



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL
DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA
ACUSATORIO PENAL

República de Colombia

MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL DE
GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUNTES
Directora

ALEJANDRO APONTE CARDONA

MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL DE
GARANTÍAS EN EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA "RODRIGO LARA BONILLA"

ISBN 958-33-9358-4

© ALEJANDRO APONTE CARDONA. 2006

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: abril de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares

Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.000 ejemplares

Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor, el doctor Alejandro Aponte Cardona, que con gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal, que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del juez o jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: i) Principios generales que deben acompañar el juicio del Juez de Control de Garantías; ii) Medidas de aseguramiento; iii) Límites de la “imputación fáctica”; iv) Control posterior sobre medidas restrictivas de libertad; v) Causales de libertad; vi) Medidas cautelares sobre bienes; vii) Funciones de control posterior sobre el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio: registros y allanamientos; viii) Control posterior sobre la afectación a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones (interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, y correspondencia); ix) Actuaciones que requieren autorización previa para su realización; x) Aspectos relacionados con las medidas especiales que son consagradas expresamente en la legislación; xi) Función de control de garantías en el ámbito de la exclusión de la prueba ilícita, y xii) El principio de oportunidad.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la rama judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, que leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Alejandro Aponte Cardona complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que la Corte Suprema de Justicia ejerce.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y

promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelantan para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de

la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“*learning societies*”), *organizaciones que aprenden* (“*learning organizations*”), y *redes de aprendizaje* (“*learning networks*”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

¹ *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*. Bruselas, Comisión Europea, 1997.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagogas vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapla I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapla II. *Estudio y análisis individual.* Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapla III. *Investigación en subgrupo.* Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapla IV. *Mesa de estudios o conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos,

generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapas V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapas VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapas VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapas VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapas IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7 de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
PRESENTACIÓN	25
EL PROCESO PENAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL APLICADO.	29
EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS COMO JUEZ CONSTITUCIONAL.	29
I. Principios generales que deben acompañar el juicio del Juez de Control de Garantías	30
1. Principios que limitan el desarrollo y los efectos de la investigación penal	30
1.1. Presunción de inocencia	30
1.2. Principio nemo tenetur se ipsum accusare	31
1.3. Principio de celeridad	32
2. Principio de proporcionalidad: aplicación práctica	32
3. Subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad	34
3.1. Subprincipio de idoneidad	34
3.2. Subprincipio de necesidad	36
3.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	37
4. Criterios frente al juicio de proporcionalidad en concreto	38
4.1. La consecuencia jurídica de la conducta investigada	39
4.2. Importancia de la causa que se ventila	40
4.3. Exigencias de política criminal	40
5. Antijuridicidad material y principio de proporcionalidad	42
6. Cuatro principios centrales en el nuevo estatuto procesal penal y la exigencia general de proporcionalidad	43
7. Nuevas exigencias argumentativas para el Juez de Control de Garantías: adecuación del juicio en tres niveles	43
7.1. Nivel de argumentación fáctica	44
7.2. Nivel de argumentación legal	44
7.3. Nivel de argumentación constitucional	45
8. Principio de proporcionalidad y Fiscalía General de la Nación	46
	19

9. Límite general en la argumentación del Juez de Control de Garantías	48
10. “Teoría de los dos niveles”: una herramienta de ayuda posible para el juez	49
II. Medidas de aseguramiento	51
1. Principios generales que enmarca su regulación	51
2. Restricción excepcional de la libertad, principio de dignidad y presunción de inocencia: tríada que fundamenta el juicio del Juez de Control de Garantías.	53
3. Medidas de aseguramiento: regulación general	53
4. Principio de gradualidad	54
5. Principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado	55
6. Requisitos para decretar las medidas	57
6.1. Obstrucción de la justicia	58
6.2. La posible no comparecencia del imputado	59
6.3. La falta de arraigo del imputado en la comunidad	59
6.4. El daño causado y la actitud del imputado frente a este	60
6.5. El posible “peligro” para la comunidad o para la víctima	61
6.6. Circunstancias en las que se fundamenta el posible peligro	62
7. El posible peligro para la víctima	63
8. De nuevo el principio de gradualidad: humanización del proceso penal	64
9. “Prohibición de exceso” y principio de gradualidad	65
10. El proceso contradictorio y la oportunidad para decidir sobre la medida	66
III. Límites de la “imputación fáctica”	68
1. Otras consideraciones en relación con la imputación	70
2. La prueba anticipada	71
IV. Control posterior sobre medidas restrictivas de libertad	72
1. Captura	72
2. Fundamento legal	74
2.1. Garantías anteriores a la detención	75
2.2. Garantías iniciales de la detención	75
2.3. Garantías en desarrollo de la detención	75
3. Captura por cuenta propia de la Fiscalía	75
3.1. Procedencia por delito que admita la detención preventiva	75

3.2. Control sobre la expedición de la orden	75
3.3. Control sobre el tiempo máximo de la aprehensión	76
4. Aspectos sobre los cuales recae el control posterior	76
5. Captura por solicitud de la Fiscalía	76
V. Causales de libertad	77
VI. Medidas cautelares sobre bienes	80
1. Medidas sobre bienes susceptibles de comiso	80
2. Medidas cautelares sobre bienes	83
3. Criterios para decretar la medida y principio de proporcionalidad	84
4. Autorizaciones especiales	85
5. Medidas patrimoniales a favor de las víctimas	85
6. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente	86
VII. Funciones de control posterior sobre el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad del domicilio: registros y allanamientos	86
1. Motivación de la diligencia	87
2. Pertinencia	88
3. Verificación de respeto a los derechos fundamentales	88
4. Fundamentación.	91
5. Localización.	92
6. Extensión de la garantía constitucional.	93
7. Ejecución y plazos.	94
VIII. Control posterior sobre la afectación a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones (interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, y correspondencia).	95
IX. Actuaciones que requieren autorización previa para su realización	99
X. Aspectos relacionados con las medidas especiales que son consagradas expresamente en la legislación	100
1. Intervención corporal	100
2. Registros personales.	102
XI. Función de control de garantías en el ámbito de la exclusión de la prueba ilícita	106
1. Reglas básicas sobre prueba ilícita	106
2. Reglas básicas sobre la función de control de garantías	107
3. Supuestos de ilicitud de la prueba	108
4. Principales supuestos de prueba ilícita por vulneración de las formalidades legales esenciales	109
XII. El principio de oportunidad	113
	21

1. Propuesta metodológica para el desarrollo de la audiencia de control de legalidad ante el Juez de Garantías	114
2. Requisitos constitucionales del principio de oportunidad	114
3. Requisitos legales del principio de oportunidad	116
4. Control de legalidad	117
5. Las causales de oportunidad	120

MANUAL PARA EL JUEZ DE CONTROL
DE GARANTÍAS EN EL SISTEMA
ACUSATORIO PENAL

PRESENTACIÓN

El presente documento es un Manual o Instructivo de uso para los jueces de control de garantías. En este momento, se hace una reimpresión del mismo, publicado originalmente en diciembre de 2004, y que ha servido de referencia para el trabajo de los jueces durante el año de 2005. Pero no se trata de un nuevo Manual. En este sentido, se conserva la edición original, tanto en la estructura como en el contenido, se introducen también algunas correcciones de edición, que no fue posible introducir en su momento por parte de la agencia editora, ya que la versión original se culminó apenas unas pocas horas antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema en el mes de enero de 2005. Se conserva, sobre todo, la estructura metodológica asumida desde el principio, al no tratarse de un texto académico, como lo son los Módulos que diversos autores hemos elaborado. Por esa razón, no contiene citas a pie de páginas, bibliografía temática, etc. (Las pocas referencias bibliográficas, se encuentran en el Módulo escrito por Alejandro Aponte). Es, en el más puro sentido de la expresión, un Manual.

Como no se trata de un texto nuevo, se hacen referencias muy sustanciales y puntuales, a decisiones claves tomadas en este año por las altas Cortes. De esta manera, el texto debe ser enriquecido por los operadores en función de las decisiones de estas en conjunto y, también, de las propias decisiones de los jueces de control de garantías y de los tribunales superiores de los diferentes distritos; así como también, de los diversos operadores en general. Se amplía, por ser un instrumento fundamental, el aparte referente al juicio de proporcionalidad: que es la base del trabajo de los jueces, particularmente en aquellos eventos donde se hacen más evidentes las tensiones ligadas a las peticiones de la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de su función y las decisiones que deben tomar al respecto los jueces.

Aquí se presentan, tal como ha sido el objeto del texto original, las *bases* del trabajo de los jueces. A partir de allí, como se dice, hay que ir enriqueciendo el Manual con la práctica cotidiana que ahora, en los nuevos distritos que entran a operar, tendrá su propia dinámica y sus propios desafíos. Es interesante, en el caso de una reimpresión, la mirada en perspectiva de los interrogantes que se planteaban en función de figuras problemáticas, por ejemplo desde el punto de vista constitucional, y confrontarlas hoy. Por eso se deja básicamente la edición original. Se trata, en

todos estos ejercicios y tal como lo ha dicho uno de los metodólogos de la Escuela Judicial, de bienes que son patrimonio cultural en permanente evolución, y que se van llenando de contenido en esa evolución.

En cada uno de los Módulos que se han elaborado, se hace un seguimiento minucioso de las sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para dar cuenta del desarrollo que ha tenido cada uno de los temas abordados inicialmente en el libro, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*, editado también en diciembre de 2004, y cuyos textos originales también han sido sometidos a reimpresión. Además, se han incorporado nuevos temas, desarrollados en los Módulos. Por esa razón, tanto los ensayos originalmente escritos como el presente Manual, deben leerse hoy de acuerdo con los Módulos, actualizados estos en detalle.

Se aclara, finalmente, que este instructivo de uso para los jueces, debe leerse, igualmente, en función de los temas abordados por el *Conversatorio interinstitucional del sistema penal acusatorio*, dirigido por el magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Hernando Torres, y cuya coordinación académica es desempeñada por el autor de este Manual; de la misma forma, en concordancia con los resultados que va produciendo el *observatorio de jurisprudencia del sistema penal acusatorio*, impulsado por el Consejo Superior y la Escuela Judicial, “Rodrigo Lara Bonilla”, y dirigido también por el Profesor Dr. Alejandro Aponte. Allí se analizan casos fallados por los jueces y se da prelación al estudio en detalle de los fundamentos de las decisiones y de la metodología argumentativa seguida por los ellos, no solo en función de control de garantías, sino también cuando se trata de jueces de conocimiento y de jueces especializados. Por esa razón, se ha ampliado la reseña de los apartes sustanciales relacionados con la implementación del principio de proporcionalidad.

En el presente Manual no se agotan los eventos que serán abordados por el Juez de Control de Garantías, pues no se trata de un documento que pretenda absolver todas las dudas que se les presentan ante el nuevo Código de Procedimiento. Más bien, se ha dado prioridad a los temas que en el momento pueden presentar mayor desafío para los jueces, desde el punto de vista conceptual y jurídico. En este sentido, el Manual no es tampoco un protocolo de acción de carácter técnico con pasos mecánicos a seguir por parte del juez respecto de los diferentes eventos. Los pasos, las diligencias más pragmáticas, están siendo asumidos por los jueces en su

ejercicio práctico y de acuerdo a la forma cómo las diversas instituciones –Fiscalía, Policía Judicial, Defensoría Pública– vayan coordinando esfuerzos y proponiendo soluciones comunes.

En el documento se han priorizado más los principios básicos que de manera general el nuevo Juez de Control de Garantías debe tener en cuenta para poder desarrollar de manera más cualificada su función. Así mismo, en él se ha dado prelación a los antecedentes jurisprudenciales relacionados con los puntos más álgidos que comprometen el nuevo trabajo, y a los desarrollos que en el derecho procesal penal comparado han tenido lugar en relación con eventos similares que deben ser absorbidos hoy por los jueces en Colombia.

Si bien en el caso colombiano se trata de una estructura procesal inédita y que los desafíos que se presentan son enormes, se trata de figuras dogmático-procesales que ya están documentadas en el derecho procesal penal comparado. Al mismo tiempo, se trata de diligencias, eventos, actividades, que han sido evaluadas por el Sistema europeo de derechos humanos y por el Sistema interamericano, de tal forma que lo que se busca con el presente Manual, es poner a disposición de los jueces dicha documentación y las decisiones más importantes de la jurisprudencia internacional. Al mismo tiempo, poner a disposición la rica jurisprudencia interna, y desde luego, se hace acopio y referencia permanente a nuestra propia tradición jurídico-procesal y penal sustancial.

Se busca aprovechar los desarrollos que las diversas figuras han suscitado en otras latitudes, unas muy cercanas como es por ejemplo el caso chileno, y confrontarla con nuestra tradición jurídica, con el propósito de atinar en las posibles soluciones y adecuarlas a nuestra realidad.

Tal como se ha dicho, el documento ha sido elaborado por el Prof. Dr. Alejandro Aponte Cardona, consultor del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, y quien apoya a la Escuela y al Consejo en los diversos programas de capacitación. Ha contado con el apoyo y colaboración de los Profesores Darío Bazzani, Óscar Julián Guerrero y José Joaquín Urbano, quienes también hacen parte del grupo de profesores en los diversos programas de capacitación. De igual forma, han participado en su proceso de configuración, diversos funcionarios, no solo de la Rama Judicial, sino de la Fiscalía y de otras instituciones.

EL PROCESO PENAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL APLICADO

Una formulación clásica de ello es la siguiente: “Adquiere sentido, tanto desde el punto de vista político-jurídico, como científico-penal, el hecho de que el proceso penal no sólo sea caracterizado como la materialización del derecho penal sustancial, sino también como *derecho constitucional aplicado*; en todo caso y por la misma razón, como indicador de la confluencia de la cultura jurídica y la cultura política en el Estado moderno. En el derecho procesal penal y en su realización práctica, se encuentran las señales que permiten discernir, con mayor precisión, acerca de cuál es el modo real de actuación de un Estado frente a sus ciudadanos” (Hassemer).

EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS COMO JUEZ CONSTITUCIONAL

Existe un consenso general en relación con el modelo de procedimiento penal del cual hace parte el colombiano: en la etapa de investigación se trata de *esclarecer una sospecha*; en la etapa del juicio oral, se trata de *obtener una convicción*.

La iniciación de la investigación requiere la verificación de una *sospecha* suficientemente fundada de la comisión de una conducta punible (interpretación sistemática de los artículos 29 y 250 reformado de la Carta Política) La acción estatal, dirigida hacia la verificación de la sospecha, puede generar intervenciones institucionales en ámbitos individuales protegidos por la Constitución Política.

El Juez de Control de Garantías debe ponderar en diversos eventos el necesario ejercicio de la acción estatal de verificación de la sospecha, de búsqueda de la verdad y de acopio del material probatorio, con la preservación de los derechos y garantías constitucionalmente previstos para la persona procesada. En diversas actuaciones, el juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías; deberá valorar la legalidad y legitimidad de la intromisión estatal en los derechos fundamentales, frente a las necesidades de la persecución penal.

I. PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN ACOMPAÑAR EL JUICIO DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

1. PRINCIPIOS QUE LIMITAN EL DESARROLLO Y LOS EFECTOS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

En el derecho procesal comparado, existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio, están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado “principio de libre configuración de la instrucción”. Los límites impuestos a los medios probatorios, constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada.

Las limitaciones esenciales a la investigación, que constituyen principios, derivadas de la Carta Política, son las siguientes:

1.1. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Artículo 29 de la Carta: “Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable”.

Artículo 7° del Código de Procedimiento penal: “*Presunción de inocencia e in dubio pro reo*. 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”.

Se trata de un principio ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional colombiana y de amplio desarrollo por la jurisprudencia internacional.

No se restringe sólo al ámbito procesal; tiene implicaciones directas en el derecho penal sustancial.

En el ámbito procesal se requiere, ante todo, que se trate de una *sospecha inicial seria*. (La preservación del derecho a la presunción de inocencia, exige la verificación de una sospecha suficientemente consistente de la existencia de los hechos).

La investigación inicial de ciertas circunstancias que afecten la vida de una persona, comporta ya, de hecho, una reducción del principio de inocencia. Por eso, el juez controlará en todo caso que no se trate de investigaciones genéricas, sino muy concretas con las exigencias de ley.

El principio tiene implicaciones en diversos eventos que deben ser controlados por el Juez de Garantías. Uno de ellos, fundamental, relacionado con las medidas de aseguramiento. Muy especialmente, con aquellas que afectan la libertad de las personas.

Para la ponderación permanente en función de la preservación del principio, el juez debe siempre tener en cuenta la siguiente afirmación que puede parecer a primera vista una contradicción, pero que al contrario, revela el equilibrio sustancial que condiciona el ejercicio práctico de la función penal:

“Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”. (Roxin).

1.2. PRINCIPIO NEMO TENETUR SE ISPUM ACCUSARE

Artículo 33 de la Carta Política: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

El principio tiene una consagración extensa y compleja dentro del Código de Procedimiento Penal en el artículo 8°.

Debe observarse de manera especial el literal C del artículo 8°, cuando se aclara que el imputado tiene derecho a que no “se utilice el silencio en su contra”.

El juez debe ponderar en todo momento, por ejemplo en relación con el denominado “principio de aseguramiento procesal” que guía la función de la detención preventiva, el derecho del imputado a permanecer en silencio. Nociones como la “buena voluntad” del imputado para someterse al proceso, el principio de comparecencia, deben ser medidas de manera estricta en función del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

El principio debe evaluarse siempre en el contexto general del derecho a la defensa. De allí su complejidad. Es un baluarte de la defensa del imputado.

1.3. PRINCIPIO DE CELERIDAD

Un sistema de administración de justicia debe producir decisiones. Un aparato de justicia que no resuelva los casos, que no decida es, por definición, injusto. Las expectativas sociales y las expectativas individuales del procesado, solo pueden ser reafirmadas si el sistema penal produce decisiones.

El nuevo proceso penal colombiano se edifica sobre la necesidad de dar celeridad al proceso. Ello no significa, empero, que el Juez de Control de Garantías no deba garantizar el tiempo necesario para decidir conforme a todos los elementos que tenga a su disposición. Celeridad no es sinónimo de improvisación; la celeridad nunca puede darse a costa de los derechos y garantías. Debe concebirse, al contrario, en función de la preservación y el respeto por los derechos. Por esa razón, celeridad y proceso celoso de las garantías, en una perspectiva de generación de decisiones, son principios que acompañan el ejercicio eficiente de la acción penal.

Existe el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas. Es un derecho que condiciona toda la práctica procesal. Está implícito, por ejemplo, en la obligación legal de poner a disposición a una persona ante el Juez de Control de Garantías, en un plazo perentorio de 36 horas, cuando ella ha sido capturada (art. 297 del C.P.P); también en la captura sin orden judicial (art. 300), o en el procedimiento en caso de flagrancia (art. 302).

Está implícito también, más allá de las estipulaciones legales, en el concepto de *plazo razonable*. Allí donde la ley sea oscura, donde haya vacíos legales, el juez debe obrar de acuerdo con el concepto de plazo razonable. Todo plazo desmedido, toda acción de la justicia que no sea proporcional, que no se ajuste a un mínimo de razonabilidad, deberá ser controlada y ajustada a derecho. El problema de la duración del proceso penal y del plazo razonable, constituye una de las preocupaciones centrales en el derecho procesal comparado y en la jurisprudencia internacional.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: APLICACIÓN PRÁCTICA

Se trata de una herramienta de uso fundamental para el juez, sobre todo, cuando este es un juez constitucional.

En el derecho procesal comparado existe consenso en que los procesos penales fundados en el principio acusatorio están caracterizados por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando dichos medios respeten los derechos y las garantías. Se trata del denominado *principio de libre configuración de la instrucción*. Por otra parte, los límites impuestos a los medios probatorios constituyen la vinculación de la investigación y sus efectos, a la garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada.

En desarrollo del principio de proporcionalidad, el juez de control de garantías obra como auténtico juez constitucional. Ello, no sólo por la labor de control en sí, que con base en este principio adelanta el juez en los distintos eventos, sino por la complejidad que alcanza su juicio basado en la metodología que subyace a dicho principio. En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad, es puro derecho procesal penal constitucional.

En el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia internacional, se ha desarrollado el principio de proporcionalidad y él ha guiado el juicio del juez en eventos especialmente problemáticos, como es el caso de las medidas de aseguramiento y de las medidas cautelares en general, o el de las intervenciones corporales o en las medidas que afectan el derecho a la intimidad o a la esfera de la personalidad. La aplicación de dicho principio exige la dogmática de ponderación como método de interpretación judicial general. De una manera sencilla lo ha concebido Robert Alexy, “el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación”.

La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente este método y sus decisiones más significativas, deben servir de base para el trabajo del Juez de Control de Garantías.

En el presente Manual se hará énfasis en la aplicación procesal del principio; no obstante, el principio de proporcionalidad debe ser comprendido como una metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas que hacen parte del derecho penal material. Es decir, es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal en conjunto. Por esa razón sirve al juez, en general, para la fundamentación de su juicio, en los más diferentes eventos. Son de

gran valor para el juez las reflexiones generales en torno a la aplicación del principio que han sido adelantadas por la literatura correspondiente.

3. SUBPRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad tiene un significado especial en el contexto de la instrucción de un proceso garantizador de límites derivados de los derechos fundamentales. Ha sido considerado como “límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales”. En el caso particular de las medidas de aseguramiento, “funciona en la práctica como el “presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del *conflicto* entre el derecho a la *libertad personal* y el derecho a la *seguridad del individuo*, garantizada por las necesidades ineludibles de una *persecución penal eficaz*”. O, de igual manera, “opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva que formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma”.

Tres reglas generales, “principios parciales” o “subprincipios”, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina internacional, pueden aplicarse para la concreción del principio de proporcionalidad en cada caso particular: son ellos los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Todos ellos operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional colombiana reconoce, en relación con lo expuesto, que el concepto de proporcionalidad está compuesto por “tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes”. (Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz).

3.1. SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD

En primer lugar, las intervenciones deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce este principio de idoneidad como principio

de utilidad. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción.

En consecuencia, la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto. En última instancia, se trata de un examen de *medios y fines* que debe contribuir a la obtención de un resultado pretendido. El juez debe adelantar siempre una ponderación entre medios y fines. El subprincipio opera, en la práctica, como un criterio de carácter empírico para verificar si la medida estatal decidida, y que ejerce un impacto en el derecho fundamental, es o no apropiada para alcanzar el fin previsto.

Dice, a propósito, el tribunal constitucional alemán: “una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia respecto de la finalidad”. (*BverfGE* 7, 377, p. 412).

