



Consejo Superior
de la Judicatura

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

Control de Garantías

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Control de Garantías

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

La Unión Europea y el Gobierno Colombiano, suscribieron el Convenio ALA/2004/016-83, proyecto “Fortalecimiento del Sector Justicia para la Reducción de la Impunidad en Colombia”, con el fin de lograr conjuntamente, la creación de políticas de reducción de la impunidad y la consolidación del Estado de Derecho, desde la perspectiva de justicia y género.

En desarrollo del mencionado convenio con recursos de la Unión Europea y de la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se actualizó el Programa de Formación Judicial Especializada para las y los Magistrados, Jueces y Empleados de las corporaciones y despachos judiciales con competencia en el Sistema Acusatorio Penal, con la participación de la Universidad Militar Nueva Granada en su condición de adjudicataria de la licitación realizada por el Equipo de Gestión del proyecto, adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia.

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del autor y del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.



UNIÓN EUROPEA



ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN
ESPECIALIZADA ÁREA PENAL

Control de Garantías

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

**ÓSCAR JULIÁN GUERRERO PERALTA, 2010
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2010**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN:

Primera edición: septiembre de 2010

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Composición: Universidad Militar Nueva Granada. Contrato 063 de 2007

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PROGRAMA DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA DEL ÁREA PENAL

PRESENTACIÓN

El Curso de Profundización sobre Sistema Acusatorio Penal forma parte del Programa de Formación Especializada del Área 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 enfoque curricular integrado e integrador y constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, Magistrados y Jueces, Juezas de la Rama Judicial, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, los Comités Académicos y los Grupos Seccionales de Apoyo de la Escuela bajo la coordinación del Magistrado Hernando Torres Corredor, con la autoría de **Óscar Julián Guerrero Peralta**, quien con su conocimiento y experiencia y el apoyo permanente de la Escuela Judicial, se propuso responder a las necesidades de formación desde la perspectiva de una Administración de Justicia cada vez más justa y oportuna para las y los colombianos.

El módulo **Control de Garantías** 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 y la Jueza, cuya construcción responde a los resultados obtenidos en los talleres de diagnóstico de necesidades que se realizaron a nivel nacional con funcionarios y funcionarias judiciales y al monitoreo de la práctica judicial con la finalidad de detectar los principales núcleos problemáticos, frente a los que se definieron los ejes temáticos de la propuesta educativa a cuyo alrededor se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos.

De la misma manera, los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, sirvieron para determinar los problemas jurídicos más relevantes y ahondar en su tratamiento en los módulos.

El texto entregado por el autor fue validado con los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de los Comités Académicos quienes hicieron observaciones para su mejoramiento las cuales enriquecieron este trabajo.

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 ejercen las Cortes.

Enfoque pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continua 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 y sus Derechos Fundamentales, eliminando toda forma de discriminación, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio de los usuarios y usuarias de la administración de Justicia.

El modelo pedagógico, es *participativo*, en cuanto que más de mil Magistrados, Magistradas, 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 educativos 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 los servidores y las servidoras 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, significa 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 fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los *derechos fundamentales* individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelantan para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento 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 o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, quienes 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 distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; 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 y usuarias” 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 transmisores 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 recorrido 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 él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

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 contribuyendo al proceso de creación de “lo público” a través de la apropiación social del mismo, 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.

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

Currículo integrado-integrador

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y/o 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 la solución de los mismos. 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 él 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.

Aplicación de la Nuevas Tecnologías

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, consciente de la necesidad de estar a la vanguardia de los avances tecnológicos al servicio de la educación para aumentar la eficacia de los procesos formativos ha puesto al servicio de la Rama Judicial el Campus y el Aula Virtuales. Así, los procesos formativos de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, se ubican en la modalidad b-learning que integra la virtualidad con la presencialidad, facilitando los escenarios de construcción de conocimiento en la comunidad judicial.

La virtualización de los programas y los módulos, permite actualizar los contenidos en tiempo real y ampliar la información, ofrece la oportunidad de acceder a una serie de herramientas como videos, audios, animaciones, infografías, presentaciones multimediales, hipertextos, etc., que hacen posible una mayor comprensión de los contenidos y una mayor cobertura.

Planes de Estudio

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado, con el apoyo pedagógico de la Escuela, los autores y autoras con el acompañamiento de la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas, quienes con profundo compromiso y vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en los aspectos pedagógicos y metodológicos, como en los contenidos del programa, con el propósito de facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa 1. Reunión inicial. Etapa preparatoria para el inicio del programa, presenta los objetivos, metodología y estructura del plan de estudios; asesora el manejo del Campus y Aula Virtual, ofrece diferentes técnicas de estudio, y, en general, esta etapa busca motivar y comprometer al y la discente para abordar los módulos y emprender su proceso formativo con la metodología de aprendizaje autodirigido.

Etapa 2. Análisis individual y comunidad judicial. Los resultados efectivos del proceso formativo, exigen de los y las participantes el esfuerzo y dedicación personal, al igual que la interacción con sus pares, de manera que se conviertan el uno y el otro en insumo importante para el logro de los propósitos.

La Etapa 2, esta conformada a su vez por 3 fases claramente identificables:

(1) El “Análisis Individual”, que apunta a la interiorización por parte de cada participante de los contenidos del programa, mediante la lectura, el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta

de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. (2) El “Foro Virtual” constituye la base del aprendizaje entre pares cuyo propósito es el de propiciar la socialización y el intercambio de conocimiento y experiencias entre los y las participantes mediante el uso de las nuevas tecnologías, con el fin de fomentar la construcción colectiva de conocimiento en la Rama Judicial, y, (3) La “Mesa de Trabajo o Conversatorio Local”, que busca socializar el conocimiento, fortalecer las competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor del estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Finalmente, esta etapa permite la identificación de los momentos e instrumentos necesarios para la aplicación a la práctica judicial para que a partir de éstos, se generen compromisos concretos para desarrollar las siguientes etapas.

Etapa 3. Aplicación a la Práctica Judicial: La aplicación a la práctica judicial es a la vez el punto de partida y el punto de llegada, ya que es desde la cotidianidad del desempeño laboral de los funcionarios y funcionarias que se identifican los problemas, y, mediante el desarrollo del proceso formativo, pueda traducirse en un mejoramiento permanente de la misma y por ende una respuesta con calidad a los usuarios y usuarias.

Esta etapa se desarrolla también durante 3 fases: (1) La “Aplicación in situ”, que incorpora a la práctica judicial los conocimientos, técnicas y nuevas actitudes desarrolladas en las etapas anteriores; pretende impactar otros operadores de la justicia (empleados, abogados, usuarios, auxiliares, etc.), mejorar el acceso efectivo a la administración de justicia y aumentar la credibilidad en la misma. (2) El “Conversatorio o Videoconferencia” que posibilita a los operadores y operadoras identificar las fortalezas y debilidades en la práctica cotidiana, con miras a fomentar el mejoramiento continuo de la labor judicial, y (3) El “Informe Individual”, en que él y la participante dan cuenta en forma escrita de la aplicación a la práctica de los contenidos objeto del programa y los invita a remitir sus aportes, sugerir nuevas posibilidades de aplicación y presentar casos exitosos y ejemplificantes de su labor.

Etapa 4. Seguimiento y evaluación: Todo proceso formativo requiere para su mejoramiento y cualificación, la retroalimentación dada por los y las participantes del mismo. La etapa de Seguimiento y Evaluación busca obtener información sobre las debilidades y fortalezas del proceso, de manera que pueda aplicar los correctivos necesarios y a tiempo, que lleven al perfeccionamiento del mismo.

Para ello, el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” presenta 3 fases que posibilitan evidenciar la consecución de los objetivos del programa: (1) El “Monitoreo” promueve la motivación recíproca para el mejoramiento continuo en la práctica judicial; (2) El “Observatorio” con acciones concretas para analizar las providencias y actuaciones judiciales, difundir las mejores prácticas para promover el cambio en los demás despachos judiciales y por ende, cualificar la prestación del servicio, y (3) El “Informe Final”, que posibilita evaluar el impacto del programa sobre la gestión judicial y sus resultados frente a los usuarios y usuarias, para así, adoptar medidas de mejoramiento en cada uno de los aspectos evaluados.

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, quienes 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 determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite 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 Especializada para el Sistema Acusatorio Penal**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del plan de formación de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, que se articulan mediante diversos temas 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, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo 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 y la discente y las guías de estudio individual y de la comunidad judicial para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones, el estudio y análisis, la utilización del Campus y Aula Virtual y el taller individual de lectura efectiva 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 complementar las perspectivas presentadas.

Finalmente, el Programa de Formación Especializada del Área Penal – Curso de Profundización sobre el Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en la Calle 11 No 9^a -24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico *escuelajudicial@ejrlb.net* los cuales contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación del Área Penal – Curso de Profundización del Sistema Acusatorio Penal**.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
CONVENCIONES	26
JUSTIFICACIÓN	27
RESUMEN DEL MÓDULO	27
SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR	28
OBJETIVOS	29
Objetivo general del Módulo	29
Objetivos Específicos del Módulo	29
1. LA COMPETENCIA DEL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS	31
Objetivo general de la unidad	31
Objetivos específicos de la unidad	31
PLANTEAMIENTO DE LA DISCUSIÓN	32
1.1. LA CONFORMACIÓN DE GARANTÍAS QUE SE VEN COMPROMETIDAS EN LA ACTUACIÓN DE INVESTIGACIÓN (COMPETENCIA DE PROTECCIÓN)	33
1.2. LA CUSTODIA DEL DEBIDO PROCESO (COMPETENCIA EXTENSA)	34
1.3. LAS COMPETENCIAS ESTRICAMENTE REGLADAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY (COMPETENCIA RESTRINGIDA)	36
1.4. RECONSTRUCCIÓN DE COMPETENCIA REALIZADA POR LA JURISPRUDENCIA	36
Actividades pedagógicas	51
Autoevaluación	51
Jurisprudencia	52
Bibliografía	52
2. CONTROL DE GARANTÍAS EN LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN Y TERMINACIÓN ANTICIPADA	53

Objetivo general de la unidad	53
Objetivos específicos de la unidad	53
INTRODUCCIÓN	54
2.1. IMPUTACIÓN COMO ACTO DE COMUNICACIÓN	57
2.2. IMPUTACIÓN COMO ACTO DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	59
2.3. IMPUTACIÓN COMO ACTO DE VINCULACIÓN	60
2.4. CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN Y LABOR DE CONTROL DEL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS	61
Actividades pedagógicas	75
Autoevaluación	75
Jurisprudencia	76
Bibliografía	76
3. CONTROL DE GARANTÍAS EN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD	77
Objetivo general de la unidad	77
Objetivos específicos de la unidad	77
3.1. LA CAPTURA	78
3.2. AFECTACIONES POLICIALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD CON INCIDENCIA PENAL	78
3.2.1. Restricción a la libertad de circulación en control preventivo de vehículos	79
3.2.2. Restricción a la libertad de circulación para registros policiales preventivos	80
3.2.3. Restricción a la libertad ambulatoria para identificación	83
3.2.4. Restricción a la libertad de circulación con fundamento en medidas correctivas de retención transitoria	87
3.3. AFECTACIONES A LA LIBERTAD DE CARÁCTER PENAL	90
3.3.1. Reafirmación del principio de libertad	90
3.3.2. Privación de la libertad por parte del Juez y la Jueza de Control de Garantías	93

3.3.3. Captura excepcional por cuenta de la Fiscalía General de la Nación	95
3.3.4. Captura en flagrancia	99
3.3.5. Legalización de captura	102
3.3.6. Variables adicionales de control de legalidad de la captura excepcional por cuenta de la Fiscalía General de la Nación	108
3.3.7. Variables adicionales de control de legalidad en caso de flagrancia	108
3.4. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	109
3.5. RIESGO DE FUGA	123
3.6. RIESGO DE OBSTRUCCIÓN	126
3.7. RIESGO DE AFECTACIÓN DE LA COMUNIDAD Y REITERACIÓN DELICTIVA	130
Actividades pedagógicas	136
Autoevaluación	136
Jurisprudencia	136
Bibliografía	137
4. CONTROL DE GARANTÍAS FRENTE A LAS INJERENCIAS DE INVOLABILIDAD DOMICILIARIA Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	139
Objetivo general de la unidad	139
Objetivos específicos de la unidad	139
ASPECTOS GENERALES	140
4.1. REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA INJERENCIA EN EL AMPARO DOMICILIARIO	142
4.2. VARIABLES PARA EL CONTROL DEL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS EN CASOS NO EXCEPCIONALES DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO	144

4.3.	VARIABLES DE CONTROL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS EN CASOS EXCEPCIONALES DE POLICÍA (TEORÍA DE LOS ACTOS DE URGENCIA O RIESGO EN LA DEMORA)	156
4.4.	EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL AUTORIZADAS PARA EFECTOS PENALES	158
4.5.	AUDIENCIA DE CONTROL	169
4.6.	APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS	170
4.7.	REQUISITOS LEGALES FORMALES PARA EL CONTROL DE GARANTÍAS	171
4.8.	INJERENCIAS EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES	178
4.9.	CARACTERÍSTICAS DE LA INJERENCIA EN LAS COMUNICACIONES PRIVADAS	182
4.10.	REQUISITOS DE LA INJERENCIA	187
4.11.	CONTROL DE GARANTÍAS SOBRE LA INJERENCIA	191
4.12.	APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	192
4.13.	HALLAZGOS CASUALES	193
	Actividades pedagógicas	195
	Autoevaluación	195
	Jurisprudencia	196
	Bibliografía	196
5.	BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS	199
	Objetivo general de la unidad	199
	Objetivos específicos de la unidad	199
	INTRODUCCIÓN	200
5.1.	CARACTERÍSTICAS DE LA INJERENCIA	202
5.2.	CONTROL DE GARANTÍAS POR AUTORIZACIÓN EX ANTE	207

5.3.	VARIABLES DE CONTROL (AUTORIZACIÓN), PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS	208
5.4.	APLICACIONES EXTENSIVAS	212
	Actividades pedagógicas	214
	Autoevaluación	215
	Jurisprudencia	215
	Bibliografía	215
6.	INTERVENCIÓN POSTAL	217
	Objetivo general de la unidad	217
	Objetivos específicos de la unidad	217
	INTRODUCCIÓN	218
6.1.	ESQUEMA NORMATIVO PARA EL CONTROL POSTERIOR DEL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS	219
6.1.1.	Reserva legal	219
6.1.2.	Prohibición de la injerencia con fines distintos a la investigación penal	220
6.1.3.	Objeto de la Intervención Postal	220
6.1.4.	Extensión del amparo al secreto de las comunicaciones	221
6.2.	EXAMEN DE CONTROL SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN POSTAL	225
6.3.	VARIABLES DE CONTROL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS	226
6.3.1.	Motivos fundados determinados en la orden	227
6.3.2.	Formulación antecedente	227
6.3.3.	Aspecto temporal	227
6.3.4.	Ejecución material de la retención	228
6.4.	EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD	229
6.5.	EXCURSO ESPECIAL SOBRE EL PROBLEMA DEL CORREO ELECTRÓNICO	229
6.5.1.	Actividades pedagógicas	232
6.5.2.	Autoevaluación	232
6.5.3.	Jurisprudencia	233
6.5.4.	Bibliografía	233

CONVENCIONES

Ae *Autoevaluación*

Ap *Actividades pedagógicas*

B *Bibliografía*

Bs *Bibliografía seleccionada*

J *Jurisprudencia*

Oe *Objetivos específicos*

Og *Objetivo general*

JUSTIFICACIÓN

La democratización del proceso penal colombiano, acorde con los criterios internacionales de investigación penal, creó la figura del Juez/la Jueza de Control de Garantías. Si bien, esta función ha probado su eficacia en la investigación penal en otros ordenamientos como el penal o el italiano, también es cierto que sus competencias son difusas debido a la intervención judicial en una etapa del procedimiento que está bajo el dominio de la Fiscalía. En efecto, la investigación penal es competencia de la Fiscalía y por ende, surge la pregunta ¿por qué razón debe intervenir un juez en la investigación penal, si justamente la exigencia del principio acusatorio determina que el producto de la investigación del fiscal se debate y se define ante un Juez/una Jueza de Conocimiento en la fase de juicio oral?

