[{391}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-412 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{392}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{393}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-494 del 2002, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{394}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-263 del 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

[{395}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 1992, M. P.: simón Rodríguez Rodríguez.

[{396}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{397}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{398}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{399}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1202 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{400}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-563 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{401}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1202 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{402}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-066 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{403}](#) Ídem.

[{404}](#) M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{405}](#) En esta sentencia la Corte decide confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal.

[{406}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-480 de 1992, M. P.: Jaime sanín Greiffenstein.

[{407}](#) Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 55 y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Sentencia del 21 de noviembre del 2007, serie C n.º 170, párr. 174.

[{408}](#) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia del 31 de agosto del 2001, serie C n.º 79, párr. 144; Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 55; Caso Palamara Iribarne. Sentencia del 22 de noviembre del 2005, serie C n.º 135, párr. 102; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio del 2005, serie C n.º 125, párr. 137; y Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia del 15 de junio del 2005, serie C n.º 124, párr. 129.

[{409}](#) Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 55 y Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia del 28 de febrero del 2003, serie C n.º 98, párr. 102.

[{410}](#) Mediante la Sentencia C-595 de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, fue declarado inexecutable el adverbio “arbitrariamente” contenido en el inciso i.º de esta disposición, cuyo texto era: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”.

[{411}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-864 del 2004, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{412}](#) Tal como fue denominado por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-488 del 2002, M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{413}](#) La función social de la propiedad también ha sido expuesta por la Corte Interamericana en los siguientes términos: “[e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 60).

[{414}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-864 del 2004, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{415}](#) La Corte Constitucional señaló, mediante la Sentencia C-006 de 1993, que a partir de este momento se profundizó en “la concepción solidarista que ha caracterizado al derecho constitucional colombiano durante la mayor parte de este siglo”.

[{416}](#) Concepto introducido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-006 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{417}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{418}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-506 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{419}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-125 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{420}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{421}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 1994, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

[{422}](#) M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{423}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-864 del 2004, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{424}](#) La vulneración en el caso de esta sentencia se consolidó por la ocupación de hecho de unos inmuebles.

[{425}](#) El carácter relativo del derecho a la propiedad privada ha sido reiterado por la Corte Constitucional en muchas de sus sentencias, dentro de las cuales podemos mencionar la Sentencia C-428 de 1994 M. P.: Antonio Barrera Carbonell, y la T-431 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández.

[{426}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-245 de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz. Así mismo, la Corte Interamericana ha indicado que “el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.2 de la Convención se establece que para que la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social, sujetarse al pago de una justa indemnización, practicarse según los casos y las formas establecidas por la ley y efectuarse de conformidad con la Convención” (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 61 y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Sentencia del 21 de noviembre del 2007, serie C n.º 170, párr. 174).

[{427}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{428}](#) La Corte Interamericana ha señalado que “la restricción de los derechos consagrados en la Convención debe ser proporcional al interés de la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio de [un] derecho [...]” (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 62 y Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio del 2004, serie C n.º 107, párr. 123).

[{429}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-506 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{430}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 1994, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{431}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 1995, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{432}](#) La Corte menciona que en el derecho urbanístico es la ley la que “se ocupa de atender los problemas contemporáneos del desarrollo y de otorgar a los municipios competencias relacionadas con la planeación de su entorno, con la acción urbanística del Estado, con los usos del suelo y con la calidad de la vida en las ciudades”.

[{433}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-259 de 1996, M. P.: Julio César Ortiz Gutiérrez.

[{434}](#) La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que para que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales para vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención (Caso Salvador Chiriboga. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º 179, párr. 63).

[{435}](#) La Corte Constitucional, en la Sentencia T-547 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, estableció que “esa propiedad, aun así concebida, tiene un límite, cuando ella entra en conflicto en razón de un ordenamiento legal con el interés público, aquélla deberá ceder en favor del interés de la colectividad. Porque la propiedad en ningún momento debe cumplir fines ególatras o exclusivistas para quien la posee, sino que está encaminada a satisfacer necesidades de interés común o social. De ahí que la Constitución establezca que ‘La propiedad es una función social que implica obligaciones’”.

[{436}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{437}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-491 del 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{438}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{439}](#) M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{440}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{441}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-544 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{442}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-522 del 2002, M. P.: Jaime Córdoba TRiviño.

[{443}](#) Ernest von Beling. “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, en *Las prohibiciones probatorias*, trad. Oscar Julián Guerrero, Bogotá, Temis, 2009.

[{444}](#) *Ibíd.*, p. 5.

[{445}](#) Una visión paralela sobre este punto en Eugenio Florián. *Elementos del derecho procesal penal*, Barce lona, Bosch, pp. 314 y ss.

[{446}](#) Fabricio Guariglia. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal: una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, del Puerto, 2005, p. 9. En el mismo sentido, cfr. Kai Ambos. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en Juan Gómez Colomer (coord.). *Prueba y proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 325 y ss.

[{447}](#) *Ibíd.*, p. ii.

[{448}](#) Oscar Julián Guerrero Peralta. *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2009, p. 161.

[{449}](#) Guariglia. *Ob. cit.*, p. 35.

[{450}](#) Von Beling. “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, *cit.*, p. 4.

[{451}](#) Von Beling. “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, *cit.*, p. 4.

[{452}](#) *Ídem.*

[{453}](#) Cfr. Guerrero Peralta. *Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, *cit.*

[{454}](#) En extenso: *ibíd.*, pp. 159 y ss.

[{455}](#) Conforme al parágrafo 132 inciso 4.º de la Ley de Constitución de Tribunales (gvg), el Senado del Tribunal Supremo Federal puede convocar al Senado mayor si considera que es necesario su pronunciamiento para llenar un vacío legal o para confirmar una línea de interpretación jurisprudencial.

[{456}](#) Norma que traducimos a continuación: “§ 136a stpo: i) La libertad de la determinación de la voluntad y de la realización de la voluntad del inculcado no puede ser vulnerada mediante maltrato, fatiga, lesiones corporales, suministro de sustancias, tortura, engaño o hipnosis. El uso de la fuerza sólo podrá ser empleado, siempre que el derecho procesal penal lo autorice. La amenaza con una medida que esté prohibida conforme a sus preceptos y la promesa de un beneficio legal no previsto quedan prohibidas. 2) No se admiten las medidas que menoscaben la memoria o la capacidad de comprensión. 3) La prohibición de

los incisos i y 2 rigen sin consideración del consentimiento del inculpado. Las declaraciones que surjan a partir de la violación a esta prohibición tampoco podrán ser valoradas, aun cuando el inculpado haya consentido en ello”.

[{457}](#) El artículo § 163a stpo señala: “(i) El inculpado será escuchado hasta antes del cierre de las investigaciones, excepto cuando el proceso resulte en sobreseimiento. Para asuntos sencillos basta que se le dé la oportunidad de manifestarse por escrito. (2) Si el inculpado solicita para su exoneración la toma de pruebas, éstas tendrán que ser decretadas, siempre que sean de importancia. (3) El inculpado está obligado a comparecer ante la Fiscalía cuando sea citado. Los §§ i33 a i36a y i68c, inciso i y 5 regirán al respecto. Conforme al § i62 el tribunal competente decidirá por solicitud del inculpado acerca de la legalidad de la conducción a comparecer. Los §§ 297 al 300, 302, 306 al 309, 311a y 473a regirán al respecto. La decisión del tribunal no podrá ser impugnada. (4) Durante el primer interrogatorio del inculpado efectuado por un funcionario del servicio de la policía deberá comunicársele al inculpado qué hecho se le imputa. En lo demás deberán aplicarse los § i36 inciso i, oración 2 a la 4, inciso 2, 3 y § i36a en el interrogatorio del inculpado efectuado por un funcionario del servicio de la policía. (5) (derogado)” (traducción nuestra).

A su turno, el artículo § 136 stpo preceptúa: “(i) Al iniciar el primer interrogatorio deberá comunicársele al inculpado qué hecho se le imputa y qué normas penales entran en consideración. Deberá informársele que conforme a la ley es libre de manifestarse acerca de la imputación o de no decir nada al respecto y de consultar en todo momento a un defensor que será escogido por él, aún antes de su interrogatorio. Deberá explicársele además que puede solicitar varios decretos de pruebas que conduzcan a su exoneración. En los casos en que sea pertinente, deberá informársele al inculpado que se puede manifestar por escrito, así como acerca de la posibilidad de una compensación entre el autor y la víctima. (2) El interrogatorio deberá brindarle la oportunidad al inculpado de aclarar las razones de sospecha que se le imputan y de hacer valer los respectivos hechos que le favorezcan. (3) Durante el primer interrogatorio del inculpado deberá tenerse en cuenta a su vez la indagación de sus datos personales” (traducción nuestra).

[{458}](#) BGHSt 42, 139 (141).

[{459}](#) BGHSt 39, 335.

[{460}](#) Así, conforme al inciso i.º del párrafo iooa Stpo, esta práctica es admisible porque (a) conforme a ciertos hechos se tiene la sospecha de que el afectado es autor o partícipe de un delito grave bien sea por (i) su comisión, o (2) su ejecución en grado de tentativa, siempre que la tentativa del mismo sea punible, o (3) la comisión de un hecho punible como parte de su preparación; además (b) porque el hecho en el caso concreto es tiene una importancia considerable; y (c) la investigación de los hechos o la determinación del paradero del inculpado resulte considerablemente difícil o ineficaz por otros medios.

En el inciso 2.º de este mismo párrafo iooa se encuentra un listado de los delitos que son considerados “especialmente graves”; así, por ejemplo, se encuentra el caso del asesinato y el homicidio (literal h), o los delitos contra la libertad personal (literal i). Asimismo se establece que solamente podrá ser vigilada la

comunicación telefónica del inculcado o de aquellas personas que por ciertas razones puedan recibir o dar información del inculcado o cuya conexión haya sido empleada por el mismo (inciso 3). Esta medida de investigación está sin embargo prohibida para acceder al “núcleo de la configuración privada de la vida” (inciso 4). Por lo tanto, las grabaciones que se hagan al respecto deberán ser borradas en el acto y los conocimientos que se tengan de ello no podrán ser empleados como material probatorio. El parágrafo ioob regula el trámite de la práctica de esta prueba, el cual debe ser iniciado por la Fiscalía ante el juez, así como las reglas especiales que deben atenderse para su ejecución.

[{461}](#) BGHSt 39, 335 (34o). El término “tráfico telefónico” (*Fernmeldeverkehr*) que empleamos en esta traducción era el término que se empleaba en el momento de la elaboración del fallo. Sin embargo, con la llegada de la Ley de Telecomunicaciones del i.º de agosto de 1996 (tkg) se modificó por el término “telecomunicación” (*Telekommunikation*), el cual abarca más formas de comunicación que suelen emplearse en el presente, como por ejemplo los mensajes de texto, correos electrónicos, entrevistas por chat o la telefonía en la internet. No obstante, la admisión de todas estas formas de comunicación dentro del concepto de “telecomunicación” no es pacífica. Cfr. Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, München, C. H. Beck, 2009, p. 266; también Lutz Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, München, C. H. Beck, 2009, § iooa, nota al margen 6-7a.

[{462}](#) BGHSt 39, 335 (34o).

[{463}](#) “§ 201 StGB. *Violación al secreto de la palabra*. (i) Con pena privativa de la libertad hasta por tres años o con multa será sancionado quien sin autorización i. grabe sobre dispositivo de sonido la palabra de otro no expresada públicamente, o 2. utilice o haga accesible a un tercero una grabación producida de tal manera. (2) De la misma manera será castigado quien sin autorización i. escuche con un dispositivo interceptor la palabra de otro no expresada públicamente y no destinada a su conocimiento o 2. comunique públicamente en su sentido literal o en su contenido esencial la palabra hablada del otro no expresada públicamente, grabada según el inciso i, numeral i o escuchada según el inciso 2, numeral i. (3) Con pena privativa de la libertad hasta por cinco años o con multa será sancionado quien en calidad de funcionario público o en calidad de encargado especial de un servicio público viole la confidencialidad de la palabra (incisos i y 2). (4) La tentativa es punible. (5) Los dispositivos de sonido y los dispositivos interceptores que hayan sido empleados por el autor o los partícipes podrán ser incautados. El § 74a regirá al respecto.”

[{464}](#) BGHSt 39, 335 (344).

[{465}](#) BGHSt 39, 335 (345).

[{466}](#) BGHSt 39, 335 (348).

[{467}](#) BGHSt 39, 335 (347).

[{468}](#) BGHSt 39, 335 (347).

[{469}](#) Su tenor literal, en traducción nuestra, es el siguiente: “§ iioa stpo (i) Podrán incorporarse agentes encubiertos para el esclarecimiento de delitos, si existen soportes fácticos suficientes de que se haya cometido un delito de una importancia considerable i. en el ámbito del tráfico ilícito de estupefacientes o armas, de la falsificación de la moneda o de sellos; 2. en el ámbito de la protección del Estado (§§ 74a, 12o de la Ley de Constitución de los Tribunales); 3. profesional o habitualmente; o 4. por un miembro de una banda u organizado de otra forma. Podrán también incorporarse agentes encubiertos para el esclarecimiento de crímenes, siempre que con base en hechos determinados exista el peligro de reincidencia. La operación podrá ser autorizada sólo si el esclarecimiento resulta ineficaz o considerablemente difícil por otros medios. Podrán también ser incorporados agentes encubiertos, si la calidad especial del hecho exige la operación y otras medidas resultan ineficaces. (2) Los agentes encubiertos son funcionarios del servicio de la policía, quienes investigan bajo una identidad a ellos conferida, dada temporalmente y modificada (leyenda). Éstos podrán participar del tráfico jurídico empleando la leyenda. (3) En la medida en que sea imprescindible para la creación o el mantenimiento de la leyenda, podrán elaborarse, modificarse o emplearse los documentos respectivos.”

[{470}](#) BGHSt 39, 335 (346, 347).

[{471}](#) BGHSt 42, 139 (142).

[{472}](#) Conforme a la interpretación del Senado Quinto, el “particular” que interceptó la llamada telefónica en este caso era el intérprete que trabajó para la policía. La llamada “persona de confianza” es aquella que sostuvo la llamada telefónica con el sospechoso y la que autorizó a que un tercero (el intérprete) interceptara dicha comunicación. Debe entenderse por “persona de confianza” (*V- Person*) como un informante que con ocasión de la cercanía a los hechos le colabora a la justicia suministrándole información. Éstos se diferencian de los llamados “agentes encubiertos”, los cuales son agentes de la policía que realizan trabajos de investigación bajo una identidad falsa-leyenda- (§ iioa Stpo). La valoración de la información que las personas de confianza obtengan para el proceso penal es en principio admitida por el ordenamiento; no obstante, se discute aún acerca de una regulación legal de este proceder, así como la calidad que realmente le ha de corresponder a este material probatorio. Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioa, nota al margen 3-4a; Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 280 y 281.

[{473}](#) BGHSt 42, 139 (145).

[{474}](#) El Ordenamiento Procesal Penal alemán regula varias formas que corresponden a este tipo de investigaciones secretas, las cuales comparten los mismos presupuestos de aplicación. Se trata de diversos tipos de vigilancia del sospechoso: la recolección de datos del tráfico -como los números telefónicos a los cuales ha llamado el sospechoso, números de tarjetas, duración de las llamadas, etc.- (§ ioo g); la observación a largo plazo del sospechoso (§ 163 f); el uso de la tarjeta identificadora de los teléfonos móviles (iMSi-catchers), los cuales permiten identificar el lugar y el número de identificación del usuario (§

ioo i); la vigilancia acústica de habitaciones privadas (§ ioo c, ioo d) y el empleo de medios técnicos (§ ioo h, ioo f). Cfr. Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 271 y ss.

{475} Nos referimos a la atención de los criterios que el legislador ha creado para la vigilancia de las telecomunicaciones (§§ ioo a, ioob Stpo), la incorporación de los agentes encubiertos (§ iioa Stpo) y la vigilancia de habitaciones privadas (§§ iooc, ioo d Stpo). Cada disposición contiene los requisitos para determinar la gravedad del delito, tanto de manera taxativa, esto es, mediante una lista de delitos que se consideran de antemano especialmente graves, como también en atención a la gravedad del hecho en el caso concreto (aplicación estricta del principio de proporcionalidad). De igual modo, deberán ser consideradas las necesidades mismas del proceso, bien sea porque la prueba contiene un carácter relevante para el establecimiento del lugar en donde se encuentra el inculcado o porque no se ha podido obtener mediante la práctica de otros medios probatorios o cuando dicha práctica es bastante difícil.

{476} BGHSt 42, 139 (145 y ss.).

{477} BGHSt 42, 139 (146, 147).

{478} BGHSt 42, 139 (146 y ss.).

{479} BGHSt 42, 139 (149).

{480} BGHSt 42, 139 (149 y ss.).

{481} BGHSt 42, 139 (150).

{482} BGHSt 42, 139 (151 y ss.).

{483} BGHSt 42, 139 (152, 153).

{484} BGHSt 42, 139 (153).

{485} BGHSt 42 139 (153, I54).

{486} BGHSt 42, 139 (155-I57).

{487} BGHSt 42, 139 (157).

{488} Cfr. Ambos. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, cit., pp. 325 y ss.; cfr. Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 155, 177 y ss.

{489} Cfr. Claus Roxin. “Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, del Puerto, 2005, pp. 421 y ss.

{490} Hassemer y Chirino Sánchez. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, cit., p. 32.

[{491}](#) Ibid., p. 107.

[{492}](#) Esa norma dispone: “*Interrogatorio a indiciado*. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado”.

[{493}](#) La norma preceptúa: “*Aceptación por el imputado*. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga”.

[{494}](#) Sobre el concepto de “tipo procesal”, cfr. Carlos Creus. *Invalidez de los actos procesales penales: Nulidad. Inadmisibilidad. Inexistencia*, 2.a ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.

[{495}](#) Ese artículo señala: “*Libertad*. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.

[{496}](#) Recuérdesse que la norma dispone: “*Actividad de policía judicial en la indagación e investigación*. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonográfica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia. Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal. Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control”.

[{497}](#) El artículo ii7, indica: “*La policía judicial*. Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el fiscal general, el vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento. La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas

constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el fiscal general de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas”.

{498} Al tenor del artículo iii, “Son funciones del Ministerio Público en la indagación, la investigación y el juzgamiento: i. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales: a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales”.