En todo caso, la conexión medio-fin no puede ser establecida sin un criterio basado en la adecuación. En el caso, por ejemplo, de una medida de aseguramiento, el principio de idoneidad se refiere al hecho de que dicha medida sea el medio *idóneo* para contrarrestar efectivamente el peligro o riesgo que se quiere evitar (de acuerdo con las circunstancias previstas en el artículo 308 del Código y que es desarrollado en artículos posteriores).

Debe tenerse en cuenta, que el principio de idoneidad es flexible. Es decir, no es precisa una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido. Se trata de buscar también, la eficiencia de la “adecuación parcial”. Incluso, hay tribunales que aceptan la adecuación por vía negativa. Es decir, se admite que una medida es adecuada cuando no sea totalmente inadecuada. Es la lógica misma de la dogmática de ponderación, como método propio del constitucionalismo moderno: caso por caso, el juez deberá encontrar la medida más idónea y adecuada.

Las características esenciales de este subprincipio son, entonces, las siguientes:

- **Constitucionalidad.** Esto significa que cada medida que limita los derechos, debe ser concebida de acuerdo a su funcionalidad. Así, para saber si es idónea

o adecuada, debe establecerse que la medida sirva efectivamente para la consecución de la finalidad prevista. Se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional del objetivo o finalidad previstos.

- **Carácter preponderantemente empírico del mismo.**
- **Flexibilidad.** (Esto significa que el subprincipio de idoneidad hace relación a la causalidad del medio (*causa*) en relación con el fin propuesto (*efecto*). De esta forma, desde la perspectiva de la prohibición de exceso, el juicio sobre la idoneidad de una medida, implica la realización de un pronóstico sobre la *aptitud* y verdadera conducencia de la medida en relación con el fin pretendido: una medida es inidónea si lo es completamente (formulación negativa); pero es idónea si con su ayuda el éxito deseado se acerca o puede ser facilitado.
- **Control de la desviación posible de los parámetros legales.** (También se reseña esta característica en función del control de una desviación posible de poder). Se trata de analizar el sentido exacto de la intención de la autoridad correspondiente en función de la medida dispuesta. Así, se trata de constatar que con la medida no se busquen finalidades no previstas estrictamente por la ley.

3.2. SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad pasa por un examen de *necesidad*. En relación con la aplicación de las medidas con injerencia probable en los derechos de la persona, en el contexto del proceso penal, necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia.

Este “subprincipio”, también llamado de “intervención mínima”, de “exigibilidad”, de “subsidiariedad”, o de “alternativa menos gravosa”, significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho

fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. Lo fundamental en relación con este concepto, es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo resultado. Según la jurisprudencia internacional, la medida “no será necesaria cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado con una injerencia menos gravosa”.

En el caso de las medidas cautelares, se debe buscar la “medida menos gravosa” frente al fin propuesto. Por ejemplo, en el caso de la detención preventiva, los jueces deben verificar si existe alguna otra medida menos gravosa para el derecho fundamental de la libertad, y que si las hay, ellas puedan resultar igualmente aptas para el logro del resultado previsto, como es el caso de aquellas medidas de “control judicial”, como la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente, etc. En última instancia, el juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la detención preventiva o la domiciliaria, sea utilizada como *ultima ratio*, de tal manera que si el fin se logra con otros medios, estos deben adoptarse. De la misma forma opera en el caso de las medidas que comporten intervenciones corporales.

Al efectuar el juez la ponderación sobre la gravedad de las injerencias propuestas por la Fiscalía, debe considerar de manera particular los efectos secundarios que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Dos injerencias en derechos fundamentales igualmente adecuadas o idóneas, que producen el mismo resultado, pueden producir, no obstante y en razón a la diferencia de los medios empleados, diferentes efectos secundarios perjudiciales. Si el juez, atendiendo a todas las consecuencias secundarias, encuentra que los perjuicios producidos por la medida empleadas son mayores que los de la otra igualmente eficaz, él debe negar la medida por innecesaria. En este caso, el juez debe evaluar el impacto de la medida sobre la situación familiar, laboral o social del imputado.

De esta forma, el juicio del Juez de Control de Garantías no se debe agotar en la inmediatez de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los efectos secundarios y posibles de dicha medida. Es una reflexión que exige una perspectiva de futuro.

3.3. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO

En tercer lugar, el examen de admisibilidad de una medida, pasa por las consideraciones de *proporcionalidad* en sentido estricto. Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para

realizar su labor de administrar justicia. Se trata, en suma, de equilibrar la balanza de dos intereses en conflicto: de un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la individualidad y que son catalogados en la misma Constitución Política como derechos fundamentales. (Nótese que en la aplicación práctica de este subprincipio, prima el juicio acerca de la afectación concreta del derecho fundamental).

De manera general, en relación con las previsiones legislativas con intervención en los derechos fundamentales y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el subprincipio mencionado, “para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico), debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental”.

Con el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, se cierra la secuencia lógica en que se manifiesta el principio de proporcionalidad. Una vez se han superado las preguntas fundamentales en relación con la *idoneidad* y *necesidad* de una medida, se aplica la noción de *proporcionalidad* en sentido estricto. Es decir, la relación entre medio y fin, debe admitir una medida proporcional.

El resultado de la secuencia lógica está ligado, también y de manera general, a la noción de razonabilidad. El destinatario de la medida o medio empleado no ha de soportar un sacrificio no *razonable* en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve.

El juicio de razonabilidad cubre, de alguna forma, todo el juicio de inferencia del Juez de Control de Garantías. En este sentido, es correcta la redacción utilizada en el Código, de manera insistente, en relación con la exigencia de una *inferencia razonable* del funcionario.

4. CRITERIOS FRENTE AL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN CONCRETO

Existen criterios o variables desarrolladas por el derecho procesal comparado y por la jurisprudencia, que pueden ayudar al juez frente a la elaboración de su juicio de proporcionalidad. Los criterios establecidos en la doctrina, útiles a este efecto,

pueden ser: el criterio de la consecuencia jurídica, la importancia del asunto que se ventila y las exigencias de política criminal.

4.1. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

Siempre hay que determinar cuáles son los intereses enfrentados o que entran en conflicto. De un lado, se encuentran las instituciones estatales y, del otro, se encuentran los individuos que son destinatarios de las diligencias o intervenciones que inciden en su ámbito de derechos y garantías. (Es necesario trabajar con detenimiento en las variables que puede tener en cuenta el juez en relación con las motivaciones para la actuación institucional. Es decir, en la identificación del interés estatal en la persecución de la conducta. Así como deben ser desechadas las penas inútiles, también deben ser desechados, en principio, los procesos inútiles).

En cuanto a lo primero, se entiende que este criterio está relacionado con la averiguación de una conducta de la cual cabe esperar que efectivamente se llegue a una condena de la persona investigada. Pero ello no supone en ningún caso desconocer la presunción de inocencia; se trata de la existencia de mecanismos efectivos y razonables de verificación de una sospecha, con posibilidades de concreción final. La medida a tomar resulta admisible cuando existen fundamentos probatorios lo suficientemente contundentes como para que la injerencia tomada complete y determine una acusación.

El criterio de “la expectativa de las consecuencias jurídicas derivadas del delito”, es considerado con frecuencia como el más importante en la graduación del interés estatal para perseguir el mismo. Como no tiene un sustento legal específico, en su concreción dentro del proceso, el juez tiene en relación con él un marco de actuación muy considerable.

El razonamiento debe conducirse de acuerdo con un ejercicio lógico acerca de la función del derecho penal (esta conclusión es adecuada, además, para los dos criterios que a continuación se señalan).

Si el derecho penal es un sistema de protección subsidiaria de aquellas condiciones, denominadas *bienes jurídicos*, indispensables para la preservación de las circunstancias mínimas de convivencia, el juicio del juez debe estar guiado por esta consideración. Así como el Juez de Conocimiento está guiado por consideraciones

acerca de la proporcionalidad, la razonabilidad, la necesidad y utilidad de la pena, el Juez de Control de Garantías, debe controlar la posible utilidad real que entrañan las intervenciones sobre los derechos y garantías, en función de los intereses de la administración de justicia. Toda intervención inútil o toda activación de la acción estatal, en virtud de sospechas infundadas o sin posibilidad real de decisiones de fondo, deben ser descartadas por el Juez de Control de Garantías.

4.2. IMPORTANCIA DE LA CAUSA QUE SE VENTILA

Este, que puede ser también concebido como criterio acerca de la gravedad del delito, es un criterio que sirve para aplicar el juicio de proporcionalidad, al mismo tiempo que sirve para identificar el interés estatal en la intervención de la esfera privada de las personas.

No es un criterio de definición legal. La mera descripción de la sanción penal en los tipos penales, no es un indicativo suficiente de la gravedad del delito. Menos aún, en países con poco grado de solidez en las definiciones político-criminales.

El juez tiene un marco amplio de actuación frente a este criterio. Por esa razón, es importante considerar las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del sospechoso –sin que en ningún caso se hagan consideraciones sobre la intensidad del dolo o cuestiones atinentes a la responsabilidad–, las modalidades en que se cometió el hecho, la naturaleza del bien jurídico tutelado.

La gravedad de una conducta delictiva posiblemente cometida, nunca puede ser un criterio automático e inmediato para la adopción de medidas que afecten derechos y garantías. Es apenas un marco general, un criterio de ponderación.

4.3. EXIGENCIAS DE POLÍTICA CRIMINAL

Se trata del criterio más voluble y más criticado por la doctrina internacional. Pero es muy importante tenerlo en cuenta, pues hoy en día, las posibilidades de legitimación del derecho penal, están ligadas a la tensión entre política criminal y dogmática penal. Debe recordarse, a propósito, la célebre frase de Liszt: “El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.

Tanto la dogmática penal, como la dogmática procesal penal, se encuentran en permanente tensión frente a las decisiones de política criminal. Tanto más es ello

evidente, cuando se trata de países en los cuales la política criminal se ha caracterizado por su carácter coyuntural, cuando las decisiones de política criminal no han podido ser tomadas considerando fenómenos estructurales, sino que han obedecido a imposiciones de coyunturas y a fenómenos políticos, incluso ajenos a la lógica del derecho penal mínimo. Las decisiones de política criminal deben obedecer a criterios científicos que determinen tendencias, fenómenos estructurales, modelos de acción institucional contra ciertos comportamientos, etc.

El punto de partida para las decisiones político-criminales debe ser los estudios elaborados por la criminología, observatorios institucionales de tendencias en la criminalidad, trabajo interdisciplinario para detectar tendencias, etc. Frente a esta carencia, el Juez de Control de Garantías debe ser más acucioso, observar el impacto real de las conductas delictivas y no atenerse simplemente al juicio automático en relación con el *quantum* punitivo establecido en una norma penal. (Es el caso, por ejemplo, del uso de una figura muy interesante del Código Penal, prevista en el artículo 56, que permite al juez, sin ser acusado de hacer Sociología o desviarse del Derecho, hacer auténtico derecho penal basado en condiciones sociales objetivas. Ante dificultades para aplicar eventuales causales de justificación, por ejemplo, el juez puede aplicar esta norma y hacer verdadero derecho penal mínimo. Se trata, no obstante, de una norma casi inaplicada que debe ser repensada en función del rescate de una estructura humanista del Código Penal).

El Juez de Control de Garantías es hoy un lector privilegiado de la política criminal. (Esto es claro en la regulación legal del principio de oportunidad).

El Juez de Control de Garantías puede ser un operador que ajuste los criterios dispersos de política criminal e identifique tendencias en función de ciertos bienes jurídicos que deben ser protegidos con mayor celo.

En todo caso, el fundamento de la actuación del juez, en función de la política criminal, debe ser el derecho penal mínimo, como aquel modelo dentro del cual se inscribe el derecho penal sustancial colombiano y su derecho penal procesal. Normas rectoras, como el artículo 1° que preserva la dignidad humana, el artículo 2° sobre la prevalencia del principio de libertad en el ordenamiento procesal, la afirmación de la libertad en el artículo 295, las finalidades que debe sustentar la restricción de la libertad consagrada en el artículo 296, las reglas relacionadas con el principio de oportunidad, la opción de hacer auténticos juicios basados en la antijuridicidad material como en el caso del principio de oportunidad, el fundamento humanista que

se percibe en el nuevo estatuto procesal, son estructuras que expresan este modelo adoptado por el legislador.

5. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En relación con la figura dogmática de la antijuridicidad material, es muy interesante reseñar decisiones de juez constitucional colombiano, en las cuales se adelanta una lectura constitucional de dicha figura. Es bien sabido que la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, es útil para hacer graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, o para distinguir entre la mera prohibición legal y el carácter del bien jurídico que se vulnera, y para reunir medios auxiliares para la interpretación de la teoría del tipo penal. Pero, además, tiene una función constitucional. La Corte Constitucional se refiere a la antijuridicidad material como un *principio* y dispone que, a pesar de no encontrarse él regulado en la Carta Política expresamente, “no quiere decir que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales”. (Corte Constitucional, sentencia No. C-070 de 1996).

Para la Corte, la tarea encomendada a las instituciones de protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, tiene límites concretos. Por eso advierte: “en materia del *ius puniendi* del Estado, esta protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría ser por ejemplo, cuando a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor”. Concluye entonces el juez constitucional: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad al rango de principio supra legal, bien puede afirmarse que este tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”.

Es muy importante tener en cuenta que el principio de proporcionalidad y una de las categorías que lo determinan, que es la prohibición de exceso –categoría central en el derecho procesal penal comparado actual– puede interpretarse en función de las consecuencias prácticas que trae consigo la figura de la antijuridicidad material.

En función del derecho penal mínimo no es posible establecer un listado fijo de conductas sobre las cuales existirá mayor interés social o institucional en su persecución, pero con base en este modelo, el juez puede identificar y concentrar esfuerzos en aquellas conductas que son más lesivas de las condiciones de supervi-

vencia social. Por ejemplo, aquellos delitos que componen el *núcleo duro* de derechos humanos dentro del Código Penal, como son la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, la tortura, el genocidio, las conductas que hacen parte del Título II de la parte especial de Código Penal, es decir, los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, delitos como el secuestro y, más aún, en sus variantes más agresivas, los delitos sexuales que ameritan hoy una atención especial del Estado.

Los tres criterios analizados deben servir al juez para que, caso a caso, aplique el principio de proporcionalidad. La importancia de la causa que se ventila, está directamente relacionada con la posible decisión que se tome en virtud de una sospecha fundada, al mismo tiempo que estas dos circunstancias expresan una concepción político-criminal.

6. CUATRO PRINCIPIOS CENTRALES EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL Y LA EXIGENCIA GENERAL DE PROPORCIONALIDAD

Cuatro principios cruzan todo el Código de Procedimiento Penal. Ellos pueden ser englobados en el gran principio de la proporcionalidad. El artículo 295 que afirma por ejemplo la prelación de la libertad como regla procesal, establece que las disposiciones del Código que autorizan la restricción de la misma, deben ser aplicadas de manera excepcional. Se interpretarán restrictivamente y su aplicación se ajustará a los siguientes principios:

- Necesidad.
- Adecuación.
- Proporcionalidad.
- Razonabilidad.

De manera general, el Juez de Control de Garantías, deberá tener en cuenta estas cuatro condiciones para fundamentar su juicio.

7. NUEVAS EXIGENCIAS ARGUMENTATIVAS PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS: ADECUACIÓN DEL JUICIO EN TRES NIVELES

La mayor exigencia frente al uso de herramientas de tipo constitucional y frente a la dogmática de ponderación, reside en la necesidad de que el juez analice

cada caso en concreto. No deben existir juicios automáticos o basados sólo en las disposiciones legales.

A la complejidad del nuevo sistema procesal, corresponde una complejidad mayor en los niveles de argumentación del juez.

Pueden distinguirse varios niveles de argumentación y de construcción lógica de la decisión del juez. Se trata de un procedimiento general que puede ser aplicado en los diferentes eventos por parte del Juez de Control de Garantías. En el caso de las medidas de aseguramiento, estos tres niveles de argumentación son fundamentales. Su uso actual, por parte de un número cada vez mayor de jueces, le ha dado a su labor un alcance insospechado. Se trata de una secuencia argumentativa en la cual el Juez de Control de Garantías obra como auténtico juez constitucional.

Todo lo expuesto, hasta ahora, en relación con el principio de proporcionalidad, sirve de base para la comprensión de la secuencia que aquí se expone. Muy especialmente, lo expuesto desde el inicio respecto al subprincipio de idoneidad, particularmente en la característica de la constitucionalidad de la medida y de la necesaria adecuación de medios y fines; también, en relación con lo expuesto sobre la evaluación que en función de la necesidad de la medida y de su impacto posible sobre derechos y garantías, debe hacer siempre el juez de los *finés constitucionales* de las diversas medidas solicitadas por la Fiscalía.

7.1. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN FÁCTICA

Un primer nivel estaría determinado por la argumentación de tipo fáctico: el juez debe verificar los hechos de carácter fáctico que le son narrados, por ejemplo, por el Fiscal o por la policía, y a partir de los cuales se pretende o solicita una determinada medida. Se trata de la narración puramente fáctica, empírica, de hechos que son materia de investigación.

7.2. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN LEGAL

En un segundo nivel el juez debe ajustar la información obtenida —legalmente como lo recalcan varias normas del Código—, los elementos de relevancia probatoria, las diversas evidencias, a las disposiciones legales. Se trata, por decirlo así, de un juicio basado en la estructura positiva o legal del Código. Se trata del clásico ejemplo de la subsunción legal.

El juez debe, además, ordenar su juicio, de acuerdo con la estructura lógica de la disposición. Debe seguir el orden de la disposición. Por ejemplo, en la aplicación del artículo 288, debe verificar primero la individualización del imputado, luego la relación clara y sucinta de los hechos relevantes –y solo estos– y luego debe controlar la posibilidad de allanamiento del imputado a la imputación. (Para verificar este evento, el juez deberá remitirse, a su vez, al artículo 351).

7.3. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Un tercer nivel de argumentación expresa la complejidad del juicio y de la inferencia razonable que finalmente debe hacer el juez. Este, una vez ha adelantado una argumentación de tipo fáctico y una vez ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los *fin*es previstos para estas medidas.

Esta es una inferencia de tipo *constitucional* y relacionada con el *bloque de constitucionalidad*. En función de este último ejercicio de argumentación, se han explicado aquí los diversos criterios generales y las variables con base en las cuales el juez debe cualificar su juicio. Es aquí donde adquiere sentido el esquema constitucional aportado por el principio de proporcionalidad.

Un hecho es clave hoy en el ejercicio argumentativo y en la disputa argumentativa entre los diferentes actores del proceso: hoy en día, en el nuevo esquema procesal, no existe nada que sea *evidente* por sí mismo, todo hay que fundamentarlo. Existen casos más sencillos que otros, pero no hay nada evidente, nada sobreentendido, por esa razón, para fundamentar las decisiones, la argumentación debe ser sofisticada y el nivel de sofisticación mayor, se da a nivel constitucional. Es una realidad hoy comprendida y asumida no sólo por los jueces, sino por los propios fiscales.

En virtud de este nivel de argumentación, el juez, a pesar, por ejemplo, de que en relación con una medida solicitada por el Fiscal, se dan los requisitos legales para adoptarla, puede considerarla no necesaria, pues no pasa el *test de proporcionalidad* que este siempre debe aplicar.

Ejemplo: en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional No. C-774 de 2001, en la cual se estableció claramente el fin estrictamente procesal de la detención preventiva y el hecho de que esta, bajo ningún concepto, debe reputarse como

pena, un juez puede encontrar que a pesar de que el Código permita la medida para ese caso particular, y que fácticamente tengan lugar hechos de cierta relevancia para adoptarla, el juez puede concebirla *innecesaria* para ese caso particular. O puede considerar que otra medida es más apropiada para los fines propuestos. El juicio no se basa, entonces, en una argumentación fáctica ni legal; se basa en una argumentación de tipo constitucional que está, por decirlo gráficamente, en un nivel superior.

Se trata, en este último nivel, de identificar el derecho fundamental o la garantía que está en juego con la medida que se solicita. Aquí se ponderan el interés estatal de persecución del delito, con los derechos y garantías que pueden ser afectados. En este caso se pondera el interés concreto que para la Fiscalía puede tener la adopción de una medida, o la importancia de una medida para el rumbo correcto de la investigación o para la recolección consistente del acervo probatorio, con los derechos fundamentales eventualmente afectados.

Es en este nivel de argumentación donde se sitúan las exigencias de *adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad* del Código de Procedimiento Penal en diversas normas y que cruzan de manera sistemática todo el estatuto procesal.

8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El esfuerzo para establecer las pautas de interpretación con base en las exigencias del nuevo Código, el énfasis en el principio de proporcionalidad, no sólo se ha hecho en función del nuevo Juez de Garantías, como juez constitucional, ello compromete desde luego también a la Fiscalía General de la Nación. El ideal es que todos los intervinientes en el nuevo proceso penal, adquieran plena responsabilidad de ello; así, no solo se evitarían disputas inútiles, sino que se haría más expedito el procedimiento y se daría cumplimiento al principio de celeridad. La exigencia de argumentación y de fundamentación fáctica, legal y constitucional, no es un obstáculo para la aplicación de la norma procesal, el obstáculo y la tardanza surgen de la inobservancia de las reglas de juego que son hoy en día más sofisticadas.

El artículo 302 que se refiere al procedimiento en caso de flagrancia, refuerza la tesis planteada: en el inciso 4° la norma advierte que “si de la información suministrada o recogida aparece que el supuesto delito no comporta detención preventiva, el aprehendido o capturado será liberado por la Fiscalía, imponiéndosele bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario”. Es decir, el primer

gran filtro, que no es sólo mecánico, ni meramente fáctico o legal, lo debe hacer la Fiscalía. Incluso, agrega la norma, que de la misma forma se procederá en caso de que la captura sea declarada ilegal.

Podría decirse que no hay tiempo para que el Fiscal adelante este complejo juicio de proporcionalidad, y que además la norma tan solo se refiere a la “información suministrada o recogida”, y que ello no puede conducir a evaluaciones tan complejas sobre procedencia de la medida con base en la necesidad, etc; podría pensarse que dicha información solo se coteja con la norma, el artículo 313 que se refiere a la procedencia de la medida y que ello entraña tan solo una evaluación de tipo fáctico-legal.

No obstante, si se entiende que la procedencia de una medida no está dada, como anteriormente y en épocas que deben ser superadas –por el simple hecho de constatarse el ámbito punitivo de una conducta– el juicio del Fiscal, el primer filtro que él hace, debe ser complejo y debería tener en cuenta las variables aquí expuestas. Esto, de otra parte, obedece a la insistencia que, por ejemplo, en diversas reuniones del *Conversatorio Interinstitucional del nuevo sistema penal acusatorio*, se ha hecho en relación con la importancia del trabajo de la Fiscalía frente a la Policía y, en general, frente a los primeros hechos de activación de la acción penal. Se ha insistido en la tríada: Policía- Fiscalía y Juez de Control de Garantías. (Una secuencia de filtros en función de la verdadera eficacia de la administración de justicia que es la celeridad y producción de decisiones, articuladas y basadas en la observancia estricta de las reglas de juego legales y constitucionales).