La respuesta no es sencilla, porque la exigencia de un proceso penal que está informado por los derechos y libertades fundamentales, exige que sea un juez de la República quien defina sobre las limitaciones al goce de los derechos y la extensión de las garantías, en la medida en que la judicatura es el último garante del principio de legalidad y por ende, del debido proceso.

Estas apreciaciones justifican este ensayo, al punto de definir las competencias de control y darles solución a los problemas que surgen de las intervenciones posteriores o autorizaciones en los actos de prueba que afecten derechos fundamentales. En tal sentido, las apreciaciones que se mantienen en este ensayo, desarrollan los aspectos teóricos, legales y jurisprudenciales que corresponden a cada materia tratada.

RESUMEN DEL MÓDULO

El módulo se compone de seis capítulos que tienen una secuencia lógica. En primer lugar, se desarrolla la temática fundamental de competencia general, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia. Con posterioridad, se tratan actos de impulsión como el correspondiente a la audiencia de imputación con sus aditamentos, frente a la terminación anticipada por vía de allanamiento a la imputación. Se dedica un capítulo especial

al derecho a la libertad, justificado en la medida en que las afectaciones de este derecho fundamental son parte esencial del engranaje del juez de garantías. Los restantes capítulos se refieren a las injerencias en el secreto de las comunicaciones, el amparo domiciliario y las autorizaciones en búsqueda selectiva de bases de datos.

SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

El autor es abogado y sociólogo. Docente en diferentes universidades en el área de procedimiento penal y derecho penal internacional. Realizó estudios de profundización en procedimiento penal comparado en la Universidad de Bielefeld (Alemania), y en dos oportunidades ha sido becario de la sociedad científica Max Planck de Alemania. Investigador del instituto Max Planck para Derecho Penal extranjero y Derecho Penal Internacional de Friburgo de Brisgovia (Alemania), en el campo de procedimiento penal (sistemas procesales comparados). Investigador visitante del instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Gotinga (Alemania).

Su trayectoria de 20 años en la administración pública, está conformada por los cargos de Jefe de la oficina de investigaciones sociojurídicas y prevención del delito del Ministerio de Justicia, Asesor del Despacho del Fiscal General de la Nación, Asesor del Despacho del Procurador General de la Nación, y Procurador Judicial Penal. Ha participado en la redacción de las dos últimas reformas del CPP. En la actualidad, se desempeña como profesor universitario en Derecho Procesal Penal y consultor penal de entidades internacionales de cooperación judicial.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Este ensayo pretende que el y la discente tengan una visión general de las competencias, las categorías del control y los problemas de discusión fundamentales que acompañan la función de Control de Garantías. El lector debe saber que la función de garantías es una temática en construcción que por la misma razón, replantea antiguos problemas que se ubican en un campo de tensión entre la protección de los derechos fundamentales y las necesidades de investigación en el proceso penal.

Se pretende una descripción básica de la función en los campos de competencias de control en las injerencias de investigación penal, competencias en el contexto de la impulsión del proceso y la no menos importante competencia de control, en el campo del derecho a la libertad.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DEL MÓDULO

Los objetivos específicos se cifran en el reconocimiento de los problemas planteados por la jurisprudencia de las altas cortes, que si bien han dado soluciones a la temática de la competencia, generan nuevos problemas en punto de la extensión de ciertos derechos del imputado dentro de la fase de investigación penal.

En la misma medida, se pretende que el y la discente comprendan en cada caso de las injerencias tratadas, las variables de control que deben aplicar con fundamento en la Constitución, la ley procesal y los instrumentos internacionales vinculantes, de conformidad con el bloque de constitucionalidad.

Unidad 1

LA COMPETENCIA DEL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

El y la discente deben comprender la discusión que se ha planteado acerca de la competencia del Juez y la Jueza de Control de Garantías, debido a la introducción del principio acusatorio en el contexto de las normas del proceso penal. A estos efectos, se ha realizado una clasificación con fundamento en el derecho comparado y las discusiones que resultan pertinentes.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

El y la discente deben reconocer las competencias de protección, las competencias de impulsión, así como las que ha diseñado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

PLANTEAMIENTO DE LA DISCUSIÓN

Un problema fundamental que ataña a la función de Control de Garantías, es la competencia difusa. Cuando se habla de competencia difusa se hace referencia a la imprecisión del texto legal frente a una categoría tan exigente desde el punto de vista del principio de legalidad como lo es la competencia, pues es bien sabido que esta noción delimita las actuaciones de los funcionarios en el sentido de una garantía y por ende, se convierte en un componente imprescindible del debido proceso.

El problema no se presenta únicamente en el medio colombiano, pues el derecho comparado da noticia de las mismas dificultades. Así por ejemplo: en Alemania, el juez de las investigaciones penales en aras de la protección de derechos fundamentales, tiene competencias propias de lo administrativo, y en un país cercano como Argentina, la literatura jurídica da cuenta de la necesidad de una construcción dogmática del instituto. Pedro Bertolino recuerda que el problema se circunscribe básicamente a la tensión entre una labor de garante de derechos fundamentales en sentido extenso que proviene de la misma constitución, y un plexo normativo que genera una visión reductiva del instituto que a lo sumo, puede arrojar un cuadro de competencia estricta en las normas accesorias directas que deja por fuera, las configuraciones indirectas.

Optar por un cuadro de máxima extensión constitucional también tiene desventajas, pues la labor del juez/la jueza estaría destinada a enfrentarse al principio acusatorio, al principio de legalidad o al principio de juez natural. Por tal razón, las propuestas para la construcción dogmática de la competencia asumen la interrelación entre estas tres variables: a) la conformación de garantías que se ven comprometidas en la actuación judicial de investigación penal; b) la custodia del debido proceso; y c) la función constitucional y legal establecida.

1.1 LA CONFORMACIÓN DE GARANTÍAS QUE SE VEN COMPROMETIDAS EN LA ACTUACIÓN DE INVESTIGACIÓN (COMPETENCIA DE PROTECCIÓN)

Este criterio de competencia ha sido recalado por la Corte Constitucional en el control de normas del CPP y por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con la interpretación autorizada del Juez Constitucional, el Juez/la Jueza de Control de Garantías responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, debido a que muchas de las medidas de injerencia que se adoptan en el curso de la investigación penal, entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales que únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional. En este sentido, hablar de "sede jurisdiccional" tiene varias implicaciones, pues es tanto como afirmar que en la indagación penal, se afectan derechos constitucionales con medidas de investigación y actos de prueba que pueden suscitar controversia en punto de su estricta legalidad, y es el juez de garantías a quien le compete la resolución de la discusión, mediante la emanación de una decisión dotada de fuerza vinculante para la Fiscalía y la defensa. Así, cualquier afectación de derechos fundamentales en sede de investigación que genere o no genere controversia, debe ser solucionada por el juez de garantías, teniendo en cuenta que su competencia concreta el principio de igualdad de armas, bilateralidad y contradictorio. La investigación resulta así vinculada de manera estricta a la garantía de los derechos fundamentales y por lo tanto, al principio de Proceso Penal regido por la noción de Estado de Derecho.

La Corte Constitucional en sentencia C- 979 de 2005, dice al respecto:

Una formulación coherente con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional. La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al Juez/la Jueza de Control

de Garantías. Así, toda actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima.

Esta acepción amplia de competencia de protección, contempla dos presupuestos que son: el control de las garantías que se involucran en la actuación de investigación penal y la jurisdicción misma como garantía. Con esta última, se realiza el principio acusatorio y se le da pleno cumplimiento a la garantía de observancia del derecho objetivo. En suma, se trata de la competencia en su acepción de tutela judicial efectiva.

Es obvio, que esta conformación de la competencia implica que cualquier afectación de derechos fundamentales por parte de la Fiscalía o en su caso, por cuenta de las autoridades administrativas como la policía, sea conocida por el Juez/la Jueza de Control de Garantías, pero a esta visión del problema se opone una competencia reglada desde la Constitución y la ley. En consecuencia, existen actuaciones que se cumplen en la investigación penal y que pueden afectar derechos fundamentales sin que tengan control judicial. Es el caso de la audiencia de imputación que en la jurisprudencia colombiana, consta como un acto simple de comunicación y por lo tanto, cabe la pregunta relacionada con un control de fondo de ciertas actividades del o la fiscal, que se sustraen a la óptica de garantía de jurisdicción.

1.2 LA CUSTODIA DEL DEBIDO PROCESO (COMPETENCIA EXTENSA)

Esta acepción de competencia ha sido señalada por la doctrina argentina y también se ha asumido con algunas reservas por la literatura jurídica alemana. Aquí se plantea fundamentalmente, que si la jurisdicción como tal es una garantía que realiza el principio acusatorio en la etapa de investigación penal, el juez de garantías realmente coadyuva a la Fiscalía en la tarea de persecución penal, ajustando a derecho las medidas coercitivas que impliquen injerencia en los derechos fundamentales. En esta

perspectiva, el debido proceso como categoría fundamental del Estado de Derecho, no puede circunscribirse a una temática de simple forma en la recolección probatoria o en otras actividades de investigación, sino que el contenido de las injerencias puede afectar núcleos intangibles de derechos fundamentales. De ahí que en casos tan complejos como el del derecho a la intimidad y su relación con las prohibiciones de prueba, el debido proceso deba entenderse en una acepción tan amplia que obligue al control judicial con participación del investigado por su natural derecho de audiencia judicial.

En nuestro medio, esta posición se asume como obvia, pues es inevitable que la garantía de jurisdicción en la investigación penal, está íntimamente relacionada con el debido proceso. Pero en todo caso, interesa resaltar que la jurisprudencia no ha logrado asumir toda la dificultad que impone un análisis de fondo y forma en cada medida de investigación o acto de prueba que se desarrolle en la indagación penal. Es cierto que la jurisprudencia constitucional reconoce la exigencia de un examen de legalidad formal y material, por ejemplo: en el caso de la afectación del derecho a la libertad. En este evento, la jurisprudencia constata que el juez/la jueza debe evaluar, si se observó el debido proceso en cuanto a los presupuestos constitucionales y legales de la detención preventiva. Pero también es cierto, que el juez queda limitado en su control, si no puede examinar ciertos supuestos que son de resorte de la fiscalía, como por ejemplo: la estricta identidad del detenido o capturado.

Esta acepción de competencia fundamentada en el debido proceso, también se enfrenta a las competencias regladas en la Constitución y la ley. Y como es obvio, si la competencia debe ser reglada para cumplir con un presupuesto esencial del debido proceso, hablar de debido proceso en sentido tan amplio se convierte para los críticos de la teoría, en una *contradiccio in adjecto*. No obstante, esta acepción es muy efectiva cuando se trata de problemas tan complejos como la afectación del derecho a la intimidad y las prohibiciones de prueba.

1.3 LAS COMPETENCIAS ESTRICTAMENTE REGLADAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY (COMPETENCIA RESTRINGIDA)

Esta acepción de competencia es la que ha usado la Corte Suprema de Justicia. Sin duda, el texto positivo constitucional y legal permite circunscribir en debida forma, el trabajo del Juez/la Jueza de Control de Garantías, pero esta vía se enfrenta severamente con dos supuestos: en primer lugar, el ejercicio de control material sobre las injerencias en derechos fundamentales puede limitar el control sobre el debido proceso. Por ejemplo: la facultad de control judicial en los casos de afectación de la cadena de custodia. Justamente en un punto como éste, se observa la importancia de la noción del debido proceso y las razones por las cuales el juez de garantías debería tener una competencia extensa.

En segundo lugar, restringir al texto de la ley, la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías, implica restar protección a los derechos fundamentales comprometidos en la investigación penal, porque es claro que a diferencia de la competencia amplia de protección observada en el primer acápite, existirían actos de la persecución penal carentes de control que la misma medida resta extensión a la tutela judicial efectiva.

1.4 RECONSTRUCCIÓN DE COMPETENCIA REALIZADA POR LA JURISPRUDENCIA

La Corte Constitucional y la Suprema reconocen la competencia restringida del Juez/la Jueza de Control de Garantías, con fundamento en la Carta y el plexo de la normativa procesal así:

- Un control sobre la aplicación del principio de oportunidad.
- Un control *posterior* sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación.
- Un control *posterior* sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas.

- Un control *previo* para adoptar medidas restrictivas de la libertad.
- Decretar medidas cautelares sobre bienes.
- Autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución.

A esta visión general, se suma la reciente interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en sentencia 30363 del 4 de febrero de 2009, que entiende limitada la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías, a los siguientes aspectos:

1. *Dar curso y decidir en audiencia preliminar, los asuntos que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, v.g.: (a) El control de legalidad sobre los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía; (b) La práctica de una prueba anticipada; (c) Las órdenes de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos; (d) La solicitud de medida de aseguramiento formulada por la Fiscalía, así como su revocatoria a petición de cualquiera de las partes o el Ministerio Público; (e) La petición de medidas cautelares reales; (f) La formulación de la imputación; (g) El control judicial de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad en cualquiera de sus modalidades; y (h) Las peticiones de libertad presentadas con anterioridad al anuncio del sentido del fallo (artículo 154, modificado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007).*
2. *De manera reservada, los jueces de Control de Garantías deben adelantar audiencias de: (a) Control de legalidad posterior en materia de allanamientos, registros, interceptación de comunicaciones, vigilancia y seguimiento de personas y de cosas; (b) Autorización judicial previa para realizar inspección corporal, obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, así como procedimientos en el caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales.*

3. *Control de legalidad posterior, entre otros, sobre: (a) El diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares; (b) Las capturas en flagrancia y en aquellas en las cuales la Fiscalía haya carecido de la oportunidad para solicitar el mandamiento escrito; (c) La orden de vigilancia y seguimiento de personas; y (d) La captura del acusado en la fase de juzgamiento.*
4. *Los jueces de Control de Garantías deben pronunciarse dentro de las 36 horas siguientes, sobre la legalidad de las siguientes actuaciones: (a) Captura en flagrancia y excepcional; (b) Registros, allanamientos, búsqueda de datos e interceptación de comunicaciones; (c) Incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de decomiso; (d) Vigilancia y seguimiento de personas; (e) Orden de vigilancia de inmuebles, naves, aeronaves, vehículos o muebles; (f) Operaciones encubiertas culminadas; (g) Entregas vigiladas realizadas; (h) Búsquedas de datos selectivas y finalizadas; (i) Exámenes de ADN que hayan involucrado al sindicado o imputado; (j) Captura con fundamento en mandato judicial; y (k) Captura en la fase de juzgamiento.*

Aún así, las interpretaciones especiales de competencia nos dan el siguiente cuadro:

a) El Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene competencia para decretar pruebas de oficio con el fin de garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. Sentencia C- 396 de 2007.