{499} El artículo 13 GG reconoce el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. El contenido de esta norma constitucional, como se conoce a partir del i.º de abril de 1998 hasta el presente, es el siguiente: (i) El domicilio es inviolable. (2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas. (3) Cuando determinados hechos justifiquen la sospecha de que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentre el inculpado, si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tendrá que ser limitada en el tiempo. La autorización deberá efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez. (4) En la defensa frente a peligros inminentes para la seguridad pública, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deberá ser solicitada de inmediato. (5) Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida podrá ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto sólo será permitida, si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tendrá que ser solicitada de inmediato. (6) El Gobierno Federal informará al Parlamento Federal anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un control judicial, según el apartado 5. Una comisión elegida por el Parlamento Federal ejercerá el control parlamentario sobre la base de este informe. Los estados federales garantizarán un control parlamentario equivalente. (7) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas, en virtud de una ley, también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro.

[{500}](#) Horst Dreier (ed.). *Grundgesetz. Kommentar*, t. I, artículos 1-19, Tübingen, 2004, artículo 13, nota al margen 12.

[{501}](#) *Ibíd.*, nota al margen 12.

[{502}](#) Reforma del 26 de marzo de 1998, vigente a partir del 1.º de abril de 1998. Sobre el origen y evolución de la reforma, véase Maunz/Dürig. *Grundgesetz. Kommentar*, München, Band II, art. 13, nota al margen 47 y ss.; Lowe/Rosenberg. *Stpo Kommentar*, 26, Berlin, 2003, § 100c, pp. 408 y ss. La redacción del artículo 13 GG anterior a la reforma contenía lo siguiente: “Artículo 13 GG: (1) El domicilio es inviolable. (2) Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas. (3) Por lo demás, las intervenciones y restricciones sólo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro”.

[{503}](#) Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 273.

[{504}](#) *BVerGE* 109, 279.

[{505}](#) Cfr. Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 273; Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 100c, nota al margen i.

[{506}](#) Cfr. Maunz/Dürig. *Grundgesetz. Kommentar*, cit., art. 13, nota al margen 34 y ss.

[{507}](#) Así, a partir de la interpretación del mismo párrafo 100c Stpo. Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 100c, nota al margen i, 13-16.

[{508}](#) Cfr. *BVerGE* 109, 279; BGHSt 46, 266; 50, 206. Véase también Lowe/Rosenberg. *stpo Kommentar*, cit., § 100c, pp. 414 y 415: De esta manera se explica que la vigilancia de las habitaciones privadas o bien el actuar secreto del Estado no están por lo tanto de antemano prohibidos por el ordenamiento jurídico. Una violación de la dignidad humana con la práctica de estas medidas se determinará respondiendo al interrogante de “si y, dado el caso, cuándo se vulnera el núcleo esencial de la configuración de la vida privada protegido absolutamente durante una vigilancia de la palabra no expresada públicamente en el domicilio”.

[{509}](#) Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 100c, nota al margen i, 13-16.; Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 273.

[{510}](#) *BVerGE* 34, 238 (245); 80, 367; 109, 279.

[{511}](#) Entre ellas, el fallo que aquí será estudiado, BGHSt 44, 138.

[{512}](#) Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 100c, nota al margen i5. Véanse también los criterios

de interpretación especiales establecidos por el Tribunal Constitucional Federal expuestos de manera ordenada en Lowe/Rosenberg. *Stpo Kommentar*, cit., § iooc, pp. 415 y ss.

[{513}](#) Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioc, nota al margen 5.

[{514}](#) Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioc, nota al margen 6: Así por ejemplo, son de especial importancia las consecuencias del hecho, el grado de protección que goza el bien jurídico y la aparición de circunstancias especiales que, por ejemplo, la vinculación fáctica con a otros delitos previstos en el catálogo del inciso 2.º o la participación del inculpaado en otros delitos.

[{515}](#) Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioc, nota al margen 7.

[{516}](#) Ídem.

[{517}](#) Ídem.

[{518}](#) Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioc, nota al margen ii.

[{519}](#) *Ibid.*, nota al margen 12.

[{520}](#) El legislador establece que en principio los lugares de negocio o de la empresa no son considerados como parte de este núcleo esencial, así como las declaraciones que se refieran a delitos cometidos, o declaraciones con las cuales se esté cometiendo un delito (inciso 4.º, oraciones 2 y 3).

[{521}](#) Por ejemplo, *BVerGE*, 109, 276.

[{522}](#) Es decir, que no solo la valoración, sino también la obtención de la prueba está proscrita.

[{523}](#) El derecho a negarse a declarar reconocido en esta norma se extiende, por ejemplo, a los abogados, agentes pastorales, los defensores del inculpaado, sicólogos, odontólogos, notarios, farmaceutas, terapeutas para niños y adolescentes, consejero para problemas de adicción a las drogas, asesor fiscal, contador juramentado, etc. Véase también Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iooc, nota al margen 22 a.

[{524}](#) Ídem.

[{525}](#) El derecho a negarse a declarar del parágrafo 52 Stpo incluye al cónyuge, prometido, compañero permanente, a los parientes en línea directa y por afinidad, a los parientes en línea colateral hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo grado.

[{526}](#) Conforme al parágrafo 53a Stpo, el derecho a negarse a declarar se extiende también al grupo de personas que trabajan como auxiliares de las personas que ostentan un deber de confidencialidad (§

[{527}](#) Stpo). Por ejemplo, los auxiliares de un abogado litigante que no tengan el título de abogado, o el equipo auxiliar del médico. Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 53a, nota al margen 4 y 5.

[{528}](#) Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iooc, nota al margen 23.

[{529}](#) Ibid., nota al margen 24.

[{530}](#) Dreier (ed.). *Grundgesetz. Kommentar*, cit., nota al margen 68.

[{531}](#) Ibid., art. 13, nota al margen 68.

[{532}](#) Ibid., art. 13, nota al margen 70.

[{533}](#) Cfr. Roxin/Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 226 y ss. A continuación se traducirá el contenido del inciso vigente anterior a la reforma: § 119, inciso 3 Stpo: “Sólo podrán ser aplicadas aquellas restricciones al detenido que sean requeridas por el fin de la detención preventiva o el orden en el centro penitenciario”. De esta forma, se entiende que las restricciones que debe soportar el detenido deben resultar de las necesidades de la detención preventiva y del mantenimiento del orden del establecimiento penitenciario. La norma debe interpretarse en concordancia con las medidas particulares que se pueden tomar durante la detención en la Ley sobre la Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y de las Medidas de Seguridad Privativas de la Libertad (*StVollZG*) y el Ordenamiento de la Ejecución de la Detención Preventiva (*UVollzO*); en el caso de estudio especialmente el numeral 27 *UVollzO*, que la vigilancia de las visitas del detenido en detención preventiva. Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § 119, nota al margen ii y ss.

[{534}](#) La norma fue modificada recientemente, con la reforma del 29 de julio del 2009, que entró en vigencia el 1.º de enero del 2010.

[{535}](#) Por ejemplo, en el inciso i, numeral 2, se establecen como medidas especiales la vigilancia de las visitas, telecomunicaciones y de la correspondencia (escrita y de paquetes) o la obligación de solicitar autorización para recibir visitas y llamadas telefónicas (inciso i, numeral), entre otras. Estas medidas deben ser aprobadas por el juez y deben ser comunicadas al detenido, inmediatamente antes de iniciar la comunicación.

[{536}](#) BGHSt 44, 138 (14o). Este concepto de “domicilio” ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal (*BVerGE* 32, 54) y es aún aplicado en la jurisprudencia más reciente acerca de la vigilancia de las habitaciones (BGHSt 50, 206). Cfr. Maunz/Dürig. *Grundgesetz. Kommentar*, cit., art. 13, nota al margen io.

[{537}](#) BGHSt 44, 138 (14o, 141).

[{538}](#) BGHSt 44, 138 (141).

[{539}](#) Esto es, teniendo en cuenta para ello la gravedad de delito, la especial relevancia que tiene el hecho en el caso concreto y la necesidad de su esclarecimiento, dado que no es posible obtenerse mediante otros métodos probatorios.

[{540}](#) Valga aclarar que los terceros no son destinatarios de la medida, como se explicó antes.

[\[541\]](#) BGHSt 44, 138 (141, 142).

[\[542\]](#) BGHSt 44, 138 (143).

[\[543\]](#) BGHSt 44, 138 (143).

[\[544\]](#) Cfr. Meyer-Gossner. *Strafprozessordnung*, cit., § iioo, nota al margen 15.

[\[545\]](#) Ibid., § iooc, nota al margen 24.

[\[546\]](#) Hassemer y Chirino. Ob. cit., p. 88.

[\[547\]](#) El asesinato (§ 211 StGB) y el homicidio (§ 212 StGB) son dos tipos penales diferentes. El primero está determinado por los elementos subjetivos del tipo, como, por ejemplo, matar con la finalidad de satisfacerse sexualmente, o por motivos bajos o codicia, de una forma atroz, o para ocultar la comisión de un delito. Por otra parte, el homicidio (§ 212 StGB) es cometido por aquel que mata, sin ser asesino, es decir, sin cumplir con los requisitos del tipo de asesinato.

[\[548\]](#) Ídem.

[\[549\]](#) Norma que regula los objetos que no pueden ser objeto de confiscación, como ocurre en el caso de los manuscritos se realicen entre los titulares del derecho a negarse a declarar.

[\[550\]](#) Este párrafo indica qué no puede ser materia de confiscación; en el inciso i.º se encuentran los mensajes entre el inculcado y las personas que conforme al § 52 ó § 53, inciso i.º, oración i.a, numerales i-3b, no estén obligadas a declarar (por ejemplo: compañero permanente, cónyuges, prometidos, abogado defensor, entre otros).

[\[551\]](#) BGHSt 44, 46 (47).

[\[552\]](#) BGHSt 44, 46 (50).

[\[553\]](#) BGHSt 44, 46 (49).

[\[554\]](#) BGHSt 44, 46 (50).

[\[555\]](#) El artículo 223 cpp señala: “*Objetos no susceptibles de registro*. No serán susceptibles de registro los siguientes objetos: i. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados. 2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar. 3. Los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. Este apartado cubre también los documentos digitales, vídeos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción. *Parágrafo*. Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliadores, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se

trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia”.

[{556}](#) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-102 del 2005, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA

[{557}](#) BGHSt 34, 70 (363).

[{558}](#) BGHSt 34, 70 (364).

[{559}](#) BGHSt 34, 70 (364).

[{560}](#) Cfr. Oscar Julián Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Nueva Jurídica, 2007, pp. 447 y ss.

[{561}](#) BVerfGE 34, 238, 246.

[{562}](#) BVerfGE 19, 325, 326.

[{563}](#) BGHSt 19, 325.

[{564}](#) BGHSt 34, 397 (401).

[{565}](#) Cfr. BVerGE 80, 367.

[{566}](#) BVerGE 80, 367 (374, 375).

[{567}](#) BVerGE 80, 367 (375).

[{568}](#) BVerGE 80, 367 (375).

[{569}](#) BVerGE 80, 367 (375).

[{570}](#) BVerGE 80, 367 (375).

[{571}](#) BVerGE 80, 367 (376 y ss.).

[{572}](#) En las anotaciones que cita el Tribunal Constitucional reconocía el querellante que tenía problemas psicológicos. A raíz de estos problemas, tenía dificultades para terminar sus estudios. Así mismo, mencionaba que tenía problemas para relacionarse con las mujeres y que esta frustración le hacía pensar en abusar sexualmente de ellas, deseo que en cualquier momento podía desatarse. Cuenta también que su problema era tratado en una clínica. No obstante, menciona que había estado a punto de cometer un acto violento contra una mujer y que piensa que lo que evitó que se ejecutara el hecho había sido un factor externo (la cercanía de una autopista transitada) y que si la víctima hubiese estado sola, lo habría podido ejecutar. BVerGE 80, 367 (368, 369).

[{573}](#) BVerGE 80, 367 (377).

[{574}](#) BVerGE 80, 367 (378).

[{575}](#) BVerGE 80, 367 (379).

[{576}](#) BVerGE 80, 367 (379).

[{577}](#) BVerGE 80, 367 (379, 380).

[{578}](#) BVerGE 80, 367 (380 y ss).

[{579}](#) BVerGE 80, 367 (381).

[{580}](#) BVerGE 80, 367 (381, 382).

[{581}](#) BVerGE 80, 367 (382).

[{582}](#) BVerGE 80, 367 (382, 383).

[{583}](#) Peter Häberle. *El contenido esencial como garantía de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

[{584}](#) M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{585}](#) Cfr. Sentencia C-187 del 2006, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{586}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del i.º de octubre del 2009, rad. n.º 32634, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{587}](#) En la Sentencia C-239 del 2012, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del parágrafo 2 del artículo 56 de la Ley 1453 del 2011, que modificó el artículo 298 del cpp en el sentido de que “la puesta a disposición de las personas capturadas durante la interdicción marítima ante el juez de control de garantías y la definición de su situación jurídica, deberá desarrollarse en el menor tiempo posible, sin que en ningún caso exceda las 36 horas siguientes a la llegada a puerto colombiano”.

[{588}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 24 de agosto del 2009, 32540, M. P.: Leonidas Bustos.

[{589}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 22 de octubre del 2011, rad. n.º 37674, M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero.

[{590}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 16 de mayo del 2007, 26310, M. P.: Sigifredü Espinosa Pérez.

[{591}](#) Sentencia del 12 de junio del 2008, expediente n.º 29904.

[{592}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 1.º de octubre del 2009, rad. n.º 326 34, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{593}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Radicación n.º 31367, 21 de mayo del 2009, M. P.: Sigifredü Espinosa Pérez.

[{594}](#) M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{595}](#) M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{596}](#) Sentencia C-024 de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; C-657 de 1996, M. P.: Fabiü Morón Díaz; C-198 de 1997, M. P.: Fabiü Morón Díaz; C-272 de 1999, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Igualmente se infiere de la Sentencia C-296 del 2002 M. P.: Marco Gerardo Münrüy Cabra, cuando la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 347 de la Ley 600 del 2000, el cual preveía la libertad del servidor público que se encuentre en situación de flagrancia, luego de su indagatoria. Al declarar la exequibilidad de la disposición, la Corte avaló la tesis de que la flagrancia supone aprehensión, pues de lo contrario no tendría sentido la puesta en libertad del servidor público. La Corte, precisamente, declaró la exequibilidad de la disposición en razón de la protección de la libertad personal que la norma prevé.

[{597}](#) Aclaración de voto a la sentencia (rad. n.º 9602) del 19 de agosto de 1997, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P.: Jorge Córdoba Püveda.

[{598}](#) M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{599}](#) M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{600}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 19 de agosto de 1997, rad. n.º 9602, M. P.: Jorge Córdoba püveda..

[{601}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M. P.: Jorge Córdoba Poveda, Sentencia del 9 de septiembre de 1993, citada en la sentencia del 19 de agosto de 1997.

[{602}](#) En la decisión 25136 del 30 de noviembre del 2006..

[{603}](#) mm. pp.: Eduardo Müntealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández.

[{604}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 21 de mayo del 2009, rad. n.º 31367, M. P.: Sigifredü Espinosa Pérez.

[{605}](#) M. P.: Álarü Tafur Galvis.

[{606}](#) M. p.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{607}](#) Se debe anotar que el inciso segundo del artículo 221 fue a su vez objeto de una declaratoria de exequibilidad condicionada, en primer lugar, “en el entendido de que el caso de los informantes el fiscal podrá eventualmente interrogarlo a fin de apreciar mejor su credibilidad” y, además, “en el entendido de que la reserva de datos del informante no vincula al juez de control de garantías”. Sentencia C-673 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas.

[{608}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-185 del 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{609}](#) M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{610}](#) M. P.: Marco Gerardo Münrüy Cabra.

[{611}](#) Ello se va a facilitar con la creación del registro único de órdenes de captura expuesto por la Ley 1453 del 2011 en los siguientes términos: “Artículo 4.º. La Ley 906 tendrá un artículo 305 A, el cual quedará así: *Artículo 305 A. Registro nacional de órdenes de captura.* Existirá un registro único nacional en el cual deberán inscribirse todas las órdenes de captura proferidas en el territorio nacional y que deberá estar disponible para las autoridades que ejerzan funciones de policía judicial y la Fiscalía General de la Nación. El gobierno reglamentará la materia”.

[{612}](#) El inciso segundo de esta norma, que regulaba lo relacionado con procedimientos de captura administrativa, fue declarado inexecutable en la Sentencia C-176 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Münrüy Cabra.

[{613}](#) M. P.: Catalina Botero Marino.

[{614}](#) Según el artículo 186 del Código Nacional de Policía, son medidas correctivas: (i) la amonestación en privado; (2) la represión en audiencia pública; (3) la expulsión de sitio público o abierto al público; (4) la promesa de buena conducta; (5) la promesa de residir en otra zona o barrio; (6) la prohibición de concurrir a determinados sitios públicos o abiertos al público; (7) la presentación periódica ante el comando de policía; (8) la retención transitoria, entre otras.

[{615}](#) Sentencia C-720 del 2007, M. P.: Catalina Botero Marino.

[{616}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-371 del 2002, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{617}](#) Corte Constitucional. Sentencias C-327 de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz; C-774 del 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; C-805 del 2002, mm. pp.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

[{618}](#) En la Sentencia C-774 del 2001 (M. P.: Rodrigo Escobar Gil), la Corte Constitucional hizo un análisis de las distintas hipótesis en que resultaba legítima la afectación de la libertad durante la investigación.

[{619}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-774 del 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{620}](#) Cfr. Henry Leonardo Murillo. “Realidad de la detención preventiva en Colombia”, en *xxxv Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 725.

[{621}](#) Jaime Bernal Cuéllar. *Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, Librería el Foro de la Justicia, 1980, p. ii.

[{622}](#) Corte suprema de Justicia, sala de Casación Civil y Agraria. io de mayo del 2000, exp. n.º 5366, M.

P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

[{623}](#) Yesid Reyes Alvarado. *La prueba indiciaria*, Bogotá, Reyes Echandía Abogados, 1989, p. 176.

[{624}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{625}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 4 de febrero del 2009, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{626}](#) Claus Roxin. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 260.

[{627}](#) M. P.: Nilson pinilla pinilla.

[{628}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1198 del 2008, M. P.: Nilson pinilla pinilla.

[{629}](#) Cfr. Sentencia T-023 de 1993, M. P.: Jaime Sanín Greffeinstein.

[{630}](#) Sobre este concepto, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 18 de septiembre del 2001, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll.

[{631}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 18 de septiembre del 2001, M. P.: Jorge Córdoba poveda. Reiterada en decisión del 15 de noviembre del 2001, M. P.: Jorge Córdoba poveda.

[{632}](#) M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{633}](#) M. P.: Nilson pinilla pinilla.

[{634}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 9 de febrero del 2009, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

[{635}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 18 de enero del 2012.