Ahora bien, esta interpretación debe armonizarse con lo dispuesto, con muy buen criterio, por la Corte Constitucional, en cuanto a los límites que, para la actuación de la Fiscalía, surgen del artículo 302 mencionado. La Corte, en sentencia No. C-591 de junio de 2005, declaró exequible la norma, “en el entendido de que el Fiscal puede examinar únicamente las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva”. Es decir, según la Corte, al Fiscal no le está dado entrar a evaluar la materialidad de los requisitos previstos en el artículo 308, en función de la procedencia de la medida. Esta evaluación, según la Corte, sólo le corresponde al Juez de Control de Garantías.

Esta decisión se asume con el propósito, ligado a la prohibición de archivar directamente un caso, de establecer claridad sobre los límites de las funciones ju-

risdccionales de la Fiscalía, pero ello no significa que, de manera general, el Fiscal no evalúe la necesidad de la medida que está solicitando. Al contrario, como se ha dicho, el Fiscal debe argumentar muy bien, sobre todo en función de su propósito investigativo y ofrecerle al juez, no valoraciones “evidentes”, ni meras narraciones de hechos fácticos, o suposiciones basadas en el supuesto peligro de una persona para la sociedad. Dentro de los límites de su función, por ejemplo en relación con las facultades jurisdiccionales, el Fiscal también es un operador constitucional: el derecho penal de la Constitución es también tarea y marco de referencia para la Fiscalía.

9. LÍMITE GENERAL EN LA ARGUMENTACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

Existe un presupuesto general que condiciona la actuación del Juez de Control de Garantías: en los eventos en que este interviene, no se discute la responsabilidad penal.

El Juez de Control de Garantías no es un Juez de Conocimiento. Debe supeditarse y exigir a los actores que se supediten estrictamente a la diligencia que es motivo de control: a la Policía por ejemplo en sus informes, y siempre debe exigirlo a la Fiscalía. Cada diligencia se debe restringir al motivo de la misma y el juez debe ubicar el derecho fundamental que puede estar en juego, ponderar los intereses que entren en posible colisión y decidir estrictamente en función de ello.

En Colombia ha sido tradicional que la argumentación en relación, por ejemplo, con la adopción de una medida cautelar sobre bienes o de una medida de aseguramiento, lleva implícita una carga argumentativa previa respecto de la posible responsabilidad. En el nuevo esquema procesal, esto no puede ocurrir. La adopción de una medida de aseguramiento o de una medida cautelar sobre bienes, no puede significar un adelanto del juicio de responsabilidad.

Por esa razón, el subcriterio analizado en relación con el juicio de proporcionalidad, acerca de las posibles consecuencias jurídicas de la conducta investigada, no significa, en ningún caso, que se adelanten juicios de responsabilidad.

Incluso en normas problemáticas, como el artículo 287 en el cual, a propósito de la formulación de imputación, se establece la inferencia razonable con base en la posible autoría o participación del imputado en un delito, el Juez de Control de Garantías no puede adelantar un juicio de responsabilidad en relación con la conducta.

10. “TEORÍA DE LOS DOS NIVELES”: UNA HERRAMIENTA DE AYUDA POSIBLE PARA EL JUEZ

Se considera pertinente, en relación con lo expuesto hasta aquí acerca de las nuevas exigencias y desafíos que se abren hoy al juez en función de la interpretación jurídica, reseñar una herramienta, un test, como herramienta de interpretación, que puede ser de gran utilidad para el Juez de Control de Garantías respecto a diversos eventos muy complejos y exigentes.

Si bien es cierto que en el derecho procesal penal comparado y en la jurisprudencia, es el principio de proporcionalidad la herramienta de interpretación que más consenso ha generado, el Tribunal Constitucional alemán ha desarrollado un test de ponderación denominado “teoría de los dos niveles”, que puede ser muy útil al Juez de Control de Garantías, particularmente en eventos donde controle la interceptación de comunicaciones o la recepción de correspondencia.

Se ha aplicado, sobre todo, en casos de posesión que ha hecho la Fiscalía General de material de evidencia muy privado, íntimo o confidencial, pero que no supone que el hecho sea en principio ilegal. Por ejemplo: la Policía encuentra un diario con confesiones íntimas ligadas a una conducta delictiva, en el marco de diligencias legales; o el diario lo obtiene la Policía de manos de un tercero.

En razón del vacío legal que existe en nuestro Código, la teoría mencionada es importante por la ayuda metodológica que aporta. Su fundamento, en el caso alemán, ha sido el artículo constitucional que protege la dignidad humana (tal como el caso colombiano) y el artículo sobre libre desarrollo de la personalidad humana (igualmente previsto en nuestro ordenamiento constitucional).

De acuerdo con la teoría, existe una diferencia entre el “área nuclear de un estilo personal de vida” que entraña el concepto más claro del libre desarrollo de la personalidad humana y el respeto por la dignidad, y la mera privacidad de una persona. El principio es que el material escrito o grabado en el cual se expresan las tendencias sexuales, religiosas, morales o delictivas de una persona investigada, hacen parte del núcleo intangible de la personalidad humana.

La teoría, en el caso concreto, opera en dos niveles.

1. Cualquier prueba relacionada o que afecte el núcleo esencial o la denominada “área inalienable de su vida personal”, debe ser considerada automáticamente como inadmisible.

2. Si se trata de una prueba que compromete el resto, no nuclear, de la privacidad de una persona, el juez entrará a evaluar de una parte el interés estatal en la persecución de la conducta delictiva y, de otra, la protección de la individualidad.

Casos en los cuales se ha aplicado la teoría:

1. Un adicto que informa a su médico sobre su adicción en una carta que no fue enviada y, a pesar de que dicha carta fue concluyente frente a la averiguación sobre un delito de narcotráfico, la información no pudo ser utilizada en el juicio.
2. Registros privados realizados por una mujer sobre las conductas punibles de su marido, no han podido ser usadas para probar su culpabilidad. (En el caso colombiano, las previsiones del artículo 8 del C.P.P., puede servir de apoyo al juicio del juez en este caso).
3. El uso de información sobre una relación íntima de una mujer, escrita en su diario, no puede utilizarse para probar que la mujer es culpable de falso testimonio al haber declarado en un proceso, bajo juramento, que dicha relación no existió. Tal como lo anota Roxin, “la confrontación íntima y sin reserva consigo mismo en el diario, que además no trata del hecho concreto, es el prototipo de una autorreflexión de carácter absolutamente personal que está protegida por la dignidad humana. La indicación relativa a la gravedad del delito del acusado tampoco puede justificar una utilización probatoria en este caso”.

Es importante también reseñar la distinción que hace Roxin entre la afectación de la dignidad y la afectación de la libertad de expresión. Se trata de un criterio de valoración interesante para el juez, ya que según el autor, “los registros secretos de conversaciones en todos los casos decididos no vulneran la dignidad humana en el sentido de afectar aquel núcleo esencial interno. Cuando los hombres conversan sobre sus negocios punibles o sobre una declaración judicial futura, entonces es la libertad de expresión la parte constitutiva de su derecho individual. Pero una intromisión en esa libertad no toca el núcleo esencial de la personalidad y con ello la dignidad humana”. De aquí concluye el autor, incluso en oposición al tribunal supremo, que “las conversaciones telefónicas pueden ser auscultadas cuando subsistan las condiciones legales para hacerlo”.

Las dificultades de la teoría, muy bien evaluadas por Claus Roxin, surgen cuando se trata de delitos graves. Por ejemplo, la misma jurisprudencia alemana se ha apartado de la teoría, en el caso de homicidios perpetrados con sevicia. Se dice que el costo para la administración de justicia es muy grande, cuando homicidios de carácter agravado pueden quedar impunes, por la preservación de la esfera de la intimidad.

Los delitos extremadamente graves, en consecuencia, pueden ser una limitación válida en la aplicación general del principio.

II. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

1. PRINCIPIOS GENERALES QUE ENMARCAN SU REGULACIÓN

En el nuevo Código de Procedimiento Penal, el principio de libertad tiene prevalencia fundamental en todas las actuaciones.

La preservación institucional de la libertad, es principio fundante de la normatividad procesal.

Por la misma razón, la libertad solo se puede restringir de manera excepcional y las razones para hacerlo deben ser muy bien fundamentadas.

El artículo 295, que abre el Capítulo I del Título IV referido al régimen de restricción de la libertad, establece, claramente: “**Afirmación de la libertad.** Las disposiciones de ese código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional”.

En esta primera parte de la norma se establece el principio de restricción excepcional de la libertad, además de hacerse énfasis en el carácter *preventivo* de la privación de la misma.

Luego la norma consagra una regla de interpretación general a la cual se ha hecho referencia: las disposiciones del Código, en esta materia, “sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

La norma reseña los cuatro principios previamente trabajados y que cruzan toda la legislación procesal:

Necesidad.

Adecuación.
Proporcionalidad.
Razonabilidad.

Estos principios deben medirse, ponderarse y evaluarse, de acuerdo con los **“contenidos constitucionales”**. (Aquí se aplica la relación entre **medios y fines** a la cual se ha hecho referencia a propósito del principio de proporcionalidad).

El artículo 295 es expresión del artículo 2º, norma rectora del Código. Este, en relación con la prevalencia de la libertad, es exhaustivo en su prescripción.

El primer inciso cubre la preservación constitucional de la libertad.

El segundo anticipa las condiciones que deben ser respetadas por el Juez de Control de Garantías, para proceder a dictar medidas de aseguramiento, especialmente en el caso de la detención preventiva.

En la norma se advierte al juez que la “restricción de la libertad del imputado” se ordenará “cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

La norma establece, también, que el funcionario deberá modificar o revocar la medida, “si las circunstancias hubieran variado y la convirtieron en irrazonable o desproporcionada”. (Ello es compatible con el artículo 318 sobre la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento).

En la parte final de la norma, se reseñan las condiciones bajo las cuales, teniéndose siempre en cuenta que se trata de un procedimiento excepcional, se permite la captura sin orden judicial. La norma establece que el capturado debe ser puesto a “disposición del Juez de Control de Garantías en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes”.

El juez debe evaluar de manera especialmente cuidadosa el tiempo en que una persona capturada en flagrancia debe ser puesta a disposición del Juez de Control de Garantías. (Ello, por disposición legal expresa y en desarrollo del principio de celeridad. Se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 302).

Se debe tener siempre en cuenta la reforma introducida a la Carta Política en este punto:

El artículo 2° del acto legislativo 03 de 2002, que reformó el artículo 250 de la Carta Política, establece que “La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”. (La Corte Constitucional declaró contraria a la Carta la norma y la referencia del artículo 2° como principio rector del Código, que establecían la posibilidad de la captura directa por parte de la Fiscalía).

2. RESTRICCIÓN EXCEPCIONAL DE LA LIBERTAD, PRINCIPIO DE DIGNIDAD Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: TRÍADA QUE FUNDAMENTA EL JUICIO DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

El artículo 2° del C.P.P. debe leerse en consonancia con el artículo 1° que consagra el principio de la dignidad.

En el caso particular de las medidas restrictivas de la libertad, su impacto debe ser medido en función de la situación de dignidad o indignidad en la cual debe adelantarse la medida. Por esa razón el juez, al autorizar una medida restrictiva de la libertad, debe tener en cuenta en el juicio de necesidad, proporcionalidad, adecuación y razonabilidad, las condiciones objetivas de nuestro régimen carcelario.

Estas herramientas de interpretación, no se agotan entonces en el análisis del hecho, de las circunstancias en que este se cometió, de la gravedad desde el punto de vista legal del delito, sino que también debe profundizar en el análisis de las circunstancias concretas en que se cumple la medida cautelar.

Los dos principios anotados, se leen en consonancia con la presunción de inocencia. Estos tres principios rectores del Código, con expresa definición constitucional y en los tratados del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen un bloque normativo de apoyo permanente a la función del Juez de Control de Garantías.

3. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO: REGULACIÓN GENERAL

El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal contempla dos tipos de medidas de aseguramiento.

Medidas restrictivas de la libertad: “detención preventiva en establecimiento de reclusión” y la “detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento”.

Medidas no privativas de la libertad:

Obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica o a la vigilancia de una persona o institución determinada.

Presentación periódica o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.

Obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.

Prohibición de salida del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.

Prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas –siempre y cuando no se afecte el derecho de defensa.

Prestación de caución o fianza.

Prohibición de salir del lugar de habitación entre las seis de la tarde y las seis de la mañana.

La norma agrega una condición acorde con la situación económica de la persona: “Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria”.

La norma tiene referencia constitucional: El artículo 2° del acto legislativo 03 de 2002 establece en el numeral primero, que en ejercicio de sus funciones la Fiscalía General deberá “Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.

4. PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

El sistema de las medidas de aseguramiento está construido sobre la base de la gradualidad de las medidas.

El juez debe escoger la medida más adecuada de acuerdo con el listado aportado por el Código y de acuerdo con los hechos y diversas circunstancias, y siempre bajo el supuesto de la excepcionalidad y restrictividad de las medidas privativas de la libertad. En su inciso final, el artículo 207 establece lo siguiente: “El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta e indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento”.

5. PRINCIPIO DE ASEGURAMIENTO DE LA COMPARECENCIA DEL IMPUTADO

El principio de *aseguramiento de la comparecencia* del imputado es el principio guía en la actuación del juez. Este tiene a su haber diversas herramientas y debe ser muy acertado al momento de valorar cuál es la medida que deberá imponer.

El artículo 2º del acto legislativo 03 de 2002, reformado, conserva la función de asegurar la comparecencia y agrega, desde el ámbito constitucional, la razón de la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, con énfasis en las víctimas. Es necesario desarrollar fórmulas muy finas de interpretación del alcance de estas razones y fines de las medidas, especialmente cuando aparecen conceptos abstractos como la “comunidad” o, el “peligro” que puedan representar los actos de una persona para aquella o para las víctimas.

De manera general, en relación por ejemplo con la figura de la detención preventiva, en el derecho procesal penal comparado, esta se acepta solo en función de su carácter preventivo-procesal. El carácter de pena de la medida está descartado en el ámbito internacional, no solo por la doctrina, sino y sobre todo, por la jurisprudencia internacional.

En el caso colombiano, el peligro para la comunidad o para la víctima también es considerado en función de las medidas de aseguramiento. Por su carácter excepcional y por los riesgos que entraña, estas circunstancias deben evaluarse con mucho cuidado e interpretarse por el juez de manera restrictiva.

Los fines de la detención solo pueden ser fines de “aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: hacer posible un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales. Esto justifica los *fundamentos de la*

detención basados en la fuga y el peligro de obstrucción de averiguación de la verdad”. (Hassemer).

La Corte Constitucional avala esta consideración: “El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”. (Corte Constitucional, Sentencia No. C-774 de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 4.5.2).

La inferencia razonable del juez debe considerar la relación *medios-fin* de acuerdo con los fines constitucionales de la medida. La Corte, en providencia citada, ha dicho en relación con ello: “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”.

Estas consideraciones del juez, sustentadas en el ámbito constitucional, tienen además un sustento que constituye una obligación legal expresa. El artículo 37 del Código Penal, en su inciso 3º, establece que “la detención preventiva no se reputa como pena”. Este es el axioma general. La norma agrega, como fundamento mínimo de un principio de justicia por el tiempo en que se ha visto la libertad afectada: “Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del artículo 8.2 de la Convención Americana, que se refiere a la presunción de inocencia, establece que de dicha disposición, surge la obligación “estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”. (Corte IDH, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, caso Suárez Rosero, párrafo 77).

Por todo lo anterior, el juez debe evaluar, de acuerdo con los principios que aquí se han establecido, no solo la procedencia legal en sí de la medida, sino, y sobre todo, que ella cumpla los fines constitucionales previstos.

Estos fines, como se ha dicho, son específicamente los fines de carácter preventivo-procesal o de aseguramiento de la comparecencia; ellos no están relacionados con fines de la pena. Si el Juez de Control de Garantías no hace juicios de responsabilidad penal, las medidas de aseguramiento no cumplen las funciones de la pena, que corresponden al ámbito de la punibilidad, que es posterior al juicio final de responsabilidad.

La alusión del numeral 1 del artículo 2° que ha reformado el artículo 250 de la Carta Política, a la protección de la comunidad y a las víctimas, tampoco debe relacionarse con los fines de la pena. Se puede evitar que una persona continúe cometiendo delitos y en este sentido se amplía el carácter preventivo de la medida, pero ello no significa que se está haciendo prevención general o especial, ni mucho menos resocialización como en algunos casos fallados se puede percibir. Es, como se ha dicho, una medida de carácter preventivo-procesal.

6. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS

El artículo 308 del nuevo C.P.P contiene todo el esquema de requisitos para adoptar las medidas cautelares. La noción de *razonabilidad* en la inferencia que haga el Juez de Control de Garantías, cruza y condiciona toda la disposición (condiciona, a su vez, aquellas disposiciones que desarrollan el artículo 308).

En su inicio la norma establece que dicho juez, a petición del Fiscal General 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 puede ser actor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos...”.

Esta disposición explica que se trata aquí de aquello que la doctrina considera como *justicia rogada*.

En relación con los requisitos, la norma establece tres tipos:

“Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”.

“Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”.

“Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia”.

Luego el Código aclara, en artículos diferentes, cada uno de los conceptos y cuál es el significado de ellos para la legislación procesal penal:

“Obstrucción de la justicia” (art. 309).

“Peligro para la comunidad” (art. 310).

“Peligro para la víctima” (art. 311).

Posible “no comparecencia” del imputado (art. 312).

Teniendo en cuenta el principio de aseguramiento de la comparecencia del imputado y teniendo en cuenta el carácter excepcional de las medidas de aseguramiento, especialmente cuando se trata de aquellas que afectan la libertad, la tensión que surge para el funcionario y sobre la cual este debe ser especialmente activo, es entre dicho aseguramiento y la presunción de inocencia como principio rector de todo el ámbito procesal.

6.1. OBSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA

Se entiende en la doctrina internacional, como el *peligro de obstaculización*.

El artículo 309 se refiere a las circunstancias que originarían este peligro de obstrucción u obstaculización. Son tres tipos de actuaciones posibles del imputado:

1. “Cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba”.
2. La norma se refiere también a la posibilidad de actuar el imputado contra ciertos sujetos. Se puede imponer medida de aseguramiento cuando se considere que aquél “inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”.
3. Se puede imponer medida cuando se tengan motivos fundados para inferir que el imputado va a impedir o dificultar la “realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”.

Especial atención deberá tener el juez en la evaluación de la noción de “motivos graves y fundados”. El juez debe saber exactamente qué tipo de prueba puede eventualmente destruirse o contra quién puede dirigirse una acción del imputado. Hay pruebas que por su misma naturaleza no pueden destruirse y hay personas frente a las cuales, por el tipo de conducta o las circunstancias en que esta se cometió, no pueden tener lugar las amenazas: el juicio del juez no puede ser abstracto, tiene que referirse a circunstancias muy precisas de acuerdo con los niveles mencionados.

6.2. LA POSIBLE NO COMPARECENCIA DEL IMPUTADO

Se trata de un conjunto de circunstancias conocidas en la doctrina internacional como “peligro de huida”. Las circunstancias son reseñadas en el artículo 312 del C. P. P.

La norma establece que “para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, además de la modalidad y gravedad del hecho y de la pena imponible” se deberán tener en cuenta ciertas circunstancias.

Lo primero que se debe aclarar en relación con la norma, es que de manera general, tal como se ha dicho, nunca la sola modalidad y gravedad del hecho y, menos aún, automáticamente el solo *quatum* punitivo previsto en una disposición, constituyen motivos suficientes para decretar la medida de aseguramiento.

La gravedad de la conducta no es hoy el fundamento para decretar una medida de aseguramiento; en el propio acto legislativo que reformó la Carta Política, no tiene ello una relevancia. Cuando el artículo 312 del Código establece que “además de la modalidad y gravedad del hecho”, se deben tener en cuenta ciertas circunstancias, dicha modalidad y gravedad constituyen un marco general a partir del cual se analizan las demás condiciones; pero no significa que la gravedad sea el elemento central o único para evaluar la posible no comparecencia.

6.3. LA FALTA DE ARRAIGO DEL IMPUTADO EN LA COMUNIDAD

La primera circunstancia legal prevista es la siguiente: “La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”.

En un país como Colombia, donde es común el trabajo de una persona fuera de su territorio, en un país aún rural y con muy altos índices de desplazamiento o desarraigo de hecho, la inferencia razonable del juez debe ser muy cuidadosa.

El juez debe evaluar el posible impacto de la medida, basada en la falta de arraigo en la comunidad, sobre las condiciones laborales y familiares del imputado. Por esta misma razón, sobre las condiciones mínimas de supervivencia del mismo. Hoy en día, los jueces de control de garantías han tomado decisiones muy interesantes en relación con la noción de arraigo, domicilio, peligro de que una persona huya, etc.

Para la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por ejemplo, la prohibición de salida del país, constituye una medida de carácter excepcional, es decir, su fundamentación es restrictiva: “las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianza, o en casos extremos la prohibición de salida del país”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bronstein vs. Argentina, 1997).

6.4. EL DAÑO CAUSADO Y LA ACTITUD DEL IMPUTADO FRENTE A ESTE

Las otras dos circunstancias, aportadas por el artículo 312, se refieren a la “gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este”, así como “el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena”.

En la evaluación de estas circunstancias, el juez debe tener en cuenta lo dicho en detalle a propósito del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. El silencio del imputado es un derecho y no puede verse como expresiones de mala voluntad; lo mismo, la prohibición expresa de la autoincriminación o la incriminación a familiares o personas cercanas.

El derecho de defensa y sus alcances, constituyen aquí un límite concreto a la evaluación del juez.

La noción y exigencia de “colaboración con la justicia” debe ser revisada de manera permanente por el juez.

En relación con la gravedad del daño y la actitud del imputado frente a este, debe evaluarse ello por parte del juez, de conformidad con uno de los pilares del

nuevo Código de Procedimiento Penal, que es la justicia restaurativa. En ese sentido, mecanismos de reparación pueden ahorrar esfuerzos que se requieren para otros propósitos. El numeral 7° del artículo 250 reformado de la Carta Política establece, al final, que la “ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

6.5. EL POSIBLE “PELIGRO” PARA LA COMUNIDAD O PARA LA VÍCTIMA

Las circunstancias contenidas en el artículo 312 pueden ser leídas en consonancia con las contenidas en los artículos 310 y 311. La primera de estas disposiciones, que busca aclarar los alcances del significado de peligro, como una de las circunstancias que posibilita la imposición de la medida de aseguramiento, establece lo siguiente: **“Peligro para la comunidad.** Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias...”.