La Corte Constitucional por esta vía, le da aplicación extensa a la noción del debido proceso y reafirma así, el carácter vinculante de los derechos fundamentales para todos los poderes estatales. No obstante, la asignación de esta competencia puede entrar en colisión con el principio acusatorio, si se entiende que el manejo y la producción de prueba son una facultad exclusiva de la Fiscalía, la defensa con sus debidas restricciones de las víctimas y el Ministerio Público. Pero, por otra parte, se puede encontrar escenarios complejos en donde sea aplicable esta facultad que puede

solucionar varios problemas, como por ejemplo: las dudas que alberga el juez de garantías, en el momento de la imputación de alguien que está afectado de un trastorno mental permanente. Sólo con una prueba psiquiátrica, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede valorar, si es factible la imputación, con el consecuente efecto frente al allanamiento, la imputación o la posibilidad de pactar en alegaciones preacordadas.

Por lo demás, es necesario recalcar que esta facultad está restringida únicamente al decreto de prueba para “garantizar la eficacia de los derechos objeto de control judicial”. Por lo tanto, se trata de habilitar una especie de *incidente probatorio* en los casos concretos de control en los cuales la argumentación de la Fiscalía es insuficiente o las peticiones de la defensa son perfectamente razonables. Por ejemplo: citar a los agentes de la policía que practicaron una captura a efecto de que absuelvan un interrogatorio realizado por el mismo juez/jueza de garantías, cuando tiene un informe que deja dudas sobre las circunstancias del ejercicio de la fuerza en la aprehensión material.

La facultad probatoria en cabeza del Juez/la Jueza de Control de Garantías, puede resultar compleja en otros escenarios en donde las competencias resultarían de exclusivo resorte de la Fiscalía, como es el caso de la audiencia de imputación. En efecto, de conformidad con esta facultad y en aras de la tutela judicial del debido proceso, el Juez/la Jueza de Control de Garantías podría practicar prueba de oficio, para determinar la verdadera identidad del investigado y de ser el caso, impedir la imputación a la Fiscalía para cumplir estrictamente con los requisitos de individualización que exige el numeral primero del artículo 288 del CPP.

La decisión de constitucionalidad fundamenta la competencia probatoria de oficio, del Juez/la Jueza de Control de Garantías como una herramienta de equilibrio, frente a la prohibición expresa del Juez/la Jueza de Conocimiento, para decretar prueba en la etapa de juicio oral. Así se expresa el juez constitucional:

A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de Control de Garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de

oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. A esa conclusión se llega después de adelantar el análisis sistemático y teleológico de la norma acusada que a continuación se expone:

'El artículo 361 de la Ley 906 de 2004 se encuentra incluido en el Libro III del Juicio en el sistema penal acusatorio, Capítulo I, correspondiente a la audiencia preparatoria. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se encuentra dividido en siete libros, el I, correspondiente a disposiciones generales, el libro II sobre las Técnicas de Indagación e Investigación de la Prueba y Sistemas Probatorios, el III sobre el Juicio, el libro IV, relativo a la ejecución de sentencias, el libro V sobre Cooperación Internacional, el libro VI, Justicia Restaurativa y, el libro VII sobre el Régimen de Implementación'.

Nótese, que no sólo la ubicación de la norma demandada en el contexto normativo, significa que la pasividad probatoria del juez/la jueza está limitada a la etapa del juicio y especialmente, en la audiencia preparatoria, sino también, que la ausencia de regulación al respecto en las etapas anteriores al juicio, muestran que la prohibición acusada obedece a la estructura del proceso penal adversarial, según el cual, mientras en la etapa de contradicción entre las partes, se ubica en la fase del proceso en la cual se descubre la evidencia física y los elementos materiales probatorios, y en aquella que se caracteriza por la dialéctica de la prueba, es lógico, necesario y adecuado, que el juez/la jueza no decrete pruebas de oficio, porque rompería los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio. No sucede lo mismo, en aquella etapa en la cual el juez tiene como única misión, garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal.

b) El Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene competencia para integrar el contradictorio en todas las audiencias preliminares en donde se discuta sobre injerencias en derechos fundamentales. Sentencia C-025 de 2009.

En la decisión anotada, la Corte Constitucional al reafirmar el carácter amplio de la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías para tutelar el debido proceso y las garantías involucradas en la investigación penal, establece una relación clara entre la facultad de control y el ejercicio del derecho de defensa. De conformidad con esta interpretación, se recuerda que la audiencia de control de legalidad tiene como propósito específico, ejercer un control posterior sobre las diligencias previstas en injerencias que habilitan la práctica de las medidas de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones, actuaciones encubiertas, entrega vigilada de objetos, búsqueda selectiva en bases de datos y práctica de exámenes de ADN.

La fuente de decisión del juez/la jueza no es solamente la Fiscalía, pues la actuación judicial busca que el juez de garantías verifique, si las citadas medidas respetaron los parámetros constitucionales y legales fijados para su práctica y ejecución e igualmente, que no hayan desconocido garantías fundamentales con su proceder, de tal manera que si éste es el objetivo, la Corte no encuentra una razón jurídica válida para negar la participación activa del indagado y de su defensor en las audiencias preliminares, cuando las medidas de injerencia se practican en la etapa de indagación.

Con esta argumentación, la Corte da un paso trascendental frente a la estructura del proceso que incide en la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías, pues se afirma que la participación del implicado o su defensor en las audiencias preliminares de control posterior, pretenden asegurarles el ejercicio de su derecho a la defensa, de tal forma que por esta vía se puede impedir la imputación por parte del Juez/la Jueza de Control de Garantías, cuando el sustento material de la misma esté viciado por la recolección probatoria excluida. La decisión dice al respecto:

Nadie más interesado que el propio indagado en ser oído, en tener la oportunidad de demostrar, desde el inicio de la actuación penal, que

no debe ser imputado de los delitos que se investigan, por lo menos a partir de la validez de la evidencia que hasta ese momento se ha recaudado, y ello sólo es posible cuando se le asegura la asistencia a la audiencia de control de legalidad sobre las diligencias practicadas en la etapa de indagación. No puede perderse de vista que tales diligencias constituyen material probatorio o evidencia física que puede ser utilizadas en contra del investigado para iniciar formalmente el proceso y definir su vinculación al mismo en calidad de imputado.

La decisión se refiere a puntos neurálgicos de la función de garantías, y dispone una solución básica que le permite al operador judicial, hacer efectiva con tranquilidad, la exigencia del artículo 288 del CPP en cuanto se refiere a la fuente de imputación, esto es, que la prueba excluida en audiencias preliminares, no puede permitir imputación.

c) El Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene competencia para controlar el principio de legalidad en tutela del derecho de las víctimas. Sentencia C-209 de 2007.

Como se informó anteriormente, la Corte Constitucional les ha dado un amplio despliegue a los derechos de las víctimas, y ha concretado la participación de las mismas en el proceso penal, de tal forma que hoy se puede considerar a la víctima, como un sujeto procesal perfectamente interesado en los resultados del litigio.

Frente a las competencias de archivo, establecidas en el artículo 79 del CPP, en la sentencia C-1154 de 2005, la Corte interpretó la noción de “motivos o circunstancias fácticas para caracterizar un delito” bajo el concepto de tipicidad objetiva, y para efectos del control de esta facultad de la Fiscalía, obligó al Fiscal a motivar y comunicar al denunciante y al Ministerio Público, para ejercer sus derechos y funciones. En igual sentido, en la sentencia C-1177 de 2005, la Corte dispuso comunicar a las víctimas o denunciantes, en el evento de inadmisión de denuncias o demandas, cuando éstas carezcan de fundamento. Y para completar este cuadro, en la sentencia C-209 de 2007, contempla la posibilidad de que la víctima pueda acudir al juez de garantías. Dice la decisión:

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

d) El Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene competencia para examinar formal y materialmente tanto la orden como la actuación en una sola audiencia para las injerencias con control posterior (CSJ sentencia 28535 del 9 de abril de 2008).

La interpretación de las normas relativas a injerencias en derechos fundamentales que tienen control posterior, sugerían una competencia del juez de garantías, limitada a la ejecución material y los hallazgos. El artículo originario 237 del CPP no tenía referencia al control de la orden, pero se entendía que la hermenéutica constitucional al hablar de un control material y formal, le permitía esta facultad al juez/la jueza.

El nuevo artículo 237 de la Ley 1142 de 2007, soluciona la problemática planteada, lo cual a su vez le ha permitido a la Corte, definir la extensión del control posterior en los siguientes términos:

Recapitulando, se tiene entonces lo siguiente: (i) que la audiencia de control de legalidad posterior a registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones e información dejada de navegar por Internet u otros medios similares, es una sola, (ii) que el control comprende la revisión de la legalidad formal y material de la orden, y en general de la actuación cumplida, incluido el procedimiento adelantado y la recolección de

elementos, y (iii) que la diligencia debe realizarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de la orden.

En relación con el momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de las veinticuatro (24) horas, se ha sostenido generosamente por algunos intérpretes que debe serlo a partir del momento de la presentación del informe al fiscal por parte de las unidades policiales que intervinieron en el procedimiento, en el entendido de que el querer del legislador cuando dispuso la reducción del término, fue que a las 24 horas se sumaran las doce (12) de que dispone la policía para la presentación del informe, para un total de treinta y seis (36).

*La Corte no participa de esta interpretación. El propio artículo 237, antes y después de la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, es claro en ordenar que la comparecencia del fiscal ante el juez de garantías para que realice la audiencia de legalidad sobre lo actuado debe hacerse **dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes**, expresión que no admite discusiones en torno a que el cómputo debe hacerse a partir de la terminación de la diligencia.*

- e) El Juez/la Jueza de Control de Garantías no tiene competencia para manifestarse sobre la legalidad de los elementos materiales de prueba recogidos por la Fiscalía en actos de investigación que no generen injerencia en derechos fundamentales (CSJ sentencia 26310 del 16 de mayo de 2007).**

Se trata de una de las decisiones que mayor controversia ha causado, debido a las implicaciones que tiene para el proceso penal, permitir que elementos maculados por violación del debido proceso y que deberían ser excluidos, sean capaces de surtir efectos jurídicos adversos al imputado. En efecto, la Corte Suprema reconoce que el juez de garantías se ha instituido como el primer garante de la protección de derechos de quienes intervienen en el proceso penal. Pero esta actuación se rige por las cláusulas de competencia establecidas en la ley, de tal forma que el Control de Garantías con facultad de exclusión, opera únicamente en el control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e

interceptación de comunicaciones o recuperación de información computarizada por Internet. Dice al respecto la Corte Suprema: "Por consecuencia, el Juez/la Jueza de Control de Garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del Juez/la Jueza de Control de Garantías".

La sala penal toma en este caso, un modelo de competencia restringida con consecuencias graves para el debido proceso, pues si bien la Corte trata el problema de la recolección probatoria en los casos que no son de injerencia directa en derechos fundamentales, difiriendo su control y exclusión para la audiencia preparatoria, es claro que la actividad de investigación de la Fiscalía en la cual se recolecten elementos materiales probatorios, debería tener un control amplio durante todo el proceso. De lo contrario, se le permitiría a la persecución penal que aduzca elementos probatorios maculados para que surtan efectos jurídicos frente a derechos fundamentales tan caros como la libertad. Así por ejemplo: si se incauta un arma de fuego en el procedimiento de captura que resulta viciado por la utilización ilegal de la fuerza policial para llegar al artefacto, se tendría como resultado que la captura es ilegal, pero el arma decomisada sólo puede ser excluida hasta la audiencia preparatoria. En el interregno, es factible imputar, solicitar medida de aseguramiento y acusar con un elemento probatorio maculado.

Así, es obvio que el artículo 29 de la Constitución resulta aminorado en sus consecuencias, si se predica la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso.

La Corte parte de una interpretación sistemática entre los artículos 153, 154 y 276 del CPP. De dicha lectura, se infiere que el Juez/la Jueza de Control de Garantías no tiene facultades de exclusión en una audiencia especial en donde se examine la legalidad de elementos materiales probatorios que surjan de la actividad de investigación de la Fiscalía, pero si se observa bien, a esta apreciación de la sala penal se le puede censurar que la imputación, la imposición de medida de aseguramiento y la acusación deben

tener como fuente, evidencia física o información *legalmente obtenida* (artículos 287, 308 y 336). De tal manera, que el Juez/la Jueza de Control de Garantías tendría facultad para controlar las fuentes de imputación y medida de aseguramiento frente a lo actuado por la Fiscalía, y permitiría la exclusión.

Aseverando lo anterior, se puede afirmar que el Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene claras facultades de valoración probatoria en la etapa de investigación y con referencia especial a las injerencias en derechos fundamentales. Desde este punto de vista, la jurisprudencia insiste en:

... el juez de garantías cumple una función protagónica en cuanto su actuación está encaminada a preservar la integridad de los derechos y garantías fundamentales, frente a la actividad que desarrolla la Fiscalía en orden a demostrar la ocurrencia del hecho penal relevante y la responsabilidad del investigado, de manera que aquellos no sean soslayados, esto a pesar de que el inicio de la indagación, por sí mismo, comporta una típica deflación de la presunción de inocencia.

El cumplimiento de su labor implica un conocimiento amortiguado de los elementos probatorios o evidencia física que la Fiscalía revela en lo conveniente para sustentar las solicitudes por medio de las cuales gestiona la afectación de las garantías fundamentales del investigado, v.gr., el derecho a la libertad, incluyendo por lo tanto la valoración de aquellos para poder hacer el juicio de ponderación respectivo en la afectación de las garantías fundamentales (CSJ sentencia 30930 del 10 de diciembre de 2008).

f) Cualquier Juez/la Jueza de Control de Garantías es competente a prevención, cuando se trate de la protección del derecho a la libertad y eventualmente a la imputación y medida de aseguramiento (CSJ sentencia 29904 del 12 de junio de 2008).