[{636}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 29 de noviembre del 2001, M. P.: Edgar Lombana Trujillo.

[{637}](#) Para los efectos puede servir de ejemplo la sentencia del 4 de mayo del 2005, M. P.: Yesid Ramírez, en la cual se dispuso revocar la medida de detención preventiva dictada al procesado conforme a las disposiciones anteriores consagradas en la Ley 600 del 2000. Se trataba de un caso de prevaricato por acción, que según el Código Penal es sancionado con una pena de prisión de 3 a 8 años. Es decir: por debajo del tope mínimo dispuesto por el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906. La Corte dijo que cuando los casos gobernados por la ley procesal nueva no se refieren a instituciones propias del nuevo modelo procesal acusatorio debe aplicarse el principio de favorabilidad. En consecuencia, revocó la medida. En el mismo sentido: sentencias del 22 de junio del 2005, M. P.: Edgar Lombana Trujillo; del 19 de julio del 2005, M. P.: Mauro Solarte portilla, y del 3 de agosto del 2005, M. P.: Edgar Lombana Trujillo. Para el caso de sistema antiguo Ley 600 y sistema acusatorio Ley 906, véase la Sentencia 2391o del 19 de julio del 2005, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{638}](#) Un muy buen ejemplo al respecto es la acertada decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, del 24 de mayo del 2011, rad. n.º 110016000102 2009 00122 oi, M. P.: Luis Fernando Ramírez.

[{639}](#) Corte Constitucional. Sentencias C-228 del 2002, mm. pp.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, y T-249 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{640}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-1267 del 2001, M. P.: Rodrigo umprimny Yepes; T-694 del 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-275 de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, y SU-1184 del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. En esta última, el accionante de la tutela fue la parte civil dentro del proceso penal, donde se presentó un conflicto de competencia en cuya decisión se incurrió en una vía de hecho. La Corte encontró que la parte civil sí estaba legitimada para interponer la tutela porque tenía un interés más allá de lo patrimonial, relacionado con los postulados de verdad y justicia. Señaló entonces lo siguiente: “Las víctimas de los hechos punibles tienen no solo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozca el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado de investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarlos. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso —legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural— se predica de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quiénes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés —derecho— legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural”.

[{641}](#) Corte Constitucional. mm. pp.: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

[{642}](#) Corte Constitucional. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{643}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. i.º de julio del 2009, M. P.: José Leonidas Bustos.

[{644}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{645}](#) “Artículo 306. Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, *los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente*. Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de

la respectiva audiencia.”

[{646}](#) M. P.: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

[{647}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1154 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{648}](#) M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{649}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. 9 de febrero del 2009, M. P.: María del Rosario González de Lemos

[{650}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{651}](#) Hernando Devis Echandía. *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Bogotá, 1976, pp. 47 y 48.

[{652}](#) La Corte ha sostenido que es posible revocar el auto que ordena la vinculación de un “imputado” al proceso (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 18 de mayo de 1989, M. P.: Guillermo Duque Ruiz, sin publicar).

[{653}](#) “Al negarla por improcedente porque la petición de revocatoria directa sólo puede proponerse una vez ejecutoriada formalmente la providencia y no en el término de que se dispone para interponer los recursos ordinarios, no cometió ningún desaguizado y menos aun acto arbitrario o de nesciencia, desusado y antiguo vocablo éste que utiliza el Tribunal para colocar como alternativa de la conducta del juez su ignorancia, en clara contradicción con el hecho de deducir mala fe suya en el obrar” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 15 de mayo de 1985, M. P.: Pedro Elías Serrano Abadía. Con salvamento de voto de Alfonso Reyes Echandía y Darío Velásquez Gaviria).

[{654}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-014 del 2001, M. P.: MarthaVictoria Sáchica de Moncaleano.

[{655}](#) Néstor Armando Novoa Velásquez sostiene una posición contraria. Afirma que si el acto es ilegal no es procedente la revocatoria, sino la nulidad (cfr. *Actos y nulidades en el Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Díké, 1994, p. 427).

[{656}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en *Gaceta Judicial*, t. xcvi, p. 113, cita de Hernando Morales Molina. *Curso de derecho procesal civil. Parte general*, Bogotá, abc, 1978, p. 280.

[{657}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-456 del 2006, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{658}](#) Sentencia T-238, del i.º de abril del 2011, M. P.: Nilson pinilla pinilla. Dijo la Corte lo siguiente: “Como motivos que sustentan la razonabilidad de esa determinación debe tenerse en cuenta que ciertamente, tal como ellos lo adujeron repetidamente durante la actuación disciplinaria así como en su demanda de tutela, las diligencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de

medida de aseguramiento son tres actos procesales diferentes, no obstante el hecho de que, como frecuentemente ocurre, todas o por lo menos varias de esas diligencias puedan tener lugar durante una misma audiencia. De igual manera, debe considerarse también que la ley procesal penal no establece entre ellas ninguna relación de simultaneidad, sucesividad ni necesidad, a partir de la cual pueda deducirse, como se hizo en el fallo disciplinario cuestionado en sede de tutela, la existencia de un ineludible deber legal respecto de la permanencia o no de la medida de aseguramiento a partir de la desaparición del acto de imputación”.

[{659}](#) Que tiene rango constitucional. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996, M. P.: Eduardo CIFUENTES Muñoz.

[{660}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-867 del 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

[{661}](#) Cfr. el artículo 2.º constitucional.

[{662}](#) Cfr. el artículo 362 de la Ley 600 del 2000.

[{663}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 5 de febrero del 2002, M. P.: Nilson pinilla pinilla.

[{664}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 21 de febrero de 1994, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 22 de noviembre de 1994; procuraduría Tercera Delegada en lo penal. Concepto del 9 de noviembre de 1993, procurador delegado: Iván González Amado.

[{665}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 7 de abril de 1994, M. P.: Jorge Carreñü Luengas. En el mismo sentido se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia el 21 de febrero de 1994, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez.

[{666}](#) Véase al respecto la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 4 de mayo del 2005, M. P.: Marina pulido de Barón. En estos casos, cuandoquiera que los hechos hayan sido cometidos estando vigente la Ley 600 del 2000, en aplicación del principio de favorabilidad y ante el silencio del artículo 46 al respecto, no es necesario que la detención domiciliaria sea garantizada con caución, sino simplemente con la suscripción del acta de garantía de cumplimiento.

[{667}](#) M. P.: Jaime Córdoba T riyiño.

[{668}](#) En la Sentencia C-964 del 2003, la Corte Constitucional condicionó esta expresión al entendido de que comprende al hombre que se encuentra en la misma situación.

[{669}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-154 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Münrüy Cabra.

[{670}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviñü.

[{671}](#) M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{672}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, rad. n.º 35943 del 22 de junio del 2011, M. P.: Julio Enrique Sücha Salamanca.

[{673}](#) Sobre la vigilancia electrónica puede consultarse la Sentencia C-185 del 2011.

[{674}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{675}](#) El artículo 13 de la Ley 1474 del 2011 introdujo el artículo 68 A al Código Penal, en donde consagró la exclusión de beneficios en los delitos contra la Administración Pública relacionados con corrupción.

[{676}](#) Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-301 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{677}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-634 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{678}](#) Refiriéndose al principio de *favor libertatis*, Hernando Londoño sostiene: “Ninguna ley procesal que se diga respetuosa de las libertades humanas podría elaborar sus principios rectores sin antes señalar clara y precisamente las oportunidades legales en que se puede hacer cesar el estado de detención preventiva. Por lo tanto, no se concebiría un procedimiento penal sin una regulación concreta sobre la excarcelación, bien como un simple beneficio, o como un derecho subjetivo del procesado. Lo contrario conduciría a que en este campo jurídico alcanzara plena realidad la amarga expresión de Carnelutti cuando dijo que la libertad es el cero del derecho” (*De la captura a la excarcelación*, 3.a ed., Bogotá, Temis, 1993, pp. 260 y ss.).

[{679}](#) Corte Suprema de Justicia. Auto del 13 de septiembre del 2000, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll.

[{680}](#) Sobre las diferencias entre detención física, detención jurídica y excarcelación, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 9 de mayo de 1999, M. P.: Dídimo Páez Velandia.

[{681}](#) Modificado por las leyes 1142 del 2007, 1453 y 1474 del 2011.

[{682}](#) El artículo 317 cpp establece que la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y sólo procederá en los siguientes casos: “[...] 2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad. 3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento”.

[{683}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 22 de agosto del 2001, M. P.: Carlos Mejía Escobar.

[{684}](#) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio del 2004.

[{685}](#) Corte Suprema de Justicia. Auto del 8 de mayo del 2001, M. P.: Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

[{686}](#) “Estimar que la inminente concesión de libertad provisional a un grupo de sindicatos que tienen derecho a ella constituye factor de perturbación del orden público quebranta el derecho a la presunción de inocencia” (Corte Constitucional. Sentencia C-300 del i.º de julio de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes

Muñoz. Con aclaración de voto de Carlos Gaviria Díaz y salvamento de voto de Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa).

[{687}](#) M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{688}](#) “Como quiera que este segundo motivo de libertad provisional guarda estrecha relación con el subrogado penal de la libertad condicional, deberá igualmente la Sala hacer varias consideraciones al respecto: [•] Este motivo de excarcelación resulta procedente en favor de aquellos procesados que hayan sido condenados a penas de arresto superiores a 3 años o a la prisión que exceda de 2 años, cuando hayan cumplido las 2/3 partes de la condena, siempre y cuando el fallo no se encuentre ejecutoriado. Si contra el procesado no se ha proferido sentencia el juez deberá hacer una tasación provisional de la pena que le pudiere corresponder en caso de condena, de acuerdo con las infracciones que se le imputen y teniendo en cuenta las circunstancias específicas del tipo penal aplicable (agravantes y atenuantes) y las genéricas previstas en los artículos 64 y 66 CP con observancia del artículo 67 *ibidem*, y finalmente el grado de participación en el delito (arts. 22 y ss.) y además el concurso de infracciones (art. 26) si se presenta, esto es, siguiendo las pautas indicadas en el artículo 61 del Código Penal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 11 de octubre de 1989, M. P.: Lisandro Martínez zúñiga).

[{689}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 14 de enero del 2000, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

[{690}](#) La buena conducta en el establecimiento carcelario debe ser demostrada. Si el funcionario no cuenta con los elementos de juicio necesarios para inferirla, debe ser negada. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 31 de julio del 2001, M. P.: Carlos Galvez Argote. En el mismo sentido, auto del 16 de agosto del 2001, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll.

[{691}](#) M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{692}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 17 de agosto de 1999, M. P.: Édgar Lombana Trujillo.

[{693}](#) Irving M. Copi y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2002.

[{694}](#) “Una analogía es pertinente para establecer la presencia de un cierto atributo [...] siempre y cuando se sostenga con respecto a otras circunstancias que lo afectan”: *Ibíd.*, p. 454. Este punto es presentado bajo consideraciones de la lógica formal y vinculado a relaciones causales. En derecho, siguiendo a Kelsen, sabemos que en el análisis normativo opera la imputación.

[{695}](#) Francisco Geny. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.

[{696}](#) Riccardo Guastini. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 22i.

[{697}](#) Numeral i, artículo 7.º del Pacto de San José.

[{698}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, rad. n.º 30363, M. P.: MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

[{699}](#) Corte Constitucional. Sala plena. Auto 226A del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{700}](#) M. P.: Jaime Araüjo Rentería.

[{701}](#) M. P.: Clara Inés Vargas .

[{702}](#) Sentencia C-187 del 2006, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{703}](#) La Corte ha sostenido que existe privación de la libertad, independientemente del lugar donde se produzca la reclusión del imputado o que simplemente sea sometido a control y vigilancia por parte de las autoridades (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 9 de mayo de 1988, M. P.: Guillermo Duque Ruiz, en Montealegre Lynett [comp.]. Ob. cit., p. 78). También la Corte ha sostenido que si el imputado es sometido a vigilancia permanente en un centro hospitalario, fáctica y jurídicamente está privado de la libertad. En consecuencia, es procedente el *habeas corpus* por vencimiento de términos para tomar indagatoria y resolver la situación jurídica (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 30 de junio de 1988, M. P.: Guillermo Duque Ruiz, *ibíd.*, pp. 102 y 103).

[{704}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-014 del 2001, M. P.: Martha Sáchica.

[{705}](#) La Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional sostiene que si la persona es capturada con violación de las garantías constitucionales o legales no es procedente proferir medidas restrictivas de la libertad, mientras no se restauren las garantías quebrantadas. Es un imperativo para el funcionario a cuya disposición se coloca el imputado realizar el control de legalidad sobre la aprehensión. Si no lo hace, y profiere medidas restrictivas de la libertad cuando la captura ha sido ilegal, la medida de aseguramiento está viciada de nulidad por afectar el debido proceso. Cfr. Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional. Resolución interlocutoria, 6 de octubre de 1992.

[{706}](#) Decisión 2681 o del 25 de enero del 2007.

[{707}](#) Esta postura se reitera en las decisiones 28288 del 6 de septiembre del 2007 y 28336 del 28 de noviembre del 2007.

[{708}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de septiembre del 2007, rad. n.º 28288, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{709}](#) Artículo 177 de la Ley 906 del 2004.

[{710}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre del 2007, rad. n.º 28836, M. P.: Javier Zapata úrtiz.

[{711}](#) Sentencia T-043 de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{712}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{713}](#) M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{714}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-194 del 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{715}](#) M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{716}](#) *Gaceta del Congreso* n.º 54o de 1999.

[{717}](#) M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{718}](#) M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{719}](#) M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{720}](#) Sentencia T-1103 del 2003, M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{721}](#) Sentencia T-1103 del 2003, M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{722}](#) Sentencia T-225 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{723}](#) Sentencia T-179 del 2003, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{724}](#) Sentencia T-043 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{725}](#) M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{726}](#) Víctor Moreno Catena et ál. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, pp. 227 y ss.

[{727}](#) Sentencia C-1086 del 2008, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{728}](#) Textualmente, esa norma señala: “*Competencia por conexidad*. Cuando deban investigarse conductas punibles conexas conocerá de ellas el funcionario de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya proferido primero apertura de instrucción”.

[{729}](#) Cfr. Roxin. *Derecho procesal penal*, cit.: “en el caso de causas penales conexas, el procedimiento posterior se rige siempre por el hecho punible más grave”.

[{730}](#) El artículo 51 preceptúa: “*Conexidad*. Al formular la acusación el fiscal podrá solicitar al juez de conocimiento que se decrete la conexidad cuándo: i. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal. 2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar. 3. Se impute a una persona la comisión de

varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros; o con ocasión o como consecuencia de otro. 4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra. *Parágrafo*. La defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales anteriores”.

[{731}](#) Cfr. en detalle sobre la autoría y la participación en el funcionalismo Eduardo Montealegre Lynett y Jorge Fernando Perdomo Torres. *Funcionalismo y normativismo penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

[{732}](#) Claus Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.a ed., Berlín, 1990.

[{733}](#) Javier Sánchez-Vera. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

[{734}](#) Al respecto, Miguel Córdoba Angulo. “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 71 y ss., 75 y ss.

[{735}](#) Cfr. Günther Jakobs. “Intervención delictiva”, en *Derecho penal y sociedad*, t. ii, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 11 y ss.

[{736}](#) Cfr. muy profundamente al respecto: Alex van Weezel. “Coautoría en delitos de organización”, en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. ii, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 278 y ss.

[{737}](#) Al respecto, Montealegre Lynett y Perdomo Torres. *Funcionalismo y normativismo penal*, cit., pp. 77 y ss.

[{738}](#) Córdoba Angulo. “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, cit., pp. 71 y ss.

[{739}](#) El artículo 52 dispone: “*Competenciapor conexidad*. Cuando deban juzgarse delitos conexos conocerá de ellos el juez de mayor jerarquía de acuerdo con la competencia por razón del fuero legal o la naturaleza del asunto; si corresponden a la misma jerarquía será factor de competencia el territorio, en forma excluyente y preferente, en el siguiente orden: donde se haya cometido el delito más grave; donde se haya realizado el mayor número de delitos; donde se haya producido la primera aprehensión o donde se haya formulado primero la imputación. Cuando se trate de conexidad entre delitos de competencia del juez penal de circuito especializado y cualquier otro funcionario judicial corresponderá el juzgamiento a aquel”.

[{740}](#) Sobre el concurso de hechos punibles, cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-133 del 3 de marzo de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{741}](#) Sentencia del 5 de diciembre del 2007, rad. n.º 25931.

[{742}](#) Artículos 88 del Decreto 2700 de 1991, 89 de la Ley 600 del 2000 y 50 de la Ley 906 del 2004.

[{743}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casación del 12 de noviembre de 1986, M. P.: Jorge Carreño Luengas.

[{744}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Auto del 24 de marzo de 1987, M. P.: Lisandro Martínez Zúñiga.

[{745}](#) Auto del 29 de marzo de 1987, M. P.: Lisandro Martínez Zúñiga. La Corte sostiene en la actualidad que el juez puede investigar conjuntamente varios hechos punibles, cuando se presente el fenómeno de la conexidad formal por unidad de denuncia e identidad de imputados (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 30 de mayo de 1988, M. P: Dídimo Páez Velandia, en Montealegre Lynett [comp.]. Ob. cit., p. 61). Criterio que reiteró al sostener que, “en tratándose de la conexidad procesal, el lazo que une los punibles, si bien debe tener importancia jurídica para los fines del proceso, no siempre ha de ser sustancial, ya que la necesidad de unirlos por esta vía, más que el concepto del elemento común, es el de la conveniencia, que apunta a concretar el resultado de la investigación; en otras palabras: los fines de la justicia hacen conveniente que se conozcan en un solo proceso” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de mayo de 1989, M. P: Rodolfo Mantilla Jácome). También ha mantenido la Corte la existencia de conexidad por la comunidad del medio probatorio (cfr. Sala de Casación Penal. Auto del 12 de febrero de 1992, M. P: Jorge Carreño Luengas).

[{746}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de marzo de 1994, M. P: Jorge E. Córdoba Poveda.

[{747}](#) ICTY-95-14. *Blakic Judgement*, 3 de marzo del 2000.

[{748}](#) Para todo el trazado jurisprudencial de los tribunales *ad hoc*. Véase Margalida Capellai Roig. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*, Valencia, 2005.

[{749}](#) *icc-01/05-01/08*.

[{750}](#) *icc-01/05-01/08*, 15 de junio del 2009, párr. 74.

[{751}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 16 de abril del 2009, rad. n.º 31115, M. P.: José Leónidas Bustos

[{752}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1092 del 2003, M. P.: Alvaro Tafur Galvis. En el mismo sentido, Sentencia C-309 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{753}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala penal. Casación del 14 de diciembre de 1976, M. P.: Jesús Bernal pinzón.