La norma debe interpretarse de manera absolutamente restrictiva.

Se trata de uno de los aspectos en los cuales ha existido mayor confrontación entre fiscales y jueces de control de garantías, pero hoy en día se experimenta una relación más armónica.

Lo primero que es necesario aclarar es que, en términos generales y en sí misma, la libertad de las personas no puede ser concebida como una fuente de peligro para la sociedad.

Es posible que en un caso muy concreto, homicidios reiterados por ciertos actores sobre un grupo de víctimas y en cierto territorio por cierto tiempo; o el caso de un agresor sexual concentrado sobre un grupo de víctimas –menores por ejemplo– en un determinado territorio y otros casos, puedan dar pie a que se piense que habría un peligro potencial para ciertas personas en situación de riesgo. Pero el *peligro* no se debe a la *condición de la libertad*, se debe a los hechos concretos de una persona o grupo de personas que permiten prever una cierta consecuencia futura.

Esto es consecuente, además, con un derecho penal del acto o del hecho, y no de un derecho penal de autor, que podría desprenderse de una disposición que de entrada establezca que la libertad de los individuos puede ocasionar en sí un peligro para la comunidad.

Hay que evitar el regreso a fórmulas ya superadas de antaño, basadas en el *peligrosismo* a ultranza.

Aquí se puede repetir lo dicho con anterioridad: a instancia del nuevo estatuto procesal, no existe nada que sea *per se* evidente, menos aún el peligro que la libertad de una persona puede representar. El peligro hay que probarlo, hay que fundamentarlo.

6.6. CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE SE FUNDAMENTA EL POSIBLE PELIGRO

Las dos primeras circunstancias a las cuales se alude para considerar que los actos de una persona pueden ocasionar peligro, son: “la continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales” y “el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos”.

Con normas complejas desde el punto de vista dogmático y constitucional, como es el caso del concierto para delinquir, el juicio del juez debe ser muy agudo y restrictivo. Aunque el juicio del juez en ningún caso debe emitirse con base en juicios de responsabilidad, sí constituye un trabajo suyo evitar de entrada que haya casos basados en presupuestos de mera responsabilidad objetiva. (El artículo 12 del Código Penal se debe tener siempre muy presente). No es un caso de argumentación en función de la responsabilidad, es un caso claro, además de fenómenos de imputación por ejemplo, en que se debe aplicar la norma procesal, teniendo en cuenta el derecho penal sustancial.

La Teoría del delito, como un gran constructo dogmático, provisto con categorías que se disponen con antelación para la posible solución de diversos casos, no ha desaparecido en la nueva dinámica procesal; al contrario, hay una relación inescindible entre los dos órdenes normativos.

Luego, el artículo 310 agrega dos circunstancias finales: El hecho de estar una persona acusada, o de encontrarse ella sujeta “a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional”.

Debe decirse que el principio de la gradualidad, no puede obrar en la práctica como una especie de *concesión* del juez, es decir, cuando un imputado se encuentra bajo una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad, no se debe entender

ello como una concesión o como una dádiva de la administración de justicia: es una medida impuesta de acuerdo con un análisis de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

7. EL POSIBLE PELIGRO PARA LA VÍCTIMA

Finalmente, en desarrollo de los requisitos introducidos por el artículo 308, el artículo 311 del Código concreta las anteriores consideraciones alrededor del eventual peligro que puedan representar los actos de una persona para la comunidad, en el caso particular de la víctima. Dice la disposición que “se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes”.

Se trata de una innovación del Código que debe interpretarse de acuerdo con lo anteriormente señalado, al mismo tiempo que debe interpretarse en función del papel central que la nueva legislación procesal penal concede a la víctima.

Sería posible que el concepto de víctima se amplíe, de tal manera que por víctima no se entienda solo la misma persona contra la cual en algún momento se ha cometido una conducta, o sus familiares.

Podría pensarse que *víctima* puede ser un sujeto potencial que viva en una situación de riesgo particular. El Código Penal consagra por ejemplo ciertas conductas que hacen parte de lo que aquí se ha denominado núcleo duro de derechos humanos, como es el caso del genocidio, la tortura, el desplazamiento forzado y la desaparición forzada, también el secuestro. Podría pensarse en este sentido que un grupo de personas, que no conforman necesariamente la *comunidad* en los términos del artículo 310, pero que están en riesgo de ser objeto de desplazamiento forzado, o que entre ellas algunas personas lo han sido ya, sean consideradas todas como víctimas en los términos del artículo 311. Es decir, el concepto de víctima no sólo se restringiría al sujeto pasivo en sí de una conducta o a un miembro de su familia.

Lo mismo podría pensarse en relación con delitos sexuales que de manera reiterada se cometan en un cierto territorio o vecindario. Sujetos especialmente vulnerables, como niños o mujeres en especial condición de inferioridad, pueden ser comprendidas en un concepto más amplio de víctima que el que maneja el artículo 311.

8. DE NUEVO EL PRINCIPIO DE GRADUALIDAD: HUMANIZACIÓN DEL PROCESO PENAL

En relación con el principio de gradualidad, debe anotarse que el Código establece formas de sustitución de medidas cautelares, que pueden concebirse en el terreno de este principio. Por ejemplo, el artículo 314 consagra la posibilidad de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención en lugar de residencia.

En este caso el juez debe tener en cuenta una serie de circunstancias, situadas en el contexto de la humanización del derecho penal, en las cuales los fines procesales –partiendo de la base de que estos son los que legitiman las medidas– se cumplen en la detención domiciliaria.

El juez, como ya vimos y lo exige el Código, debe permanecer en todo momento acucioso para revisar las circunstancias de privación de la libertad. Incluso, en este aspecto es necesario trabajar tanto, como en aquel relacionado con la toma inicial de la medida

Las circunstancias establecidas en el artículo 314 comentado, son las siguientes.

1. La norma consagra circunstancias que tienen que ver con la edad del imputado cuando este tenga (65) años.

2. Se autoriza también la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, de acuerdo con consideraciones especiales relacionadas con mujeres que se encuentran próximas a dar a luz.

3. También con situación de enfermedad grave, lo cual hace que el juez pueda decidir si opta porque la detención se lleve a cabo en el lugar de residencia, en hospital o clínica.

4. Se autoriza la sustitución, igualmente, frente al caso de que la imputada o acusada fuese persona cabeza de familia de hijo menor de 15 años, o cuando padeciere enfermedad mental.

El juez debe tener en cuenta aquí, tanto la humanización del proceso penal, como el hecho de que el nuevo Código busca ponerse a tono con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, y establece tratos especiales que no deben entenderse como afirmación de privilegios.

En consonancia con lo expuesto, se sitúa el artículo 318 que se refiere a la posibilidad para cualquiera de las partes, de solicitar la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento, por una sola vez y ante el Juez de Garantías que corresponda.

El juez debe inferir razonablemente, de acuerdo con la información y los elementos probatorios que han desaparecido los requisitos previstos en el artículo 308. En este punto se debe ser especialmente acucioso, tanto más si el Código, en una norma muy restrictiva, el artículo 318, establece una sola posibilidad para solicitar la revocatoria de la medida.

El Código establece que contra esta decisión no es procedente ningún recurso.

9. “PROHIBICIÓN DE EXCESO” Y PRINCIPIO DE GRADUALIDAD

En relación con el principio de gradualidad hay que tener en cuenta que uno de los fundamentos de la función de control de garantías, es aquello que en la doctrina se denomina “prohibición de exceso”. Ello está relacionado, tanto con el principio de gradualidad, como con la fundamentación de necesidad y proporcionalidad de la medida. Significa que si el Fiscal solicita a un Juez de Control de Garantías una medida en particular, el juez puede, luego de una evaluación pertinente, desechar los argumentos del Fiscal en función de dicha medida, y resolver imponer otra, siempre y cuando, desde luego, sea esta menos gravosa y favorable al principio de libertad.

Se trata de un tránsito, en la inferencia del juez, de los “límites mayores”, a los “límites menores”, en relación con las medidas de aseguramiento.

En estos eventos la ponderación debe ser muy fina, pues es claro que cuando se trate de la detención preventiva, cualquiera otra medida no restrictiva de la libertad será en principio menos gravosa. No obstante, cuando se está ante aquellas que componen el literal B del artículo 307 del Código, la ponderación se puede hacer más compleja. Incluso, hay medidas muy invasivas, como es el caso del numeral 9 del literal B, del artículo 307, que parece más una medida de *toque de queda*. El dispositivo electrónico, también puede ser eventualmente más invasivo. La fundamentación del juez debe ser, como se ha dicho, muy fina y caso por caso: no se pueden tomar dos casos como iguales.

La prevalencia del principio de libertad, no solo se relaciona con el hecho de ponderar las consecuencias que trae consigo la privación de la libertad en sitio de reclusión, sino también, con el hecho de ponderar las consecuencias que para una persona trae la limitación de su ejercicio laboral y, por lo tanto, la incidencia directa de ello sobre su sustento personal y familiar.

También es posible que un juez considere que las evidencias aportadas por la Fiscalía, si bien no se ajustan a la disposición enunciada por el Fiscal, sí la vea ajustada a otra de las disposiciones. Por ejemplo, se le solicita una medida en función con el artículo 309 sobre obstrucción a la justicia, pero la evidencia, la información y los elementos probatorios, se relacionan más con el peligro de huida del artículo 312.

En este caso sería posible que el juez dicte una medida teniendo en cuenta este último artículo. En todo caso, la evidencia debe ser concluyente en función de las circunstancias previstas por este mismo artículo.

Lo que importa tener en cuenta, es que basta que se haya cumplido uno de los requisitos previstos por el artículo 308, para tener lugar la imposición de una medida. Es decir, basta con que se pruebe el peligro de obstrucción, o de huida o el eventual peligro de los actos de una persona, para que el juez decrete u ordene la medida.

10. EL PROCESO CONTRADICTORIO Y LA OPORTUNIDAD PARA DECIDIR SOBRE LA MEDIDA

De acuerdo con el nuevo C.P.P, pueden ser varias las oportunidades para solicitar la medida de aseguramiento. Conforme a la estructura de este modelo especial de *justicia rogada*, una oportunidad más razonable sería la que establece el artículo 287, relacionado con las situaciones que determinan la formulación de la imputación.

El Código, luego de establecer en el artículo 286 qué significa “formulación de imputación”, agrega que el Fiscal puede hacer 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”. Enseguida, la norma aclara: “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”.

No obstante, puede ser que no sea procedente la solicitud de la medida en ese momento, porque no se cumplan los requisitos previstos por el Código. En este caso, ella se puede solicitar en audiencia preliminar.

Este tipo de audiencias ha sido previsto, de acuerdo con el artículo 153, para aquellos casos en los cuales ciertas actuaciones, peticiones y decisiones que no se han adelantado, resuelto o decidido en la denominada audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, lo puedan ser en aquellas. Luego, el artículo 154 reseña las diversas modalidades de audiencias preliminares. Una de ellas, la reseñada en el numeral 4º, se refiere a aquella que resuelve la petición de medida de aseguramiento.

Por su parte, el artículo 306 establece que 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”.

La norma agrega: “Escuchados los argumentos del Fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión”. El precepto finaliza subrayando la importancia de la defensa: “La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia”.

Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Qué papel juega la defensa en esta audiencia? ¿Qué papel juega frente al juicio final de inferencia fundado razonablemente que se le exige legalmente al juez? ¿Se limita la defensa tan solo a desvirtuar, argumentativamente, o tiene ella la posibilidad de contra argumentar solicitando y aportando material probatorio? ¿Qué alcance tiene la noción de “controversia pertinente”?

La respuesta a estas preguntas es en principio afirmativa. Es decir, la defensa no se limitaría solo a argumentar o contra argumentar, sino que puede aportar y discutir material probatorio.

Ello se fundamenta en las siguientes razones:

1. La denominada “justicia rogada”, no se caracteriza tan solo por la petición que hace el Fiscal al juez para que este tome una determinada decisión, ni mucho menos se caracteriza por la toma de decisión automática sin examen riguroso por parte del funcionario judicial. Corresponde, al contrario, a su naturaleza, el hecho

de que la defensa y el ente acusador, se colocan en plano de igualdad frente a la discusión argumentativa y probatoria sobre los requisitos y fundamentos para adoptar la medida cautelar.

2. La esencia del principio de contradicción es el debate reglado donde el papel de la defensa no es pasivo, sino en igualdad de condiciones: si la decisión final se basa en aspectos de amplia discusión como “motivos graves y fundados”, como la peligrosidad de una persona, como su comportamiento y buena voluntad, etc., es elemental concluir que este debate pasa por el acopio y presentación del material probatorio, no solo por parte del Fiscal, sino por parte de la defensa.

3. El juez debe revisar permanentemente los motivos y circunstancias que lo llevaron a adoptar la medida, y las partes pueden pedir que esta se sustituya o revoque. Por lo tanto, esto refuerza la idea planteada acerca de las posibilidades abiertas para la defensa en torno de los requisitos y fundamentos de la medida. Una solicitud de revocatoria o sustitución, no se puede basar solo en recursos argumentativos, debería tener por principio un respaldo probatorio.

4. El numeral 2° del artículo 288, haciendo relación al contenido de la formulación de imputación, aclara que la “relación clara y sucinta de los hechos” no implica el descubrimiento de los elementos materiales probatorios o de la información o evidencia física. No obstante, la norma agrega, en la segunda parte de este numeral, que ello es conducente, “sin perjuicio de lo requerido para solicitar la medida de aseguramiento”. De esta forma, se entiende que en relación con el material probatorio, la evidencia física y la información relacionada concretamente con la medida, sí hay debate y sí hay contradictorio con el acopio de pruebas.

III. LÍMITES DE LA “IMPUTACIÓN FÁCTICA”

La primera parte del artículo 287 del Código de Procedimiento Penal merece una atención especial. Esta norma ocasiona confusiones.

Una consideración muy ortodoxa, en relación con la norma, enfatizaría el hecho de que la imputación del Fiscal deberá ser meramente fáctica y, que, por lo tanto, deberá estar desprovista de consideraciones jurídicas; como consecuencia de ello, el papel del juez será estrictamente pasivo, y él sólo debe obrar en la práctica como “instrumento” a través del cual se formaliza la imputación al imputado. Se subraya que el juez no *puede* introducir criterios de valoración jurídica, ya que ello significaría una intromisión en la función de investigación de la Fiscalía.

Tal, como está redactada la norma, sin embargo, ello no es posible.

La imputación basada en las nociones de autoría y participación es necesariamente jurídica. No se trata tan solo de una narración irrelevante, jurídicamente, de hechos fácticos, sino que estos se ligan a criterios normativos: en el mundo fáctico no existe ni autoría ni participación.

Tampoco existen en el mundo del Ser o de lo fáctico, nociones eminentemente dogmáticas, como es el caso del *concurso*. Con frecuencia en la imputación el Fiscal hará relación a esta figura, incluso ahondará si se trata de concurso material homogéneo o heterogéneo, etc.

Por las anteriores razones, el juez no es un mero instrumento a través del cual se comunica la imputación. Él tendrá que intervenir, ya que la imputación llevará elementos de carácter técnico-dogmático.

Si hay imputación con consecuencias concretas, el juez debe intervenir. Es el caso de la posibilidad del allanamiento del imputado. Esto no es sólo un ritual intrascendente. Al contrario, tiene consecuencias muy concretas para la punibilidad. Por eso el juez debe intervenir para que haya claridad en los cargos imputados.

La intervención del juez en ningún caso supone que él adelante un juicio de responsabilidad penal. Controlar las consecuencias jurídicas, que no son fenómenos puramente fácticos, no significa que el juez obre como Juez de Conocimiento. Él ajusta, en el mundo del derecho, la razonabilidad de una sospecha sobre la comisión de una conducta. Tampoco significa que el juez asuma actividades que contraríen el principio acusatorio.

En una providencia fundamental de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió un recurso de casación de acuerdo con la nueva normatividad, escrita en clave penal-constitucional, el juez penal definió este punto con claridad: “aun cuando la Comisión Constitucional redactora del Código no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica, no debe perderse de vista la íntima conexión entre el derecho sustancial y el instrumental, permite afirmar que este sólo puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas por la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, casación No. 24026 del 29 de octubre de 2005, MP. Mauro Solarte).

1. OTRAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA IMPUTACIÓN

En relación con la imputación, que se entiende en el marco de las funciones de control relativas al impulso de la fase investigativa, debe agregarse lo siguiente:

Además de la necesidad de que el juez controle los efectos de la imputación —que como se ha visto será, además de fáctica, jurídica— y que ello no significa que invada el terreno del Fiscal—, la ley es clara en exigir que los elementos probatorios, la evidencia y la información, a que se refiere el artículo 287, sean obtenidos legalmente. Por tal razón, si no lo han sido, se aplica la cláusula de exclusión de legalidad. (Esta, de manera general, se relaciona con los límites al hallazgo de la verdad material).

El juez debe controlar las exigencias formales de la imputación, esto es, los requisitos establecidos en el artículo 288 que deben ser expresados oralmente por el Fiscal, pero aquí, la exigencia de control formal debe trascender el requerimiento legal, puesto que se trata de un derecho del imputado a saber y a tener conocimiento de qué es lo que la Fiscalía tiene contra él. El fundamento legal de ello se encuentra en el derecho internacional de los derechos humanos.

El juez debe controlar el traslado de información de la Fiscalía sobre la posibilidad de allanarse a la imputación (Qué tiene, cómo se vio, consecuencias de carácter jurídico). Para tales efectos, el Código dispone en su artículo 131, que si el imputado o procesado hiciere uso del derecho que le asiste de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, deberá el Juez de Control de Garantías o el Juez de Conocimiento, verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado. (Esta es una disposición semejante a la regla 11 de las reglas federales de procedimiento penal para los efectos de declaración de culpabilidad que se utiliza en los Estados Unidos).

Como en otros eventos señalados previamente, el juez, en este caso, deberá siempre tener en cuenta los postulados del artículo 8° del Código sobre el derecho de defensa.

En relación específica con los efectos y el alcance de la imputación, debe aclararse, lo siguiente:

El Código entra en una contradicción cuando, de una parte en el artículo 131 determina la responsabilidad del Juez de Control de Garantías, de verificar

la decisión libre del imputado, mientras que de otra, el artículo 282 contempla la misma figura del interrogatorio por cuenta de la Fiscalía o la Policía Judicial, y la consecuente aceptación por el “imputado”.

A pesar de esta redacción del artículo, debe aclararse, expresamente, que no es en ningún caso función constitucional de la Policía Judicial hacer imputaciones.

El artículo 282, para salvar la confusión, establece que *sin hacerle imputación alguna* a la persona investigada, se le deberá instruir sobre sus derechos y si desea declarar, se podrá interrogar en presencia de su abogado y luego el artículo 283, se refiere a la aceptación “*por el imputado*”, es decir, por la persona a la cual no hay posibilidad de hacerle ninguna imputación. Se trata de un problema de inconstitucionalidad manifiesto. La regla, en todo caso para el Juez de Control de Garantías, es verificar que la policía no haga imputaciones jurídicas. Hay que evitar, siempre, cualquier exceso o abuso en el manejo del interrogatorio y el hallazgo de información obtenida por confusiones de la persona investigada.

Son manifiestos en el Código los inconvenientes y las inconsistencias existentes en relación con los alcances de la noción de imputación. Como en relación con otras nociones, los jueces de control de garantías y en general todos los operadores, deben tener en cuenta que se trata de categorías de la dogmática procesal penal y no de meros nombres con los cuales se designan actuaciones. El trabajar con categorías y ser conscientes de su origen y significado dentro de toda la estructura procesal, permite verificar los límites y alcances de dichas categorías.

En el caso de imputación de persona ausente, establecido en el artículo 127, la función del Juez de Control de Garantías se circunscribe a una tarea de verificación de los esfuerzos de la Fiscalía por la ubicación de la persona ausente. Ello se establece en el último inciso de la disposición citada, como “agotamiento de los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado”.

2. LA PRUEBA ANTICIPADA

Pese a que este evento no se relaciona directamente con el problema de la libertad, se reseña aquí y permítase un excursus, aprovechando los eventos relacionados con la imputación, en la medida en que esta actividad se relaciona con el control sobre la tarea constitucional y legal de dar impulso en la fase de investigación.

La prueba anticipada hace referencia a aquella que se practica con intervención de funcionario judicial y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en juicio oral o que su práctica pudiese determinar la suspensión de la audiencia, esto es, cuando no sean reproducibles en la audiencia oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, concurren circunstancias fundadas que impiden practicarlas en el plenario.

El C. P. P. contempla a este respecto la prueba anticipada, justamente como una excepción al principio de inmediación. En desarrollo de esta norma rectora, se encuentra dispuesto el artículo 284 del C. P. P., el cual establece las exigencias legales para que sea procedente tal práctica.

En este caso el examen del juez de Garantías se debe circunscribir básicamente a la existencia de motivos fundados y de extrema necesidad que justifican la excepción a la inmediación de la prueba en el juicio oral, aunque se debe anotar que esta decisión también está sujeta a recurso. Por otra parte, en estos casos, el Juez de Control de Garantías funge como si fuera Juez de Conocimiento; por lo tanto, debe practicar la prueba con todos los requerimientos que resultarían claves en la audiencia del juicio oral, aquí se trata, básicamente, no tanto de la anticipación de la prueba, como sí del contradictorio y, en esa misma medida, se ejerce la labor, de tal manera que los resultados de la discusión puedan tener efecto en la fase principal del proceso.

IV. CONTROL POSTERIOR SOBRE MEDIDAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

1. CAPTURA

Ya se hizo referencia a ella en relación con la prevalencia legal y constitucional del principio de libertad. Ahora, se ahondará en ella y se reseñarán los pasos más importantes para tener en cuenta por parte del juez en relación con las diversas hipótesis de capturas.

Debe tenerse en cuenta, que la Corte Constitucional, en una sucesión de providencias, ha restringido al máximo la posibilidad de la captura que no sea por orden judicial. La reserva judicial de la libertad, ha sido la pauta seguida por el juez constitucional colombiano.

En el caso de la captura directa por la Fiscalía, la Corte ha dicho, luego de pronunciarse en relación con el artículo 2 del Código y de declarar inexecutable una

parte del mismo, específicamente el último inciso en el cual se ha consagrado la figura, excepcional, de la captura adelantada directamente por los fiscales, que es el Juez de Garantías el encargado de restringir la libertad; en consecuencia, la Corte “ratificó que por tratarse de la restricción de la libertad personal, es indispensable que los eventos y condiciones para proceder a su privación estén previstos de manera expresa y específica y no pueden quedar a discreción de quien ordene la captura. De esta manera, decidió declarar la inexequibilidad del artículo 300 de la Ley 906 de 2004”. (Sentencia No. C- 1001 de 2005).