Para la Corte Suprema, el Juez/la Jueza de Control de Garantías no desarrolla una función de trámite o impulso procesal, lo cual es correcto desde las apreciaciones de orden constitucional que regentan la función. Y en efecto, la función primordial del juez de garantías se cifra en la

protección de los derechos fundamentales de los asociados. No obstante, esta valoración de la función no es absoluta, pues la intervención del juez de garantías en la investigación penal, coadyuva al trámite procesal, por ejemplo: en el caso de la audiencia de imputación.

En este caso, la Corte interpreta restrictivamente el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, respecto del fenómeno de la definición de competencia, entendiendo que la norma se aplica únicamente respecto de la diligencia de formulación de imputación.

Para el caso de protección de derechos, la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías es amplia y no se sujeta a límites territoriales, pues lo determinante es su intervención inmediata para decidir sobre valores tan esenciales como la libertad. Para referirse a este aspecto, la jurisprudencia establece:

... aunque no se discute que al juez no le es dado invadir órbitas de competencia ajena, dígase trasladándose a sitio geográfico distinto a aquel donde le fue asignada la función, ello no significa que hallándose en la sede, no pueda resolver cuestiones propias de su atribución funcional, independientemente de su origen, cuando, precisamente, a él se acude por corresponder al funcionario disponible para atender la protección urgente o inmediata del derecho.

Ahora bien, el criterio general que acoge la jurisprudencia, implica que el Juez/la Jueza de Control de Garantías no puede negarse a conocer sobre la legalización de captura invocada por el fiscal, aún si ésta se produce por fuera del territorio de su competencia.

Lo adecuado es, acorde con todo lo expresado en precedencia, que el Juez/la Jueza de Control de Garantías, dada la urgencia, naturaleza y efectos de la diligencia, aborde sin discusiones el tópico de la legalización de captura, decidiendo acerca de la legalidad o ilegalidad de la aprehensión de la persona que se pone a su disposición.

Y, si se solicita la audiencia de formulación de imputación y el funcionario se estima incompetente por el factor territorial o es controvertida por las

partes esa competencia, allí sí puede acudir a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, sin que ello implique menoscabo para los derechos de las partes, asumiéndose claro que cualquier decisión atinente a la libertad le corresponde al Juez/la Jueza de Control de Garantías y no al fiscal, dado que el indiciado ya se halla bajo la férula de protección judicial –si no se ordenó su libertad en la audiencia anterior, por estimarse ilegal la aprehensión– y tomando en consideración que la decisión del superior debe producirse en el término improrrogable de tres días.

Para esos efectos de competencia en torno de la audiencia de formulación de imputación, debe precisar la Sala, el Juez/la Jueza de Control de Garantías ha de tomar en consideración lo establecido en el inciso cuarto del artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 3º de la Ley 1142 de 2007, en cuanto dispone que si una vez legalizada la captura, el fiscal solicita formular imputación, aplicar medida de aseguramiento o cualquier otro tipo de diligencia dentro del mismo asunto, ‘se aplicará la misma regla del inciso anterior’, vale decir, tomará en consideración las circunstancias de urgencia o seguridad que facultan acudir a un funcionario asentado en territorio distinto a aquel donde ocurrieron los hechos, dentro de la interpretación extensiva, con arraigo constitucional, que la Corte hace de ese inciso tercero.

g) El Juez/la Jueza de Control de Garantías no tiene competencia para improbar el acto procesal de imputación (CSJ sentencia T 44103 del 22 de septiembre de 2009).

Una decisión reciente y controvertida por lo que significa la limitación de la competencia del juez de garantías, no admite como función de control que se impruebe la imputación. Como se ha sostenido por la doctrina, el principio acusatorio se fundamenta en el brocardo *nemo iudex sine actore*, el cual fundamenta la división de funciones entre el fiscal y el juez. Desde este punto de vista, resulta claro que el juez no posee alguna competencia en cuanto hace al ejercicio de la acción penal que se asume como función privativa de la Fiscalía. Si la imputación es parte del ejercicio de la acción penal, es obvio que los jueces no tienen alguna función frente a esta actuación. No obstante, el problema que sugiere la estructura procesal penal colombiana hace confluir en el Juez/la Jueza de Control de Garantías, este

acto de impulsión procesal con su función constitucional de control de las injerencias de la Fiscalía y por supuesto, en el acto de imputación, pueden estar en juego varios derechos fundamentales. Por lo tanto, la solución de improbar resultaba adecuada, por ejemplo: cuando el Juez/la Jueza de Control de Garantías asumía que el fundamento de la imputación correspondía a prueba ilícita o información ilegalmente obtenida.

Con la decisión de la Corte Suprema, el Juez/la Jueza de Control de Garantías queda demasiado restringido en su función de proteger los derechos fundamentales en la formulación de imputación, pues la Corte únicamente observa la arista de impulsión sin preocuparse por la arista de protección de los derechos en juego. Las consecuencias que se desprenden de esta opción, determinan que el juez/la jueza de garantías controla únicamente el acto de comunicación, entendiendo que éste se reputa claro desde el punto de vista fáctico como jurídico. Por lo tanto, las discusiones sobre el fundamento de prueba para imputar, la inferencia razonable realizada por el Fiscal sobre la autoría y participación y el soporte estrictamente legal que requiere el discernimiento de la calidad de imputado, no quedan comprendidos en el ejercicio funcional del Control de Garantías.

La Corte entiende que la imputación es un acto de parte, lo cual es correcto desde el punto de vista de la estructura de la audiencia, pero no desde el punto de vista de la teoría de los actos procesales, pues este acto *ex parte* no puede entenderse como acto de postulación del fiscal para impulsar la acción penal, sino como un acto de formalización que implica la garantía de jurisdicción, debido a que el propio fundamento legal de imputación contempla la posibilidad de injerencias en derechos fundamentales.

Para más claridad, se citan las palabras de la Corte a este respecto:

Frente a esta situación e intentando definir los alcances del Juez/la Jueza de Control de Garantías frente a la formulación de imputación ha manifestado la Corte que¹:

De otra parte, la Corte encuentra oportuno referirse a la mala práctica judicial adelantada por jueces de Control de Garantías (de

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Auto del 16 de abril de 2009 dentro del radicado 31115.

Magistrados para el caso apelado), relativa a la aprobación o improbación que hacen de la imputación, cuando la misma está llamada a ser un acto de parte, de comunicación al imputado, cuya legalidad está controlada por el juez, sin que sus atribuciones se extiendan a la posibilidad de aprobarla o improbarla; lo cual no excluye que el juez por iniciativa propia pida a la Fiscalía que precise, aclare o explique elementos constitutivos de la imputación, contenidos en el artículo 288 de la Ley 906 de 2004, especialmente en la relación de los hechos jurídicamente relevantes.

De suerte que para el Juez/la Jueza de Control de Garantías, como servidor público que es, no se encuentra norma alguna que lo comine o lo autorice a aprobar o improbar la imputación, precisamente porque nuestro sistema jurídico concibe tal actividad como un acto de parte, y como tal, no existiendo la posibilidad de decidir sobre su aprobación o improbación, menos podría afirmarse que tal decisión pudiera ser impugnada, como equivocadamente lo entiende el a quo.

Y no podría ser de otra manera al confrontarse la situación que se generaría con la eventual improbación de la imputación, en relación con sus consecuencias: en primer término respecto del titular de la acción penal –artículo 250 de la Constitución Política-, puesto que dejaría en vilo su ejercicio, condicionándolo a su propia apreciación, aunado a que la no aprobación carece de efectos sobre la interrupción de la prescripción (lo cual quedaría por fuera del control de la Fiscalía); y, en segundo lugar, dejaría seriamente agrietadas las bases de la estructura acusatoria fundamentada en el enfrentamiento de partes mediado por un juez imparcial, por cuanto dicho funcionario tendría su propia teoría del caso, la cual impondría a una de las partes por medio de la improbación en desprecio, desde luego, de la posición sustentada por la Fiscalía.

Por lo demás, en el caso de imputación y terminaciones anticipadas, nos remitimos al capítulo correspondiente.

Ap Ae

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Con base en la jurisprudencia, trace el cuadro completo de la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías en cada etapa del proceso penal.

AUTOEVALUACIÓN

Fernando y Juan embarcan en un camión de estaca, 500 bultos de cocaína en Bogotá con destino a Tumaco, en bolsas de Harina Blanca de maíz. Un retén de la policía en las afueras de Popayán, descubre el cargamento pero además, encuentra que se han prefabricado los documentos del camión y la cédula de uno de los trasportadores que se identifica como Pedro. La Policía decide comunicar a la Fiscalía de Nariño, debido a que los transportadores informaron sobre el receptor de la mercancía en Pasto, y trasladan los transportadores hasta Pasto junto con el hallazgo. El Fiscal del caso solicita imputación y orden de captura contra el receptor en la capital de Nariño. El camión y la mercancía se quedan en Popayán.

Preguntas:

1. Puede el Juez/la Jueza de Control de Garantías aducir incompetencia por factor territorial para legalizar la captura?
2. ¿Puede el Juez/la Jueza de Control de Garantías negarse a expedir la orden de captura debido a que se interrogó ilegalmente a los transportadores en Popayán?
3. ¿Puede el Juez/la Jueza de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento sin que llegue el informe sobre la calidad de la sustancia en Popayán?
4. ¿Puede el Juez/la Jueza de Control de Garantías negarse a imputar con fundamento en que no existe control de legalidad sobre el elemento material probatorio en Popayán?

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

C-979 de 2005.

C-396 de 2007.

C- 025 de 2009.

C- 209 de 2009.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

CSJ Rad. 26310 de 2007.

CSJ. Rad 28535 de 2008.

CSJ. Rad 30930 de 2008.

CSJ. Rad 29904 de 008.

CSJ. T- Rad 44103 de 2009.

B

BIBLIOGRAFÍA

BERTOLINO, PEDRO. *El juez de garantías*. Depalma. Buenos Aires, 2000.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. *Garantismo y Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 2006.

RENEDO ARENAL, MARÍA AMPARO. *Problemas del imputado en el proceso penal*. México, 2007.

Unidad 2

CONTROL DE GARANTÍAS EN LA AUDIENCIA DE IMPUTACIÓN Y TERMINACIÓN ANTICIPADA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

El y la discente deben asumir la relación que existe entre imputación y terminación anticipada de allanamiento a cargos en la primera atribución de responsabilidad que hace la Fiscalía. A estos efectos, se propone un modelo de control básico que incluye, no sólo las variables de comunicación sino también, las del debido proceso por parte del Juez y la Jueza de Control de Garantías para resguardar los derechos del allanado.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- El y la discente deben comprender el contenido de los requisitos de la imputación y su aplicación en el control pertinente.
- El y la discente reconocerán las discusiones teóricas fundamentales acerca de la imputación y las acepciones jurisprudenciales que se han tomado para estimar cumplidos los requisitos.
- El y la discente relacionarán los fundamentos de la imputación y la forma correcta de definir un allanamiento a la imputación.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más polémicos del nuevo proceso penal, es el correspondiente a la audiencia de imputación. Se sabe que éste es uno de los eventos frente a los cuales el juez/la jueza de Garantías actúa como impulsor del proceso, toda vez que la normativa exige que el acto material de imputar lo realice la Fiscalía General de la Nación ante el funcionario judicial de Control de Garantías. Pero justamente, como acto base del desarrollo posterior del proceso penal, cobra importancia la figura del Juez/la Jueza de Control de Garantías que a efectos de interpretación, requiere de unas proyecciones en las cuales efectivamente se observe su arista de protección de los derechos fundamentales en la etapa de investigación penal.

El problema se plantea de la siguiente manera: si la imputación, en cuanto parte vertebral del proceso penal corresponde a una decisión autónoma de la Fiscalía, con la cual pretende comunicar a un investigado que el órgano de persecución penal tiene indicios suficientes y razonables de su autoría o participación en la comisión de un delito, ¿cómo se debe asumir este trámite por cuenta del Juez/la Jueza de Control de Garantías? ¿Es un mero acto de comunicación que no afecta los derechos fundamentales del investigado? ¿Se trata de un acto de formalización de la investigación penal? ¿Corresponde a una actuación que le permite a la defensa iniciar su ejercicio en toda su extensión? ¿Es un momento procesal apto para culminar anticipadamente el proceso penal por la aceptación de los cargos, dada la suficiencia de evidencia en poder de la Fiscalía? Todas estas preguntas han tenido discusión teoricopráctica que discutiremos a continuación.

La noción de imputación ha constituido para el derecho penal, el problema fundamental de toda su temática. Los fundamentos de cualquier teoría del delito necesariamente pasan por un concepto claro de lo que significa la imputación, por lo tanto, éste no es problema de poca monta para el proceso penal, pues un proceso penal de un Estado de Derecho como el que predica la Constitución colombiana, no puede concebirse como un conjunto de formalidades meramente instrumentales para la imposición de una pena. En otras palabras, la noción de imputación *del* derecho penal no puede resultar ajena a la noción de imputación *en el* proceso penal. Esta conclusión salta a la vista a partir de varias normas rectoras

del Código de procedimiento, particularmente el artículo 5 que establece que en la función de garantías, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad, la verdad y la justicia, y el inciso 1 del artículo 10 que reitera el contenido constitucional dentro de la actuación procesal penal de la prevalencia del derecho sustancial.

La noción de imputación en el derecho penal por lo general, atiende a una relación causal entre la acción o la omisión de un autor y la producción de un resultado jurídicamente relevante. Lógicamente, esta noción ha sido ampliamente tratada en el derecho penal y, como lo dicen varios autores, el concepto de imputación desde el punto de vista causal hoy tiene serios reparos, pues la causalidad es tan sólo uno de los componentes de la imputación. De ahí han surgido teorías tan importantes como la noción de “condición” (teoría de la equivalencia) o la misma “imputación objetiva”. No atañe a nuestro estudio la validez o crítica dogmática de estos institutos, pues la determinación de la responsabilidad penal justificada por estos supuestos, corresponde a una labor que debe realizar en toda su extensión, el Juez/la Jueza de Conocimiento. Pero sí interesa mostrar que hay un fundamento constitucional y legal que no puede soslayarse en la función de Control de Garantías. En efecto, la imputación ha sido punto de análisis en varias sentencias de nuestra Corte Constitucional, que arrojan como resultado varias directrices, a saber:

1. La formulación constitucional del derecho punitivo nos inscribe en un derecho penal de acto, no de autor (sentencia C- 239 de 1997). Para el proceso penal, esto significa que en nuestro medio no son de recibo las imputaciones que se basen en antecedentes personales del individuo investigado ni en consideraciones subjetivas o conjecturas del Fiscal. Un derecho penal de acto, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional, interpretando el artículo 29 de la Carta, obliga al Fiscal a cualificar una noción como la de “imputación fáctica”, en el sentido de atribuir hechos con entidad suficiente para acreditar responsabilidad penal. Desde este punto de vista, serían inaceptables para el proceso penal, las imputaciones arbitrarias o aquellas que son incapaces de establecer la relación entre el posible autor imputado y el hecho. Por ejemplo: la mera presencia de un individuo en una escena del delito sin consideración a la evidencia física recogida en la misma, no puede fundamentar una imputación.