[{754}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Véase también la

Sentencia C-136 de 1996.

[{755}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, 25 de mayo del 2006, rad. n.º 21923, M. P.: Alvaro orlando pérez pinzón.

[{756}](#) En esta misma línea, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que *se rompe la unidad procesal* cuando uno de los copartícipes debe ser investigado por el Congreso de la República. Textualmente dijo: “Encuentra la Corte que no asiste razón al actor en el cargo formulado contra el artículo 85 del Decreto 050 de 1987, en atención a que, como se advierte, éste se dirige a regular los casos sometidos a la jurisdicción ordinaria, en los que debe existir unidad del proceso por razones de conexidad y en los que figure como procesado alguna persona sometida al fuero, y no a otros, en los que procede la actuación de una jurisdicción especial, como la que se surte en la Cámara de Representantes y en el Senado de la República y en todos los demás casos en que existe fuero constitucional, como, por ejemplo, en el artículo 17o de la Carta (art. 174 actual C. N.) [...] Empero, como se ha visto, no pasa por alto la Corte que en el caso de extender a los sujetos desprovistos de altas dignidades e investiduras de Presidente, magistrado, procurador o ministro, las competencias de las cámaras legislativas en materia de juicio político y disciplinario, previstas en forma excepcional o especial por la Carta para salvaguardar dichas dignidades, se incurriría en violación de las reglas contenidas en el artículo 26 de la Constitución (art. 29 actual C. N.) y se estaría entregando al Senado de la República y a la Cámara de Representantes competencias jurisdiccionales cuya atribución no encuentra respaldo en la Constitución” (sentencia de constitucionalidad del 22 de junio de 1989, M. P.: Fabio Morón Díaz).

[{757}](#) Auto de única instancia del 25 de julio del 2002, rad. n.º 12.339, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

[{758}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casación del 14 de febrero de 1984, M. P.: Luis Enrique Aldana Rozo.

[{759}](#) La Corte ha sostenido que cuando se compulsan copias en contra de un funcionario, por ese solo hecho no se descalifica su conducta. Tampoco implica imposición de criterios a la persona encargada de pronunciarse sobre el punto (cfr. Sala penal. Auto del 6 de mayo de 1988, M. P.: Guillermo Dávila Muñoz). También ha dicho que cuando se compulsan copias en contra de alguien por presuntas violaciones a la ley penal no es necesario que se especifique el tipo penal infringido: “[p]ara cumplir con este imperativo legal basta la posibilidad de que se haya vulnerado la ley penal, y para ello sólo se requiere la apreciación objetiva de los hechos, y no la compleja valoración determinativa de la exacta adecuación típica de la conducta o la convicción de responsabilidad de su autor o su exclusión por la vía de la antijuridicidad o la culpabilidad, pues esta es privativa del juez de conocimiento o de instrucción, según el caso” (Sala de Casación penal. Auto del 20 de abril de 1989, M. P.: Lisandro Martínez z  niga).

[{760}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, rad. n.º 32899, 24 de febrero del 2010, M. P.: José Leonidas Bustos.

[{761}](#) Sentencia 29179 del 2008, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

[{762}](#) Cfr. Corte Constitucional. Auto del 2 de abril del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{763}](#) Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de agosto del 2008, M. P.: José Leonidas Bustos.

[{764}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casaciones del 25 de mayo de 1992, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez; 26 de julio de 1993, M. P.: Jorge Enrique Valencia; y 16 de febrero de 1994, M. P.: Jorge Carreño Luengas.

[{765}](#) El rompimiento de la unidad procesal no constituye causal de nulidad, siempre que no afecte derechos fundamentales (arts. 88, inc. 2.º y 308 cpp); cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casación del 21 de junio del 2001, M. P.: Hermán Galán Castellanos.

[{766}](#) La Corte sostiene actualmente que la falta de vinculación al proceso de partícipes conocidos no genera nulidad: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casaciones del 12 de septiembre de 1991, M. P.: Dídimo páez Velandia; 10 de agosto de 1992, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez; 6 de julio de 1993, M. P.: Ricardo Calvete Rangel; 2 de noviembre de 1993, M. P.: Jorge Carreño Luengas; y 7 de julio de 1994, M. P.: Jorge Carreño Luengas.

[{767}](#) Sobre la no vinculación al proceso de copartícipes conocidos ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “La validez del proceso (aunque en el fondo lo atendible del reproche es la afectación del derecho de defensa) no se compromete ni decae porque no se haya incorporado al mismo a otra u otras personas como posibles sindicadas de hechos diferentes aunque relacionados con la conducta principalmente juzgada. Ya la doctrina, en alegaciones de esta naturaleza, tiene por unánime respuesta el que para prosperar un cargo de estas características, tiene que incidir ostensiblemente en un fenómeno de facilitamiento de la condena o en la indubitable negación de vitales factores de defensa” (sentencia de casación del 16 de noviembre de 1989, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez). En ese sentido se pronunció luego ese mismo tribunal: “En materia penal la responsabilidad es individual, de manera que la no vinculación a un proceso de una persona que bien pudiera estar comprometida en un ilícito por el cual se juzga a otras igualmente comprometidas no cambia la situación de éstas, ni altera la legalidad del trámite que se imparte a la actuación. La unidad del proceso no es premisa invariable en la medida en que sea dable individualizar la responsabilidad, previa la tipificación de los hechos que motivan una investigación, y no conservarla no controvierte la garantía constitucional que echa de menos el casacionista, ni ninguna otra, más aún si se tiene en cuenta que la persona que se supone en la demanda afectada con la conducta del no investigado bien pudo promover la investigación para evitar la impunidad, de considerar que ella se dio [...] Este punto que ya había sido definido claramente por la jurisprudencia de la Corte, se hace más claro ahora a la luz del artículo 14 del actual cpp, que en su última parte dice textualmente que la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad, siempre que no afecte el derecho de defensa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casación del 29 de marzo de 1990, M. P.: Jaime Giraldo Ángel).

[{768}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Casación del 13 de abril de 1984, M. P.: Dante L. Fiorillo porras, con salvamento de voto de Luis Enrique Aldana Rozo, Álvaro Luna Gómez, Fabio Calderón Botero y Alfonso Reyes Echandía.

[{769}](#) Cfr. Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortés Domínguez. *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 1999, pp. 565 a 573.

[{770}](#) *Ibíd.*, p. 569.

[{771}](#) Cfr. Ellen Schlüchter. *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 98. El § 170 stpo relativo al archivo establece: “Si las investigaciones ofrecieran suficientes motivos para el ejercicio de la acción pública, la ejercerá la Fiscalía, por medio de la presentación del escrito de acusación ante el tribunal competente. En otro caso archivará la Fiscalía el proceso. Pondrá en conocimiento del inculpado ello, si hubiera sido interrogado en cuanto tal, o hubiera sido decretada contra él una orden de prisión; mismo registrará cuando él hubiera pedido la comunicación de la decisión, o tuviera visiblemente un interés especial en la puesta en conocimiento”.

[{771}](#) Consagrada en el § 172 stpo, Ordenanza Procesal Penal alemana.

[{772}](#) Consagrada en el § 172 stpo, Ordenanza Procesal Penal alemana.

[{773}](#) Recordamos que la Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas, declaró la inexequibilidad de la expresión “a partir de la formulación de la imputación” del artículo 331 cpp.

[{774}](#) Así por ejemplo, según la legislación italiana, en la audiencia preliminar a la apertura de juicio oral el juez del conocimiento tiene la potestad de dictar la llamada “sentencia de archivo” o el decreto de apertura del juicio oral. Sus facultades van hasta la posibilidad de decretar actuaciones de investigación complementarias y conformar toda la documentación para el mejor desarrollo del juicio oral. En el mismo sentido se puede observar el § i99 de la Ordenanza Procesal Penal alemana y otras que consagran el rechazo de la apertura por carencia de sospecha suficiente o los archivos provisionales por ausencia del imputado para juicio.

[{775}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Auto del 15 de julio del 2008, expediente n.º 29.994, M. P.: José Leonidas Bustos..

[{776}](#) Auto del 26 de enero del 2009, rad. n.º 30847.

[{777}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de febrero del 2010, proceso n.º 31767, M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

[{778}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{779}](#) Esto de conformidad con la Sentencia C-806 del 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

[{780}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de mayo del 2007, proceso n.º 26310, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{781}](#) Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas.

[{782}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-920, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{783}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{784}](#) Sentencia C-920 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{785}](#) En este sentido, en la Sentencia C-920 del 2007 la Corte Constitucional precisó: “Durante la fase de juzgamiento, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado. La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad. En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado”.

[{786}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio del 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{787}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 15 de febrero del 2010, expediente n.º 31767, M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés.

[{788}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de abril del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{789}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3 de mayo del 2007, M. P.: Mauro Solarte Portilla; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 8 de julio del 2007, M. P.: Alvaro orlando Pérez Pinzón.

[{790}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{791}](#) Sentencia C-920 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{792}](#) M. P.: María Victoria Calle Correa.

[{793}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, i.º de julio del 2009, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{794}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de junio del 2009, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{795}](#) Sentencia C-806 del 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

[{796}](#) En detalle, cfr. Castro Ospina. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, cit., pp. 45 y ss.

[{797}](#) Juan Luis Gómez Colomer. *El Tribunal Penal Internacional: investigación y acusación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 25 y ss.

[{798}](#) En este sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30 de marzo del 2006, M. P.: Edgar Lombana T rujillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero del 2007, M. P.: Marina Pulido de Barón; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de marzo del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{799}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit., pp. 20 y ss.

[{800}](#) Ellen Schulüchter. *Derecho procesal penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, pp. 98 y ss.

[{801}](#) JosE i. Cafferata ñores. *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, p. 137.

[{802}](#) Al respecto, José Joaquín urbano Martínez. *La nueva estructura probatoria del proceso penal*, Nueva Jurídica, 2011, pp. 233 y ss.

[{803}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29 de julio del 2008, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{804}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de febrero del 2007, M. P.: Javier de Jesús Zapata Ortiz.

[{805}](#) Ídem.

[{806}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero del 2007, M. P.: Marina Pulido de Barón, Sigifredo Espinosa Pérez -con aclaración de voto-, Alfredo Gómez Quintero -salvamento de voto-, Mauro Solarte Portilla -salvamento de voto-, Yesid Ramírez Bastidas -salvamento parcial de voto.

[{807}](#) Ídem.

[{808}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{809}](#) M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{810}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ii de abril del 2007, M. P.: Jorge Luis Quin tero Milanés.

[{811}](#) Ídem.

[{812}](#) Sobre el tema, cfr. José Joaquín urbano Martínez. *El control de la acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el Estado constitucional de derecho* (en imprenta).

[{813}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de febrero del 2007, M. P.: Marina Pulido de Barón.

[{814}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio del 2008, M. P.: José Leónidas Bustos.

[{815}](#) *Gaceta del Congreso* n.º 134, del 26 de abril del 2002, p. 4.

[{816}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio del 2008, M. P.: Leónidas Bustos Martínez.

[{817}](#) Enrique del Río González. “Aspectos controversiales de la audiencia preparatoria en el marco de la Ley 906 del 2004”, en *xxxiiu Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 763.

[{818}](#) Cfr. Carlos Felipe Sánchez Lugo. “Audiencia preparatoria”, en *El proceso penal acusatorio colombiano. Las audiencias en el juicio oral*, Bogotá, Andrés Morales, 2005, pp. 253 y ss.

[{819}](#) Al respecto, Whanda Fernández León. *Procedimiento penal acusatorio y oral*, Bogotá, Librería del Profesional, 2006, pp. 35 y ss.

[{820}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 25 de abril del 2007, expediente n.º 26381, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{821}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1194 del 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{822}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de febrero del 2007, rad. n.º 25920, M. P.: Javier zapata.

[{823}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de diciembre del 2011, rad. n.º 37596, M. P.: José Luis Barceló Camacho.

[{824}](#) Esta interpretación es la que asume la Corte Suprema de Justicia al sostener: “Se dijo, entonces, que cuando ya las partes conocen qué es lo pretendido introducir en el juicio como prueba por su contraparte, conforme lo ocurrido en el momento de la enunciación, es factible llegar a acuerdos respecto de los hechos y la forma de probarlos, con el claro cometido de evitar juicios farragosos con una práctica probatoria inane o reiterativa que atenta contra los principios de eficiencia y celeridad propios de la sistemática acusatoria. En este punto, la Corte quiso relevar, acorde con lo dispuesto en el parágrafo del ordinal 4.º del artículo 356 de la Ley 906 del 2004, que lo estipulado u objeto de estipulación por las partes, no es una determinada prueba, o mejor, elemento material probatorio, evidencia física o informe, sino un hecho concreto, razón

por la cual asoma impropio significar estipulados aspectos tales como el contenido de un registro de audio o una certificación, en tanto, lo que se busca con este mecanismo es dar por probado algo -hechos o sus circunstancias, como relaciona la norma- propio del objeto del debate, que se sustenta, es necesario resaltarlo, con uno o varios medios de prueba, para efectos de que no se haga necesario demostrar ese tópico. Y si ello es así, esto es, que se estipuló probado un determinado hecho o circunstancia, desde luego que asoma improcedente solicitar o aceptar la práctica de pruebas que tiendan a demostrar o desvirtuar ese aspecto. No es entonces, para clarificar con un ejemplo, que si las partes dan por demostrada la causa violenta de la muerte con arma de fuego e incluso el tipo de artefacto utilizado para el efecto, se estipule el informe de necropsia o la diligencia de inspección judicial del cadáver, o el informe de hoplología, sino el hecho concreto, vale decir, que el occiso pereció consecuencia de dos disparos infligidos con un arma de fuego del calibre .38 recogida en el lugar de los hechos, y ello se sustenta con los informes en cuestión, que para el efecto se anexan a la estipulación introducida como prueba en la audiencia del juicio oral. No es posible, por ese motivo, que se soliciten o admitan pruebas, en el momento subsecuente de la audiencia preparatoria, encaminadas a demostrar o desvirtuar ese punto, que ya se entiende demostrado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto del 2007, rad. n.º 27962, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{825}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril del 2007, rad. n.º 26381, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{826}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-454 del 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{827}](#) Ídem.

[{828}](#) El artículo 374 dispone: “*Oportunidad de pruebas*. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público”.

[{829}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 26 de octubre del 2007, proceso 27608, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{830}](#) En detalle, Fernández León. *Procedimiento penal acusatorio y oral*, cit., pp. 58 y ss.

[{831}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{832}](#) Al respecto, concluyeron los magistrados lo siguiente: “La audiencia pública, en todos los elementos que la componen, como es el caso del acceso a ella del público o de los medios, no constituye parte integrante del núcleo esencial del debido proceso: existen elementos que la estructuran que pueden ser eventualmente restringidos. Exclusión que no se predica en relación con los procesados. Respecto de ellos, los principios que se articulan en la audiencia pública y que poseen un marco de referencia constitucional, se ligan al núcleo esencial del debido proceso. Es pues posible restringir algunos aspectos de la publicidad del juicio, y por consiguiente limitar el alcance de la audiencia en aquello que no afecte el núcleo esencial

del debido proceso en relación con el sindicado”.

[{833}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{834}](#) La Corte Suprema ha definido este principio en los siguientes términos: “El principio de contradicción ofrece la oportunidad procesal de ejercer el contradictorio de las pruebas que se presenten, con claro desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política y del llamado bloque de constitucionalidad, participando en el proceso de producción y aducción de las pruebas que desfilan en el debate oral” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del ii de abril del 2007, proceso n.º 26128, M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés). Cfr. igualmente Gerardo Barbosa Castillo. “El principio de concentración en el proceso penal de tendencia acusatoria”, en *xxxiii Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 627.

[{835}](#) Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de diciembre del 2011, M. P.: José Luis Barceló, rad. n.º 37.596.

[{836}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-069 del 2009, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{837}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 25007 del 13 de septiembre del 2006, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{838}](#) *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Módulo iv para Defensores Públicos, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2008, p. 18.

[{839}](#) No olvidemos que al tenor de lo dispuesto en el artículo 284 cpp la prueba anticipada se practica ante el juez de control de garantías, durante la investigación y hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio oral.

[{840}](#) La Ley 1474 del 2011 en su artículo 37 complementa el artículo 284 del estatuto procesal, referido a la prueba anticipada, con un párrafo cuarto en los siguientes términos: “En las investigaciones que versen sobre delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos contra la administración pública y por delitos contra el patrimonio económico que recaigan sobre bienes del Estado respecto de los cuales proceda la detención preventiva, será posible practicar como prueba anticipada el testimonio de quien haya recibido amenazas contra su vida o la de su familia por razón de los hechos que conoce; así mismo, procederá la práctica de dicha prueba anticipada cuando contra el testigo curse un trámite de extradición en el cual se hubiere rendido concepto favorable por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La prueba deberá practicarse antes de que quede en firme la decisión del Presidente de la República de conceder la extradición”.

[{841}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 17 de septiembre del 2012, ref. 36784.

[{842}](#) *La prueba en el sistema penal acusatorio colombiano*, Módulo iv para Defensores Públicos, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2008, p. 18.

[\[843\]](#) Ibíd., p. 17.

[\[844\]](#) Corte Suprema de Justicia. Decisión del 12 de diciembre del 2012, rad. n.º 38512, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

[\[845\]](#) Al respecto, en detalle, Castro Qspina. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, cit., pp. 143 y ss.

[\[846\]](#) María Isabel Velayos Martínez. *El testigo de referencia en el proceso penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 126.

[\[847\]](#) Por ejemplo, la que ofrecen las Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Regla 60(c). *Prueba de referencia*. “Prueba de referencia” es una declaración aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.

[\[848\]](#) Guerrero Peralta. *La prueba de referencia. Institutos probatorios del nuevo proceso penal*, Nueva Jurídica, 2008.

[\[849\]](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación 24468 del 30 de marzo del 2006. También 26089 del 2 de noviembre del 2006.

[\[850\]](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación 27477 del 6 de marzo del 2008.

[\[851\]](#) Corte Constitucional. Sentencia C-782 del 2005, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[\[852\]](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 4 de febrero del 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[\[853\]](#) Sobre la absolución perentoria, cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto, rad. n.º 34848, M. P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán, 31 de agosto del 2011. De igual forma, la Corte Constitucional se pronunció recientemente sobre el tema en la Sentencia C-651 del 2011, especialmente en relación con el tema de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación integral.

[\[854\]](#) Jesús Antonio Marín Ramírez. “Relación vinculante entre el sentido del fallo y la sentencia en el sistema oral acusatorio colombiano”, en *xxxxrn Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 669.