De esta forma, la vaguedad e indeterminación de las circunstancias para capturar por parte de la Fiscalía, fue la razón para declarar inexequible el artículo.

La Corte enfatiza entonces el principio constitucional de reserva judicial de la libertad. Ya lo había hecho en providencia del mes de junio de 2005. En dicha ocasión, a través de la sentencia No. C-591 de 2005 la Corte, en su estudio de constitucionalidad del inciso cuarto del artículo 302 del Código, estableció que no le correspondía al Fiscal adelantar una valoración material de los supuestos con base en los cuales podría dejar en libertad a una persona, si no concurrían dichos supuestos que permiten la adopción de la detención preventiva. A juicio de la Corte, a la Fiscalía solo le corresponde adelantar una valoración estrictamente objetiva de dichos supuestos, la valoración material le corresponde únicamente al Juez de Control de Garantías.

La Corte condiciona así la constitucionalidad del inciso y refuerza el control material del juez. En esa dirección, se coloca también la nueva decisión: para la Corte, en el nuevo Sistema Penal Acusatorio, la división de funciones es clara, y al Fiscal no le corresponde adelantar capturas directamente. Dice, en consecuencia, la Corte, que la “norma acusada carece de la claridad y precisión que exige la regulación del ejercicio de una facultad excepcional que restringe la libertad personal, y por ende, viola el principio de legalidad y los artículos 29 y 250, numeral 1 de la Constitución Política”.

De otra parte, está en discusión aún, si se encuentra vigente o no la captura administrativa. En este caso, quienes consideran que sí lo está, deben entender que se trataría de un evento estrictamente excepcional y habría que aplicar la dinámica del control propio del Juez de Control de Garantías, además, de aplicarse el control propio de verificación de los requisitos contenidos en la Sentencia No. C-024 de 1994 de la Corte Constitucional.

Un número mayoritario de jueces concibe que dicha figura no está vigente, sobre todo a partir de la sentencia No. C-237 del 15 de marzo de 2005, que declaró inexecutable parte del Art. 69 del Código Nacional de Policía y que permitía la captura por orden administrativa, ya que en dicha providencia se destaca reiteradamente que la captura en flagrancia es la *única excepción* a la reserva legal y judicial en materia de restricción a la libertad. Además, el argumento se refuerza a partir de las sentencias relacionadas con el inciso mencionado del artículo 2 y la declaración de inexecutable del artículo 300.

2. FUNDAMENTO LEGAL

En las capturas en flagrancia, el capturado deberá ponerse a disposición del Juez de Control de Garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

El Código de Procedimiento Penal, siguiendo los dictados constitucionales, contempla dos formas de intervención, esto es, con autorización previa (art. 297) y sin autorización cuando la Fiscalía disponga y defina que el riesgo de demora no permite acudir al Juez de Garantías para obtener la autorización.

En el primer caso la actuación del Juez de Control de Garantías es doble, esto es, autoriza la captura con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, es decir, se sujeta a las exigencias constitucionales que debe fundamentar la Fiscalía para hacer la solicitud de afectación del derecho fundamental de a libertad. Para concretar la situación el inciso segundo de la disposición contempla una audiencia en la que se dispone que se escuche al Fiscal, testigos, peritos, Policía Judicial para decidir de plano.

La decisión que debe adoptar el Juez de Garantías para proferir una orden de captura, se fundamenta básicamente en un control constitucional, ya que el Código ha afirmado que la restricción de la libertad es legítima en tanto sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado, la protección de la comunidad y las víctimas. En otras palabras, el juez actúa como si estuviese estudiando una solicitud de detención preventiva.

El Control, una vez capturada la persona es, como lo dispone el art 297 del C. P. P., un control de legalidad que no se agota con el simple cumplimiento de la orden por cuenta de la Fiscalía, sino que incluye el respeto de los derechos del capturado contenidos en el artículo 303. No sobra anotar, para efectos de control,

que la doctrina trata este aspecto como una extensión máxima de la garantía en los siguientes contenidos:

2.1. GARANTÍAS ANTERIORES A LA DETENCIÓN

Se refiere a la razonabilidad de la misma que se concreta en las exigencias constitucionales y legales para la captura.

2.2. GARANTÍAS INICIALES DE LA DETENCIÓN

Para ellas hay que tener en cuenta el derecho a ser informado de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten al detenido, tales como el derecho a la asistencia de intérprete, la información sobre las causas de la detención y los derechos del detenido.

2.3. GARANTÍAS EN DESARROLLO DE LA DETENCIÓN

Se concretan en el derecho a no declarar, a la asistencia de abogado, a la comunicación, al reconocimiento médico, a la información sobre los recursos contra la actuación, y a no exceder el plazo de conducción ante el juez.

3. CAPTURA POR CUENTA PROPIA DE LA FISCALÍA

En estos casos, el examen del Juez de Garantías se debe extender en la actuación *ex post* a las siguientes variables:

3.1. PROCEDENCIA POR DELITO QUE ADMITA LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Aquí, se aplican igualmente las condiciones del artículo 313 del C. P. P., pero en el examen de conjunto, el juez tendrá que observar si la necesidad aconseja la detención del capturado.

3.2. CONTROL SOBRE LA EXPEDICIÓN DE LA ORDEN

Ello incluye los motivos fundados de la Fiscalía para proceder y la imposibilidad demostrada en cuanto no se podía recurrir al juez para la expedición de la orden. Las causales de riesgo de evasión, peligro de obstrucción, peligro para la comunidad, hacen parte de este examen.

3.3. CONTROL SOBRE EL TIEMPO MÁXIMO DE LA APREHENSIÓN

También, desde luego, el supuesto de las condiciones de ejecución de la medida, tal y como se ha anotado para el caso anterior.

4. ASPECTOS SOBRE LOS CUALES RECAE EL CONTROL POSTERIOR

En este caso el control es posterior de tal manera que siempre se requiere:

- a) Control sobre los aspectos relativos a la flagrancia (art. 301 C. P. P.).
- b) Control sobre los procedimientos, el cual incluye tiempo de aprehensión y término de conducción, circunstancias en que se produjo la captura.
- c) Delito supuesto por el cual se produjo la captura (art. 302 C. P. P.).
- d) Lectura de los derechos conforme al artículo 303 C. P. P.

5. CAPTURA POR SOLICITUD DE LA FISCALÍA

El artículo 297 del C. P. P. establece la necesaria autorización previa del Juez de Garantías para los casos diversos a la flagrancia.

En este evento se requiere que la Fiscalía solicite al juez una orden escrita, la cual debe contemplar todas las formalidades legales y fundamentarse de acuerdo con los motivos previamente definidos en la ley.

Para tales efectos el Juez debe:

- a) Examinar la fundamentación del requerimiento de captura, el cual debe contener de acuerdo con la ley el informe de la Policía Judicial en el cual consten los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida.
- b) El Juez de Control de Garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la Policía Judicial y, luego de escuchar los argumentos del Fiscal, decidirá de plano.
- c) El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el

número de radicación de la investigación adelantada por la Policía Judicial y el Fiscal que dirige la investigación. Copia de la orden de captura reposará en el despacho del juez que la ordenó.

- d) Cuando se profiera la orden de captura, el funcionario judicial la enviará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación para que disponga el organismo de Policía Judicial encargado 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.
- e) Una vez sea capturado el requerido debe ser puesto a disposición de un Juez de Control de Garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente en relación con el aprehendido.

Al igual que en el caso de las capturas en flagrancia, se exige para el control de legalidad posterior, la identificación del capturado, control sobre procedimientos y tiempos, delito por el cual se procede, verificación sobre la instrucción de los derechos al capturado y constatación de la orden de captura, en caso de que el mismo juez no la haya proferido.

V. CAUSALES DE LIBERTAD

El artículo 317 del nuevo Código de Procedimiento Penal contiene aquellas circunstancias que dan lugar al otorgamiento de la libertad al imputado que ha sido objeto de la imposición de medidas de aseguramiento. La norma establece que las “medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación”. Enseguida la norma aclara, tajantemente, que “la libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato...”. Luego, reseña los eventos en los cuales deberá ordenarse la libertad del imputado.

La norma debe interpretarse en clave garantista, en función de la advertencia del mismo Código acerca del carácter excepcional de la restricción de la libertad y en relación con todo el esquema de proporcionalidad propuesto, especialmente en relación con la noción de plazo razonable.

Se advierte, de entrada en la norma, que ella no hace referencia a causales que han significado en la práctica que la detención preventiva obre como pena anticipada.

Recuérdese por ejemplo el numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de 1991 que establecía el derecho a la libertad provisional, cuando “en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele”.

A propósito, ha dicho la Corte Constitucional: “Se debe insistir en que la finalidad de la detención no es reemplazar el término de la pena y que la posibilidad del cómputo previsto en la ley, no genera el poder para la autoridad judicial de disponer de la libertad del sindicado hasta que se cumpla el término que dure la pena, ya que de admitirse esta circunstancia, se vulneraría flagrantemente la presunción de inocencia y el debido proceso, ya que se cumpliría anticipadamente una sanción sin haberse declarado judicialmente la responsabilidad de un sindicado”. (Sentencia No. C-774 de 2001, Rodrigo Escobar Gil. Fundamento 5.5).

Dos disposiciones de la norma se refieren específicamente a los términos procesales. El numeral 4° establece que se obtendrá la libertad “cuando transcurridos sesenta (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”. Luego, el numeral 5°, establece que se obtendrá, “cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral”. Estas normas serán evaluadas teniendo en cuenta el precepto legal y el cumplimiento estricto de los términos.

El numeral 3° del artículo 317 hace referencia a la obtención de la libertad “como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento”. Esta disposición será evaluada de acuerdo con toda la estructura del Código en función de los acuerdos, etc.

El numeral 1° del artículo es confuso y puede prestarse a interpretaciones erróneas. Se recupera la libertad, “cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado”.

El alcance de la noción de “determinación anticipada”, es necesario definirlo con claridad. En todo caso, no puede ser entendida esta disposición como un resurgimiento de aquellas causales que permitían una detención preventiva con duración indeterminada.

El numeral 2° se refiere a la consecución de la libertad, como “consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad”. La actuación frente a este principio, será materia estudiada en otro aparte de este instructivo.

Frente a las normas ambiguas y problemáticas que componen el artículo, se deben tener en cuenta las variables que condicionan el concepto de plazo razonable.

La Corte Constitucional, frente al carácter indefinido que en numerosos eventos ha tomado la figura de la detención preventiva, ha establecido variables que son de utilidad para los operadores de la administración de justicia. En consonancia con la jurisprudencia internacional, la Corte en la Sentencia No. C-774 de 2001, ha establecido las siguientes:

1. La efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos).
2. El tiempo actual de detención.
3. Duración de la detención en relación con la ofensa producida.
4. Los efectos de la conducta punible.
5. Los efectos materiales y morales que para el sindicado comporta la medida.
6. La conducta de las autoridades judiciales.
7. Podría agregarse, más aún en el caso colombiano, la consideración sobre las condiciones objetivas del sistema carcelario y su impacto sobre la dignidad de las personas.

El Sistema Interamericano ha insistido en la noción de plazo razonable. En el caso Suárez Rosero por ejemplo, la Corte Interamericana estableció, al realizar un estudio global del procedimiento adelantado por la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, que dicho procedimiento duró más de 50 meses. “En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana”. (Corte-IDH, Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997).

De manera general existe coincidencia hoy, en el derecho procesal penal comparado, que el máximo término previsto para que una persona sea detenida *preventivamente* sea de 1 año. En este caso, tratándose de los delitos más graves y de los casos con mayor impacto social.

VI. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

1. MEDIDAS SOBRE BIENES SUSCEPTIBLES DE COMISO

Se trata de medidas que afectan el derecho a la propiedad en la fase de investigación penal.

Estos eventos están regulados en los artículos 82 a 89 del C. P. P.

Se prevé una audiencia de control de legalidad (art. 84) dentro de las siguientes treinta y seis horas posteriores a la incautación u ocupación de bienes o recursos que cumplan con los rasgos señalados en el inciso primero del artículo 82 por parte del Fiscal o de la Policía según el caso.

El Fiscal debe comparecer ante el Juez de Control de Garantías.

Las variables para controlar en este caso serán las siguientes:

1. La calidad de los bienes. Es decir, se trata de evaluar si son bienes producto *directo* o *indirecto* del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución del mismo.

La evaluación se hará sin perjuicio de los derechos que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

2. El monto de los bienes. Para ello el Juez de Garantías debe atender el inciso segundo del artículo 82, y tomar las determinaciones relativas a la equivalencia, de acuerdo con la información que aporte la Fiscalía. (El juez analizará en detalle la información proveniente de la Fiscalía).

3. El estatuto procesal exige que se realice una inferencia relativa a que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén destinados a ser utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo. Claro está, los motivos fundados deben ser aportados por la Fiscalía y al juez le corresponde su corroboración y sus excepciones. La inferencia razonable del juez debe adelantarse de acuerdo con la noción de *motivos fundados* (art- 83). Para ello se aplicarán los principios que han sido reseñados previamente.

Para los efectos del comiso, se entenderán por bienes los siguientes:

1. Todos aquellos que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio.
2. Bienes corporales o incorporeales.
3. Bienes muebles o inmuebles.
4. Bienes tangibles o intangibles.
5. Documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho sobre los mismos.

Las medidas materiales para garantizar el comiso son:

1. Incautación.
2. Ocupación.

La medida jurídica es:

Suspensión del poder dispositivo.

2. Medidas relativas a la suspensión del poder dispositivo sobre bienes

Estas medidas se relacionan con una circunstancia especial del proceso que se refiere a los casos en los que la Fiscalía, en desarrollo de la investigación, llega a la audiencia de imputación o a la audiencia preliminar, y se requiere suspender el poder dispositivo de bienes afectos a comiso, mientras se resuelve definitivamente sobre su devolución.

La tarea del Juez de Garantías en este caso es, con ciertas variaciones, la misma establecida en el aparte precedente. (Se debe efectuar un control sobre las circunstancias y los motivos fundados, contenidas en el artículo 83).

No obstante, existe una variable diferente establecida en el artículo 85 y que está relacionada con un examen de la Fiscalía que también debe ser susceptible de control. La solicitud de la suspensión del poder dispositivo sobre bienes debe consultar diferentes hechos o circunstancias:

1. El interés de la justicia.
2. El valor del bien.
3. Viabilidad económica de su administración.

Para controlar estas circunstancias exigidas legalmente, el juez debe aplicar el principio de proporcionalidad. El interés de la justicia, debe ser ponderado en función de los fines procesales de la diligencia.

En caso de que se determine que la medida no es procedente, el Fiscal examinará si el bien se encuentra dentro de una causal de extinción de dominio. (En este caso, el Fiscal dispondrá de inmediato lo pertinente para que se promueva la respectiva acción).

Le corresponde también al Juez de Garantías a este respecto, a instancia de la Fiscalía o quien demuestre su legítimo interés en la pretensión, disponer el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo.

En este caso, antes de la formulación de la acusación y en un término que no puede exceder de seis meses, la Fiscalía debe hacer un examen de los bienes incautados, de tal manera que se disponga la devolución de aquellos que no sean necesarios para la indagación o investigación, o que no puedan ser afectados para el comiso.

3. Suspensión de las personerías jurídicas.

El artículo 91 del C. P. P. establece que en cualquier momento antes de presentarse la acusación y a petición de la Fiscalía, el Juez de Control de Garantías puede ordenar, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, la suspensión de personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público. En este caso el control es básicamente un control de legalidad, en cuyo examen deben jugar los siguientes criterios:

1. El juez evaluará si existen motivos fundados que permitan una inferencia sobre la dedicación total o parcial de la persona jurídica al desarrollo de actividades delictivas. Este último requisito debe interpretarse teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 91, esto es, que en la sentencia condenatoria se decide definitivamente con el criterio de *más allá de toda duda razonable* sobre las circunstancias que originaron la medida. En este sentido, basta con que los motivos fundados correspondan a elementos indiciarios sobre la destinación del establecimiento, o la persona jurídica, al ejercicio de actividades delictivas.

En el juicio de razonabilidad de la medida, el Juez de Control de Garantías debe tener en cuenta no sólo la afectación probable del derecho de propiedad, sino también, la afectación probable del derecho al trabajo. Este es un hecho fundamental. Tal como se vio en las medidas de aseguramiento, las circunstancias laborales y

la derivación del sustento material de una persona, debe tenerse en cuenta frente a este tipo de medidas. (Este criterio será central frente a las medidas cautelares sobre bienes).

2. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

Estas medidas y su aplicación se regulan en los artículos 92 a 101 del C. P. P.

Lo primero que es necesario aclarar, es que de acuerdo con el estatuto procesal, hay que tener en cuenta que estas medidas se relacionan con el denominado “ejercicio del incidente de reparación integral”. Ello significa que las pretensiones económicas como resultado de la conducta punible se resuelven una vez se haya establecido la responsabilidad penal del autor en un incidente que lleva este nombre (art. 102).

Medidas cautelares que puede decretar el juez de control garantías:

1. Embargo.
2. Secuestro.

De acuerdo con el artículo 92, el Juez de Control de Garantías, en la audiencia de formulación de la imputación o con posterioridad a ella, a petición del Fiscal o de las víctimas directas, podrá decretar sobre bienes del imputado o del acusado, las medidas cautelares necesarias para proteger el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el delito.

Es necesario que la víctima directa acredite, aunque sea sumariamente, las siguientes circunstancias:

1. Su condición de tal.
2. La naturaleza del daño recibido.
3. La cuantía de su pretensión.

El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo con el régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, salvo que la solicitud sea formulada por el Fiscal, o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionante.

En este caso, el juez deberá guiarse por el principio de integración, regulado en el artículo 25 del Código en el cual se hace referencia a la aplicación de las normas del derecho procesal civil. De manera general, en relación con los bienes, el juez deberá tener en cuenta este principio.

3. CRITERIOS PARA DECRETAR LA MEDIDA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El estatuto procesal se refiere, en el artículo 93, a los criterios para decretar las medidas:

El primer criterio es la limitación a lo estrictamente necesario, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil.

El juez debe examinar la *necesidad* de la medida.

El juez debe evaluar en su juicio, si la medida solicitada puede ser sustituida por sus efectos graves. Y puede considerar también reducirlas cuando estas sean excesivas. En estos dos casos precedentes, el juez deberá tener en cuenta el principio de “prohibición de exceso”.

El Código trae una norma expresa sobre aplicación proporcional de la medida.

En los siguientes eventos el juez no podrá ordenar medidas por ser estas desproporcionadas:

1. Cuando sea la medida desproporcionada en relación con el daño causado.
2. Cuando ella aparezca desproporcionada en relación con la probable sentencia sobre la reparación integral o tasación de perjuicios.

El juez debe evaluar hacia el futuro las consecuencias de las medidas y debe buscar una consistencia entre el tipo posible de responsabilidad, y la medida cautelar que puede ordenar e imponer. En estos casos, el juicio de proporcionalidad debe hacerse no sólo en función del derecho de propiedad, sino en relación con el derecho al trabajo y en relación con las circunstancias de mínimo vital, cuando este sea el caso.

Las medidas cautelares se cumplen de forma inmediata (art. 95).

Existe la posibilidad del desembargo de bienes (art. 96).

El Código contempla las circunstancias relacionadas con la prohibición para el imputado de enajenar bienes sujetos a registro durante los 6 meses siguientes a la formulación de imputación. (Siempre y cuando se garantice previamente una indemnización de perjuicios).

4. AUTORIZACIONES ESPECIALES

El juez podrá autorizar que se realicen operaciones mercantiles sobre los bienes sujetos a la prohibición contenida en el artículo 97 cuando aquellas sean necesarias para el pago de los perjuicios.

También procederá autorización para los bienes entregados en forma provisional. (Cuando la venta sea necesaria en desarrollo del giro ordinario de los negocios del sindicado o esté acreditada la existencia de bienes suficientes para atender una eventual indemnización, se podrá autorizar aquella).

5. MEDIDAS PATRIMONIALES A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS

Se encuentran previstas en el artículo 99.

El Fiscal, a solicitud del interesado, podrá adelantar las siguientes gestiones:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

El Código consagra la posibilidad de la afectación de bienes en delitos culposos (art. 100).

La norma prevé, básicamente, que en los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los diez (10) días siguientes las previsiones del código para la cadena de custodia, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado

y decretado su embargo y secuestro. (En relación con el manejo de estos bienes, es muy importante seguir la discusión planteada en el Conversatorio interinstitucional del sistema penal acusatorio; se trata, además, y contra toda previsión, del primer tema propuesto por los jueces para la discusión).

6. SUSPENSIÓN Y CANCELACIÓN DE REGISTROS OBTENIDOS FRAUDULENTAMENTE

En cualquier momento y antes de presentarse la acusación y a petición de la Fiscalía, el Juez de Control de Garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente (Art. 101 del C. P. P.).

VII. FUNCIONES DE CONTROL POSTERIOR SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD E INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO: REGISTROS Y ALLANAMIENTOS

De manera general en relación con las medidas sometidas a examen posterior, además de los allanamientos y registros, también respecto de las incautaciones e interceptación de comunicaciones, es necesario aclarar que la Corte Constitucional ha fijado los alcances de la disposición constitucional reformada en la cual se hace referencia a estas medidas.

El artículo 250 de la Constitución, en su numeral 2°, establece que corresponde al Juez de Control de Garantías el control sobre las medidas que tome la Fiscalía, sin que para ello se requiera autorización judicial previa. Estas medidas expresamente contenidas en la carta son los allanamientos, los registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones.

Originariamente, el acto legislativo establecía que la labor del Juez de Garantías se circunscribía a determinar la *validez* de tales actuaciones.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-1092/2003, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, declaró inexecutable la última parte de la disposición.

Esto quiere decir que la actuación de los jueces de control de garantías se amplía. Ello, de acuerdo con lo expresado por la Corte: “Es claro que la expresión *validez* inserta en el numeral 2 de artículo 250 superior, es de un valor jurídico incierto en el texto constitucional, como quiera que el Constituyente derivado no

tuvo oportunidad de discutir con amplitud cuáles serían los efectos de su inclusión en la norma bajo examen, lo que comporta en el precepto un sentido restrictivo esencialmente distinto a como en primera vuelta se había estructurado la institución jurídica del control de garantías”.

En la misma decisión se agrega: “Así mismo, de las razones expuestas en los informes de ponencia respecto de la norma, se observa que el control a cargo de los jueces se configuró de manera amplia e integral y tendría por objeto el examen de las razones que motivaron el adelantamiento de la diligencia, su pertinencia y, en especial, la verificación sobre el respeto de los derechos fundamentales”.