2. Las imputaciones deben tener su fundamento en un resultado lesivo (sentencia C-070 de 1996). En efecto, la propia justificación de que existe un derecho penal adecuado a la noción de Estado de Derecho, impone a los operadores de la administración de justicia penal un criterio en el cual se descarta lo que dogmáticamente se conoce como "desvalor de acción". En este sentido, la construcción de la imputación como problema del derecho procesal penal adquiere relevancia en campos como el de la tentativa, esto es, que no se podrá imputar la simple intención de causar un daño, sin que se tenga apreciación de la iniciación de actos para una consumación posterior.
3. La imputación consiste en una atribución de hechos que deben guardar relevancia jurídica, de tal manera que la Fiscalía y el Juez/la Jueza de Garantías no pueden olvidar que las categorías fundamentales del derecho penal, esto es, tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad no responden únicamente a la labor que debe realizar un Juez/una Jueza de Conocimiento cuando define la responsabilidad penal, pues la Corte Constitucional las considera como parte integrante del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que en la construcción de un derecho penal de culpa, la investigación penal no puede desprenderse de estos supuestos, en el entendido de que es al juez/la jueza al/la cual le corresponde esa labor. Por el contrario, lo que ha pretendido la Corte Constitucional al realizar las categorías dogmáticas de la teoría del delito, es evitar investigaciones arbitrarías o caprichosas. A este respecto, cabe anotar que la sentencia C 425 de 1997 deja explícito que lo que se valora es la conducta externa, al afirmar: *"la responsabilidad penal se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad... el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo"*.

Con estas formulaciones provenientes de la interpretación constitucional, veamos la noción legal de imputación. Desde el punto de vista del derecho sustantivo, el artículo 9 del Código Penal establece: "para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La

causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado". Como ya lo anotamos, este artículo se presenta como guía de investigación penal, en la medida en que un acto de imputación de conformidad con la interpretación constitucional hace parte del debido proceso. Así, se entiende que ese acto de imputación tiene toda la relevancia del caso en el marco de la dogmática penal, pero también tiene una relevancia marcada para efectos de definir la hipótesis acusatoria en el campo del proceso.

2.1 IMPUTACIÓN COMO ACTO DE COMUNICACIÓN

Ahora bien, el artículo 286 establece para los efectos del proceso penal, lo que significa imputación, esto es, un acto mediante el cual la Fiscalía comunica a una persona su calidad de imputado ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías. Desafortunadamente, esta disposición es tautológica y la única exégesis que permite es la que se trata de un acto de comunicación. ¿Qué se comunica? Que la Fiscalía General tiene formalmente indicios razonables sobre la autoría del imputado en la comisión de un delito.

Si quisiéramos profundizar en consideraciones de orden exegético, diríamos que la tautología establecida en el artículo 286, autoriza a hablar de una imputación en sentido lato, esto es, atribuir a una persona determinada participación criminal en unos hechos concretos que presentan la característica de un delito². Doctrinalmente hablando, esta apreciación implica una doble concreción, subjetiva y objetiva, valga decir, se circumscribe el objeto de la acusación y la persona que va a ser formalmente acusada.

Pero aún así, la doctrina ha recalcado que no importa mucho la definición legal de imputación como sí, su contenido³. En efecto, la percepción de la imputación procesal como un mero acto de comunicación tiene una importancia determinante cuando se observa el contenido de la información que se transmite al investigado, de tal manera que la imputación como mera comunicación en el proceso penal, está llamada a actuar como

² MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1999.

³ RENEDO ARENAL, María Amparo. *Problemas del imputado en el proceso penal*. Editorial Universitarias Ramón Areces, México, 2007.

una garantía en un doble sentido: por una parte, asegura la posibilidad de ejercer los actos de defensa y de participación del imputado y por la otra, delimita el objeto del proceso, constituyendo un límite contra una *inquisitio generalis*.

En cuanto al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, debe resultar claro que la información transmitida cumple con el objetivo de permitir el planteamiento de una estrategia de descargo o el sometimiento definitivo del imputado para aminorar las consecuencias legales que acarrea la responsabilidad penal. En cuanto a la delimitación del objeto del proceso, se entiende que la imputación es una precondición para la práctica de la actividad jurisdiccional posterior y por lo tanto, la eficacia del proceso penal depende de este primer acto. En tal sentido, la imputación debe ser fundamental para la acusación, para la solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria, para la exposición de la teoría del caso y obviamente, para todas las discusiones relacionadas con la congruencia.

Por lo tanto, la imputación como acto procesal de comunicación debe cumplir un requisito de contenido fundamental, esto es, debe transmitirse una información exhaustiva, clara e inteligible. La exégesis europea que sigue los dictados del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, equipara en su aspecto formal, la imputación como acto de primera atribución de responsabilidad penal con la acusación en un sentido funcional. Si bien la primera tiene un carácter meramente provisional y de indeterminación que caracteriza la iniciación del proceso penal, y la segunda, un acto absolutamente formalizado para proceder a un juicio, lo cierto es que la información transmitida en la imputación, debe guardar las condiciones de claridad e inteligibilidad de la acusación para efectos de configurar en pleno el derecho de defensa.

Estos aspectos han sido reconocidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que en sentencia 26878 del 1º de noviembre de 2007, afirmó:

La formulación de imputación es en esencia “un acto de comunicación” de la Fiscalía a una(s) persona(s) en relación con la sospecha que existe de que un(os) hecho(s) jurídicamente relevante(s) –delitos- es susceptible de atribuirse como obra suya (Artículos 286 y 287 del C. de P.P.)

En virtud de ese acto formal de comunicación que se desarrolla en audiencia pública ante un Juez/la Jueza de Control de Garantías (art. 286), el sujeto adquiere la condición de parte en el proceso penal – Imputado. (Art. 126 ib.).

La formulación de la imputación es el primer “escalón” en el proceso de perfeccionamiento de la imputación (fáctico – jurídica) que se funda a partir de evidencias físicas o de información legalmente obtenida, que le permite a la Fiscalía “inferir razonablemente” que el imputado es autor o participe del delito. (Art. 287 ib.)

Con esos elementos, y nada más, es procesalmente posible a la Fiscalía **imputar** la(s) conducta(s) ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías (Conc. Artículos 153, 154 – 6, 287, 288). Imputar significa *hacer responsable, atribuir, inculpar, incriminar, señalar, tildar, estampillar, cargar, culpar... etc.*; cuando el acto de atribución se cumple con las ritualidades y garantías previstas en la Ley (Título III del C. de P.P.) y en un marco fáctico jurídico realmente aproximado a la(s) conducta(s) que se investiga, ello debe marcar definitivamente la actividad defensiva, pues el imputado (principalmente) y su defensor sabrán dimensionar qué tan lejos está la Fiscalía de perfeccionar o no la investigación penal.

2.2 IMPUTACIÓN COMO ACTO DE FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Esta acepción de la imputación, se da teniendo en cuenta que la investigación penal permite otros eventos de atribución de responsabilidad como por ejemplo: la denuncia, la querella o incluso, los actos de investigación que representan injerencias en derechos fundamentales. Estas atribuciones se conocen en la doctrina, como formas de imputación implícita o difusa, y tienen la característica de que al ser efectuadas contra una persona determinada, permiten activar el derecho de defensa, bien sea recurriendo a la Fiscalía para aportar material de descargo o ejerciendo la facultad de investigación por parte de la defensa.

La noción de formalización de la investigación también ha sido asumida por la jurisprudencia, la cual reconoce en sentencia 29904 CSJ del 12 de junio de 2008 que:

Ahora bien, no soslaya la Corte, que en un solo caso el Juez/la Jueza de Control de Garantías desarrolla no una labor tuitiva de derechos, sino la tarea fundamental de impulso procesal, y ello ocurre precisamente en la audiencia de formulación de imputación, pues, sin su intermediación no es posible abrir formalmente el proceso penal a través de la comunicación que el fiscal hace al procesado, acerca de la investigación que se le adelanta por una determinada conducta punible.

Desde luego que esa formulación de imputación tiene una connotación procesal innegable, dentro del principio antecedente consecuente, pues, sin ella no es posible, en primer lugar, hablar del inicio formalizado del proceso, y en segundo término, facultar la posibilidad de formular acusación al imputado, si se trata de la vía ordinaria, o permitir la terminación extraordinaria por el camino del allanamiento a cargos o los acuerdos entre las partes.

Debe, por consecuencia de lo anotado, distinguirse cuándo el Juez/la Jueza de Control de Garantías actúa, como ocurre en la gran mayoría de los casos, en protección de derechos, de aquella circunstancia singular en la que se le atribuye la tarea de impulsar el proceso –aunque, desde luego, como ocurre con todos los funcionarios judiciales, haya de propugnar siempre por el respeto de los derechos y garantías de los intervenientes-, dado que ello redunda necesariamente en la definición de competencia.

2.3 IMPUTACIÓN COMO ACTO DE VINCULACIÓN

La imputación como acto de vinculación también está reconocido por la doctrina como una forma que garantiza el derecho de defensa, en tanto la persona imputada se sabe investigada penalmente. En nuestro medio, el artículo 126 del ordenamiento procesal lo reconoce así, de tal manera que la forma escogida para que se reconozca la calificación de parte en el proceso y en consecuencia, la extensión de la noción de sujeto procesal es la imputación o en su defecto, la declaración de persona ausente.

2.4 CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN Y LABOR DE CONTROL DEL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS

Como se afirmó anteriormente, no importa tanto la definición del acto procesal de imputación como su contenido. Por lo tanto, la construcción de la labor del Juez/la Jueza de Control de Garantías debe partir del control de dicho contenido y de la forma como se transmite la comunicación, teniendo en cuenta las disposiciones del ordenamiento procesal que resulten pertinentes de la siguiente forma:

El artículo 288 del CPP establece el contenido al cual está sujeta la formulación de una imputación, de tal forma que la expresión de imputación en sentido lato, como la hemos anotado o simplemente, como acto de comunicación desde el punto de vista legal, condiciona la actividad de la Fiscalía ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías. En cualquier caso, se anota que el juez tendría claras facultades para exigir al fiscal que cumpla los requisitos básicos de contenido en protección del debido proceso, de tal manera que si éstos no se estiman cumplidos, sería factible decretar la nulidad como remedio judicial frente a la vulneración de garantías por parte de la persecución penal. Desafortunadamente, las últimas decisiones de la Corte no permiten este recurso a propósito de la lectura de la sentencia de Tutela 44103 del 9 de septiembre de 2009.

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, datos de identificación y domicilio de citaciones. Esta norma se debe interpretar con la exigencia impuesta a la Fiscalía en el artículo 128 del ordenamiento procesal, según la cual es obligación verificar la correcta identificación o individualización del imputado a efecto de prevenir errores judiciales.

Nada se opone a que el Juez/la Jueza de Control de Garantías exija a la Fiscalía, los elementos de individualización, como quiera que a partir de la imputación se está definiendo un extremo de la relación jurídico procesal. Por lo tanto, si se quiere mantener el debido proceso en la acepción de que el sujeto procesal corresponda verdaderamente a quien se le atribuye el hecho, el Juez/la Jueza de Control de Garantías se puede manifestar sobre este particular. La jurisprudencia reconoce este aspecto en la sentencia 28935 del 1º de julio de 2009.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.

Este es uno de los requisitos sobre los cuales la jurisprudencia ha tenido manifestación concreta, pues frente al derecho de información que le corresponde a todo imputado, los hechos por los cuales se le hace esta primera atribución de responsabilidad, deben ser claros. La disposición se interpreta, teniendo en cuenta que el artículo 287 habla de una imputación fáctica. Al respecto la línea jurisprudencial reafirma que el contenido de la imputación es fáctico jurídico. Así, la Sala Penal de la Corte en su sentencia 29904 del 12 de junio de 2008, establece:

Resta señalar que de entender restringida la imputación en la acusación al plano fáctico, ello implicaría plantear sin ningún sustento racional o lógico que la que se exige durante la audiencia de formulación de la imputación, no obstante corresponder al estadio inicial del proceso penal, resultaría más exigente que la contenida en la acusación a pesar, incluso, de que esta última surge como delimitadora de los extremos de la relación jurídica objeto de debate en el juicio oral y de definición en el respectivo fallo. En este punto bien está recordar que, en cuanto a la primera, ya la Sala ha sostenido y reiterado, con el fin de preservar suficiente y plenamente las garantías fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa, que debe ser también jurídica, en pronunciamientos que hoy se reiteran en la medida en que no se encuentra razón alguna para su variación.

En segundo lugar, la relación entre imputación y sustento probatorio se ha interpretado por la jurisprudencia en un sentido restringido que resta eficacia al derecho de defensa, si se sigue la letra de la norma, esto es, que la Fiscalía no está obligada a revelar el sustento probatorio de su imputación, a menos que como acto seguido se requiera la imposición de una medida de detención preventiva. La Corte Suprema de Justicia en sentencia 27108 del 3 de mayo de 2007, dice al respecto:

Y precisamente, el soporte de las postulaciones que haga el fiscal en las audiencias preliminares –cuyo objeto, es necesario precisar, no

remite a ningún tipo de discusión acerca de la responsabilidad penal del indiciado o imputado-, son esos elementos materiales probatorios, evidencia física o informes, y no la presentación de testigos para que dentro de las diligencias, con la técnica probatoria propia del juicio oral, viertan allí su testimonio, entre otras razones, porque la sistemática acusatoria demanda que el fiscal, cuando acuda ante el Juez de Control de Garantías para hacer las solicitudes correspondientes, ya cuente con esos elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que soportan lo pretendido, dado que no es la audiencia preliminar, el escenario propio para hacerse a ellos.

Ello no significa, desde luego, que los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes, no puedan ser controvertidos por la contraparte, o sometidos a ratificación por el Juez de Control de Garantías.

Debe recordarse, respecto de lo tratado, que ya la Corte Constitucional⁴ se pronunció acerca de la omisión de la fiscalía en descubrir, dentro de esta diligencia, los elementos de juicio recopilados, decreto exequible la norma, bajo el entendido de que ello no atenta contra el derecho de defensa o su correlato de contradicción, ni verifica alguna limitación para que el imputado pueda allanarse a cargos, ya que la etapa investigativa de la fiscalía es preparatoria para el juicio, la obligación de descubrimiento sólo opera concreta a partir de la formulación de acusación y no puede hablarse de ocultamiento de pruebas, cuando es lo cierto que por estas sólo se asumen las practicadas en el juicio.