[\[855\]](#) La incongruencia entre la acusación y la sentencia “puede ser absoluta o relativa. La primera se presenta cuando se formula un cargo por un delito determinado, el acusado se defiende de éste y es condenado o absuelto por un tipo penal diferente. La segunda forma de quebranto tiene lugar cuando, si bien la sentencia se profiere por el delito imputado al procesado en el auto enjuiciatorio, el juzgador, bien por exceso o por defecto, deduce circunstancias específicas de agravación o atenuación, o deduce cargos no contemplados en la resolución acusatoria y que no se probaron en la causa” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de julio de 1994, M. P.: Jorge Carreño Luengas).

[\[856\]](#) Sobre el principio de congruencia, cfr. la sentencia de casación de radicación n.º 35293, M. P.: María

del Rosario González de Lemos, 7 de septiembre del 2011.

[{857}](#) Giuseppe Bettiol. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 260 y ss.

[{858}](#) Francisco Soto Nieto. *Correlación entre acusación y sentencia* (Temas procesales), Madrid, Montecorvo,

[{859}](#) *Ibíd.*, p. 20.

[{860}](#) *Ibíd.*, p. 21. También, Antonio Cancino y Jorge Humberto Gómez. *La calificación y el juicio*, Bogotá, 1988, pp. 52 y ss.

[{861}](#) “En relación con la concordancia entre la resolución acusatoria y la sentencia, la Corte ha insistido en rescatar la importancia capital de la resolución de acusación, que significa la concreción de los cargos que el Estado jurisdiccional hace al procesado, siendo reiterada la jurisprudencia de la Sala en torno a la necesidad de precisar con claridad y nitidez el cargo o los cargos que se le formulen al sujeto imputado, y que salvo variaciones constatadas en la etapa probatoria del juicio o en el debate público deben entenderse inmutables (casación del 21 de febrero de 1986, M. P.: Rodolfo Mantilla Jácome) [...] Y en cuanto a la resolución de acusación se ha insistido también en que tal auto debe entenderse como un todo dinámico y coherente en sus partes motiva y resolutive, y la consonancia de la sentencia con él debe establecerse en su integridad y no únicamente con la parte resolutive del mencionado auto” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 31 de enero de 1990, M. P.: Rodolfo Mantilla Jácome).

[{862}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24 de marzo de 1987, M. P.: Lisandro Martínez Zúñiga.

[{863}](#) *Ídem.*

[{864}](#) Juan Luis Gómez Colomer. *Derecho jurisdiccional, Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 271.

271. *Ídem.*

[{866}](#) Maier. *Derecho procesal penal*, cit., p. 569.

[{867}](#) Sentencia C-209 del 2007, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{868}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{869}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-873 del 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{870}](#) Cfr. Marín Ramírez. “Relación vinculante entre el sentido del fallo y la sentencia en el sistema oral acusatorio colombiano”, cit., p. 669. Igualmente, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre del 2007, rad. n.º 27336, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{871}](#) Esa tesis se mantiene actualmente, reiterando lo expresado en sentencia del 9 de junio del 2004, expediente n.º 20134, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

[{872}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de junio del 2004, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

[{873}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de noviembre del 2005, M. P.: Mauro Solarte Portilla.

[{874}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero del 2007, M. P.: Marina Pulido de Barón.

[{875}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de marzo del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{876}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de julio del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{877}](#) Ídem.

[{878}](#) Sobre el papel del juez respecto del problema de la congruencia entre acusación y sentencia, la Corte Suprema aseveró: “Esto es así porque la congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder; dicho en forma simple: el juez solamente puede declarar la responsabilidad del acusado atendiendo los limitados y precisos términos que *de factum* y *de iure* le formula la Fiscalía, con lo cual le queda vedado ir más allá de los temas sobre los cuales gira la acusación. La

congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora; y, así mismo (ii) la acusación debe ser completa desde el punto de vista jurídico (la que, en aras de la precisión, se extiende hasta el alegato final en el juicio oral), con lo cual se quiere significar que ella debe contener de manera expresa las normas que ameritan la comparecencia ante la justicia de una persona, bien en la audiencia de imputación o bien en los momentos de la acusación, de modo que en tales momentos la Fiscalía debe precisar los artículos del Código Penal en los que encajan los hechos narrados, tarea que debe hacerse con el debido cuidado para que de manera expresa se indiquen el o los delitos cometidos y las circunstancias específicas y genéricas que inciden en la punibilidad”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 31 de julio del 2009, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{879}](#) Así lo entiende la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia cuando afirma: “Las referidas inconsistencias entre la acusación, el anuncio del sentido del fallo y las sentencias proferidas en las instancias permite verificar que no solo los falladores variaron la tipicidad estricta de la conducta por la cual se acusó a ... sino que, contrario a lo expuesto por el fiscal delegado al intervenir como no recurrente en la audiencia de sustentación del recurso de casación, también aquellos mutaron el núcleo básico fáctico de la misma, pues evidente resulta que el comportamiento de vender es sustancialmente diverso al de adquirir o conservar y dista objetivamente del de alquilar. Un tal proceder, además de violar el derecho al debido proceso [...] creó precisamente incertidumbre en la defensa, amén de que se la sorprendió, pues luego de trazar su estrategia respecto de un verbo rector definido durante todo el diligenciamiento por la Fiscalía, el sentido del fallo, así como las sentencias de primera y segunda instancia se apartaron de aquél y atribuyeron responsabilidad penal a la inculpada por un comportamiento diverso, el cual, como ya se advirtió, no se encuentra en el numeral 1 del artículo 271 de la Ley 599 del 2000 modificado por el artículo 2.º de la 1032 del 2006, sino en el numeral 3 de dicho precepto, razón de más para advertir que desde el momento en que se anunció el sentido del fallo se quebrantó el principio de congruencia entre acusación y sentencia. En punto de la corrección del yerro denunciado por la defensa y constatado por la Sala, sin dificultad se encuentra que no es procedente acceder a la solicitud de fallo absolutorio formulada por el casacionista, pues en casos como el de la especie es claro que se impone invalidar la actuación a partir de cuando se produjo la falencia, todo

[{880}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-1260 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{881}](#) Sentencia del 20 de octubre del 2005, proceso n.º 24026, M. P.: Mauro Solarte Portilla.

[{882}](#) Sentencia del 15 de julio del 2008, proceso n.º 28872, M. P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán.

[{883}](#) Sentencia C-1195 del 2005, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{884}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-091 del 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{885}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-396 del 2007, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{886}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de marzo del 2006, M. P.: Javier Zapata Ortiz.

[{887}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30 de noviembre del 2006, M. P.: Mauro Solarte Portilla.

[{888}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{889}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de octubre del 2005, M. P.: Mauro Solarte Portilla.

[{890}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de febrero del 2007, M. P.: Marina Pulido de Barón.

[{891}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de junio del 2009, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{892}](#) La Corte Constitucional en la Sentencia C-645 del 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla, condicionó la rebaja de una cuarta parte en el entendido de que “la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir preacuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos”..

[{893}](#) Sentencia C-645 del 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{894}](#) Luis Camilo Osorio Isaza y Gustavo Morales Marín. *Proceso penal acusatorio, ensayos y actas*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2004, p. 608.

[{895}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{896}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29 de junio del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán. En esta sentencia se ratifica, en sede de casación, lo dicho por ese tribunal en el proceso T- 24868. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, i .º de noviembre del 2007, M. P.: Javier Zapata Ortiz; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, 4 de mayo del 2006, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de febrero del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{897}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29 de junio del 2008, mm. pp.: Alfredo Gómez Quintero y María del Rosario González de Lemos.

[{898}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de septiembre del 2008, M. P.: Sigifredo

Espinosa Pérez.

[{899}](#) Cfr. Sentencia C-645 del 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{900}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de septiembre del 2011, rad. n.º 36502.

[{901}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de septiembre del 2011, rad. n.º 36502.

[{902}](#) M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

[{903}](#) Cfr. Sentencia C-645 del 2012, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla..

[{904}](#) Algunos de los estudios de derecho comparado sobre este tópico más importantes son: Silvia Barona Vilar. *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994; Nicolás Rodríguez García. *La justicia penal negociada*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1997. En nuestro medio puede consultarse el juicioso trabajo de Guerrero Peralta. *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998.

[{905}](#) Justamente la crítica sobre este punto ha conducido a un sector de la doctrina a emparentar tales acuerdos con la tortura, como, por ejemplo, Langbein John. “*Plea Bargaining* y la tortura”, en Maier/Bovino (comps.). *El proceso abreviado*, Buenos Aires, del Puerto, 2000, p. 3.

[{906}](#) Para una comprensión de los requisitos del sometimiento remitimos a la lectura de la regla ii de las reglas federales de procedimiento penal, en Guerrero Peralta. Ob. cit., pp. 168-174.

[{907}](#) Es famosa a este respecto la decisión del llamado caso Turner en Inglaterra, que puede consultarse en los trabajos de Baldwin y McConville. “*Plea bargaining and Plea negotiation in England*”, en *Law and Society Review*, vol. 13, n.º 2, 1979, p. 287.

[{908}](#) Incluso en Colombia se reconoce la figura de sentencia anticipada como una de las modalidades del “procedimiento abreviado” o terminación anticipada, aunque estaba más cercana a tal concepto la antigua figura conocida como audiencia especial.

[{909}](#) Todas las críticas a este respecto pueden consultarse en Bernard Schünemann. “¿Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n.º 8, Madrid, 1991.

[{910}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{911}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de septiembre del 2007, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{912}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 8 de julio del 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{913}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 27 de octubre del 2008, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{914}](#) Sentencia C-1260 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{915}](#) La jurisprudencia de la Corte Suprema confirma esta apreciación, al afirmar: “El preacuerdo, para hacer referencia únicamente a la situación planteada en la demanda, tiene como objeto fijar ‘los términos de la imputación’ (artículo 35o ídem), lo cual implica la admisibilidad por parte del imputado, en forma libre, consciente, espontánea y voluntaria, de situaciones que, además de gozar de amparo legal y constitucional, cuentan con un mínimo de respaldo probatorio, por lo que el acuerdo debe determinar sin duda alguna la imputación fáctica y jurídica por la que se ha de proferir condena. En consecuencia, deben ser objeto de convenio, habida consideración de los elementos de prueba y evidencias recaudadas, entre otros aspectos, el grado de participación, la lesión no justificada a un bien jurídico tutelado, una específica modalidad delictiva respecto de la conducta ejecutada, su forma de culpabilidad y las situaciones que para el caso den lugar a una pena menor, la sanción a imponer, los excesos en las causales de ausencia de responsabilidad a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 32 del C.P., los errores a que se refieren los numerales 10 y 12 de la citada disposición, las circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (artículo 56), la ira o intenso dolor (artículo 57), la comunicabilidad de circunstancias (artículo 62), la eliminación de causales genéricas o específicas de agravación y conductas posdelictuales con incidencia en los extremos punitivos, pues todas estas situaciones conllevan circunstancias de modo, tiempo y lugar que demarcan los hechos por los cuales se atribuye jurídicamente responsabilidad penal y por ende fijan para el procesado la imputación fáctica y jurídica”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 10 de mayo del 2006, M. P.: Javier Zapata Ortiz.

[{916}](#) En este sentido, puede consultarse la sentencia del 12 de septiembre del 2007, proceso n.º 27759, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{917}](#) Al respecto puede verse la sentencia del 27 de octubre del 2008, proceso n.º 29979, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{918}](#) Ídem.

[{919}](#) Sentencia T-091 del 2006, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{920}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 14 de marzo del 2006, M. P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

[{921}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 14 de marzo del 2006, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{922}](#) Sentencia del ii de junio del 2006, proceso n.º 24764, M. P.: Sigifredo Espinosa.

[{923}](#) Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de febrero del 2013, acta n.º 029, M. P.: José Luis Barceló Camacho.

[{924}](#) Muy completo al respecto Alberto Suárez Sánchez. *El debido proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

[{925}](#) Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 34: “Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar [...] el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”. En el sistema interamericano es indiscutible la garantía de este derecho: “[...] [P] ara que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales [o procesales], es preciso que en él se observen todos los requisitos que ‘sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho’ (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio del 2005, serie C n.º 125, párr. 108; Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia del 25 de noviembre del 2004, serie C n.º 119, párr. 132; Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio del 2004, serie C n.º 107, párr. 147; Caso Maritza Urrutia. Sentencia del 27 de noviembre del 2003, serie C n.º 103, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang. Sentencia del 25 de noviembre del 2003, serie C n.º ioi, párr. 202; en igual sentido, cidh. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-io/ 89 del 14 de julio de 1989, serie A n.º io, párr. 25; cidh. Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A n.º 9, párr. 25; cidh. El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, serie A n.º 8, párr. 25); es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Caso Tiu Tojín. Sentencia del 26 de noviembre del 2008, serie C n.º 19o, párr. 95; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia del 17 de junio del 2005, serie C n.º 125, párr. 108; Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia del 25 de noviembre del 2004, serie C n.º 119, párr. 132; Caso Herrera Ulloa. Sentencia del 2 de julio del 2004, serie C n.º 107, párr. 147; Caso Maritza Urrutia. Sentencia del 27 de noviembre del 2003, serie C n.º 103, párr. 118; cidh. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión consultiva OC-16/99 del i.º de octubre de 1999, serie A n.º 16, párr. 118; en igual sentido, cidh. Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-9/87 del de octubre de 1987, serie A n.º 9, párr. 28).

[{926}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-589 de 1999, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{927}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-039 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{928}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-116 del 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{929}](#) Este tema se estudió específicamente en la Sentencia T-116 del 2004.

[{930}](#) Sentencia T-546 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{931}](#) En este sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 19 de julio del 2005, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 10 de agosto del 2005, M. P.: Édgar Lombana Trujillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de noviembre del 2005, M. P.: Mauro Solarte Portilla; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de febrero del 2006, M. P.: Alfredo Gómez Quintero; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 4 de mayo del 2006, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 14 de marzo del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{932}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 28 de noviembre del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca. En el mismo sentido: 22 de agosto del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{933}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 11 de julio del 2002, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, rad. n.º 16936.

[{934}](#) Sentencia T-039 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{935}](#) Así lo ha señalado la Corte Constitucional, sobre todo en la Sentencia C-1260 del 2005 (M. P.: Clara Inés Vargas Hernández), en la que la Corte Constitucional sostuvo que la facultad de renunciar al juicio oral no implica la de renunciar a la aplicación de los principios del debido proceso dentro del proceso penal.

[{936}](#) La Ley 906 del 2004 consagra, en su artículo 6.º, el principio de legalidad, en virtud del cual “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia”.

[{937}](#) Sentencia del 23 de febrero del 2006, ya citada.

[{938}](#) Cfr. Teresa Manso Porto. “Cuestiones paradójicas del principio de legalidad”, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

[{939}](#) Así, Jorge Fernando Perdomo Torres. “Una aproximación desde la parte general del derecho penal a los delitos contra el orden económico”, en *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 181 y ss. “En consecuencia, en los delitos contra el orden económico y social, por lo cambiante de la economía, por la variabilidad del sistema económico y, por

ende, del derecho penal económico, no debemos entender el principio de legalidad como un principio absoluto y estático sino, más bien, como un principio que admite un margen de flexibilidad y unas limitaciones”: p. 195.

{940} En ese sentido, Perdomo Torres. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, cit., pp. 12 y ss.

{941} Cfr. Oscar Julián Guerrero Peralta. “Garantías y debido proceso en el derecho penal internacional”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 82, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 133 y ss.

{942} Sobre este punto y el significado del principio de legalidad en el proceso penal en virtud de la acción de la Fiscalía, Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, Gustavo Ibáñez y Nueva Jurídica, 2005, pp. 39 y ss.; sobre el principio de legalidad en el proceso penal, Gerardo Barbosa Castillo. “Principio de legalidad y proceso penal”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 109 y ss.

{943} Sentencia T-573 de 1997, M. P.: Jorge Arango Mejía.

{944} Caso Yvon Neptune. Sentencia del 6 de mayo del 2008, serie C n.º i8o, párr. 125; Caso De la Cruz Flores. Sentencia del 18 de noviembre del 2004, serie C n.º 115, párrs. 79-82; y Caso Fermín Ramírez. Sentencia del 20 de junio del 2005, serie C n.º 126, párr. 90. Véase también Caso Castillo Petrucci y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C n.º 52, párr. 121; Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia del 25 de noviembre del 2004, serie C n.º 119, párrs. 125 y 126; y Caso Ricardo Canese. Sentencia del 31 de agosto del 2004, serie C n.º iii, párrs. 174-177.

{945} Caso De la Cruz Flores. Sentencia del 18 de noviembre del 2004, serie C n.º 115, párr. 113.

{946} Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si después de la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

{947} “i. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

{948} Caso De la Cruz Flores. Sentencia del 18 de noviembre del 2004, serie C n.º 115, párr. 114

{949} M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

{950} M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

{951} M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{952}](#) La Corte Constitucional ha sostenido que la Corte Suprema de Justicia, por designación constitucional, es el juez natural de los miembros del Congreso, a quienes se ha concedido un fuero constitucional especial. Corresponde entonces a dicha corte asumir la instrucción y el juicio, es decir, ejercer todo el *ius puniendi* del Estado, cuando se trate de estos funcionarios. Este fuero especial implica que la instrucción deberá adelantarla la Corte Suprema de Justicia y no la Fiscalía General de la Nación ni la Cámara de Representantes. Añade la Corte que esta clase de fuero constituye “un privilegio protector de la investidura” pues asegura al máximo la independencia en el juicio y comporta una serie de beneficios tales como “una mayor celeridad en la obtención de una resolución firme, rapidez recomendable en todo tipo de procesos, pero particularmente en los que, como presumiblemente los aquí contemplados, provocan un gran sobresalto en la sociedad”. Finalmente, señaló la Corte que no constituye discriminación alguna ni vulneración de las garantías procesales el que se aparte a estos funcionarios de los procedimientos ordinarios para dar lugar a procesos especiales. No obstante, a pesar de que la Corte declaró la exequibilidad del artículo 533 de la Ley 906 del 2004, instó al legislador a adoptar las medidas necesarias “para que sea separada, dentro de la misma Corte Suprema como juez natural en estos casos, la función de investigación de aquella correspondiente al juzgamiento”, para efectos de los procesos que se adelanten tras providencia contra quienes ostenten la calidad de aforados conforme al artículo 235.3 superior. La Corte reclamó una modificación legislativa, “encaminada a que durante el juicio no actúe ninguno de los magistrados o funcionarios a cargo de la instrucción, que en lo atinente a hechos futuros será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario distinto, vinculado a esa misma corporación, que posteriormente no podrá intervenir en el juzgamiento, si a éste hubiere lugar” (Corte Constitucional. Sentencia C-545 del 2008, M. P.: Nilson Pinilla Pinilla).