De esta manera y como corresponde a la lógica que guía de manera general la función de control asignada a los jueces, su labor no se agota en el mero control *formal* de las medidas tomadas y de las actuaciones, sino que su control es eminentemente *material*. Es decir, el juez no sólo controlará la validez puramente formal de la medida –su existencia en el mundo del derecho– sino que debe controlar el impacto jurídico de dicha medida, particularmente en relación con los derechos fundamentales que se encuentran en juego con la aplicación de la misma.

Se trata, además, de una dinámica de acción apenas lógica y evidente, si se tiene en cuenta el uso, muchas veces contrario a los derechos y garantías, que se ha hecho de medidas como los allanamientos.

Se puede decir, de manera general, que no solo en relación con este tipo de medidas, el control de juez no es solo formal, sino material: de allí su papel como juez constitucional respecto de la protección de los derechos y garantías.

Tres son los aspectos que en forma genérica deben siempre tener en cuenta los jueces de control de garantías, en función del control de este tipo de actuaciones.

1. MOTIVACIÓN DE LA DILIGENCIA

El contexto natural de afectación se da en dos derechos fundamentales, esto es, la inviolabilidad domiciliaria y, como consecuencia, el derecho a la intimidad. En el artículo 14 del C. P. P. se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de *orden escrita* del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente

definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. Este es el anunciado normativo.

Quiere decir ello, que en el examen posterior que adelanta el Juez de Garantías, debe reconocer que existe una base indiciaria suficiente para proceder a afectar los derechos fundamentales relativos a la privacidad del domicilio (artículo 28 de la Constitución Nacional para el caso de registros y allanamientos), libertad de comunicación (artículo 15 de la Constitución Nacional, para el caso de las interceptaciones telefónicas), y la propiedad privada (artículo 58 de la Constitución Nacional para el caso de las incautaciones). Ello, desde luego, sin perjuicio de que respecto de cada medida, surgen exigencias constitucionales que deben ser tenidas en cuenta por el juez, tal como se establecerá a continuación.

2. PERTINENCIA

De la misma forma que en las medidas que requieren autorización judicial previa, para que se cumplan las exigencias constitucionales, en este caso, se exige un examen de pertinencia por medio del cual se verifica que la medida, optada por la Fiscalía, ha de resultar relevante para la obtención probatoria, y que efectivamente no existía un medio distinto sin el que se pudiese llegar al mismo resultado. Se trata de una aplicación más del principio de proporcionalidad.

3. VERIFICACIÓN DE RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Este es el aspecto de mayor importancia. Si se atiende bien a la decisión de constitucionalidad, se está en presencia de un examen material sobre el procedimiento en sí mismo. En este sentido juegan aspectos tan importantes como la dignidad humana, los tratos crueles inhumanos o degradantes, el exceso en la ejecución de la medida, etc. La noción de control material, se relaciona directamente con la verificación del impacto de la medida sobre los derechos fundamentales.

En relación con los registros y allanamientos, el nuevo C. P. P. establece en el artículo 219 la procedencia de los mismos.

La norma señala: “El Fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputa-

do o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado 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”.

La función de control deberá tener en cuenta las siguientes variables:

1. Adecuación de la medida

Lo primero que se debe tener en cuenta, en el juicio de adecuación, es el principio rector que regula la protección de la intimidad, previsto en el artículo 14 del Código. Este es, a su vez, expresión del artículo 15 de la Carta Política.

En segundo término, se debe evaluar lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 114 que se refiere a la posibilidad legal, como desarrollo del acto legislativo, para que la Fiscalía pueda tomar estas medidas.

En tercer lugar, se evalúa lo dispuesto en el artículo 219, que claramente define el objeto de la medida: obtener *elementos materiales probatorios* y *evidencia física* o realizar la *captura* del indiciado, imputado o condenado. (La confusa redacción del artículo, que hace referencia al “indiciado”, debe interpretarse en función de los artículos que regulan la captura de manera general, y en virtud de los cuales no se trata de la existencia de meros indicios, sino de la verificación de los “motivos fundados”, o de inferencia razonable de acuerdo con la posible autoría o participación).

2. Autorización. Como requisito formal de actuación, se debe disponer por parte del Fiscal una orden de allanamiento o registro como regla general.

Son excepciones a esta regla:

1. El allanamiento y registro en caso de flagrancia.

2. La ejecución de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado.

3. Tres supuestos complejos y ya debatidos a nivel constitucional (recuérdese por ejemplo el impacto sobre los derechos y garantías, de los “registros voluntarios” en virtud de la conmoción interior), traídos por el artículo 230 del C. P. P.).

3.1. El consentimiento del titular del bien afectado o de quien tenga interés en el procedimiento.

No podría afirmarse que el artículo 28 de la Constitución permita el desarrollo legal de una justificación de tal naturaleza. Podría formularse la siguiente pregunta: ¿El consentimiento del agredido permite prescindir de las formalidades que la ley exige (decisión fundada, orden escrita, horario, etc.? Se insiste, en la experiencia negativa que generaron figuras, a instancia de la última declaración de conmoción interior de 2002, los registros de carácter “voluntario”.

La repuesta, teniendo en cuenta la experiencia colombiana y el derecho procesal penal comparado, ha de ser negativa. Así es, además, en el derecho procesal penal comparado: “La Constitución declara inviolable 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”. (Meier).

3.2. La denominada “expectativa razonable de intimidad”.

Esta expectativa, concebida en relación con aquellos casos en los que el objeto a registrar se encuentra a campo abierto, a plena vista o abandonado, es necesario decir que la ubicación (campo abierto) del bien, la ausencia del propietario o tenedor, no eximen del cumplimiento de las exigencias constitucionales para la afectación.

La Constitución tampoco permitiría que sobre el ámbito privado de la personalidad, la propiedad o el domicilio, se construyan “expectativas razonables”. Por el contrario, la Constitución pretende que se instalen núcleos intangibles en los derechos fundamentales, en los cuales no le es dable a la persecución penal interferir y que del mismo modo, las injerencias cuyos límites están marcados por la legislación, les brinden a las personas un mínimo de seguridad sobre las formas de proceder de las autoridades de persecución penal.

Por esa razón, la interpretación de los alcances del párrafo del artículo 230 tiene que ser, además, en extremo restrictiva, en virtud del cual se hace extensiva la carencia de una expectativa razonable de intimidad, cuando las autoridades de persecución penal puedan utilizar medios técnicos para el registro.

3.3. Situaciones especiales de emergencia. (Como por ejemplo: el incendio, explosión, inundación y otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad).

4. FUNDAMENTACIÓN

Se trata de motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario o al tenedor del bien por registrar.

El Código, en el artículo 221, introduce supuestos de carácter objetivo para concretar más esta exigencia establecida en el artículo 220.

Se requiere:

Respaldo probatorio que se circunscribe como mínimo al informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar, con el delito investigado.

Ello entraña o supone un doble examen:

1. De un lado, el Juez de Garantías, en el control posterior, debe establecer que sí existió una relación de *causalidad* entre el bien registrado y el tenedor o propietario (*presunción de hallazgo*).

2. Se debe controlar que el examen de la Fiscalía para proferir la medida, se basó en un mínimo de actividad probatoria, para lo cual el propio Fiscal deberá llevar, a la audiencia de control posterior (artículo 237 del C. P. P.), sus apreciaciones sobre la evidencia recolectada, los testimonios o los informes de Policía Judicial.

De acuerdo con el artículo 237, la comparecencia del Fiscal debe darse durante las 24 horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento.

Se establece que durante la audiencia solo podrán asistir, además del Fiscal, los funcionarios de Policía Judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia.

Agrega, al final la norma: *si lo estima conveniente*, el juez podrá interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del Fiscal, procederá a decidir de plano sobre la validez del procedimiento seguido (recuérdese que esta noción de validez, debe interpretarse conforme a lo expuesto acerca de los límites y alcances de dicha noción, previstos en la sentencia del juez constitucional No. C-1092 de 2003).

5. LOCALIZACIÓN

El Juez de Control de Garantías debe examinar en la audiencia posterior, los antecedentes que fundamentaron la orden de registro y allanamiento. Deberá, además, cotejarla con los resultados, y ante todo deberá hacerlo con la práctica y ejecución de la diligencia. Ello, si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 222, en virtud del cual la orden que permite la diligencia, debe indicar los lugares que se van a registrar.

Si no es factible la determinación del lugar que se va a registrar, el Fiscal debe argumentar las razones para adelantar el operativo. No obstante lo anterior, la norma establece claramente: “En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro o allanamientos indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar”. Es decir, la noción de *individualización* en el Código, no solo se restringe a las personas, tampoco es permitido legal y constitucionalmente, acciones de “bulto” sobre bienes u otros haberes.

Esta es una de las modalidades más complejas del control, pues la existencia del requerimiento formal desde el punto de vista constitucional, no exime de las consecuencias jurídicas causadas por las irregularidades que se determinen en la ejecución del allanamiento o registro a efectos de definir una posible recaudación probatoria con violación del debido proceso. En este caso, la consecuencia es la nulidad (constitucionalmente hablando) y se aplica cláusula de exclusión (art. 232). Así, los hallazgos que se extiendan fuera de los lugares determinados en la orden, vulnerarán el debido proceso.

Las razones del Fiscal para no determinar con precisión el lugar y aun así proceder al registro o allanamiento, deberán ajustarse a un criterio objetivo, por ejemplo, motivado en el respaldo probatorio exigido por el 221 del C. P. P. Además, asentado en la justificación para no determinar el lugar a registrar. Si resultare

de ello que por ejemplo, el Fiscal tenía suficientes elementos de juicio para una determinación objetiva del lugar objeto de registro, la diligencia puede rechazarse en el control.

El control debe también tener en cuenta que a este efecto existen excepciones, esto es, que los hallazgos resultantes de lugares autorizados en la orden permiten extender la diligencia, incluidos los que pueden encuadrarse en situaciones de flagrancia (art. 225 C. P. P.).

6. EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

El artículo 223 del nuevo estatuto procesal busca definir el alcance de las garantías constitucionales a la intimidad, previstas en el artículo 15 de la Constitución y del amparo domiciliario del artículo 28 de la Carta. Hasta cierto punto los numerales de la disposición procesal son consecuentes con la noción de núcleo intangible, pero el parágrafo de la disposición exige un análisis mayor, pues se trata de los casos en los que el núcleo intangible no opera para efectos de la investigación penal. (Recuérdese en este punto, lo dicho acerca de la teoría de los dos niveles, basado en la noción de núcleo intangible).

Los interrogantes que plantean las limitaciones al derecho al ámbito privado de la personalidad y al domicilio, no se pueden responder desde el proceso penal. Las respuestas están en el derecho constitucional y en la teoría de los derechos fundamentales. En este sentido, se hace referencia al proceso penal como derecho constitucional aplicado.

No es dable afirmar por ejemplo que la dignidad humana es “renunciable”, o que la condición de auxiliador, partícipe o coautor del delito investigado, permite a las autoridades de persecución penal, por ejemplo, utilizar comunicaciones privadas del partícipe para probar la culpabilidad del imputado. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que en el domicilio del imputado que se registra y se allana, se encuentran documentos privados pertenecientes a una de sus amantes, cuya profesión es abogada, en donde se describen relaciones íntimas de los dos.

De acuerdo con la disposición procesal, la garantía de intimidad no ampararía los documentos, pues ellos pertenecen a la amante y no al imputado, presentándose entonces una supuesta permisibilidad legal que no es consecuente con los textos constitucionales.

En este caso el Juez de Garantías debe remitirse a las nociones constitucionales de injerencias diversas en el ámbito de la personalidad previstas legalmente, debe efectuar el juicio de proporcionalidad y, para este caso más concretamente, puede aplicar, como se ha dicho, la denominada teoría de los dos niveles de afectación constitucional.

7. EJECUCIÓN Y PLAZOS

Todas las reglas contenidas en los artículos 225 y 226 del C. P. P., constituyen puntos de referencia obligatoria para el Juez de Garantías. Son ellas:

- 7.1. El plazo del diligenciamiento.
- 7.2. La hora de realización de la diligencia.
- 7.3. La limitación por el lugar y por los objetos afectos a registro.
- 7.4. Control sobre los pormenores de la ejecución.

De toda la actuación queda un acta cuyos requisitos están establecidos en el artículo 227.

Como puede observarse, estas variables incluyen aspectos formales (orden con requisitos legales, fundamentación, respaldo probatorio, determinación de alcance). No obstante, resulta complejo escindirlas de los aspectos materiales que se disponen para la ejecución, máxime cuando en cada situación existen excepciones. Además, debe tenerse en cuenta siempre las directrices constitucionales sobre el control material de las diligencias.

Es importante hacer claridad sobre los objetos, previsto por el propio Código, no susceptibles de registro (artículo 223).

También se hace claridad sobre las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.

Igualmente, las comunicaciones escritas entre ellos y las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.

Los archivos de las personas indicadas precedentemente que contengan información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado. (La disposición no solo se restringe a los documentos escritos, sino que se extiende a documentos

digitales, a grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen relevante para los fines de la restricción).

VIII. CONTROL POSTERIOR SOBRE LA AFECTACIÓN A LA INTIMIDAD Y A LA INVIOLEABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES (INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES, Y CORRESPONDENCIA).

En relación con la correspondencia, el Juez de Control de Garantías deberá tener presente lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 233, 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 el imputado, siempre y cuando tenga *motivos razonablemente* fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código, para inferir que existe información útil para la investigación.

Para este caso se aplican de manera análoga los mismos criterios previstos para los registros y allanamientos.

Tal como lo señala el artículo 234, la Policía podrá examinar la correspondencia retenida y si encuentra elementos materiales probatorios o evidencia física que resulten relevantes para la investigación, en un plazo máximo de 12 horas debe informar de ello al Fiscal (al mismo que dio la orden).

Si se trata de información que no es fundamental para los fines de la investigación, una vez formulada la imputación, o vencido el término fijado en el artículo 233, la Policía Judicial devolverá la correspondencia retenida.

En relación con la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, el Código establece en el artículo 235 que, en todo caso, la orden del Fiscal de interceptación, deberá “fundamentarse por escrito”. No se trata, desde luego, de un precepto meramente formal: tiene un carácter eminentemente material. El Código subraya la fundamentación. Es decir, el juez debe evaluar la seriedad de los motivos, debe hacer una ponderación muy juiciosa del derecho a la intimidad, de los preceptos constitucionales y legales relacionados con el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

El juez debe tener en cuenta, en relación con este tipo de medidas, que ellas constituyen un punto álgido en el derecho procesal comparado y que han ameritado

toda clase de intervenciones de los jueces constitucionales y de la jurisprudencia internacional de derechos humanos.

En relación con ella, se debe tener en cuenta lo siguiente:

Lo primero que valora la jurisprudencia internacional es la *extensión material* de la esfera de la intimidad.

El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (...) o en su correspondencia”.

Esta redacción implica una prohibición y al mismo tiempo un derecho que requiere acciones positivas estatales para su protección. La redacción es en su esencia compatible con la norma constitucional colombiana que establece que “la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables”.

Tanto de la disposición nacional como de la internacional, se colige que las restricciones al derecho en cuestión solo pueden realizarse para un fin legítimo o autorizado. Así lo recalcan los analistas internacionales al interpretar el artículo 30 de la Convención Americana, el cual establece que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicados sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Cabe equiparar la noción de injerencia arbitraria o abusiva con la de *violación*, si bien las acepciones utilizadas por la normativa internacional generalmente entienden lo abusivo o lo arbitrario en el sentido de que la legislación nacional carezca de remedios legales para que los ciudadanos eviten una intromisión indebida en la esfera de su intimidad. Así, la experiencia internacional se orienta por la necesidad de que el legislador acuerde el sustento legal a las injerencias estatales.

Por otra parte, este tipo de injerencia, por su peculiar relación con el proceso penal, debe estar provista de una protección más exigente, debido a que ella puede conducir a la autoincriminación del investigado, sin que él mismo lo sepa, particularmente si se trata de una interceptación telefónica. Tal consideración hace exigentes, al menos, las siguientes previsiones:

1. La autorización de injerencias estatales en el secreto de las telecomunicaciones requiere indicios reales que determinen la existencia de un hecho punible.

2. Los hechos punibles cuya persecución debe motivar una escucha telefónica, deben determinarse conforme a su naturaleza, esto es, casos de extrema gravedad. (Se insiste aquí, que se trata de casos excepcionales. Las nuevas legislaciones contra el crimen organizado, sustentan parte de su normativa en este tipo de medidas y, por esta razón, han sido objeto de múltiples controversias).

3. Debe adecuarse un procedimiento regulado para las intervenciones.

4. La medida debe estar sometida a limitación temporal.

5. Las autoridades deben documentar todo el material de intervención a efectos de permitir el contradictorio y permitir a la defensa una revisión de todas las grabaciones.

6. Debe estar regulada normativamente la destrucción de las cintas cuando el inculpado ha sido absuelto. (La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una jurisprudencia importante en relación con los datos de una persona que pueden quedar en bases de datos y que corren el riesgo de ser utilizados con toda suerte de propósitos. En el mundo actual, ligado a avances técnicos impensables en relación con el manejo de datos, hay que ser especialmente cauteloso y celoso con el manejo o con el archivo de esos datos).

7. El conocimiento indirecto de una medida de intervención permite su control por parte del afectado en sede de tutela cuando hayan sido violados sus derechos fundamentales.

8. Los datos obtenidos en una grabación están sujetos a una estricta vinculación con el fin de esa medida. (Aquí se aplica, en su más pura connotación, el principio de proporcionalidad: se determina el peso del valor constitucional de la *intimidad* de la palabra hablada, y los resultados que se pueden esperar de la interceptación, una vez se haya realizado un examen categórico de la gravedad del delito investigado y el material de evidencia que pesa contra la persona a quien se le interceptará el teléfono).

Se admite entonces que el secreto a la comunicación puede limitarse en casos en que la *necesidad* aparezca como directriz de la investigación penal de la cual se trate. Por ende, debe tratarse, como se ha insistido aquí, de un recurso extremo sin el cual no podrían obtenerse datos útiles para la investigación, lo cual se deduce de la

conurrencia de elementos fácticos suficientes y contrastados capaces de configurar un hecho delictivo.

De acuerdo con el artículo 236, es posible recoger información dejada en internet y otros medios tecnológicos. Se aplica aquí la regla general de los motivos razonablemente fundados. (En este caso, para inferir que el sindicado o imputado ha estado transmitiendo información útil para la investigación que se adelanta, durante la navegación por internet).

En la aplicación de este artículo se tienen en cuenta, de manera analógica y según la naturaleza del acto, los mismos criterios establecidos para los registros y allanamientos.

Debe anotarse que la incautación de los equipos, se limitará exclusivamente al tiempo previsto para la captura de la información en él contenida. El artículo 236 ordena que “inmediatamente se devolverán los equipos incautados”.

Según el artículo 237, dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, o interceptación de comunicaciones o recuperación de información, el Fiscal debe comparecer ante el Juez de Control de Garantías para que tenga lugar la audiencia de control de legalidad de lo actuado.

En estos casos, de acuerdo con el artículo 238, la decisión del Juez de Control de Garantías no admite recurso alguno. (A pesar de la redacción genérica del artículo, se entiende que es la decisión relacionada con el control de legalidad sobre las actuaciones específicas aquí mencionadas: registros, allanamientos, retención de correspondencia e interceptación de comunicaciones).

Es importante tener en cuenta que el Código permite a la defensa la posibilidad, si se abstuvo de intervenir, de solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas (en audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria).

Las otras medidas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, esto es, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, las infiltraciones en organizaciones criminales, las actuaciones de agentes encubiertos, la búsqueda selectiva en bases de datos, los exámenes de ADN, definitivamente requieren autorización previa, pues si se entiende bien, la naturaleza de todas ellas apunta al ‘aseguramiento’ probatorio y no se encuentran dentro de los límites trazados por la Constitución para permitirle una actividad propia y sin autorización judicial a la Fiscalía (se trata, en todo caso, de un fenómeno con relevancia constitucional).

IX. ACTUACIONES QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PREVIA PARA SU REALIZACIÓN

El numeral 3 del artículo 250 de la Constitución Nacional establece que el aseguramiento del material probatorio, por intermedio de la denominada *cadena de custodia*, es una función de la Fiscalía General de la Nación. En desarrollo de esta tarea, puede darse la posibilidad de afectar derechos fundamentales, de tal manera que lo que ha definido la Constitución, es una serie de requisitos para proceder a la práctica de las llamadas pruebas preconstituidas, esto es, aquellas diligencias probatorias que deben practicarse para obtener evidencia física y que, por lo general, corresponden a un examen científico que involucra al sospechoso o imputado.

En relación con este tipo de actuaciones que requieren autorización judicial previa, el Código introduce una regla general a través del artículo 246.

Cualquier tipo de medida distinta a las contempladas para proceder por iniciativa propia del Fiscal, y que afecte un derecho o una garantía fundamental, debe ser autorizada por el Juez de Control de Garantías a petición del Fiscal correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, la primera tarea que se le presenta al Fiscal, es definir o establecer si con la actuación pretendida, estará en juego un derecho fundamental del indagado o imputado, de tal forma que requiera autorización judicial previa para proceder.

En relación con las actuaciones, el Código se refiere expresamente a las siguientes:

Medidas de inspección corporal.

Registro personal.

Obtención de muestras que involucren al imputado.

El aspecto central para decidir acerca de la autorización, por cuenta del Juez de Garantías en estas medidas, es verificar la fundamentación constitucional que exigirían las ya aludidas formulaciones de necesidad, adecuación y proporcionalidad. Es decir, el juez debe aplicar siempre el juicio de proporcionalidad y los principios de interpretación que se han establecido.

De acuerdo con la última parte del artículo 246, la Policía Judicial podrá requerir autorización previa directamente al juez, cuando se presenten circunstancias

excepcionales que ameriten extrema urgencia, en cuyo caso el Fiscal deberá ser informado de ello inmediatamente.

X. ASPECTOS RELACIONADOS CON LAS MEDIDAS ESPECIALES QUE SON CONSAGRADAS EXPRESAMENTE EN LA LEGISLACIÓN

1. INTERVENCIÓN CORPORAL

Se trata de una medida de coacción física sobre el cuerpo humano del investigado.

En este caso, el principio de adecuación exige, como ya se ha establecido en relación con la mayoría de casos de afectación de derechos fundamentales, una base de indicios o sospechas sólidas que permitan inferir con razonabilidad que el cuerpo del investigado tiene elementos materiales probatorios y evidencia física, *necesarios* para la investigación.

En materia de **legalidad**, a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no deja dudas, esto es, siempre deben ser autorizadas por el Juez de Garantías.