Si tenemos en cuenta que la jurisprudencia excusa a la Fiscalía del deber de soportar su imputación en un plano probatorio, es necesario interpretar las palabras de la jurisprudencia cuando afirma que “ello no significa, desde luego, que los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes, no puedan ser controvertidos por la contraparte, o sometidos a ratificación por el Juez/la Jueza de Control de Garantías”. Desde nuestro punto de vista, esto significa que si bien en la audiencia de imputación no hay lugar propiamente a una práctica de prueba, sí es posible que ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías se pueda ejercer el derecho de

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sentencia C-1260 de 2005.*

contradicción sobre los soportes de evidencia que aduce la Fiscalía para imputar y por lo tanto, la labor del juez/la jueza se puede extender a la solicitud al fiscal para que enuncie esos soportes, los exponga en relación con los hechos que imputa y en la misma medida, cualifique la imputación facticojurídica para el pleno ejercicio de la defensa.

Por último, la jurisprudencia reciente varía la acepción anterior y ha recalado que la imputación debe tener un contenido trascendente desde el punto de vista penal y por lo tanto, los soportes probatorios legales son determinantes en la valoración del Fiscal sobre el tipo y la autoría imputada. En la sentencia 29221 del 2 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia, afirma a este respecto:

En efecto: cuando las atribuciones se realizan como simples señalamientos de autoría objetiva o de participación objetiva, y cuando conforme a las mismas se sustentan actos de formulación de la imputación, imposición de medida de aseguramiento o acusación, con la correlativa consecuencia de la privación de la libertad, lo que en últimas se hace es contrariar lo establecido en los artículos 9 y 12 de nuestro Código Penal.

Si conforme a los principios en cita se regula que “*la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado*”, y se consagra el postulado en sentido de que “*quedá erradicada toda forma de responsabilidad objetiva*”, bien se puede comprender que los contenidos de dichos principios se tornan en todo aplicables al indicio. En ese sentido y a fines de su atribución, no es suficiente el mero resultado por sí solo para su atribución jurídica, pues los artículos 9 y 12 ejusdem lo impiden.

El postulado apunta como debe ser a que los señalamientos no pueden quedarse como simples revelaciones de autoría o de participación factual, sino que por el contrario deben tratarse y resolverse es como indicantes de responsabilidad penal, pues a nuestro sistema le interesan son los intervenientes culpables. Este predicado probatorio posee efectos sustanciales y encuentra asidero en la teoría de la conducta punible y recibe su total respaldo en las normas antes citadas. Por tanto, si en los artículos 287, 308 y 336 del Código de Procedimiento Penal se establece como

requerimiento para formular la imputación, decretar la medida de aseguramiento y para enrostrar la acusación, que ha lugar a ello “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partície del delito que se investiga”.

Bien se puede entender que los indicios resultantes de los materiales probatorios, de las evidencias físicas (aducidos, producidos e incorporados legalmente) o de la información legalmente obtenida, no deberán ser unos fenómenos que den a conocer de manera simple la autoría o participación objetiva, sino que además deberá tratarse de señalamientos de dominio del hecho (de la acción, funcional, o de la voluntad de otro) o de ayuda en un comportamiento ajeno, responsables al menos en vía de hipótesis o probabilidad.

3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351.

Para aclarar la normatividad vigente en materia de allanamiento a la imputación, es necesario recurrir a las fuentes comparadas de donde se ha tomado el instituto. Así, la noción de allanamiento ha sido fundamentalmente tratada por la doctrina española que encuentra en los modelos de conformidad con un claro desarrollo de disposición o principio dispositivo de la acción penal. Alcalá Zamora consideraba que la naturaleza jurídica de la conformidad era una forma de allanamiento, en la medida en que consideraba que existía un acto de disposición de la parte acusadora. Vicente Gimeno Sendra, entiende que la naturaleza jurídica de la conformidad reconduce a la noción de allanamiento o acto de disposición del sujeto pasivo del proceso, mediante el cual éste reconoce y acepta el cumplimiento de la pretensión, poniendo fin a un procedimiento incubado. De acuerdo con estas afirmaciones, estaríamos en presencia de un allanamiento tanto procesal como material, toda vez que del acto de allanamiento a la imputación, se sigue la existencia de una decisión con efectos de cosa juzgada que pone fin, no sólo al procedimiento suscitado sino al propio *ius puniendo* estatal.

La noción de allanamiento implica, por una parte, el reconocimiento del imputado de que la acción ejercitada contra él es fundada y por la otra, que ésta se le concede a la Fiscalía en virtud de que en los actos imputados también procede el elemento jurídico pretendido por el actor. Pero observada así la noción de allanamiento, entra en juego un punto fundamental que debe estar presente como línea directriz del proceso penal, esto es, si el derecho material que debe aclararse en el juicio penal resulta disponible para el imputado o para la Fiscalía. La respuesta a esta acepción ha de ser negativa, pues las exigencias constitucionales relativas a la tarea de la administración de justicia, la necesidad de que exista una justicia material, así como el postulado de imparcialidad de los jueces dirigidos a establecer con objetividad la verdad y la justicia, difícilmente le dejarían a la estructura del proceso penal un campo en donde el concepto de disponibilidad resulte aplicable en toda su extensión. Por otra parte, el derecho material discutido en un proceso penal es fundamentalmente el mismo, cualquiera que sea la gravedad del delito cometido. Por lo tanto, no se trata de una simple facultad que se le da al imputado para renunciar a ciertos derechos procesales, sino de un acto procesal unilateral del cual se desprenden consecuencias fundamentales en el campo del ejercicio de la justicia material.

Desde el punto de vista anterior, podremos entender que el allanamiento del imputado, tal y como está concebido en la normativa del procedimiento penal, es un acto de postulación procesal al cual se llega con el cumplimiento de unos requisitos formales, y que tiene las siguientes consecuencias:

1. Que la Fiscalía no desarrolle más su tarea de investigación a efectos de acusación, toda vez que el allanamiento a la imputación es suficiente para acusar (artículo 293 del CPP).
2. La supresión de la fase del juicio oral. Lo que a su vez implica la ausencia de discusión probatoria y el ejercicio del contraditorio.
3. La imposición de una sentencia condenatoria que aunque rebajada, se dicta fundamentalmente con el acto unilateral de aceptación por parte del imputado frente a las afirmaciones de la Fiscalía.

Se puede afirmar que el allanamiento a la imputación se presenta realmente como una negación del modelo acusatorio del proceso penal, toda vez que el Fiscal con una mínima actividad de investigación, sujeta al Juez/la Jueza de Conocimiento a la imposición de una pena, sin pasar por el debate probatorio de rigor. Esta crítica ha sido ampliamente esbozada, tanto en España para el modelo de conformidad, como para la alegación de culpabilidad del modelo norteamericano. En este sentido, la actividad del Juez/la Jueza de Control de Garantías también puede tener incidencia en la protección de derechos fundamentales, razón por la cual es factible estudiar el modelo de alegación de culpabilidad estructuralmente inducido, propio del sistema norteamericano en el cual se han dispuesto varios campos de actuación judicial capaces de limitar las actuaciones de la Fiscalía.

Las similitudes que existen entre el sistema norteamericano de alegación de culpabilidad y la pésima copia que de él hicieron los redactores de nuestro CPP, nos obligan a hablar de dos características comunes: en primer lugar, la noción de alegación o conformidad como un acto unilateral del imputado que se proyecta a la renuncia de una serie de derechos constitucionales, como son: el privilegio de no poder declarar contra sí mismo, el derecho a no ser juzgado públicamente y el derecho a presentar y contrainterrogar testigos. En segundo lugar, la imposición de una serie de requisitos como la libertad y voluntariedad de la declaración de aceptación de cargos. El sistema norteamericano contiene los supuestos de aceptación de la imputación en la llamada *Rule II* de las *federal rules of criminal procedure*. Nuestro ordenamiento procesal penal intenta reproducir tales fundamentos en el artículo 8 del CPP, numeral L, que establece que una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho a renunciar a los derechos compilados en los literales b) (no autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad), k) (tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación a las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que pueda arrojar luz sobre los hechos objeto de debate), siempre y cuando se trate de una manifestación

libre, consciente, voluntaria y debidamente informada. En estos eventos, requerirá siempre el asesoramiento de su abogado defensor.

La exégesis de la normativa y jurisprudencial relativa del allanamiento a la imputación permitiría entonces, reconocer los siguientes campos de actuación para el Juez/la Jueza de Control de Garantías:

- a. *Definición jurídica de la imputación.* Tratándose de un allanamiento a la imputación en la cual lo actuado se debe entender como suficiente a efectos de acusación, se entra en un juego en el cual la acusación carece de control judicial de conformidad con lo expuesto en la Constitución nacional. Eso no quiere decir que en estos casos, la imputación carezca de control. En efecto, será labor del Juez/la Jueza de Conocimiento mantener el principio de legalidad, esto es, que las exigencias de los hechos relatados en la imputación correspondan efectivamente a un delito. En ese sentido, es de absoluta relevancia la labor que cumple el Juez/la Jueza de Garantías en el contexto de obligar a la Fiscalía a exponer la imputación con los elementos relevantes de autoría y participación delictiva. Esto significa que el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe ser más inquirente cuando el imputado manifieste su voluntad de allanarse.
- b. *Determinación libre, voluntaria y espontánea de la aceptación de cargos.* El artículo 293 le impone al Juez/la Jueza de Conocimiento, la competencia para determinar cuándo un acuerdo es voluntario, libre y espontáneo. Pero obsérvese bien que esta competencia está asignada cuando se llegue a una imputación mediante un acuerdo, no de un allanamiento a la imputación por iniciativa propia o estructuralmente inducida en el momento cuando el Fiscal hace la exposición fáctica de los cargos. Por esa razón, se puede afirmar que el Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene una competencia anterior a la del Juez/la Jueza de Conocimiento en aquello que corresponde a la voluntariedad del allanamiento. En otras palabras, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede estimar la capacidad que tiene el imputado para una actuación de sometimiento, pues existiría una situación anómala y contradictoria, si se estima que el imputado tiene capacidad para ir a juicio pero es incapaz de comprender las ventajas o desventajas

que se pueden acordar a cambio de su allanamiento a la imputación. En este sentido, se entiende que una persona está capacitada mentalmente, si solicita ayuda del defensor y comprende el procedimiento que se sigue contra él. Así, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede indagar por la edad del acusado, su inteligencia, la capacidad para comprender el español y el estado mental en el cual se encuentre al momento de manifestar su sometimiento.

Cabe anotar que la noción de voluntariedad no es tan sencilla como en principio puede pensarse. Por lo tanto, el derecho comparado ha optado por el concepto de una voluntad completamente libre al momento de la decisión, aspecto éste que incluye la forma como asesora el defensor. Al respecto, citamos del texto de Baldwin y Mac Conville, la decisión del llamado caso Turner: Se trató de un caso en el cual el acusado de hurto decidió en las primeras fases del proceso, no alegar su culpabilidad, sometiéndose al juicio, pero en el curso de la indagación, fue advertido por el abogado consejero, del riesgo que entrañaba rehusarse a la autoincriminación. Turner no asumió el consejo en la primera advertencia, pero finalmente solicitó la alegación después de que su abogado defensor, había discutido la materia del caso en privado con el Juez de la causa y había reiterado los riesgos. Turner apeló la sentencia que lo condenaba, con el fundamento de que su alegación no era plenamente voluntaria, dada la presión ejercida por su consejero y porque había actuado en el entendido de que el consejo del abogado expresaba el parecer del Juez/la Jueza.

Sobre el primer punto, la Corte expresó que el abogado consejero no transgredió los supuestos de la libertad del acusado, pues éste expuso con claridad las vías de derecho para que el aconsejado planteara su estrategia de defensa. Pero en cuanto el segundo fundamento, la Corte consideró que la relación entre la actuación y la creencia, según la cual los puntos de vista sobre la sentencia habían emanado del Juez, no permitían una decisión jurídicamente voluntaria. El caso colombiano obliga justamente al Juez/la Jueza de Control de Garantías, de acuerdo con el artículo 131 del CPP, a verificar efectivamente que la renuncia a los derechos constitucionales sea libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorada por la defensa. La solución que adopta

el ordenamiento le permite al Juez/la Jueza, el interrogatorio personal del imputado, a efecto de llegar a una conclusión sobre la decisión tomada por éste y las características que deben informarla.

- c. *Comprendión de los cargos.* Es evidente que, si una de las consecuencias que se desprenden del allanamiento a la imputación es aquella referente a que ésta sirva de base para una acusación y, por lo tanto, a una sentencia condenatoria, el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe asegurarse de que el imputado haya comprendido los cargos por los cuales le van a deducir responsabilidad penal. En este sentido, no basta con preguntarle al imputado si entiende las preguntas del Juez/la Jueza de Control de Garantías, sino que se debe inquirir sobre su grado de comprensión y se puede reconvenir con el abogado defensor, a efecto de que le explique al imputado de manera detallada, de qué se trata el allanamiento a la imputación. En este sentido, no sobra que se le advierta al imputado el significado que tienen los cargos y los hechos que pueden ser probados en un juicio para determinar su responsabilidad. Esta consideración surge del literal h) del artículo 8 del CPP, el cual establece como fundamento del derecho de defensa del imputado, que éste tenga derecho a conocer los cargos que le sean imputados, expresados en términos que sean comprensibles, con indicación expresa de las circunstancias conocidas de modo, tiempo y lugar que lo fundamentan.

El problema planteado anteriormente, es fundamental en el contexto de la estructura adoptada por el ordenamiento procesal penal para poder dictar una sentencia condenatoria. De tal manera que los criterios establecidos en el artículo 7 del CPP determinarían una interpretación restrictiva del artículo 283, en el sentido de que el Juez/la Jueza de Conocimiento puede decretar una nulidad sobre el allanamiento a la imputación realizada ante un Juez/una Jueza de Control de Garantías, con fundamento en la ausencia de un reconocimiento libre, consciente y espontáneo de la aceptación de cargos por parte del imputado; pero también, cuando observe que no están dados los presupuestos para dictar sentencia condenatoria, conforme con el artículo 7 del CPP o cuando observe que la información colectada por la Fiscalía que fundamenta el allanamiento a la imputación, ha sido ilegalmente obtenida.

d. *Comprensión de la pena y las posibles consecuencias de la misma.* Una exigencia que se encuentra en el derecho comparado es la de que el imputado debe comprender que el allanamiento implica que se le dé una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible. Lógicamente, el Juez/la Jueza de Control de Garantías no puede entrar en el campo del Juez/la Jueza de Conocimiento que tiene unas facultades de control con respecto de los acuerdos, pero puede advertir al imputado que la posible rebaja es hasta de la mitad y, a renglón seguido, preguntar si con anterioridad, la Fiscalía le ha hecho algún ofrecimiento distinto que incida en su decisión, por ejemplo: proponerle al imputado que obtendrá una rebaja automática de la mitad de la pena.

Las apreciaciones anteriores llevarían al Juez/la Jueza de Control de Garantías a hacer advertencias, en el sentido de las orientaciones que pueda asumir el Juez/la Jueza de Conocimiento al dictar sentencia. Se trata realmente de que el imputado conozca las consecuencias de su allanamiento. Esta exigencia parte del principio *de fair trial o juego limpio*.