[{953}](#) La Ley 1098 del 2006 regula todo lo concerniente a la responsabilidad penal del adolescente remitiendo para el proceso penal a la Ley 906 del 2004, haciendo, no obstante, especiales consideraciones y modificaciones para lograr la protección efectiva del interés superior del menor adolescente.

[{954}](#) Sentencias T-019 de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, y T-049 de 1998, M. P.: Jorge Arango Mejía.

[{955}](#) Sentencia C-594 de 1998, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{956}](#) La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura tienen competencia en todo el territorio nacional. Los tribunales superiores, administrativos y los consejos seccionales de la judicatura tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio. El fiscal general de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

[{957}](#) mm. pp.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[{958}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre del 2011, M. P.: José Luis Barceló Camacho.

[{959}](#) Como se señaló, la Corte Suprema de Justicia toma una postura diferente al considerar que no se viola el principio de inmediación cuando en excepcionales circunstancias el funcionario que dicta la sentencia es diferente del juez que practicó las pruebas en el juicio oral. Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre del 2012, rad. n.º 38512, M. P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

[{960}](#) Sentencia C-176 de 1994, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{961}](#) La Ley 906 del 2004 consagra en su artículo 7.º a la presunción de inocencia como un principio rector del proceso penal y como una garantía procesal del ciudadano. En virtud de este principio, “Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”.

[{962}](#) Sentencia C-412 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{963}](#) M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{964}](#) Sentencia C-252 del 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz; aclaración de voto de Manuel José Cepeda Espinosa; salvamento parcial de Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Tafur Galvis.

[{965}](#) Sentencias T-444 de 1992, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; T-525 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón; y T-066 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{966}](#) En la Sentencia C-304 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, se dice que “La importancia de este derecho se pone de presente a la luz del artículo 4.º de la Ley 137 de 1994, que lo comprendió entre los derechos intangibles, esto es, inafectables durante los estados de excepción”.

[{967}](#) Sentencia C-581 del 2001, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{968}](#) Sentencia T-567 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{969}](#) Decreto 264 de 1993: “Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia”. Sentencia C-171 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{970}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{971}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de febrero del 2006, rad. n.º 23700, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{972}](#) Sentencia C-1066 del 2001, M. P.: Álvaro Tafur Galvis; salvamento de voto de Eduardo Montealegre Lynett.

[{973}](#) Sentencia C-592 del 2005, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

[{974}](#) Rodolfo Arango Rivadeneira. “La ponderación en la Ley de Justicia y Paz”, en *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 187 y ss.

[{975}](#) Cfr. *amicus curiae* presentado por la Organización No Gubernamental de Justicia (Colombia) ante la primera Fiscalía Penal de Abancay, en octubre del 2008, elaborado por Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán Rodríguez y Julissa Mantilla Falcón.

[{976}](#) El derecho de defensa como consecuencia del Estado de derecho: Ángela María Buitrago. “El derecho de defensa en la etapa de indagación”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 78, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. ii y ss.

[{977}](#) M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{978}](#) El literal *e* del artículo 8.º de la Ley 906 del 2004 consagra el derecho de todo imputado o “presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación” a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

[{979}](#) Sentencia C-592 de 1993, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{980}](#) Roxin. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, cit., p. 53.

[{981}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la expresión contenida en el literal *h* del artículo ii de la Ley 906 del 2004, que establecía que “El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, *si el interés de la justicia lo exigiere*, por un abogado que podrá ser designado de oficio”.

[{982}](#) Sentencia C-025 de 1998, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{983}](#) Sentencia C-516 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{984}](#) Karl Heinz Gossel. *El derecho procesal penal en el Estado de derecho*, t. i, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 80.

[{985}](#) Sentencia T-171 del 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{986}](#) Sentencia T-669 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{987}](#) Sentencias T-654 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-488 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{988}](#) Sentencia C-488 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{989}](#) Sentencias C-019 de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón; C-150 de 1993, M. P.: Fabio Morón Díaz; C-037 de 1996; T-158 de 1993, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; T- 212 de 1995, M. P.: Fabio Morón

Díaz; C-017 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero; y T-077 del 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{991}](#) Sentencia T-204 de 1997, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{992}](#) En esta sentencia, la Corte sostuvo que “la acción de tutela —o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad— contra sentencias constituye uno de los ejes centrales de todo el sistema de garantía de los derechos fundamentales [...] se convierte no solo en la última garantía de los derechos fundamentales, cuando quiera que ellos han sido vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad judicial, sino que sirve como instrumento para introducir la perspectiva de los derechos fundamentales a juicios tradicionalmente tramitados y definidos, exclusivamente, desde la perspectiva del derecho legislado”. Además, señaló que la procedencia de dicha acción no afecta la distribución constitucional de competencias entre las altas Cortes, porque “el juez constitucional no tiene facultades para intervenir en la definición de una cuestión que debe ser resuelta exclusivamente con el derecho ordinario o contencioso”, sino que “su papel se reduce exclusivamente a intervenir para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios o contencioso administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución, es la Corte Constitucional”.

[{993}](#) Aclaró la Corte Constitucional, en la Sentencia C-392 del 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, que dicha declaratoria de inexequibilidad no inhibe a la Fiscalía General de la Nación para asegurar la protección de los testigos de acuerdo con el numeral 4 artículo 25o C. N. y las normas que regulan su programa de protección para víctimas y testigos. Actualmente este derecho se encuentra consagrado en la Ley 906 del 2004, artículo 8.º, literal k, como un derecho a “tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”.

[{994}](#) Sentencia T-432 de 1997, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{995}](#) Sentencia C-038 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{996}](#) Sentencia C-1260 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{997}](#) Sentencia C-1270 del 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{998}](#) Sentencias C-150 de 1993, M. P.: Fabio Morón Díaz; T-439 de 1997, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa; C-622 de 1998, M. P.: Fabio Morón Díaz; y T-1395 del 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{999}](#) Sentencia C-392 del 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{1000}](#) Sentencia T-650 de 1999, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{1001}](#) Sentencia C-038 de 1996, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1002}](#) Sentencia C-392 del 2000, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{1003}](#) Ídem. La Ley 1474 del 2011, denominada “Estatuto Anticorrupción”, consagró en el artículo 51 lo siguiente: “*Prueba trasladada*. El artículo 135 de la Ley 734 quedará así: ‘Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país y los medios materiales de prueba, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código. También podrán trasladarse los elementos materiales de prueba o evidencias físicas que la Fiscalía General de la Nación haya descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. Estos elementos materiales de prueba o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso disciplinario. Cuando la Procuraduría General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura necesiten información acerca de una investigación penal en curso o requieran trasladar a la actuación disciplinaria elementos materiales de prueba o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitarán al fiscal general de la Nación. En cada caso, el fiscal general evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma’”.

[{1004}](#) Por ejemplo, C-1259 del 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz.

[{1005}](#) Cfr. Óscar Julián Guerrero Peralta. “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal colombiano: anotaciones desde el derecho comparado”, en *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis, 2009.

[{1006}](#) Cfr., por ejemplo, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de abril de 1999, proceso n.º 14143, M. P.: Carlos Augusto Gálvez Argote; Sentencia de casación del 2 de diciembre del 2008, proceso n.º 29868, M. P.: Augusto J. iBÁñEz Guzmán.

[{1007}](#) Cfr., por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia SU-159 del 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Esta sentencia es de especial importancia respecto del tema de pruebas ilícitamente obtenidas.

[{1008}](#) Alderman vs. United States. 394 U. S. 165 (1969).

[{1009}](#) El concepto de *standing* fue abordado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 27 de mayo del 2009, proceso n.º 30711, M. P.: Leonidas Bustos.

[{1010}](#) El artículo 232 del cpp señala lo siguiente: “Artículo 232. *Cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*. La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan *directa y exclusivamente* del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y *sólo podrán ser*

utilizados para fines de impugnación”.

[{1011}](#) M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1012}](#) M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{1013}](#) Silverthorne Lumber & Co. vs. United States, 251 U. S. 385 (1920).

[{1014}](#) Nardone vs. United States, 308 U. S. 338 (1939).

[{1015}](#) Wong Sun vs. United States, 371 U. S. 471 (1963).

[{1016}](#) Brown vs. Illinois, 422 U. S. 590 (1975).

[{1017}](#) Payton vs. New York, 445 EE. UU. 573 (1980).

[{1018}](#) United States vs. Crews, 445 U. S. 463 (1980).

[{1019}](#) Brown vs. Illinois, 422 U. S. 590 (1975).

[{1020}](#) United States vs. Ceccolini, 435 U. S. 268 (1978).

[{1021}](#) Carlos Fidalgo Gallardo. *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 441.

[{1022}](#) United States Court of Appeals, Seventh Circuit. Argued Nov. 14, 1974. Decided Dec. 31, 1974. n.º 74-1122.

[{1023}](#) Nix vs. Williams, 467 U. S. 431 (1984).

[{1024}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Clara Inés Vargas. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de octubre del 2006, proceso n.º 23284, M. P.: Javier zapata Qrtiz.

[{1025}](#) Ídem.

[{1026}](#) Ídem.

[{1027}](#) Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de marzo del 2005, proceso n.º 18103, M. P.: Édgar Lombana Trujillo. En el mismo sentido: Sentencia del 20 de mayo del 2009, proceso n.º 31127, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{1028}](#) Sentencias T-055 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y SU-087 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1029}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-025 del 2009, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, Sentencia C-151 del 2009, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

[{1030}](#) Al respecto, detallado, Plácido Fernández-Viagas Bartolomé. *El derecho a un proceso sin*

dilaciones indebidas, Madrid, Civitas, 1994.

[{1031}](#) También implica una vulneración de la Ley 906 del 2004, artículo 8.º, literal *k*.

[{1032}](#) Sentencia C-411 de 1993, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1033}](#) Sentencia T-190 de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1034}](#) Sentencia C-301 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1035}](#) Sentencias T-334 de 1995, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo, y T-027 del 2000, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1036}](#) La cidh ha sido enfática en la necesidad de garantía del derecho a la igualdad. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (Caso Yatama. Sentencia del 23 de junio del 2005, serie C n.º 127, párr. 184; y en igual sentido: cidh. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre del 2003, serie A n.º 18, párr. ioi. Véase también Caso Anzualdo Castro. Sentencia del 22 de septiembre del 2009, serie C n.º 202, párr. 89; Caso del Pueblo Saramaka. Sentencia del 28 de noviembre del 2007, serie C n.º 172, párr. 166; y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Sentencia del 29 de marzo del 2006, serie C n.º 146, párr. 189). “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que ‘[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio’ ” (cidh. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión consultiva OC- 18/03 del 17 de septiembre del 2003, serie A n.º 18, párr. 83; y en igual sentido, cidh. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A n.º 4, párr. 54).

[{1037}](#) Sentencia T-451 de 1993, M. P.: Jorge Arango Mejía.

[{1038}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-846 de 1999, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1039}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 1994, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1040}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-803 del 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1041}](#) La Corte Interamericana ha indicado “el principio de *non bis in idem* está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención en los siguientes términos: [...] 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención Americana utiliza la expresión ‘*los mismos hechos*’, que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (Caso Loayza Tamayo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997, serie C n.º 33, párr. 66)

[{1042}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-554 del 2001, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1043}](#) Ídem.

[{1044}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-575 de 1993, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1045}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-521 del 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

[{1046}](#) Sentencia C-047 del 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

[{1047}](#) Ídem.

[{1048}](#) Sentencia C-004 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1049}](#) Sentencia C-799 del 2005, M. P.: Jaime Araüjo Rentería.

[{1050}](#) La Corte declaró la exequibilidad de las causales 5.ª y 6.ª del artículo 192 de la Ley 906 del 2004.

[{1051}](#) Sentencia C-004 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1052}](#) Sobre el contenido del principio del *non bis in idem* también puede verse: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Auto del 19 de marzo del 2002, M. P.: Álvaro Pérez Pinzón.

[{1053}](#) Ídem.

[{1054}](#) Sentencia C-799 del 2005, M. P.: Jaime Araüjo Rentería.

[{1055}](#) Al respecto, puede consultarse la Sentencia C-578 del 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1056}](#) “Artículo 324. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: [...] 9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondiente.”

[{1057}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{1058}](#) Artículo 8.º, literal *k* de la Ley 906 del 2004: “Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”.

[{1059}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-280, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{1060}](#) La nulidad por violación a las formas propias del juicio puede darse sin afectar el derecho de defensa, como en los casos en que se profiere sentencia absolutoria (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de noviembre de 1993, M. P.: Ricardo Calvete Rangel).

[{1061}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 4 de abril del 2006, M. P.: Edgar Lombana Socha Salamanca

[{1062}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de junio del 2011, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{1063}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 6 de junio del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca

[{1064}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de junio del 2011 Julio Enrique Socha Salamanca

[{1065}](#) Alberto Luis Maurino. *Nulidades procesales*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 36 y 37.

[{1066}](#) Antes de la expedición de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la cláusula general sobre nulidad por violación al debido proceso no viola ningún precepto constitucional, “puesto que la impresión y la discrecionalidad que se señalan por el actor no caben ni existen por parte alguna si se tienen en cuenta los principios en que se apoya el nuevo Código de Procedimiento Penal para regular estas materias. Esta sólo es procedente cuando se trata de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, y cuando ellas estén debidamente comprobadas, lo que evidentemente se dirige contra el rígido formalismo imperante dentro del sistema anteriormente vigente, y es obvio que no se refiere a irregularidades intrascendentes que no comprometen la estructura y las bases fundamentales del proceso [...] En efecto, es función del juez determinar en cada caso qué actos afectan la estructura fundamental del debido proceso, porque, como lo ha señalado la doctrina, resultaba verdaderamente imposible y además antitécnico, desde el punto de vista legislativo, que el Código hubiese enumerado exhaustivamente cada uno de los vicios trascendentes en la relación jurídico-procesal. El juez para ello deberá aplicar los principios generales de las nulidades, con lo cual se elude caer en advertidos y superados formalismos. De modo, pues, que si se interpreta razonablemente el juez puede aplicar con la precisión y certezas necesarias la causal, para preservar garantías que tienen amplia y fundada consignación constitucional” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia de constitucionalidad del 2 de junio de 1988, M. P.: Fabio Morón Díaz).

[{1067}](#) La jurisprudencia de la Corte reconoce en punto de la trascendencia del vicio, los siguientes aspectos: “Observancia plena de las formas del juicio para todos los intervinientes procesales. Esta es una de las facetas que integran la destacada situación, tal vez la más importante pero no la única. El carácter excepcional que implica la sanción de nulidad suprallegal, mediante la cual ‘se corrigen errores prominentes en la tramitación del proceso y en el tratamiento del imputado’, no desaparece ni se menoscaba con la tesis anunciada. Esa característica la conserva porque ella no depende de su aplicación, en forma exclusiva y excluyente, en favor del enjuiciado sino en que la inobservancia de las formas del juicio sea plena y altere sus aspectos esenciales, los mismos que encuadran y garantizan los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso. El canon constitucional interpretado tan restrictivamente no es que pierda su eficacia y grandeza, pero cuando desarrolla todo su contenido institucional alcanza su máxima perfección y bondad. Esto pregon, a las claras, que hay cierto abuso y desvío cuando se considera el proceso y la plenitud de sus formas como privilegio concedido solamente a una de las partes, al enjuiciado, dejando al ministerio público y a la parte civil sin las consecuencias de este importantísimo resguardo constitucional.

2. Demostración de un perjuicio concreto. Este requerimiento, en no pocas ocasiones resulta exagerado e improcedente. Basta recordar que las nulidades de carácter legal, evidentemente de menor categoría que aquellas otras, no siempre suelen acompañarse de esta pretensión, puesto que si están consagradas para preservar el debido proceso es porque su desconocimiento implica la ocurrencia de sobresalientes riesgos o daños. Esto se presenta con mayor rigor en las nulidades constitucionales. Pero lo que origina la confusión es que estas últimas son de elaboración doctrinaria y para poder deducir una de ellas es necesario considerar tanto en abstracto como en concreto hasta dónde la omisión de una determinada formalidad, o su observancia irregular, pueden alterar las bases esenciales del juzgamiento. Entonces, cuando se intente el reconocimiento, por vez primera, de una de ellas conviene abundar en esos enunciados y comprobaciones para convencer al juzgador de su trascendencia. Su reconocimiento, por la jurisprudencia, evita en lo futuro estas disquisiciones, pues basta que se invoque para que se tenga que asumir todas sus consecuencias.

3. El desconocimiento de la estructura procesal no afecta en todas las circunstancias el debido proceso. Por eso no se puede entender que toda violación de la ley procedimental va a generar necesariamente una nulidad suprallegal; para que ello ocurra es necesario, además, que de *la violación se derive un perjuicio concreto para alguna de las partes o se rompa la estructura básica del proceso*. No puede decretarse la nulidad, por ejemplo, porque falta la notificación del auto que cierra la investigación, si las partes presentaron sus alegatos de conclusión. Pero habiéndose incurrido en la violación de cualquiera de las ritualidades establecidas por la ley, aun de aquellas cuya violación la ley no ha erigido en nulidad, habrá lugar a decretar ésta por desconocimiento de la garantía del debido proceso establecido en el artículo 26 de la Carta (art. 29 actual C. N.), si con ella se ha afectado en forma sustancial los derechos de alguna de las partes en el proceso”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21 de octubre de 1986, M. P.: Jaime Giraldo Angel.

io Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 22 de agosto del 2001, M. P.: Alvaro orlando Pérez Pinzón.

[{1069}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-003 del 12 de enero del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1070}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-957 del 17 de noviembre del 2006, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{1071}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ii de julio del 2007, M. P.: Jorge Enrique Socha Salamanca.

[{1072}](#) Corte Constitucional. Sentencia C-713 del 2009, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1073}](#) Al respecto, cfr. Castro Qspina. “Audiencia de formulación de la acusación”, cit., pp. 237 y ss.

[{1074}](#) En relación con el significado de este principio, la Corte Constitucional explicó: “Los requisitos no están diseñados para obstruir los procesos o hacerlos más difíciles. Según el principio de instrumentalidad de las formas, las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo”: Sentencia C-872 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las sentencias C-737 del 2001, C-1152 del 2003 y C-1039 del 2004.

las formas, las formas procesales no tienen un valor en sí mismo y deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo”: Sentencia C-872 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las sentencias C-737 del 2001, C-1152 del 2003 y C-1039 del 2004.