No obstante, en gracia de discusión puede surgir el tema de la inmediatez de las medidas para que estas se practiquen por cuenta de la Fiscalía en casos en los que la solicitud al Juez de Garantías significaría la pérdida de un levantamiento probatorio indispensable para demostrar la autoría o participación de un delito.

Es posible pensar que las exigencias constitucionales y legales implicarían que pueden existir eventos en los que, ubicados en el contexto de la flagrancia en el sentido entendido por el artículo 32 de la Constitución, determinarían la conducción ante el Juez de Garantías de forma inmediata y con motivos fundados únicamente para que se autorice la práctica del examen. Quiere ello decir, que la situación de flagrancia, que debe ser analizada por el Juez de Garantías, determinaría la aplicación de la medida inminente y, por lo tanto, la autorización.

Otra variable que deberá tener en cuenta el Juez de Garantías en materia de intervenciones corporales, es aquello que se conoce en la doctrina como una adecuación o idoneidad *cualitativa* y *cuantitativa*. La primera se refiere a un examen por medio del cual se exige que las medidas se dispongan con propiedad para alcanzar un fin exitoso concreto. Ejemplo: una toma de rayos X es apta para ubicar un proyectil, sin necesidad de llegar a una extracción quirúrgica, si no existe la necesidad.

La adecuación cuantitativa se refiere a un criterio de utilidad significativa que juega más en el ámbito de la proporcionalidad.

En el campo de la necesidad, hay que sujetarse a las situaciones concretas, pues como lo dice la doctrina autorizada, pueden existir dos medidas idóneas para el mismo fin, pero en situaciones especiales el destinatario de la medida hace que lo que es teóricamente más grave, no lo sea tanto en la realidad. Por ejemplo, si se tienen a disposición medios probatorios suficientes, como testimonios reiterados sobre la paternidad de un sujeto confirmada además por relaciones y vínculos entre el supuesto padre y el hijo, no se autorizaría la práctica obligatoria de análisis sanguíneos. A este respecto, también se afirma por la doctrina que, entre todas las inferencias posibles, se debe preferir la menos gravosa.

Para efectos de proporcionalidad, en el caso de las intervenciones corporales se debe disponer que el grado de afectación no llegue a la afectación de la dignidad humana, pues esta es imponderable.

Pero además, lo que se exige aquí es un examen que permita hacer la ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la administración de justicia y el valor sacrificado al investigado.

Para hacer dicho examen, la doctrina autorizada contempla que las intervenciones corporales son constitucionalmente admisibles cuando se disponen frente a tres variables:

1. Gravedad del delito.
2. El grado de imputación alcanzado hasta antes de solicitarse la medida, y
3. La probabilidad de éxito.

En materia de gravedad del delito, reiteremos que nuestra legislación no hace una diferenciación entre delitos graves y menos graves, pero el monto de la pena y el bien jurídico en juego, son elementos que ayudan a suplir esa deficiencia. (Teniendo en cuenta siempre, desde luego, el hecho de que en materia político-criminal no existe una gran consistencia en la legislación penal sustancial, por lo cual, el funcionario debe ser en este punto especialmente acucioso).

Sobre el grado de imputación alcanzado, la proporcionalidad determina que los motivos que fundamentan la intervención son lo suficiente y razonablemente sólidos. Se entiende entonces, en esta dirección, que la intervención completaría los

supuestos legales de autoría de la conducta investigada. Por esa razón, no pueden resultar admisibles las medidas de coerción que se dispongan de forma exploratoria, como en el ejemplo definido *supra*; y, por último, la probabilidad de éxito de la injerencia se refiere al hecho de que tal intervención en los derechos fundamentales, trasciende el ámbito personal en la necesidad de aclaración de un delito que es capaz de realizar el valor constitucional de administrar justicia.

Adicionalmente en el ámbito de la práctica del examen deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

Reserva médica o de personal vinculado a las Ciencias de la Salud.

Consentimiento del destinatario.

Compatibilidad en su ejecución con la dignidad humana.

Los motivos que generan la injerencia deben ser muy bien expuestos, entendiéndose que el médico debe saber las razones para la práctica del examen, de tal manera que en el informe clínico, defina su concepto profesional sobre lo solicitado y las contingencias del resultado (Este puede tener incidencia en la discusión futura sobre la prueba en la vista oral).

Siempre se exige un examen que permita adelantar la ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la administración de justicia y el valor sacrificado en relación con el investigado.

Así como la libertad, en el caso de las medidas de aseguramiento, es el principio general y la restricción de la misma es la excepción, en estos casos de intervenciones corporales, el principio general es que no se debe intervenir directamente en el cuerpo de la persona investigada, salvo que se trate, por el tipo de prueba que se requiere, de una medida absolutamente necesaria.

Incluso, ello es un principio que se extiende de manera general hacia las víctimas, en este caso, particularmente a las víctimas de agresiones sexuales. Tal como lo prevé el Código en el artículo 250, en caso de ser necesarios la práctica de reconocimiento o exámenes físicos de las víctimas, siempre se deberá tener el *consentimiento* —en este caso por escrito— de la víctima cuando fuere menor o incapaz.

2. REGISTROS PERSONALES

Su definición está contenida en el artículo 248 del C. P. P., pero la opción del Código plantea igualmente problemas que ya han sido analizados por la dogmática

procesal, entre los cuales se cuentan: el significado de lo “personal”, las diferencias entre el registro y la intervención, y el no menos complejo problema de las medidas de prevención que no tienen efecto en una investigación penal concreta.

Lo “personal”, como parte del desarrollo de los derechos fundamentales, involucra la intimidad y la privacidad de las cosas que la persona lleva consigo y, por supuesto, las del propio cuerpo humano. Así, el primer problema planteado al proceso penal es el hecho de que los documentos, la indumentaria de la persona, y lo que porta (bolígrafos, efectos personales, tatuajes, carteras, billeteras, etc.) hacen parte de ese núcleo de la intimidad que puede ser afectado por un registro personal en los casos en que así lo admita la Constitución.

En segundo lugar, un problema complejo, que se ha presentado a algunos ordenamientos, es el relativo a las diferencias entre el registro, con la inspección y la intervención corporal, pues normalmente el registro corporal se define como la búsqueda de objetos ocultos que se encuentran en o bajo la indumentaria del afectado, o sobre la superficie corporal y en los orificios corporales naturales (boca, cavidades nasales, orejas, etc.,) que pueden ser examinados sin la ayuda de medios especiales.

Nuestro ordenamiento parece resolver el problema al plantear una diferencia básica entre inspección (art. 247 C. P. P.) y registro (248 C. P. P.), cuando para la inspección se hace referencia al “cuerpo”, mientras que para el caso del registro, el problema se circunscribe a la búsqueda de elementos que están en “posesión”, es decir, que la persona lleva consigo.

No obstante, se tendría que aclarar que la inspección corporal debe entenderse como un examen visual del cuerpo de la persona total o parcialmente desnuda, cuya finalidad se cifra en analizar un estado anatómico particular. Así, corresponden a esta categoría las inspecciones con carácter forense que se hagan para la determinación de características especiales de la persona investigada y que generalmente apuntan a su identificación, como por ejemplo, la solicitud para que se despoje de sus vestiduras a efecto de identificar una excoriación, lunares, tatuajes, manchas hepáticas, cicatrices, examen oral sin instrumentos, etc.).

Si la revisión exige una intervención que implique la utilización de un medio que afecte la integridad física de la persona y, por la misma razón, requiera el ejercicio de un profesional de la medicina, estaremos en presencia de una “intervención

corporal". A esta última categoría pertenecen los exámenes que indaguen en las cavidades corporales o en el interior del cuerpo, la obtención de fluidos corporales y muestras de tejidos anatómicos, impresiones dentales, etc.

En cuanto al último punto, esto es, el sujeto autorizado para la práctica de la medida y la diferencia entre fines preventivo-policiales e instructivo-penales, es necesario anotar que el artículo 248 del C. P. P. hace distinciones entre las actuaciones preventivas de la fuerza pública que para nada requieren la autorización del Juez de Garantías. Tampoco se hace extensiva la autorización a los casos de captura en flagrancia que normalmente se acompañan de un registro, por razones obvias, mientras que para el caso de investigaciones penales en curso, la necesidad de un registro efectivamente se requiere para afectar el derecho fundamental.

Lo anterior no quiere decir que la actividad del registro no esté sujeta a control jurisdiccional. Por el contrario, parte del examen sobre la legalidad de la captura posterior, incluirá inevitablemente el relativo a la consecución de elementos físicos que acompañan la detención, lo cual no dejará de plantear problemas en el ámbito de la exclusión de prueba. Así, por ejemplo, si en la obtención de estupefacientes que un expendedor vende al menudeo, se le causaron lesiones personales al capturado con motivo del registro por parte de la policía, el Juez de Control de Garantías debe analizar si el comportamiento policial afectó indebidamente los derechos constitucionales, y definir lo pertinente en lo relacionado con la legalidad de la aprehensión.

3. Problemas adicionales relacionados con estas medidas: el consentimiento y la coacción para su realización.

Los jueces de garantías se enfrentan a un doble problema que ha sido álgidamente discutido en las legislaciones foráneas, sin que hasta el momento se haya llegado a soluciones satisfactorias, esto es, el *consentimiento* del imputado para atender las medidas que implican una injerencia física en sus derechos fundamentales, y la ejecución coactiva de la medida.

Este problema puede ser planteado dentro del ámbito de extensión de los derechos fundamentales en juego, y las necesidades concretas de la persecución penal.

Las soluciones del derecho comparado divergen enormemente. Así, por ejemplo, el § 81 del estatuto procesal penal alemán, permite tal intromisión de

manera coactiva e incluso utiliza la misma expresión que está contenida en el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal colombiano, esto es, “de no existir consentimiento del afectado” (“sin consentimiento del inculpaado”, en la legislación germana).

Ello no quiere decir que el debate constitucional sea pacífico. En la historia de las disputas constitucionales, se reseña la decisión tomada en 1963 por el Tribunal Constitucional Federal alemán, según la cual, “las más elementales exigencias del derecho penal reclaman que la situación especial del inculpaado permita, a su vez, especiales injerencias”, es decir, la especial coerción de la investigación penal es suficiente para determinar una limitación igualmente exigente de los derechos del inculpaado.

Pero esta postura ya no se sostiene frente a temas constitucionales tan fuertes como el que predica que el inculpaado no es “objeto sino sujeto del procedimiento”, o frente a la extensión del derecho a no declarar contra sí mismo que involucra igualmente el cuerpo del inculpaado como objeto de prueba, para no hablar del decaimiento de la teoría de la “tolerancia pasiva al procedimiento”, que ha pasado a convertirse realmente en su contrario, esto es, en derechos de defensa como actitud pasiva del inculpaado ante el procedimiento.

A pesar de la debilidad de los argumentos para mantener la vía de la ejecución coactiva, las decisiones de constitucionalidad invocan el argumento relacionado con el hecho de que la ley prevé, de acuerdo con el desarrollo constitucional, que “la libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal y respetando las formas prescritas en la misma”, que sirve de base para la injerencia coactiva autorizada por el juez.

Este fue justamente el argumento que no encontró la Corte Constitucional italiana en una decisión de 1996, al afirmar que no existía habilitación legal suficiente para la práctica de extracciones hemáticas coactivas, lo que ha generado toda suerte de conjeturas que incluso remiten a las consecuencias civiles que genera el rechazo de las pruebas de paternidad.

En otros ordenamientos, el consentimiento del imputado resulta de primer orden, como en el caso británico que divide las exigencias de la coacción física, según se trate de muestras íntimas o no íntimas. Para las primeras, siempre se hace exigible la aquiescencia del destinatario de la medida sin excepción. Para las segundas, se puede disponer la ejecución forzada.

Los argumentos son suficientes para determinar el caso nuestro. En Colombia, puede afirmarse que la ejecución forzada está prevista en el artículo 249 del C. P. P., pero justamente la tarea del Juez de Garantías en el examen de autorización, debe prever que este sea un último recurso, necesario e imprescindible, para configurar la hipótesis delictiva de la Fiscalía. Por otra parte, es un valor superior de la Constitución, la dignidad humana. Por lo tanto, atentaría contra los valores superiores de la Constitución, la ejecución coactiva para la obtención de una prueba de líquido seminal o un frotis vaginal.

Por esa razón, la diferenciación entre muestras íntimas y no íntimas, no es irrazonable en nuestro medio y, por otra parte, también nos atrevemos a decir que es un grave déficit de nuestro procedimiento penal, el que las injerencias en derechos fundamentales que inciden el proceso penal, haya tenido un tratamiento precario en la Corte Constitucional, que justamente ha debido prever que en estos eventos la propia Constitución establece en su artículo 152 ordinal a, que debe existir una ley estatutaria que regula “los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección”.

XI. FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

1. REGLAS BÁSICAS SOBRE PRUEBA ILÍCITA

Frente a la lectura de este aparte, es necesario advertir que diversos temas aquí presentados deben ser enriquecidos de manera fundamental con la lectura del Módulo escrito por José Urbano, denominado *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales*. En este se actualiza la reflexión, sobre el tema, a partir de los pronunciamientos de las altas Cortes. Además, debe entenderse que el concepto de regla de exclusión va mucho más allá de la noción de prueba ilícita. Se dejan aquí, para una visión en perspectiva y por el hecho de que contiene elementos básicos hoy en juego, los supuestos dados en su momento a los jueces, como parte de la versión original del Manual.

* En los eventos anteriormente reseñados se ha hecho referencia a diversos casos, incluso por disposición legal expresa, en los cuales se aplica la cláusula de exclusión. En los siguientes apartes, se reseñan reglas básicas que acompañan la noción de prueba ilícita, un concepto menos amplio que el de regla de exclusión, que son generales para diversos eventos. Por esa razón, se repiten algunas circunstancias particulares contenidas en artículos ya mencionados.

Para el cumplimiento de la función de control de garantías en el ámbito de la exclusión de la prueba ilícita, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas básicas*:

1. Prueba ilícita es la obtenida con violación de garantías fundamentales o con vulneración de las formalidades esenciales para la práctica de la prueba.

2. La prueba ilícita principal es aquella obtenida con violación de garantías fundamentales o con vulneración de las formalidades esenciales para la práctica de la prueba, mientras que la prueba ilícita derivada es aquella obtenida de manera lícita pero que tiene como fuente a una prueba ilícita.

3. La exclusión de las pruebas ilícitas opera de la siguiente manera:

3.1. La prueba ilícita principal se excluye del proceso.

3.2. La prueba ilícita derivada se excluye del proceso. No hay lugar a tal exclusión si concurre alguna de las siguientes situaciones:

- a) Vínculo atenuado. Es decir, cuando el nexo entre la prueba ilícita principal y la prueba derivada no es directo sino que él se halla atenuado por la concurrencia de múltiples situaciones.
- b) Fuente independiente. Cuando a la prueba derivada se llegó también a través de una fuente desvinculada totalmente de aquella afectada por ilicitud.
- c) Descubrimiento inevitable. Cuando el elemento material probatorio iba a ser descubierto, con certeza, por una vía distinta a la suministrada por la prueba ilícita.

2. REGLAS BÁSICAS SOBRE LA FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

2.1. La función de control de garantías es una función constitucional que se cumple de manera automática en el proceso penal y que se orienta a la autorización, control o imposición de las medidas afectivas de derechos fundamentales a que puede haber lugar en el proceso penal, tanto por parte de la Fiscalía General de la Nación, como a solicitud de ella. Aparte de ello, el Juez de Control de Garantías también interviene en actos de impulsión procesal como la formulación de la imputación, la vinculación del ausente y la práctica de prueba anticipada.

2.2. De acuerdo con la Constitución, cuando se trata de la autorización, control

o imposición de medidas, la función de control de garantías se cumple de manera automática. Esto significa que no se trata de un control rogado sino de una injerencia directa del Juez de Control en el proceso penal, entre otras cosas, para verificar la legitimidad constitucional y legal de la actuación cumplida por la Fiscalía General. De allí que el juez que cumple la función de control de garantías deba determinar por sí mismo la validez de la actuación puesta ante su conocimiento.

2.3. Debe haber lugar a tal control en los términos preclusivos indicados en la Carta como un mecanismo de realización de la reserva judicial de las libertades. Por este motivo, si esos términos se desconocen, se vulnera esa garantía y la actuación de la Fiscalía no podrá legalizarse. En tal sentido, si la Fiscalía captura a una persona y no la coloca a disposición del Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes, no solo puede interponerse hábeas corpus contra el Fiscal delegado, sino que, en caso de ponerse a disposición del Juez de Control, este deberá dejarla en libertad para no incurrir en prolongación ilegal de la privación de la libertad.

3. SUPUESTOS DE ILICITUD DE LA PRUEBA

Para determinar los supuestos de ilicitud de las pruebas debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Se deben identificar aquellos supuestos en los que las irregularidades plantean vulneraciones directas de preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales. En este caso, la ilicitud de la prueba surge por la confrontación realizada entre la irregularidad y un precepto constitucional. De este modo, por ejemplo:

Un interrogatorio en el que se sometió a tortura al indiciado, es una prueba ilícita por vulneración del artículo 12 de la Carta, que indica que nadie será sometido a tortura (art. 8, literales a y b).

Un interrogatorio o una entrevista en los que se desconoció la exoneración del deber de declarar, es prueba ilícita por vulneración del artículo 33 de la Carta Política (artículo 8, literales a y b).

Una entrevista en la que se desconoció la inviolabilidad del secreto profesional, es prueba ilícita por vulneración del artículo 74 de la Carta.

2. Se deben identificar aquellos supuestos en los que las irregularidades, si bien no plantean vulneraciones directas de preceptos constitucionales que consagran

derechos fundamentales, sí vulneran formalidades legales esenciales para la práctica de la prueba. Para determinar estos supuestos de ilicitud debe acudir al régimen legal de la prueba y, con ese régimen legal, se debe confrontar la irregularidad advertida. En este punto debe comprenderse que no cualquier irregularidad involucra la ilicitud de la prueba, sino solo aquellas que sean susceptibles de afectar su régimen esencial, pues es este el que constituye la salvaguardia de los derechos fundamentales involucrados en la práctica de la prueba.

4. PRINCIPALES SUPUESTOS DE PRUEBA ILÍCITA POR VULNERACIÓN DE LAS FORMALIDADES LEGALES ESENCIALES

Los principales supuestos de prueba ilícita por vulneración de las formalidades legales esenciales de la prueba son los siguientes:

1. La utilización, en contra del imputado, del contenido de conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad. Puede tratarse de un acuerdo, en cualquier modalidad, o de un método alternativo de solución de conflictos (artículo 8, literal d).

2. La utilización, en contra del imputado, de las comunicaciones privadas sostenidas con su defensor (artículo 4, literal g).

3. La evidencia obtenida en un registro o allanamiento, o la incautación realizada sin orden escrita del Fiscal, o con orden pero sin cumplimiento de las formalidades legales esenciales; también en el caso de que se haya adelantado con orden y formalidades, pero sin indicación de los motivos previamente definidos en la ley (artículo 14, inciso 2º; 114, numeral 3º). Las formalidades legales para la práctica de la diligencia de registro y allanamiento son las siguientes (arts. 219 a 232):

3.1. Orden impartida por el Fiscal encargado de la dirección de la investigación

3.2. La finalidad que podrá consistir en lo siguiente:

- a) Obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o
- b) Realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, siempre y cuando se trate de un delito susceptible de medida de aseguramiento de detención preventiva.

3.3. Existencia de motivos razonablemente fundados para concluir que el delito

tiene como probable autor o partícipe al propietario o tenedor o a quien se encuentra transitoriamente en el bien a registrar, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción o los objetos producto del ilícito

3.4. Existencia de respaldo probatorio para tales motivos fundados. Esta exigencia se cumple si se cuenta con elementos probatorios que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Tales elementos pueden ser:

3.4.1. Informe de Policía Judicial.

3.4.2. Declaración jurada de testigo recaudada en presencia del Fiscal.

3.4.3. Declaración jurada de informante identificado ante el Fiscal (no ante el Juez de Control de Garantías).

3.4.4. Elementos materiales probatorios y evidencia física respecto de los cuales se haya verificado la cadena de custodia y diligenciado el oficio *pro forma* de certificación de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación.

3.5. La orden debe tener el siguiente contenido:

3.5.1. Determinar con precisión los lugares a registrar. Si se trata de edificaciones o naves, deben indicarse las habitaciones o compartimentos respectivos.

3.5.2. En caso de no ser posible la determinación precisa del lugar, indicar los argumentos por los que debe procederse a la operación.

3.5.3. No se debe señalar de manera global el bien a registrar.

Es importante tener en cuenta que el allanamiento no debe versar sobre comunicaciones escritas entre indiciado, imputado o acusado con sus abogados, sobre comunicaciones escritas entre indiciado, imputado o acusado con personas amparadas por exoneración del deber de declarar, y sobre archivos del indiciado, imputado, acusado, sus abogados y personas amparados por la exoneración del deber de declarar que contengan información confidencial relativa a aquel. (Este privilegio no se aplica si se renuncia a él o si se trata de copartícipes del delito investigado o de otro conexo o si tales situaciones constituyen obstrucción a la justicia).

La orden debe cumplirse en el término máximo de 30 días, si se trata de indagación, o de 15 días si se trata de investigación.

Tratándose de bienes que gocen de inmunidad diplomática o consular, el Fiscal debe solicitar, por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, permiso al respectivo agente diplomático o consular.

4. La diligencia de allanamiento y registro la puede realizar la Policía Judicial si se trata de flagrancia y el indiciado se refugia en domicilio ajeno. En este caso, ello opera solamente si tiene lugar lo siguiente:

4.1. Si media consentimiento del propietario o tenedor, o por voces de auxilio resulta necesaria la intervención inmediata de la Policía Judicial, o si se establece coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

4.2. Si media consentimiento libre y expreso del propietario o tenedor del bien.

4.3. Si no existe expectativa razonable de intimidad por encontrarse el bien en campo abierto, a plena vista, o abandonado o cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos. Este último supuesto es muy discutible constitucionalmente, dado que podría desvirtuar, en cualquier caso, la necesidad de la orden de la Fiscalía General. Por ello, en este caso, el juez podría considerar la posibilidad de aplicar excepción de inconstitucionalidad y exigir orden del Fiscal.

4.4. Se trate de situaciones de emergencia como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad.

Existe una cláusula de exclusión específica en materia de registros y allanamientos que debe aplicar la Fiscalía sobre la Policía Judicial. Si la Fiscalía inaplica esa regla de exclusión, ella debe ser aplicada por el Juez de Control de Garantías si concurren los supuestos indicados en el artículo 232.