- e. *Comprensión de los derechos que son objeto de renuncia.* Sin duda, el artículo 8 del CPP da las pautas para que el Juez/la Jueza de Control de Garantías actúe frente al allanamiento a la imputación, en el sentido de advertencia. Allí se le podrá poner de presente al imputado, su derecho de no declarar contra sí mismo, a no autoincriminarse, al tiempo razonable para preparar la defensa, a la controversia de las pruebas, al juicio oral, etc. Incluso, la advertencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías debe proyectarse a la imposibilidad de retractación de la cual habla el artículo 293 del CPP.
- f. *Exactitud de la declaración de allanamiento a la imputación por parte del imputado.* El Juez/la Jueza de Control de Garantías debe asegurarse de que efectivamente, la manifestación de voluntad del imputado es la de allanarse a los cargos. Si con posterioridad a las advertencias, se encuentra que existen evasivas o incomprendión de la actuación que se está adelantando, el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe estimar que no existe claridad, de tal manera que el acto puede resultar viciado por la inexactitud en la manifestación de voluntad del imputado, lo cual implicaría dejar sin efectos tal actuación.

Como corolario de esta exégesis, se puede citar la línea jurisprudencial que ha establecido la Corte y que guarda plena relación con lo dicho anteriormente en esta misma obra. En tal sentido, la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías se agota según la jurisprudencia en los siguientes aspectos:

1. El Juez/la Jueza de Control de Garantías debe ejercer una actuación de verificación sobre los supuestos legales y fácticos del allanamiento a la imputación, debido a que no se formaliza un escrito de acusación.

Esta apreciación se desprende de la sentencia 29002 del 31 de marzo de 2008, cuando afirma:

Pero hay algo más: cuál es el fin de ese inútil escrito de acusación? de él no se entrega copia a las partes conforme el art. 337 in fine; de él no se corre traslado pues ni existe audiencia preparatoria, que es el escenario natural para ello, según el art. 339; él no va a servir de guía para la contabilización de los términos de libertad, a voces del art. 317 –numerales 4 y 5–; de él no se predicen los requisitos sustanciales para acusar, como son que con base en la información procesal se pueda afirmar con probabilidad de verdad la existencia de la conducta y la calidad de autor o partícipe, porque tales atributos se predicen de la aceptación de cargos; en fin, de ese escrito sobreviniente al acta no se genera consecuencia procesal alguna, pues tales efectos se pregonan es del acta contentiva de la aceptación de cargos.

En cambio sí, su elaboración puede comportar consecuencias indeseadas, como cuando un fiscal lo presenta tardíamente ante el juez, o como cuando a través de él se pretendan incluir agravantes o atenuantes, o –en fin– se busque modificar los términos del preacuerdo. Más grave sería, por ejemplo, que allanado el imputado (y verificada por el juez de garantías la preservación de las mismas), el fiscal introdujera alguna modificación a la tipicidad, o se refiriera a la pena o algún subrogado, todo ello –desde luego– por fuera del marco de su competencia, pues no ha de olvidarse que suscrita el acta (de allanamiento o de preacuerdo) tanto fiscal como juez de garantías pierden competencia para seguir actuando, pues lo hasta ahí adelantado debe

remitirse al de conocimiento para que cite a audiencia de individualización de pena (en el primer caso) o audiencia de aprobación del acuerdo si se trata de preacuerdo.

2. El Juez/la Jueza de Control de Garantías debe verificar el contenido material del allanamiento a la imputación, debido a que la correlación entre acusación y sentencia es más exigente en las terminaciones anticipadas.

En otras palabras, el juez/la jueza está obligado a pedir información al fiscal sobre los elementos y materiales probatorios que haya acopiado la Fiscalía para reconocer que efectivamente el delito, sus características y su relación de este actuar con el imputado, determinan la responsabilidad penal, so pena de llegar a una vulneración de las garantías fundamentales. Desde este punto de vista, las sentencias 24026 del 20 de octubre de 2005 y 26087 del 28 de febrero de 2007, afirman de forma respectiva:

Ahora bien, si la aceptación de los cargos corresponde a un acto libre, voluntario y espontáneo del imputado, que se produce dentro del respeto a sus derechos fundamentales y que como tal suple toda actividad probatoria que permite concluir más allá de toda duda razonable que el procesado es responsable de la conducta, el juez no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.

Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial inexorablemente debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo.

3. El Juez/la Jueza de Control de Garantías está facultado para verificar las condiciones de sometimiento a título del reconocimiento libre, consciente y espontáneo de participación del imputado en la ejecución de la conducta investigada.

Así se desprende de la sentencia 24079 del 9 de marzo de 2006, en la cual la Corte es clara frente a la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías:

Es por ello, que la aceptación de cargos, en la audiencia de imputación, requiere un examen previo del Juez/la Jueza de Control de Garantías, artículo 283 de la ley 906 de 2004, en el que se compruebe que el imputado procede de manera libre, voluntaria y consciente de la responsabilidad que asume, en consecuencia, debe existir comprobación sobre la ilustración que se le brinde sobre el particular, gozar de la asistencia profesional de un abogado, encontrarse claramente precisada la imputación fáctica y jurídica que formula la Fiscalía para darle la posibilidad de que dimensione las consecuencias punitivas de la aceptación.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

- Enumere las distintas acepciones de imputación en el derecho penal y en el proceso penal.
- Destaque los aspectos más importantes de la imputación como fuente de responsabilidad para el allanamiento a la imputación.
- Enumere las líneas de trabajo del juez/la jueza de garantías con respecto del allanamiento a la imputación, y establezca la fuente legal o jurisprudencial.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

La Fiscalía General de la Nación solicita audiencia de imputación contra Fernando, con fundamento en la denuncia de uno de sus deudores quien aduce que Fernando lo engañó para entregarle un dinero en calidad de préstamo que éste no está dispuesto a pagar, porque considera que ya ha cancelado la deuda con el valor de un apartamento que le vendió con anterioridad a Fernando, por un valor muy inferior al del avalúo catastral del inmueble. Sobre la obligación, existe una letra de cambio que ha permitido las acciones civiles del caso. En la audiencia, se expone el mandamiento ejecutivo de pago.

Preguntas:

1. De conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia, ¿es factible que el juez/la jueza de garantías permita la imputación por el delito de estafa?
2. El control del juez/la jueza de garantías, ¿puede reconvénir al Fiscal en el sentido de reconsiderar la imputación por estafa?
3. ¿Cuál debería ser la labor del juez/la jueza de garantías, si en este caso Fernando asesorado deficientemente, acepta los cargos por estafa, entendiendo que el mandato ejecutivo de pago implica su responsabilidad penal?

J

JURISPRUDENCIA
Corte Constitucional:
C-425 de 1997.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:
CSJ Rad 26878 de 2007.
CSJ Rad 29904 de 2008.
CSJ Rad 27108 de 2007.
CSJ Rad 29921 de 2009.
CSJ Rad 29002 de 2008.
CSJ Rad 24026 de 2009.
CSJ Rad 26087 de 2007.

B

BIBLIOGRAFÍA

BERTOLINO, PEDRO. *El juez de garantías*. Depalma. Buenos Aires, 2000.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. *Garantismo y Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 2006.

RENEZO ARENAL, MARÍA AMPARO. *Problemas del imputado en el proceso penal*. 2007.

Unidad 3

CONTROL DE GARANTÍAS EN RESTRICCIONES A LA LIBERTAD

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Formular un contexto general sobre las afectaciones del derecho a la libertad en el orden policial y en el orden procesal penal, y su incidencia en el trabajo del Juez y la Jueza de Control de Garantías.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Conformar el marco de herramientas judiciales para la afectación de la libertad en cada caso concreto.
- Definir las variables de control para decidir sobre la afectación de la libertad en los casos de captura policial, particular y judicial.
- Contextualizar los elementos clave para definir la afectación de la libertad con medidas cautelares personales.

3.1 LA CAPTURA

El derecho a la libertad está contemplado como uno de los derechos fundamentales en nuestra Carta constitucional, y ha padecido profundas transformaciones a propósito del Acto Legislativo 003 de 2002. En efecto, el marco constitucional define una serie de restricciones a la libertad que devuelven al juez de Control de Garantías y a los jueces de conocimiento, la decisión esencial sobre la privación de la libertad. Así, el escenario natural de las restricciones a la libertad corresponde a lo judicial, honrando el precepto constitucional que establece que la privación como regla general corresponde al juez. En la misma medida, las afectaciones a la libertad a título preventivo policial o a título excepcional por cuenta de la Fiscalía General, requieren de una interpretación profundamente restrictiva debido a la primacía del principio de reserva judicial que acoge el sistema constitucional.

Para entender las diferentes afectaciones, observemos la clasificación siguiente, así como los requerimientos y el control pertinente.

3.2 AFECTACIONES POLICIALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD CON INCIDENCIA PENAL

La doctrina ha sido suficientemente clara en el sentido de que no existen zonas intermedias entre la libertad y la detención, si se entiende que efectivamente cualquier situación en la cual no se goza plenamente de libertad, corresponde a una restricción del derecho fundamental. Lo anterior, no obsta para que se considere la existencia de situaciones diferentes que implican un título jurídico diverso de restricción que debe contar con todas las garantías constitucionales. Así, entre privación de la libertad y restricción de la misma, existe una diferencia de grado o intensidad más que de naturaleza o esencia.

El caso de las afectaciones de la libertad por cuenta de las autoridades de policía, se catalogan dentro de las restricciones menores, teniendo en cuenta que son injerencias de grado mínimo en cuanto a la intensidad y cuyos rasgos se determinan con fundamento en la duración, la finalidad

y el lugar donde se cumple la restricción de la libertad. En consecuencia, estas medidas deben ser absolutamente limitadas en el tiempo, su finalidad ha de ser preventiva y por lo general, deben cumplirse en el lugar donde se retiene el sujeto; si la privación implica traslado a un lugar de internamiento, se habla de una medida de mayor intensidad que requiere un tratamiento distinto. Todas estas características apuntan a la necesidad de hacer una configuración constitucional según la cual, las restricciones policiales a la libertad se enmarcan en la limitación a la libertad de circulación o libertad deambulatoria. Dentro de las afectaciones policiales con incidencia penal, tenemos que catalogar las referidas a los controles de vehículos en vía pública, los registros policiales preventivos y las diligencias de identificación policial meramente preventivas.

3.2.1 Restricción a la libertad de circulación en control preventivo de vehículos (*Facultad de conducción como parte de las funciones de policía judicial en accidentes de tránsito*)

El artículo 208 del CPP, contempla la posibilidad del registro de vehículos que de conformidad con la decisión de constitucionalidad C- 789 de 2006, está sujeta a los mismos parámetros de los registros personales realizados por la policía. Si bien, el juez constitucional establece que este tipo de registros no tiene la calidad de actuación de investigación penal ni de policía judicial, sino que se cataloga como parte de la rutina policial con el fin de identificar al conductor, constatar las características y la propiedad del vehículo, así como la naturaleza, procedencia y legalidad de los objetos transportados, lo cierto es que esta actividad de policía tiene entidad para afectar la libertad de circulación y eventualmente, generar una acción penal. Así, por ejemplo: si en el vehículo se encuentran armas que no están amparadas o sustancias prohibidas, la policía debe detener transitoriamente a los ocupantes y poner inmediatamente esos elementos a disposición de la autoridad competente para fines penales.

Esta facultad aparece complementada por las actuaciones policiales de tránsito contempladas en el artículo 148 del Código Nacional de Tránsito y Transporte que le permite a la policía que en caso de conocimiento de hechos que puedan constituir infracción penal, ejercer las atribuciones

y deberes de la policía judicial, con arreglo al CPP. La Corte Constitucional se ha manifestado sobre esta disposición, pero sus referencias corresponden al antiguo CPP (Ley 600 de 2000), en cuanto hace relación a las facultades de policía judicial de las autoridades de tránsito. A este respecto, la Corte reafirma el cumplimiento de funciones judiciales especiales por parte de los agentes de tránsito, con fundamento en la naturaleza y función que cumplen (sentencia C-429 de 2003), y por lo tanto, cabe preguntar si es factible que se pueda limitar el derecho a la libertad en la comisión de delitos cometidos en accidentes de tráfico. La respuesta a esta pregunta es positiva, entendiendo que la restricción de libertad será para poner al autor del delito a órdenes de la Fiscalía General de la Nación, a efecto de adelantar los procedimientos de rigor.

3.2.2 Restricción a la libertad de circulación para registros policiales preventivos (*Registro incidental a la captura*)

El registro personal preventivo está contemplado en los artículos 208 y 248 del CPP. Esta última disposición establece diferencias claves entre los procedimientos preventivos que le corresponden a la fuerza pública en cumplimiento de su deber constitucional, el registro incidental que se realiza con ocasión de la captura y el registro autorizado judicialmente. La sentencia C-822 de 2005, consideró que las normas de policía a este respecto, continúan aplicándose de tal manera que como en el caso anterior, si en el desarrollo de dichos procedimientos preventivos se encuentran materiales que sirvan de evidencia y permitan la iniciación de una investigación penal, las autoridades deben impetrar la denuncia, apor tando los hallazgos encontrados en el procedimiento.

Para los efectos de este capítulo, es importante recalcar que la Corte Constitucional ha hecho referencia a la noción de registro incidental a la captura. En efecto, la decisión del juez constitucional pretende fijar los límites de la actuación policial para la práctica de la captura, de tal manera que por vía jurisprudencial, se puede definir el espectro de protección que atañe al Juez/la Jueza de Control de Garantías en todos los casos de privación de la libertad que impliquen un registro personal inmediato.

En primer lugar, la Corte afirma que este tipo de registro se debe practicar inmediatamente después de la captura con dos finalidades, esto es, asegurar la eficacia de la misma captura con una pesquisa mínima que permita neutralizar la utilización de armas que el detenido lleve consigo y en segundo lugar, la protección de la prueba que se encuentre en posesión de la persona capturada. El límite impuesto a la autoridad policial en este tipo de registros, es la indumentaria y los efectos personales, excluido el contacto con zonas íntimas.

Los requisitos que sienta la jurisprudencia para valorar la legalidad de este registro, son los siguientes:

- Que se trate de una captura legítima, ordenada por un juez o una jueza;
- Se debe realizar inmediatamente después de la captura;
- Recae únicamente sobre la superficie corporal del capturado, su indumentaria y sus efectos personales.
- No entraña la inspección de la persona desnuda ni el tocamiento de zonas íntimas, pues a estos efectos se requiere orden judicial; sin embargo, este registro incidental admite excepcionalmente práctica sin orden judicial previa, de los órganos sexuales y los senos del imputado o imputada, cuando sea visible o manifiestamente notorio que en dichos lugares se ocultan armas que puedan ser empleadas para impedir la captura o facilitar la huida.

Las palabras de la Corte Constitucional plantean un problema complejo en materia de legalización de captura cuando esta se acompaña del registro incidental, esto es, si la violación de los presupuestos que ha establecido la Corte para el registro, deben analizarse independientemente de la aprehensión material del capturado en el examen de garantías.