[{1076}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de junio de 1981, M. P.: Alfonso Reyes Echandía.

[{1077}](#) Sobre el principio de instrumentalidad de las formas: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de septiembre del 2008, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{1078}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12 de septiembre del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{1079}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 5 de junio de 1981, M. P.: Darío Velásquez Gaviria. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de febrero de 1983, M. P.: Alfonso Reyes Echandía; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de febrero de 1990, M. P.: Jorge Carreño Luengas: “La nulidad planteada, ante todo, busca la sanidad del proceso y es medida extrema o heroica, que solamente puede tomarse cuando no exista otro mecanismo procesal que subsane la irregularidad cometida”.

[{1080}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 18 de marzo del 2009, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

[{1081}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, i.º de agosto del 2007, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas.

[{1082}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de julio del 2008, M. P.: José Leonidas Bustos. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ii de julio del 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 14 de julio del 2008, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 22 de agosto del 2008, M. P.: Javier Zapata ürtiz; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de septiembre del 2008, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de julio del 2009, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 19 de agosto del 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{1083}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de julio del 2008, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

[{1084}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 29 de agosto del 2007, M. P.: Mauro Solarte Portilla.

[{1085}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 5 de noviembre de 1986, M. P.: Guillermo Duque Ruiz.

[{1086}](#) La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que para determinar el principio de favorabilidad no debe tenerse en cuenta el cambio formal de la conducta punible, sino las modificaciones materiales de ella: “Lo que debe examinarse en el tránsito legislativo no es, por lo tanto, la eventual denominación que la ley nueva le dé a una conducta, sino que subsista o no su calidad de ilícita. Por eso el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, al señalar la aplicación que podría tener en materia penal el principio de favorabilidad que consagró en el artículo 44, enseña: ‘La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación’” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 12 de septiembre del 2001, M. P.: Alvaro orlando Pérez Pinzón).

[{1087}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del ii de noviembre de 1986, M. P.: Gustavo Gómez Velásquez, con aclaración de voto de Guillermo Duque Ruiz y Jaime Giraldo Angel. En el mismo sentido, auto del 9 de febrero de 1988, M. P.: Rodolfo Mantilla Jácome, con aclaración de voto de Guillermo Duque Ruiz y Dídimo Páez Velandia.

[{1088}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 26 de julio del 2001, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar. En el mismo sentido, auto del 30 de julio del 2001, M. P.: Edgar Lombana Trujillo.

[{1089}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de agosto del 2010, Radicación

31407, M. P.: María del Rosario González.

[{1091}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 29 de noviembre del 2001, M. P.: Edgar Lombana Trujillo. En el mismo sentido, auto del 26 de julio del 2001. Corte Suprema de Justicia,

Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre del 2001, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, con aclaración de voto de Carlos Mejía Escobar, Jorge Córdoba Poveda y Nilson Pinilla y salvamento parcial de voto de Alvaro Pérez Pinzón.

[{1092}](#) Sobre las diferencias entre nulidades e inexistencias, cfr. Gilberto Martínez Rave. *Procedimiento penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1990.

[{1093}](#) Algunas decisiones en concreto: “En casos muy concretos, tener como prueba un hecho legalmente inexistente puede constituir nulidad porque entraña ciertamente inobservancia de las formas propias del juicio. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se tiene como probado, sin estarlo, un hecho que incide fundamentalmente en la calificación del delito: la violencia en la sustracción de cosa mueble ajena, y otros de naturaleza semejantes”: Sala Penal. Casación del 12 de julio de 1976, M. P.: José María Velasco Guerrero, clii, segunda parte, p. 348. En el mismo sentido se pronunció luego: “En su argumentación, es claro que el recurrente confunde entre inexistencia y nulidad. La primera se predica de todo acto procesal al cual le falten formalidades esenciales para su validez (art. 31o cpp), y la segunda de las actuaciones procesales dictadas por juez incompetente o que violan el debido proceso o el derecho de defensa (art. 305 ibíd.) (art. 304 actual cpp) [...] Por eso un acto procesal puede ser simplemente inexistente, sin afectar de nulidad la actuación procesal, y en ese caso la ley dispone que el juez lo desestime. Tal sería el caso de la diligencia de reconocimiento del procesado en fila de personas. Pero en otras ocasiones esa inexistencia puede implicar la violación del derecho de defensa, como cuando se recibe indagatoria al procesado sin la presencia de su defensor, caso en el cual es necesario decretar la nulidad” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 27 de febrero de 1990, M. P.: Jaime Giraldo Angel).

[{1094}](#) La nulidad de una prueba no invalida la actuación, a no ser que afecte la estructura básica del proceso o garantías de los sujetos procesales. Simplemente, el juez debe omitir su valoración al momento de dictar el fallo (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 17 de noviembre de 1994, M. P.: Ricardo Calvete Rangel).

[{1095}](#) Cfr. Gerardo Barbosa Castillo. “Ineficacia de las pruebas ilegales”, en *Plan Nacional de Entrenamiento para Defensores Públicos*, t. i, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1999, pp. 135 y ss.

[{1096}](#) La Corte Suprema de Justicia ha sostenido, por ejemplo, en la sentencia de casación del 6 de mayo de 1988, M. P.: Edgar Saavedra Rojas, que “la ilegalidad intrínseca de una prueba no puede generar nulidad de la actuación. La sanción procesal para este tipo de violaciones es la inadmisión de la prueba o su no apreciación al momento de proferirse el fallo. La nulidad se refiere a vicios *in procedendo* que socavan la estructura misma del proceso. La inexistencia, a vicios *in judicando* que nada tienen que ver con el esquema de la relación jurídica, a tal punto que se puede dictar sentencia omitiendo la prueba ilegalmente producida”. Luego, en sentencia de casación del 30 de enero de 1990, M. P.: Lisandro Martínez Zúñiga, ese mismo tribunal sostuvo: “Conforme con tal precisión, resulta inapropiado confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios. Las primeras dicen relación con la gama de garantías reconocidas

constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva. En cambio, los errores relacionados con los grados probatorios se fundan en la apreciación de un medio producido con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, el cual —por contener una ilegalidad intrínseca— no debe ser estimado. Hacerlo, entraña vicio de juicio o error *injudicando* [.] Lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción procesal no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego el vicio que tal situación comporta radica, en estricto sentido en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio para valorarlo, debiendo desestimarlos. De ahí que se le ubique dentro de los vicios de juicio o errores *in judicando*, por oposición al vicio de actividad o error *in procedendo*, fundamento de la nulidad, como antes se expuso [.] Una posibilidad diversa, como sería la nulidad de la actuación, tal y como es propuesta en las demandas, es improcedente. No solo por las razones que vienen de ser expuestas, sino porque no tendría fundamento la invalidación de todo el proceso, dado que la ilegalidad de la actuación alegada se concentra en actos —en este caso unas pruebas—, los cuales no se vinculan mediante relación causativa con los restantes que componen un proceso, producidos legalmente”.

[{1097}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24 de agosto del 2009, proceso: 31.90o, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez.

[{1098}](#) Ídem.

[{1099}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29258 del 22 de agosto del 2008, M. P.: Augusto Ibáñez Guzmán.

[{1100}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 32003 del 12 de agosto del 2009, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez. La Corte Suprema de Justicia ha declarado la nulidad y ha ordenado la libertad inmediata cuando una persona que debía ser investigada por el fiscal general de la Nación, lo es por el vicefiscal. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de enero del 2012, rad. n.º 38079.

[{1101}](#) Ya hemos señalado que la palabra “comunicar” va mucho más allá del simple acto de información.

[{1102}](#) Sobre los presupuestos para el emplazamiento, la anterior jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia es aplicable en lo pertinente al nuevo Código de Procedimiento Penal. Veamos: “No ha de perderse de vista entonces que una interpretación lógica del artículo 378 cpp, implica que, antes de que se produzca el emplazamiento por edicto para indagatoria (en el nuevo Código no existe la figura de la indagatoria, que se reemplaza por la imputación), la declaratoria de ‘persona ausente’ y la provisión del cargo de apoderado de oficio que la norma contempla, el Estado debe desplegar toda la actividad de búsqueda tendiente a la localización del procesado y a procurar su presencia para que rinda indagatoria. La imposibilidad de hallar al sindicado o de hacerlo comparecer, no obstante los esfuerzos conducentes y reales efectuados y el despliegue de los recursos y los medios idóneos a ese fin, es el presupuesto necesario

para su emplazamiento por edicto, y para su declaratoria de persona ausente. Así las cosas, no prosperan los argumentos de la demanda pues ellos se edifican sobre la base errónea de que el emplazamiento por edicto es el único y principal acto procesal por el cual se requiere a un imputado para adelantar la indagatoria. El tribunal reitera su entendimiento tradicional (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias de julio de 1982, M. P.: Dante L. Fiorillo Porras, y 23 de junio de 1977, M. P.: Pedro Elías Serrano Abadía) de que, tal y como la norma acusada lo prevé, dicho mecanismo es recurso último que solo puede utilizarse después de que se ha procurado mediante gestiones reales y conducentes la localización y presencia del sindicado, so pena de que si la actividad de búsqueda no precede al emplazamiento, se produzca en el proceso penal una causal de nulidad por desconocimiento del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política (art. 29 actual C. N.), pues la disposición acusada sólo lo autoriza ‘cuando no hubiere sido posible hacer comparecer a la persona que deba rendir indagatoria’. Vale decir, cuando, pese a no haberse omitido esfuerzo ni diligencia alguna tendiente a su localización y presencia, no ha sido posible lograrla. Tan sólo en ese caso puede afirmarse objetivamente que ha sido imposible hallar al sindicado o hacerlo comparecer, única situación en la cual la norma que se examina autoriza el emplazamiento por edicto del procesado para indagatoria y su declaratoria de persona ausente (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del i.º de septiembre de 1983, M. P.: Darío Velásquez Gaviria). En cuanto al plazo de 5 días previsto por la disposición acusada para los efectos del edicto emplazatorio, reitera la Corte que el legislador es autónomo para fijar estos plazos, siempre que no impidan al interesado alegar sus pretensiones, pues en ese evento sí se afectaría el artículo 26 constitucional (art. 29 actual C. N.). Tal no ocurre en el presente caso, pues durante ese lapso prosigue la actividad de búsqueda del procesado, ya que la orden de captura en cuya virtud el Estado la realiza con miras a su enteramiento personal, y para que éste manifieste si desea o no comparecer al proceso penal y asumir en forma personal su defensa, continúa vigente durante el término de fijación del edicto emplazatorio y de ejecutoria de la providencia que lo declara ausente y sólo se cancela según el artículo 41o ibídem (art. 356 actual cpp), después de que ha culminado todo el trámite del emplazamiento y declaratoria de ausencia” (fallo de constitucionalidad, 8 de marzo de 1990, M. P.: Hernando Gómez otálora).

Por otra parte, resulta pertinente recordar que se puede lesionar el derecho a la defensa cuando el imputado es declarado persona ausente sin que se hubieren agotado los medios de que dispone el Estado para lograr su comparecencia al proceso (cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 30 de abril de 1993, mm. pp.: Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda). En igual sentido, la Corte Constitucional considera que se viola el debido proceso cuando un ciudadano se declara persona ausente sin estar debidamente individualizado. Dijo la Corte: “El artículo 356 cpp establece los requisitos para la declaración de persona ausente. Estos son: ‘i. Sólo se puede declarar persona ausente a quien esté debidamente identificado. Es decir, no basta solamente conocer el nombre del procesado, sino que es necesario establecer su individualidad, con datos tales como edad, filiación, documento de identidad, lugar de origen y residencia, historia escolar, laboral, etc. que también se exigen respecto del indagado (art. 359 cpp), con lo cual se busca amparar no solo al sindicado, sino a terceros que eventualmente puedan verse

comprometidos en una acción penal por razones de homonimia” (Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz).

[{1103}](#) Un estudio sobre la exclusión de evidencia, puede verse en Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*, 2.a ed., Bogotá, Nueva Jurídica, 2007, pp. 419 y ss.

[{1104}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-795 de 1998, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

[{1105}](#) Sentencia C-530 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

[{1106}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 26 de octubre del 2006, M. P.: Álvaro o. Pérez Pinzón.

[{1107}](#) Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., tomo n/z, 2001, p. 1844

[{1108}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. n.º 32422, io de marzo del 2010, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{1109}](#) Ídem.

[{1110}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-362 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1111}](#) En la Sentencia T-362 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional señaló: “En la medida en que el Estado, por intermedio de los jueces, incide (y tiene la potestad de incidir) en el proyecto de vida personal de los asociados, tiene, así mismo, el deber de intentar, si fuere posible de acuerdo con el derecho positivo, remediar las situaciones injustas que ha generado. De ello se desprende la existencia de un deber de lealtad que se manifiesta de manera doble. Por una parte, hacia el particular, quien acude o fue llevado ante la administración de justicia, ante quien el Estado tiene el deber de transmitir información y, por otro lado, ante los restantes funcionarios judiciales quienes tienen derecho a conocer la información y rectificar su actuación, a fin de no ser sorprendidos con posteriores decisiones que desestimen las suyas”.

[{1112}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 9 de febrero del 2009, M. P.: María del Rosario González de Lemos.

[{1113}](#) En general sobre la nulidad en la acusación, Castro üspina. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*, cit., pp. 67 y ss.

[{1114}](#) “[...] también podrá concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez.”

[{1115}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 13 de noviembre de 1980, M. P.: Dante L. Fiorillo Porras, clxiii, 501.

[{1116}](#) Resulta interesante recordar el debate en torno de si el acusador tiene el deber de señalar no solo el

tipo penal imputado, sino también sus distintas modalidades. “La polémica acerca de si el funcionario tiene o no la obligación de señalar en la parte motiva la especie delictual que se investiga, concretando claramente el cargo imputado, data de la comisión redactora del Código de Procedimiento Penal de 1938, principal antecedente histórico de la actual disposición (art. 442 cpp). En el seno de aquella comisión el punto dio lugar a una interesante polémica entre Rueda Concha y los miembros restantes [...] El primero era partidario de que en la parte motiva del pliego de cargos -hoy denominada resolución de acusación— no se incluyera la especie delictual investigada, porque, formulado el llamamiento a juicio con base en la calificación *in genere* de los hechos, el procesado estaba obligado a defenderse de todas las varias modalidades subsumibles bajo el género. Dijo el comisionado Rueda Concha: ‘Estoy en completo desacuerdo con la tesis planteada por el doctor Moncada. Ella no tiene ningún fundamento en nuestra legislación. Generalmente se ha alegado para sostenerla el principio constitucional de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Pero semejante argumento carece de toda consistencia, pues la función del auto de proceder es fijar el objeto del debate judicial circunscribiendo el delito en su género. Desde este mismo momento el acusado sabe perfectamente que tiene que defenderse de la imputación genérica del delito porque ese es el cargo que se le ha formulado, y por lo tanto, sabe que tiene que defenderse de todas las especies de delito incluidas en el género porque se le ha llamado. Si se llama a juicio a una persona, por ejemplo, por el delito de homicidio, el acusado sabe que en el curso del debate judicial tiene que defenderse de todos los artículos del Código Penal que integran el capítulo de homicidio. El juicio se ha iniciado por el género, y por lo mismo, para cada una de sus especies’ [...] Afortunadamente la tesis de Rueda Concha sobre este punto no fue acogida en el seno de la Comisión Redactora, porque triunfó la posición del comisionado Moncada, quien expresó lo siguiente: ‘Yo estoy de acuerdo en que la parte resolutive del auto de proceder debe contener el delito en su género; pero creo que en la parte motiva del mismo debe contenerse el mismo delito en su especie. ¿Por qué? Por dos razones: la primera, para que la redacción de los cuestionarios pueda hacerse en perfecta armonía con el auto de proceder; la segunda, para que el procesado sepa de una manera bien concreta y especial cuáles son los cargos que se le hacen y de los que tiene que defenderse’ [...] Luego afirmó: ‘Es que precisamente ahí reside el peligro de la otra tesis. Que el auto de proceder es demasiado amplio. Yo soy partidario de que se restrinja. Bastaría traer a cuento la naturaleza de la demanda en el juicio civil, a la cual se equipara el auto de proceder. Los cargos que se formulen en contra del demandado tienen que ser de una vez absolutamente precisos y concretos’” (*Trabajos preparatorios del nuevo Código de Procedimiento Penal*, Actas de la Comisión n.os 192 y 193, 9 y 19 de junio de 1937, pp. 300 a 304).

[\[1117\]](#) Tribunal Superior de Bogotá. Auto del 22 de marzo de 1986, M. P.: José María González F.

[\[1118\]](#) En providencia del ii de noviembre de 1986, M. P.: Jorge Carreño Luengas, la Corte Suprema de Justicia reiteró esta tradición jurisprudencial.

[\[1119\]](#) Cfr. Paul Bockelman. *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, pp. 7 y ss.

[{1120}](#) Cfr. Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. iii, Barcelona, Bosch, 1981, p. 958.

[{1121}](#) Cfr. Enrique Bacigalupo. *Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1984, pp. 180 y ss.

[{1122}](#) Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, trad. Joaquín Cuello Contreras, Madrid, Marcial Pons, 1998.

[{1123}](#) Cfr. Hans Welzel. *Derecho penal alemán*, ii. “ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1976, pp. 142 y ss.

[{1124}](#) Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3 de junio de 1983, M. P.: Luis Enrique Aldana Rozo.

[{1125}](#) Juan Fernández Carrasquilla sostiene que en tratándose de un concurso de delitos es necesario individualizar cada uno de los actos que lo integran. Lo que no sucede con el delito unitario, en el cual no es indispensable conocer cuántos fueron los actos parciales. Textualmente, dice Fernández: “También se le asigna al delito continuado el fin utilitario de resolver algunas dificultades probatorias y procesales. Y esta finalidad, que para algunos puede resultar despreciable, es sin duda de importancia, porque la teoría jurídico-penal ha de encaminarse a servir a la administración de justicia y resolver las necesidades de la práctica, o se disuelve en academicismos y bizantinismos. Sucede que en una acción compleja no siempre resulta expedito demostrar cada uno de los actos de que consta o en que se ha desarrollado. Pero si de los varios actos acreditados se desprende sin hesitación la existencia de aquella unidad superior de acción, necio sería pretender que la inquisición se agote inútilmente en la prueba de actos aislados que poco o nada van a agregar. Si ya se sabe ciertamente que Pedro robó mil pesos en varios o múltiples actos de una misma acción, no es indispensable conocer cuántos fueron los actos parciales, ni cuándo se ejecutó cada uno de ellos, pues todos quedan subsumidos en el resultado final y común en que se inspiraron, al que tendieron y en el que terminaron. Esto facilita en verdad el desarrollo del proceso penal, pero el reconocimiento de la figura no ha de supeditarse a la existencia de esas dificultades probatorias, que pueden existir o no. De esta manera, el delito continuado no es un expediente para resolver dificultades que de otra guisa conducirían a una absolución total o parcial (pues esto es insostenible), sino para evitar pesquisas inútiles y análisis fragmentarios inconducentes. Esto no impide, naturalmente, que sea un modo de sacar avante imputaciones totales que de otra manera permanecerían sólo en una parte de los hechos. Pero esto sólo es aplicable a las modalidades del delito unitario, jamás al concurso de delitos (al menos en un proceso democrático)”: Juan Fernández Carrasquilla. “El delito continuado frente al nuevo Código Penal colombiano”: ponencia presentada en las v Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4 al 9 de septiembre de 1983, *Derecho Penal y Criminología*, vol. vil, n.º 22, 1984, pp. 19 y ss.; cfr. Id. *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1989.