También constituyen supuestos de prueba ilícita los siguientes:

5. La evidencia obtenida en la búsqueda selectiva en bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole que no sean de libre acceso sin orden escrita del Fiscal, o con orden pero sin cumplimiento de formalidades legales, o con orden y cumplimiento de las formalidades, pero sin motivos previamente definidos en la ley (artículo 14, inciso 3°).

En este punto debe tenerse en cuenta que el C. P. P. le atribuye a la Fiscalía la facultad de realizar tales diligencias. No obstante, tal atribución podría ser inconsti-

tucional dado que la Carta, al parecer, solo le asigna a la Fiscalía, como atribuciones constitucionales propias y susceptibles de ejercerse sin autorización judicial previa, las facultades restrictivas de derechos consagradas en los numerales 1° y 2° del artículo 250 de la Carta y entre estas no se encuentra la búsqueda selectiva en base de datos. Por lo tanto, siendo un problema eminentemente constitucional, los jueces de control de garantías podrían aplicar excepción de inconstitucionalidad sobre el artículo 14.3 del CPP, exigir autorización judicial previa para su realización y, en ausencia de ella, declarar la ilicitud de la evidencia obtenida y excluirla del proceso.

6. La retención de correspondencia sin orden del Fiscal, o con orden pero sin indicación de los motivos razonablemente fundados, o con orden y motivos, pero con violación de las formalidades esenciales. Estas formalidades se determinan por aplicación analógica de los criterios establecidos para la diligencia de allanamiento y registro (arts. 233 y 234).

7. La interceptación de comunicaciones telefónicas y similares sin orden del Fiscal, o con orden pero sin motivación razonable, o con orden y motivación razonable pero con violación de las formalidades esenciales (art. 235).

8. La recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios tecnológicos que produzcan efectos equivalentes sin orden del Fiscal, o con orden pero sin motivación razonable o con orden y motivación, pero con violación de las formalidades esenciales, que se determinan por aplicación analógica de los criterios establecidos para la diligencia de allanamiento y registro (art. 236).

9. El control de garantías sobre registros, allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o de información dejada al navegar por Internet se realiza dentro de las 24 horas siguientes (art. 237). El término de 36 horas fijado en la Constitución es un máximo, pero no se opone a la consagración legal de un término inferior, pues resulta más garantista para efectos de la reserva judicial de los derechos fundamentales. Si es antes de la imputación se realiza sin presencia del indicado; si es después de la imputación, se realiza previa citación del imputado. La decisión que tome el juez no es impugnable (art. 238).

10. El control de garantías sobre la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, el análisis y la infiltración de organización criminal, la actuación de agentes encubiertos, la entrega vigilada, la búsqueda selectiva en bases de datos y los exámenes de ADN que involucran al indiciado o imputado, plantean también

problemas constitucionales relevantes por los mismos motivos indicados previamente, pues parecería que la Constitución Política no le atribuye a la Fiscalía facultades para ejercerlas sin autorización judicial previa.

Por ello, los jueces de control de garantías podrían aplicar excepción de inconstitucionalidad sobre tales disposiciones para exigir autorización judicial previa para su realización y para, en ausencia de ella, declarar la ilicitud de la evidencia obtenida y excluirla del proceso. No obstante, si no se opta por aplicar tal excepción, el juez deberá exigir el cumplimiento de las formalidades esenciales consagradas en esas disposiciones y relacionadas con exigencias como la autorización de la Dirección Nacional o Seccional de Fiscalías, la orden del Fiscal, los motivos fundados, el tiempo determinado y el tiempo máximo de duración y la oportunidad para el control.

11. El control judicial sobre la inspección corporal, el registro personal, la obtención de muestras que involucren al imputado, el reconocimiento por medio de fotografías o videos y el reconocimiento en fila de personas, también plantea dificultades constitucionalmente relevantes (artículos 246 a 253).

Esto, por cuanto en tales disposiciones se asume que la guarda de la reserva judicial sobre los derechos fundamentales se cumple con la autorización de la Fiscalía General, y no con la autorización previa del Juez de Control, cuando, como se ha indicado, las facultades restrictivas de derechos de la Fiscalía son limitadas y de interpretación restrictiva. Por tanto, también aquí podría aplicarse excepción de inconstitucionalidad hasta tanto la jurisdicción constitucional decida. De no procederse así, se debe realizar un control judicial posterior a la obtención de las evidencias probatorias a que hubo lugar con ocasión de tales diligencias.

XII. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Este acápite debe leerse en función de la ampliación del tema adelantada en el Módulo correspondiente, de autoría de Darío Bazzani. Además, debe leerse conforme a la rica discusión suscitada a instancia del *Conversatorio Nacional sobre el Sistema Penal Acusatorio*, celebrado en la ciudad de Paipa, Boyacá, los días 5 y 6 de diciembre de 2005, y cuyas memorias fueron publicadas en el mes de febrero de 2005. Especial consideración debe hacerse del caso aportado por el *Observatorio de Jurisprudencia del Sistema Penal Acusatorio*, que además de las ponencias, también sirvió de base para la reflexión del grupo de trabajo sobre el tema. Igualmente, desde luego, debe leerse en función de la reglamentación que sobre el principio de oportunidad, viene impulsando la Fiscalía General de la Nación.

1. PROPUESTA METODOLÓGICA PARA EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD ANTE EL JUEZ DE GARANTÍAS

El nuevo Código de Procedimiento Penal no contiene una regulación detallada en torno al procedimiento aplicable a los casos en los cuales la Fiscalía resuelve aplicar el principio de oportunidad. Simplemente se ocupa de establecer los requisitos que debe reunir la audiencia en la cual se ejerce el control de legalidad por parte del Juez de Garantías.

Por esta razón, existe un amplio margen para diseñar la metodología aplicable al desarrollo de la audiencia de control de legalidad.

Lo que se propone aquí es una fórmula dirigida a visualizar los aspectos más importantes que debe tener en cuenta el juez al momento de ejercer el control de legalidad respectivo, sin que ella constituya atadura, pues, se reitera, el estatuto procesal es laxo en la regulación de dicho procedimiento.

2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

De la lectura del acto legislativo 03 de 2002 se pueden extraer los siguientes lineamientos en relación con el principio de oportunidad:

2.1. Puede aplicarlo la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que su aplicación es excepcional, puesto que la regla general continúa siendo el ejercicio obligatorio de la acción penal. Lo anterior implica que la decisión del Fiscal de aplicar el principio de oportunidad, debe motivarse y exponerse con claridad en la audiencia de control de legalidad.

Otro aspecto que surge como consecuencia de dicha atribución constitucional, es que el juez no puede, por su iniciativa y sin el aval del Fiscal, aplicar el principio de oportunidad. El único caso en el que se permite al juez ejercer dicha atribución es el contemplado en el artículo 329 del Código, por decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito, ya que allí necesariamente la respuesta del Estado debe respetar el principio de igualdad.

2.2. Puede abstenerse de iniciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal. En este sentido es importante destacar que la aplicación del principio de oportunidad puede darse en cualquier momento del proceso e, incluso, antes de que exista proceso en sentido formal.

2.3. Debe hacerlo con fundamento en razones de política criminal, las cuales deben estar previstas en la ley. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el constituyente acogió la tesis de la oportunidad reglada, conforme a la cual es el legislador quien evalúa previamente las razones de política criminal que deben servir de base para abstenerse de ejercer la acción penal.

Ello quiere decir que el Fiscal no tiene atribuciones constitucionales para establecer nuevos eventos en los cuales puede aplicar el principio de oportunidad. La facultad constitucional del Fiscal General de la Nación, consistente en participar en el diseño de la política criminal del Estado, se ejerce mediante la atribución de presentar proyectos de ley, en este caso, dirigidos a regular las causales en las cuales se puede aplicar el principio de oportunidad, pero la decisión final compete al legislador.

Cuando el artículo 330 faculta al Fiscal General de la Nación para expedir el reglamento interno, sólo le permite expedir el acto administrativo que se ocupa de regular los aspectos atinentes a los controles internos, requisitos de la solicitud, reporte al registro interno de casos, etc., pero en ningún momento le permite incluir nuevas hipótesis de oportunidad o disminuir los requisitos establecidos por el legislador.

Lo que sí puede incluir en su regulación, son aspectos adicionales no previstos por el legislador y que deben ser evaluados al momento de aplicar el principio de oportunidad, siempre y cuando se reúnan todos los requisitos exigidos por el legislador; por ejemplo, tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la aplicación del principio de oportunidad, actividad investigativa desplegada hasta ese momento, posibilidad real de presentar las pruebas en el juicio. Incluso aspectos que constituyan razones constitucionalmente válidas para discriminar la aplicación del principio en unos casos y en otros no; por ejemplo, antecedentes penales, modalidades de ejecución del delito, edad del presunto infractor, contexto familiar, social y cultural en relación con la posibilidad de delinquir de nuevo, etc.

A pesar de lo anterior, debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando se trate de eventos distintos del señalado en el artículo 329 del Código, es decir diferentes del decaimiento del interés del Estado en la persecución del delito, el Fiscal puede hacer distinciones en la aplicación de la oportunidad, siempre y cuando el fundamento de la discriminación radique en una razón constitucionalmente válida. Tal sería el caso, por ejemplo, de un Fiscal que resuelve aplicar el principio de oportunidad frente a un coautor y no con respecto al otro, con fundamento en que el segundo registra antecedentes penales por el mismo comportamiento.

2.4. Está sujeto a control de legalidad obligatorio y automático por parte del Juez de Garantías. Como quiera que la regla general es el ejercicio obligatorio de la acción penal, al punto que la preclusión por falta de mérito debe ser decretada por el Juez de Conocimiento, el constituyente dispuso que en todos los casos debe existir control de legalidad por parte del Juez de Garantías, el cual debe entenderse tanto en sentido formal como material.

Es por ello que en la audiencia deben presentarse y controvertirse las pruebas sobre el fundamento de la causal y es el juez quien finalmente, después de valorarlas, decide si hay lugar o no a su aplicación. En este sentido conviene precisar que la decisión del Juez de Garantías cuando accede a la aplicación del principio de oportunidad, tendrá efectos preclusivos, pero no requiere un nuevo pronunciamiento por parte del Juez de Conocimiento, porque el constituyente le otorgó esta facultad al Juez de Garantías. Lógicamente, se trata de una decisión que no tiene los mismos efectos de una preclusión dictada por el Juez de Conocimiento, pues si bien hace tránsito a cosa juzgada, no tiene poder vinculante respecto de la posible responsabilidad civil, como sí puede tenerlo en algunos casos la preclusión de la investigación proferida por el Juez de Conocimiento.

3. REQUISITOS LEGALES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El Código establece los casos en los cuales puede aplicarse el principio de oportunidad. Sobre los aspectos puntuales relacionados con cada causal se volverá más adelante. Por ahora importa destacar que se excluyen las graves violaciones del derecho internacional humanitario, los crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con el Estatuto de Roma y los delitos de narcotráfico y terrorismo.

También se exige que en los casos contemplados en las causales 2 a 17, si el delito tiene prevista una pena privativa de la libertad que exceda de seis años de prisión, el Fiscal cuente con un acto de delegación expresa del Fiscal General de la Nación.

Así mismo, en relación con las causales previstas en los numerales 15 y 16, el principio de oportunidad no puede aplicarse para jefes, organizadores o promotores o a quienes hayan suministrado elementos para su realización, es decir quienes las financian.

Ahora bien, como quiera que las anteriores limitaciones se incluyeron por el legislador, por razones de política criminal, es forzoso concluir que se trata de aspectos sometidos al control de legalidad respectivo y, que, en consecuencia,

son aspectos que deben ser indagados por el juez en la audiencia y que admiten controversia por parte de los intervinientes. Tal sería el caso, por ejemplo, de una discusión sobre la adecuación típica en la que existen dudas sobre si se trata de un genocidio o un homicidio en concurso homogéneo y sucesivo, la cual incide en la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad. (Es por ello que en este como en tantos otros eventos, el Juez de Control de Garantías debe ser un juez que renueva permanentemente los alcances no solo de la dogmática procesal, sino de la dogmática sustancial).

4. CONTROL DE LEGALIDAD

El Código de Procedimiento Penal establece los siguientes lineamientos en relación con el procedimiento aplicable al control de legalidad que ejerce el Juez de Garantías:

- a. Como quiera que la Constitución Nacional previó un control de legalidad obligatorio y automático, siempre que el Fiscal quiera aplicar el principio de oportunidad, debe someter esa decisión a control del Juez de Garantías.

En otros términos, no se requiere la impulsión de ninguno de los intervinientes, sino que la Fiscalía debe solicitar al juez que convoque audiencia para el efecto, la cual debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la decisión. En consecuencia, siendo el control un requisito constitucional de la procedencia del principio de oportunidad, la decisión del Fiscal no surte ningún efecto hasta tanto el juez no ejerza el control y emita su pronunciamiento.

- b. El control se realiza en audiencia especial, en la cual pueden intervenir la víctima, el Ministerio Público, el sindicado y su defensor, razón por la cual deben ser citados, so pena de nulidad de la actuación.

Aunque la disposición no menciona al sindicado y su defensor, es lógico entender que debe garantizarse su derecho de estar presentes. En principio, podría pensarse que no es necesaria su presencia, en tanto la decisión que se persigue es favorable a sus intereses; sin embargo, es conducente pensar que no es posible adoptar ninguna determinación sin que se permita el ejercicio efectivo del derecho de defensa material y técnica. Ello se sustentaría en lo siguiente:

Uno de los aspectos que debe tenerse en cuenta es que el constituyente acogió la tendencia acusatoria europea continental según la cual la regla general es que

el ejercicio de la acción tiene un fundamento jurídico. Como consecuencia de tal determinación su titular, es decir la Fiscalía, enfrenta responsabilidad jurídica por tal determinación y es autónomo e independiente, razón por la cual pertenece a la Rama Judicial.

La acción entonces, en principio, no es disponible, salvo los eventos taxativamente señalados por el legislador, como casos en los que procede el principio de oportunidad. Es por esta razón que la decisión de precluir la investigación por prueba de no-responsabilidad o falta de mérito para acusar, debe ser proferida por el Juez de Conocimiento, pues tal exigencia constitucional es corolario de haber adoptado un sistema en el que la regla general es el ejercicio obligatorio de la acción penal.

La razón no radica exclusivamente en la asignación constitucional de competencias diferentes, una en cabeza del Juez de Garantías y la otra en el Juez de Conocimiento, sino que los efectos de la decisión también son diversos. Al terminar el proceso por aplicación del principio de oportunidad, si bien la decisión hace tránsito a cosa juzgada, no implica la no-existencia de la conducta o la no-comisión por parte del sindicado, ni su legitimidad frente al ordenamiento jurídico. Lo único que fundamenta la decisión es una razón político-criminal. Por esta razón, los efectos *vgr.*, en materia civil, no son los mismos si el proceso termina por aplicación del principio de oportunidad, que si termina por una preclusión fundamentada en prueba de no responsabilidad penal o falta de mérito para acusar.

Por lo anterior, el primer acto de la audiencia debe ser la presentación del caso por parte del Fiscal y, si conforme a dicha presentación, es evidente la no-responsabilidad, el juez debe declararse incompetente y solicitar al Fiscal la presentación de la solicitud de preclusión ante el Juez de Conocimiento.

Por esta razón, además, debe garantizarse la presencia e intervención del imputado y su defensor, a quienes conviene más una preclusión en la que se declara la ausencia de responsabilidad, que la aplicación del principio de oportunidad por razones político-criminales.

- c. Una vez presentado el caso, el Juez de Garantías debe verificar, como en cualquier audiencia, la competencia y el saneamiento del proceso.

Recuérdese que si bien la competencia del Juez de Garantías no tiene límites por el factor objetivo, él debe observar en todo caso los demás factores desarrollados en el Código.

Lo anterior implica que puede existir controversia en relación con la competencia y para ese efecto, debe darse la oportunidad a los intervinientes de argumentar.

Una vez verificada la competencia y la no presencia de nulidades, el juez debe solicitar al Fiscal la presentación de los argumentos y las pruebas en los cuales fundamenta la aplicación del principio de oportunidad. Luego, siguiendo el orden de intervención en las audiencias, oirá al representante de la víctima o a la víctima misma, al Ministerio Público y, finalmente, al imputado y su defensor, quienes también pueden presentar pruebas para controvertir las aducidas por el Fiscal.

Es importante destacar que si bien la concurrencia de la víctima no es obligatoria, debiendo en todo caso ser citada, existe una obligación para el juez de tener en cuenta sus intereses, sobre todo en aquellos eventos en los que se exige la reparación. En consecuencia, el juez tiene facultades para indagar los aspectos relacionados con los perjuicios causados, en cumplimiento de dicha obligación.

También debe resaltarse que el juez cuenta con atribuciones para indagar sobre los aspectos relacionados con la causal invocada y su prueba, correspondiendo en todo caso la carga de probar al Fiscal. Si existen dudas sobre la presencia de alguno de los elementos de la causal, es decir, en relación con la adecuación típica que pueda influir en la pena, que a su vez incida en la procedencia del principio de oportunidad o acerca de la efectiva reparación del daño, bien puede el juez ordenar la prueba de oficio, pues la restricción a que hace referencia el artículo 361 del Código, se refiere a la prueba sobre la existencia o no de responsabilidad penal.

A pesar de ello, existen serias dudas acerca de la constitucionalidad del artículo 361 del Código al prohibir la facultad de decretar pruebas de oficio en relación con la existencia o no de responsabilidad penal. No se entiende cómo podría un juez condenar a sabiendas de que existe una prueba que de ser practicada podría evidenciar la ausencia de responsabilidad del sindicado o una menor punibilidad, sin quebrantar el artículo 29 de la Carta, según el cual sólo se puede responder por el acto cometido. Distinto es el caso en el que la falencia se advierte respecto de la prueba de acusación, puesto que allí la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía, con lo cual la consecuencia de no probar los cargos es la absolución.

Finalmente, el juez adopta la decisión, contra la cual no procede recurso alguno. Puede afirmarse que esta limitación no vulnera la Constitución Nacional, puesto que la garantía de la doble instancia se predica exclusivamente de la sentencia

condenatoria. Sin embargo, una decisión manifiestamente ilegal del Juez de Garantías, por ejemplo, no consultar las pruebas presentadas, salirse de los marcos permitidos por la respectiva causal, etc., permitiría acudir a la acción de tutela por vía de hecho, pues se trataría de un pronunciamiento desprovisto de legitimidad.

5. LAS CAUSALES DE OPORTUNIDAD

En relación con las causales que regulan el principio de oportunidad reglada, son múltiples las consideraciones que se podrían realizar. Para efectos de este Manual pueden, no obstante, resaltarse algunos problemas fundamentales que deben ser tenidos en cuenta por parte del Juez de Garantías al momento de ejercer el respectivo control.

5.1. En relación con las causales que exigen la reparación de las víctimas (numerales 1, 8, 14, y 15), no procede la terminación del proceso, hasta tanto no se compruebe su efectividad. Es decir, que si se asume el compromiso de reparar, habrá que invocarse la causal 8 mediante la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba, y solo hasta tanto se compruebe la efectiva reparación, se podrá acudir al principio de oportunidad declarando la correspondiente extinción de la acción penal.

Conviene aclarar, que si bien el artículo 326 en su inciso final dispone que “verificado el cumplimiento de las condiciones, el Fiscal ordenará el archivo definitivo de la actuación”, dicha decisión debe someterse a control de legalidad por parte del Juez de Garantías, pues recuérdese que el control previsto por el constituyente es obligatorio en todos los casos.

5.2. En relación con las causales que se refieren a la extradición (numerales 2 y 3), debe entenderse que la aplicación del principio de oportunidad solo procede una vez se adopta la decisión de conceder la extradición por parte del Gobierno Nacional, o una vez se produce la entrega o la aprehensión por parte de la Corte Penal Internacional, porque antes de dichas situaciones, existe la posibilidad de que la persona continúe en Colombia, debido a que por ejemplo, no se emite concepto favorable por parte de la Corte Suprema de Justicia o porque el gobierno hace uso de su facultad discrecional de negar la extradición, casos en los cuales no existiría fundamento para abstenerse de iniciar o proseguir la acción penal en nuestro país.

También debe precisarse que el juez no puede invadir las competencias constitucionales atribuidas al gobierno, es decir, su decisión no puede invadir la discrecionalidad que la Carta le reconoce para evaluar, políticamente, si la concede o no. Se trata, fundamentalmente, de la verificación del cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales previstos para el trámite de la extradición.

5.3. En relación con las causales que se refieren a la colaboración del testigo (numerales 5 y 6) debe recordarse que su fundamento está en el régimen de inmunidades del derecho anglosajón.

En el sistema norteamericano se conocen cuatro clases de inmunidades. La inmunidad de uso, según la cual nada de lo que diga el testigo en su declaración puede ser utilizado en su contra; la inmunidad de uso derivativo, que impide utilizar la declaración y las pruebas obtenidas a partir de lo dicho por el testigo, en su contra; la inmunidad extrapenal, que implica el no-procesamiento del testigo; y, la inmunidad extrapenal, en la que se ofrece al testigo, además del no-procesamiento penal, otros beneficios como la extinción de las obligaciones civiles derivadas del delito o de las consecuencias administrativas, fiscales o disciplinarias.

Obsérvese que las inmunidades de uso y uso derivativo tienen fundamento constitucional en el derecho de no autoincriminación, en la medida que se realiza una ficción jurídica: la declaración es válida en cuanto incrimina a terceras personas, pero no existe en tanto incrimina al propio testigo, pues es como si hubiese hecho uso del derecho a no declarar. En cambio, las inmunidades transaccional y extrapenal, se basan en el principio de oportunidad, porque no se refieren al potencial probatorio de una declaración o las pruebas obtenidas a partir de la misma, sino que implican la promesa de no ejercer la acción penal o suspender su ejercicio.

Lo anterior significa que para neutralizar el valor probatorio de la declaración del testigo, así como las pruebas obtenidas a partir de dicha declaración, con el fin de que no puedan ser utilizadas sino exclusivamente en relación con otras personas, basta con invocar el privilegio constitucional por parte del testigo al momento de declarar, sin que sea necesario otorgarle a cambio la promesa de aplicar principio de oportunidad.

Ahora bien, tratándose de la inmunidad extrapenal, el Fiscal no cuenta con atribuciones constitucionales ni legales para extinguir consecuencias del delito, diferentes de las penales. De esta forma, el único evento de inmunidad que se recoge

En conclusión, el juez debe tener presente que su intervención en la audiencia es activa; que los controles que ejerce, si bien están constitucionalmente delimitados, no lo privan de su función de garante de los derechos fundamentales de los intervinientes y, en ese sentido, no es un simple “invitado de piedra”. En resumen, el juez debe enfocar el ejercicio de su función en el desarrollo de la diligencia, a preservar la legalidad formal y material de la actuación.