[{1126}](#) Sobre el tema del concurso de hechos punibles puede consultarse la importante obra de Yesid Reyes Alvarado. *El concurso de delitos*, Bogotá, Reyes Echandía, 1990.

[{1127}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30 de octubre de 1984, M. P.: Pedro Elías Serrano Abadía.

[{1128}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 15 de julio de 1982, M. P.: Álvaro Luna Gómez.

[{1129}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-461 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1130}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999, mm. pp.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

[{1131}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 28872 del 15 de agosto del 2008, M. P.: Augusto IbÁñez GuzmÁN.

[{1132}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27759 del 12 de agosto del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{1133}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 27303 del 19 de abril del 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

[{1134}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 29415 del 4 de febrero del 2009, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

[{1135}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-1012 de 1999, M. P.: Alfredo BeltrÁN Sierra.

[{1136}](#) Corte Constitucional. Sentencia SU-014 del 2001, M. P.: Martha SÁchica de Moncaleano.

[{1137}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-949 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. En igual sentido, la Sentencia T-020 del 2002, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{1138}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-949 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1139}](#) En la Sentencia T-1197 del 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería, la Corte Constitucional hizo el siguiente análisis: “[...] sí se identificó plenamente a la persona que iba a ser vinculada al proceso, es decir, a la persona que posteriormente resultó condenada y que hoy día solicita el amparo constitucional. Empero, tiene razón el actor cuando afirma que las autoridades no desplegaron la más mínima actividad tendiente a localizarlo. En efecto, la Sala constata que en las páginas blancas del directorio telefónico de Bogotá aparece el nombre completo del demandante, su teléfono y su dirección, la cual coincide plenamente con la indicada por él en sede de tutela; y observa que en ningún momento se dirigió comunicación alguna a la casa de habitación del actor. Teniendo en cuenta que la dirección de esa casa no solo figura en el directorio de páginas blancas sino también en el registro del Departamento Administrativo de Catastro de la Alcaldía mayor de Bogotá, según lo avala la certificación aportada por el peticionario al presente proceso, la Sala concluye que no se hizo lo posible para hacer comparecer al imputado al proceso penal y que, por lo mismo, se le negó la posibilidad de vincularse mediante indagatoria”.

[{1140}](#) Sentencia C-591 del 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{1141}](#) Cabe advertir que la posición que aquí defendemos coincide con lo advertido por la Corte Suprema de Justicia al indicar que, conocido el autor o partícipe en el hecho punible, debe ser vinculado inmediatamente al proceso, so pena de incurrir en nulidad por violación del derecho a la defensa: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 19 de abril de 1988, M. P.: Dídimo Páez Velandia, en la compilación de Montealegre Lynett para el pnud, cit., p. 128.

[{1142}](#) Hernando Londoño Jiménez. “Principios de garantía jurídico-procesal”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º ii, tercer trimestre de 1981, Bogotá, Temis, p. 281.

[{1143}](#) Cfr. Édgar osorio. “Preclusividad del término de indagación y sus consecuencias”, en *xxxiiu Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, 12 al 14 de septiembre, Cartagena, Universidad Libre, Bogotá, 2012, p. 693.

[{1144}](#) Sentencia C-617 de 1996, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1145}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-654 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz: “En las condiciones anotadas, para considerar si una determinada sentencia judicial constituye una vía de hecho, no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela”.

[{1146}](#) Corte Constitucional. Sentencia T-784 del 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

[{1147}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 21 de julio de 1983, M. P.: Darío Velásquez Gaviria Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación del 26 de junio de 1984, M. P.: Dante L. Fiorillo Porras.

[{1148}](#) La Corte Suprema reiteró que el juez no puede sustituir el abogado de confianza legalmente designado, por un apoderado de oficio. Cuando el defensor no acude a una actuación judicial que requiere su presencia, el funcionario debe agotar previamente los requerimientos y las sanciones disciplinarias

[{1149}](#) Sobre el allanamiento a cargos, cfr. sentencia de casación de radicación n.º 36502, M. P.: Alfredo Gómez Quintero, 5 de septiembre del 2011, salvamento de voto: Sigifredo Espinosa Pérez.

[{1150}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Esta sentencia es de particular relevancia para el tema que nos ocupa, porque en ella la Corte declaró parcialmente inexecutable el artículo 185 de la Ley 906 del 2005, a fin de que se entendiera que contra las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, procede no solo la revisión, sino también la tutela.

[{1151}](#) Sentencia T-414 de 1992, M. P.: Ciro Angarita Barón.

[{1152}](#) Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-998 del 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero. Al

ordenar el reintegro de un grupo de trabajadores sindicalizados de la Compañía de Seguros La Previsora S. A. Después, la Corte señaló que “el derecho de asociarse sindicalmente es un derecho fundamental susceptible de ser defendido por el mecanismo de la tutela”: Sentencia T-1328 del 2001,

M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1153}](#) Sentencia T-03 de 1992, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1154}](#) Sentencia T-1328 del 2001, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1155}](#) Sentencia SU 086 de 1999, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1156}](#) Sentencia T-984 de 1999, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{1157}](#) Según lo ha indicado la Corte Interamericana, es vital que el imputado conozca, mediante una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan (en este sentido, véase Caso Acosta Calderón. Sentencia del 24 de junio del 2005, serie C n.º 129, párr. 117).

[{1158}](#) M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

[{1159}](#) Sentencia T-1031 del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1160}](#) Al referirse sobre la arbitrariedad, la CIDH ha dicho que “[...] la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos, protección ésta que debe ser real y efectiva” (Caso Baena Ricardo y otros, Competencia. Sentencia del 28 de noviembre del 2003, serie C n.º 104, párr. 78).

[{1161}](#) Sentencia T-668 del 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{1162}](#) Que tenía una clara referencia al derecho administrativo, que hacía difícil la asimilación de la figura constitucional. Sobre el particular se puede considerar la Sentencia T-453 del 2005.

[{1163}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{1164}](#) Tales requisitos se resumen en los siguientes puntos:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios —ordinarios y extraordinarios— de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.
- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. Que no se trate de sentencias de tutela.

[{1165}](#) M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{1166}](#) Sentencia T-522/01.

[{1167}](#) Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

[{1168}](#) Este es un punto determinante, que no se desarrollará completamente en este texto, pero que en el que es necesario insistir. La resistencia de algunos sectores frente a la tutela contra providencias judiciales estriba, precisamente, en que se teme que la tutela se convierta en instancia de revisión de aspectos de rango legal y no, como corresponde, a asuntos constitucionales. De ahí que la Corte haya insistido que cualquier defecto (en este caso el fáctico) debe, a fin de que la tutela realice su función tutelar, implicar la violación de derechos fundamentales. En la Sentencia SU-058 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, este punto resulta central dentro del proceso estudiando, donde no hay claridad sobre la postura de las partes en conflicto, y advirtió: “frente al caso que ocupa a la Corte, salvo que resulte claro que la interpretación que hizo el juez natural (tribunal de arbitramento) del contrato y las obligaciones de las partes, viole un derecho fundamental, no le corresponde al juez de tutela invalidar o desconocer la postura del juez natural”.

[{1169}](#) Sentencia T-567 de 1998, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1170}](#) Ídem.

[{1171}](#) Cfr. Sentencia T-239 de 1996. Para la Corte es claro que “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

[{1172}](#) Véase la Sentencia T-576 de 1993.

[{1173}](#) Véase, por ejemplo, la ya citada Sentencia T-442 de 1994.

[{1174}](#) Sentencia T-1100 del 2008, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Igualmente, véase Sentencia T-538 de 1994 y Sentencia T-086 del 2007, en la que se explicó: “[...] (ii) Se produce un defecto fáctico en una providencia, cuando de la actividad probatoria ejercida por el juez se desprende —en una dimensión

negativa—, que se omitió la ‘valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. En esta situación se incurre cuando se produce ‘la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración, o cuando sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente’. En una dimensión positiva, el defecto fáctico tiene lugar, cuando ‘la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no se puede apreciar, sin desconocer la Constitución’. Ello ocurre generalmente cuando el juez ‘aprecia pruebas que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.). En estos casos, sin embargo, sólo es factible fundar una acción de tutela por vía de hecho cuando se ‘observa que de una manera manifiesta, aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba ‘debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia’.

[{1175}](#) Ilustrativa es la Sentencia T-874 del 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo, en la que la Corte confirma sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por cuanto “la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos montos, por demás exorbitantes”.

[{1176}](#) Sentencia T-461 del 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1177}](#) Cabe advertir, sin perjuicio del análisis que se desarrolla en lo que sigue, que dicha solución distinta no corresponde a aquella que el supuesto perjudicado estime correcta o que corresponde a sus intereses.

El control constitucional, en este punto, consiste en rechazar aquellas soluciones ilógicas o contrarias al orden jurídico. Así, en la Sentencia T-1078 del 2008, M. P.: Jaime Araújo Rentería, la Corte, ante el alegato de una valoración incompleta del acervo probatorio dentro de un proceso laboral, sostuvo que “el hecho de que el demandante esté convencido de que el juez debía evaluar las pruebas de una manera distinta, no constituye un defecto fáctico, pues es parte de la independencia judicial examinar las pruebas a la luz de la sana crítica, siempre y cuando las conclusiones a las que se lleguen no sean abiertamente ilógicas, como no los son en el caso del análisis probatorio hecho en la sentencia del 28 de junio del 2007 por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla”.

29 M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[{1178}](#) Sentencia C-822 del 2005, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1179}](#) Sentencia T-520A del 2009, M. P.: Mauricio González Cuervo.

[{1180}](#) Sentencia T-526 del 2001, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

[{1181}](#) Mediante Sentencia T-039 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia de aquel. De manera reciente se encuentra la Sentencia T-759 del 2001, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{1182}](#) Mediante Sentencia T-039 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado encargados de comunicarle la existencia de aquel. De manera reciente se encuentra la Sentencia T-759 del 2001, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{1183}](#) Sentencia C-488 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1184}](#) Sentencia T-020 del 2002, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

[{1185}](#) Sentencia T-554 del 2003, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1186}](#) Sentencia T-537 del 2009, M. P.: Humberto Sierra Porto.

[{1187}](#) En todo caso, la Sala comprueba que tales pruebas sí fueron valoradas y analizadas en su momento por la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Segunda, Subsección “A”, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, bajo los siguientes considerandos: “Consta en el plenario que el demandante fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de Liquidador de Impuestos V-20 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por resolución n.º 207 de 1974 [...] La resolución impugnada n.º 04990 de 1991 que manifiesta que los funcionarios a que allí se hace referencia ‘están amparados por derechos de carrera administrativa’ (fl. 7 cdno. ppal.), entre ellos el demandante, es un acto administrativo que no podía por ende conceder fuero de carrera al actor, en las condiciones ya anotadas, pues dicho fuero se obtiene, conserva y pierde conforme lo determine el legislador, a quien corresponde según la Carta, regular lo atinente a la carrera”.

[{1188}](#) Sentencia T-428 del 2007, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1189}](#) Sentencia SU-014 del 2001, M. P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

[{1190}](#) Sentencia T-105 del 2010, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

[{1191}](#) No puede olvidarse que la Constitución no limita el concepto de “familia” a las uniones producto de matrimonio.

[{1192}](#) Sentencias T-589 de 1999 y SU-14 del 2001.

[{1193}](#) Sentencia T-362 del 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1194}](#) Sobre este punto resulta ilustrativo Luis Prieto Sanchís. “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, en *Diritto & Questioni pubbliche*, n.º 2, agosto del 2002.

[{1195}](#) Véase Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

[{1196}](#) Prieto Sanchís. “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, cit., p. 111.

[{1197}](#) Sobre este punto, es un clásico Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.

[{1198}](#) Cfr. Bettiol. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, cit., pp. 268 y ss.

[{1199}](#) Cfr. Velásquez Velásquez. “Consideraciones sobre los principios rectores del nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal de Colombia*, Bogotá, 1987, pp. 39 y ss.

[{1200}](#) Sobre la violación al debido proceso, por no garantizar adecuadamente el acceso a los recursos, dijo la Corte Constitucional: “En síntesis, si no se concede un recurso y el afectado no interpuso la queja debiendo legalmente hacerlo, éste se ubica en un estado de indefensión? Pues bien, la indefensión se produce cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia. La indefensión en la negativa a conceder un recurso consiste en un perjuicio real y efectivo en los intereses del afectado por esa omisión judicial que impide dentro del proceso la actuación del *ad quem*, siendo este un obstáculo que dificulta el acceso a la justicia, y el estado de indefensión se presenta si se obstaculiza la posibilidad de recurrir de hecho. Pero si no se recurrió, ya por desidia o por descuido, no se puede afirmar válidamente que se ubicó al litigante en estado de indefensión” (Sentencia T-416 de agosto de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

[{1201}](#) Fallo de constitucionalidad del 2 de octubre de 1981, M. P.: Carlos Medellín. Con salvamento de voto de Luis Carlos Sáchica y Jorge Vélez García.

[{1202}](#) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 17 de marzo de 1987, M. P.: Guillermo Duque Ruiz.

[{1203}](#) Sentencia T-694 del 12 de junio del 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[{1204}](#) Sentencia T-443 del 14 de abril del 2000, M. P.: Alvaro Tafur Galvis.

[{1205}](#) Sentencia T-043 de 1996, M. P.: EDUARDO CIFUENTES Muñoz.

[{1206}](#) En auto interlocutorio 885 del 6 de septiembre del 2005, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán cita decisión anterior del Tribunal Superior de Popayán (M. P.: Juan Manuel Iguarán Mendoza) que revocó decisión del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que sí había reconocido el beneficio. La misma decisión de tutela proferida en primera instancia por el Tribunal Superior de Popayán, y que se funda en la ineficacia del principio de favorabilidad frente al artículo 351 de la Ley 906/04, advierte sobre el posible sentido de una impugnación de las decisiones controvertidas.

[{1207}](#) Sentencia T-232 del 2007, M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

[{1208}](#) Sentencia SU-327 de 1995, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1209}](#) Sentencia T-039 de 1996, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

[{1210}](#) Aclaración de voto del M. P.: Jaime Araújo Rentería a la Sentencia C-888 del 14 de septiembre del 2004, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

[{1211}](#) Sentencia C-558 del 6 de diciembre de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

[{1212}](#) El artículo 24 de la Ley 1340 del 2009 establece la doctrina probable administrativa, según la cual tres decisiones uniformes de la Superintendencia de Industria y Comercio generaban doctrina probable. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible en la Sentencia C-537 del 2010, M. P.: Juan Carlos Henao, “en el entendido [de] que éste sólo se aplica para las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con la libre competencia y la vigilancia administrativa de la competencia desleal”.

[{1213}](#) En relación con la tesis de la doctrina probable, la Corte Suprema de Justicia en una decisión de 1937, en donde fue ponente el magistrado José Liborio Escallón, consideró que el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 estaba derogado.

[{1214}](#) Si bien en material de precedentes la Corte Constitucional ha dictado una copiosa jurisprudencia, las sentencias C-836 del 2001 y T- 292 del 2006 constituyen hitos en la materia, dada su juiciosa sistematización de la postura de la Corte y las explicaciones dadas sobre los diversos problemas jurídicos relativos al precedente.

[{1215}](#) Sentencia T-1625 del 2000, M. P.: Martha SÁCHICA Méndez. Véanse también las sentencias T-566 de 1998 y T- 569 del 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[{1216}](#) Ídem.

[{1217}](#) Sentencia T-678 del 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1218}](#) Sentencia T-292 del 2006, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

[{1219}](#) En la Sentencia T-599 del 28 de agosto del 2009, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez, la Corte señaló que “el desconocimiento del precedente es una causal especial de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, en atención a que se debe buscar cierto grado de confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y la confianza legítima”. Esta postura reitera sentencias anteriores que se expresaron de la misma manera. Así, en la Sentencia T-441 del 2003, la Corte indicó que el desconocimiento del propio precedente constituye un vicio que torna en inconstitucional la decisión judicial, pues desconoce el principio de igualdad (Sentencia T-599 del 2009).

[{1220}](#) Sobre el particular, se sugiere al lector revisar cuidadosamente la Sentencia T-292 del 2006, ya citada.

[{1221}](#) Insistimos en que así lo consideró la Corte Suprema de Justicia en 1937, en una decisión del magistrado José Liborio Escallón.

[{1222}](#) El Código General del Proceso se refiere a la vinculatoriedad de los precedentes en el artículo 7.º. Ley 1564 del 2012. De igual forma, el nuevo Código Contencioso Administrativo lo consagra en los artículos 100.º y 102. Ley 1437 del 2011.

Desde los ámbitos práctico y teórico, se abordan las principales características del proceso penal colombiano; los autores examinan el sistema con tendencia acusatoria desde dos perspectivas complementarias:

En primer lugar, los temas fundamentales de la estructura del proceso penal desde el punto de vista de su regulación legal y constitucional, basados en la descripción y el análisis de las etapas de indagación, investigación y juzgamiento, así como los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal; para ello se estudian las audiencias que componen el sistema procesal y los roles de quienes intervienen en el debate jurídico penal, con el propósito de establecer los límites de la actuación procesal.

En segundo lugar, como un aspecto transversal a toda la estructura del procedimiento penal, se presenta un completo estudio del procedimiento adversativo desde la perspectiva de los diferentes derechos de las partes y los intervinientes, en donde se analizan aspectos importantes como las afectaciones que pueden presentarse a los principios fundamentales en el proceso penal, las garantías procesales que los dotan de efectividad y las consecuencias que acarrea su transgresión.

En la actualidad, esta obra constituye una apertura al debate jurídico en el ámbito del derecho procesal penal colombiano, que armoniza la teoría constitucional con los aspectos procesales y sustanciales propios del derecho penal.