Para dilucidar el punto, es necesario observar que se trata de dos injerencias distintas que están íntimamente ligadas a tal punto, que la misma Corte Constitucional recalca que el registro incidental se realiza para *asegurar la captura*. Por lo tanto, se puede entender que el acto de aprehensión material al cual sigue un registro que no cumple con las finalidades anotadas por la Corte, hace ilegítima la captura. Por ejemplo: tocar

las partes íntimas de una capturada so pretexto de la búsqueda de una navaja en sus órganos genitales. Aquí, la captura afecta el derecho fundamental a la libertad pero esta primera injerencia legítima en sí misma, no puede ser óbice para que en su aseguramiento, se vulneren los derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad humana y al debido proceso al cual debe estar sujeta la actividad policial.

En igual medida, el objetivo de este registro incidental es el aseguramiento probatorio, de tal manera que la policía procede a la requisita o cacheo, no sólo para asegurar la captura sino también, para buscar elementos materiales de prueba que el capturado lleve en su indumentaria, su cuerpo o en sus efectos personales. Siguiendo la tesis esbozada anteriormente, se puede llegar a dos conclusiones distintas: en una relación de medios y fines, si la aprehensión material es un medio legítimo para los fines de aseguramiento probatorio, no cabe predicar que una captura ilícita genere efectos legales frente al registro incidental. Aquí la limitación primaria de libertad es supuesto de la realización del registro incidental. Por ejemplo: si se le propinan malos tratos injustificados al capturado, con el fin de someterlo al registro incidental forzado a efecto de hallar droga, no puede convalidarse el registro ni tampoco los hallazgos del mismo. En otro sentido, si los malos tratos irrogados al aprehendido no son el medio para llegar al fin de aseguramiento probatorio, la captura se puede declarar ilegal sin implicaciones frente al registro incidental.

En suma, se trata de establecer un nexo causal entre las dos injerencias, de tal forma que la relación entre medios y fines disponga una conexión antijurídica. El punto es importante de cara a la legalidad del material probatorio incautado, pues el incumplimiento de los requisitos establecidos por vía jurisprudencial en la sentencia C-822 de 2005, para el registro incidental a la captura no puede divorciarse de los hallazgos propios de las injerencias en derechos fundamentales, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional desde la sentencia C-591 de 2005.

Esta apreciación no es compartida por la Corte Suprema de Justicia que ligada a los términos estrictos de la noción de competencia legal, entiende que las facultades del Juez/la Jueza de Control de Garantías con respecto

de la injerencia de hallazgo incidental a la captura, no aparejan un control sobre los elementos constitutivos de prueba. De conformidad con la Sala penal de la Corte, se afirma:

Así, conforme con las nociones vistas, bien cabe sostener que el Juez de Control de Garantías en el nuevo ordenamiento penal es el principal garante de la protección judicial de los derechos constitucionales fundamentales de quienes intervienen en el proceso penal, en cuanto el Acto Legislativo 03 de 2002 le impone verificar el cabal respeto al ejercicio de los derechos y libertades públicas en desarrollo de la actuación. De otro modo dicho, al Juez de Control de Garantías le corresponde determinar la legitimidad constitucional y legal de la actividad cumplida por la Fiscalía General de la Nación.

2.2. Pero, es necesario precisarlo, tan amplias facultades necesariamente operan, como sucede con todos los servidores públicos, conforme las normas generales de competencia, dentro de un ámbito específico, que la misma ley regula expresamente, a la manera de entender que lo realizado por fuera de esa órbita deviene ilegítimo, dada la absoluta falta de competencia para ese efecto.

Por consecuencia, el Juez de Control de Garantías carece de competencia para pronunciarse acerca de la legalidad o no de los elementos materiales probatorios acopiados por el fiscal, como quiera que la verificación opera en sede de la audiencia preparatoria, como ya se vio, sin que norma ninguna autorice que ello corra de cargo del Juez de Control de Garantías.

3.2.3 Restricción a la libertad ambulatoria para identificación (*diligencias policiales de identificación y captura administrativa*)

Esta afectación a la libertad de circulación, cambió la interpretación tradicional del artículo 28 de la Constitución que de conformidad con la sentencia C-094 de 1994, de la Corte Constitucional, permitía afectaciones a la libertad para efectos preventivos policiales conocidos como captura

administrativa. Ya en la sentencia C-237 de 2005, la Corte sentó un precedente claro frente a las funciones de policía, cuando afirmó:

La libertad personal es un derecho fundamental inherente a cualquier ser humano. Por ende, el respeto que el Estado debe otorgarle a éste debe ser de máxima intensidad. No obstante, en aras del cumplimiento de los principios y fines del Estado existe la posibilidad que dicho derecho fundamental sea limitado. Pues bien, dicho límite fue radicado por la Constitución de 1991 en cabeza de las autoridades judiciales competentes. Sólo ellas están facultadas para tomar la decisión de privar de la libertad a una persona, lo que garantiza la separación entre los poderes estipulada en el artículo 116 Constitucional y otorga realce al principio democrático.

*Así las cosas, si una norma establece la privación de la libertad, en principio, sin que la decisión tomada provenga de **autoridad judicial competente**, no estaría ajustada a los postulados Constitucionales que declaran la reserva judicial en este aspecto; y por lo tanto deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico.*

Esta Situación sucede con la norma demandada. El inciso 2º del Art.69 del Decreto – Ley 1355 de 1970, permite que la Policía Nacional emita una orden de comparecencia a una persona para que se presente ante el jefe de policía, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su emisión. De no presentarse, se faculta a la Policía Nacional para que capture a la persona incumplida; violándose el principio de reserva judicial.

En efecto, la captura estipulada en la norma mencionada, se produce fruto del incumplimiento de una orden administrativa, dejando a su arbitrio a la autoridad administrativa, en este caso la Policía Nacional, para la privación de la libertad fruto de dicha omisión en el cumplimiento.

En un pronunciamiento posterior y con referencia a las disposiciones del Código Nacional de Policía frente al Acto Legislativo 003 de 2002, la Corte generó una nueva hermenéutica en relación con los supuestos

constitucionales de la captura administrativa. Frente al artículo 58 del Decreto 1355 de 1970, la Corte encuentra dos interpretaciones plausibles: una que permite la ejecución de órdenes judiciales por parte de la Policía Nacional y otra, que permitiría captura sin orden judicial por parte de la fuerza pública. La primera opción es adecuada al desarrollo del artículo 28 de la Carta, pues corresponde a una facultad que comprende la aprehensión o privación momentánea del derecho a la libertad y la conducción a la autoridad judicial que ordenó la captura. Pero en lo que respecta a la captura sin orden judicial previa, de una persona por cuenta de la policía para ponerla a disposición de autoridad judicial competente, la Corte tiene otra opinión. Esta facultad entendida como una autorización para que las autoridades de policía detengan preventivamente a una persona a efecto de determinar dentro de las 36 horas siguientes, si dejan el capturado a disposición del juez/la jueza competente, quebranta el principio de reserva judicial previsto en el artículo 28 de la Constitución y en el Acto Legislativo 003 de 2002. La Corte hace uso del mecanismo de las sentencias interpretativas para eliminar las interpretaciones que infrinjan la Carta y en tal sentido, declara la exequibilidad del artículo 58 del Decreto 1355 de 1970, en el entendido de que es necesario que exista mandato previo de autoridad judicial competente.

La Corte resuelve varios problemas de interés, entre otros, los límites del legislador en la regulación de excepciones al principio de reserva legal de injerencias en derechos fundamentales. Para el caso del derecho a la libertad, la zona gris que existe entre el proceso penal y la restricción de derechos para prevenir alteraciones graves de orden público o las situaciones que implican la seguridad ciudadana, son resueltas por el juez constitucional, entendiendo que existen dos conceptos distintos, a saber: uno es la figura de restricción momentánea de la libertad (libertad de circulación), cuyo fundamento se encuentra en los artículos 192 y 186 del Decreto 1355 de 1970 que desarrollan las funciones preventiva y correccional a cargo de las autoridades de policía. Otra es la función represiva de la policía que autorizaría la captura administrativa. Así, en los casos de contravenciones de policía que autoricen restricción de derechos y libertades ciudadanas, es factible imponerlas bajo los requerimientos legales con el único fin de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y aseguramiento de la convivencia pacífica de los ciudadanos, de conformidad con las exigencias del artículo 218 de la Constitución.

Las medidas correctivas o preventivas no tienen el carácter de detención o captura administrativa. Por la naturaleza de la actuación policial, éstas corresponden estrictamente al ámbito de policía, esto es, la prevención de conductas que buscan evitar el abuso de los propios derechos o la afectación de los derechos de las demás personas. En consecuencia, la Corte Constitucional asume que la captura por orden administrativa consagrada en el segundo inciso del artículo 62 del Código de Policía, es contraria a los artículos 28 y 250 de la Constitución en concordancia con el Acto Legislativo 003 de 2002.

Con todo, queda planteado el problema de la constitucionalidad de las medidas de restricción para efecto de identificación del aprehendido y la comprobación de la existencia de órdenes de captura. En efecto, la Corte no se pronuncia sobre este aspecto, pero recalca que el inciso 3 del artículo 62 del Código de Policía debe entenderse en el contexto general de la garantía al derecho a la libertad de las personas, esto es, que la privación de la libertad para obtener la plena identificación del aprehendido y la comprobación de la existencia de otras órdenes de captura, debe regirse por las condiciones establecidas en la previa orden judicial de captura, pues, en todo caso, el principio general de reserva judicial a la privación de la libertad, se impone a la legislación anterior.

La nueva hermenéutica constitucional obliga a argumentar que si bien, la captura administrativa está prohibida conforme con los argumentos expuestos por la Corte, las detenciones momentáneas a la libertad de circulación para efectos de identificación, tienen asidero legal y constitucional bajo la condición de que la policía esté cumpliendo con una labor de persecución penal para hacer efectivas órdenes de captura emanadas de autoridad judicial. Si en tal evento surgen dudas sobre la identidad del capturado, la única función policial de recibo será la de comprobar la identidad *in situ* y así mismo, confirmar si existen órdenes de captura contra el detenido momentáneamente. No habrá lugar bajo estos parámetros, a conducir a alguien a sitio de internamiento para efectos de determinación de identificación, puesto que se entendería que ésta sí es una restricción a la libertad en sentido administrativo.

Con todo, existen sectores importantes de la doctrina que no reconocen la desaparición de la captura administrativa, bajo los siguientes argumentos:

- a. Las decisiones de la Corte Constitucional en el ámbito de policía, no pueden desconocer la función de prevención delictiva que tiene esta institución. Así como existen otras injerencias en las cuales se ha reconocido una visión atemperada del principio de reserva judicial y el principio de reserva legal (interceptaciones o registros personales), no puede ser menor el caso en el contexto de la libertad personal.
- b. Privar al ordenamiento de la captura administrativa es tanto como restarle facultades represivas a la policía, frente al gravemente indiciado o las amenazas públicas inminentes de clara apreciación penal. Por ejemplo: la policía no podría hacer algo frente a un individuo que sale de la escena de un delito, pero de su actuación no se puede apreciar la comisión en flagrancia.
- c. Una lectura de las decisiones de constitucionalidad aquí anotadas, no permiten entender una derogatoria del artículo 28 de la Constitución, en el sentido de desaparición de la captura administrativa, pues la actividad antecedente de la policía en la función preventiva del delito, no ha sido afectada por la nueva hermenéutica relacionada con el ejercicio estrictamente jurisdiccional en el contexto de la libertad.

3.2.4 Restricción a la libertad de circulación con fundamento en medidas correctivas de retención transitoria

Esta medida también ha sufrido una nueva apreciación por parte del juez constitucional, pues la Corte ha entendido que esta restricción está orientada a prevenir la posible comisión de actos delictivos o afectación de derechos de terceros, de quien se encuentre en estado de transitoria incapacidad (ebriedad), o de grave, notoria y violenta exaltación. Se trata de una medida igualmente preventiva que encuentra sustento en un mandato constitucional expreso en las funciones de policía ya nombradas, de permitir el disfrute de los derechos fundamentales de todos los asociados y mantener la convivencia pacífica.

Es necesario a los intereses de este ensayo, recalcar que pueden existir casos en los cuales una retención transitoria pueda cobrar efectos penales, lo cual podrá ocurrir, por ejemplo: cuando al retenido se le encuentran órdenes de captura vigentes o cuando se retiene a alguien bajo la condición de intentar la lesión de bienes jurídicos que puedan calificar la conducta en grado de tentativa, por ejemplo: cuando en un expendio de licor, una persona ebria dispara un arma con porte lícito para lesionar un tercero.

La solución para el ejercicio del Control de Garantías en estos eventos, implica referirse a las medidas de orden policial, así como a la materialidad de la aprehensión con los condicionamientos que ha establecido la Corte Constitucional. En otras palabras, una retención transitoria que se transforme en captura obligatoria después de la verificación de requerimientos judiciales del capturado, implica que se revisen los supuestos de legalidad y proporcionalidad de la medida policial, las condiciones de internamiento mientras se verificó la identidad y los términos transcurridos entre la aprehensión material y la comparecencia ante la autoridad judicial.

En lo que corresponde al retenido transitoriamente que en estado de excitación o ebriedad ha realizado actos que puedan tener el carácter de iniciación de conductas delictivas, como por ejemplo: disparar en lugar cerrado antes de la llegada de la policía sin haber logrado lesionar o ultimar a un tercero, la decisión de constitucionalidad no deja un margen de actuación claro a la policía. En efecto, la Corte difiere la regulación de esta materia a la ley, y exhorta al Congreso para que legisle sobre tan complejo punto, sin permitirle a la policía que califique provisionalmente los actos del embriagado o excitado retenido como delito tentado. En palabras de la propia Corte, en sentencia C-720 de 2007:

La justificación para diferir el fallo en esta oportunidad radica en la necesidad de proteger valores, principios y derechos constitucionales que, de ser otra la decisión, podrían verse seriamente comprometidos. En efecto, la decisión de diferir los efectos de la presente sentencia se fundamenta en la necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección que, a pesar de las deficiencias anotadas en punto de su constitucionalidad –que se resuelven temporalmente al condicionar la decisión–, resulta

ser la única que en el diseño actual del régimen de policía sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad. Adicionalmente, dada la ausencia de expresas facultades de protección para casos de urgencia, una decisión de inexequibilidad con efectos inmediatos, por otra parte, podría impulsar a la policía a calificar como delito en grado de tentativa conductas agresivas o temerarias de personas que se encuentren en estado de embriaguez o excitación a fin de poder retener a la persona y evitar la consumación de un daño del cual luego el Estado podría ser responsable por omisión o deficiente protección (resaltado fuera de texto).

Obviamente, se entiende que la calificación jurídica de un acto tentado no es labor de la policía, sino de la Fiscalía, razón por la cual la única salida posible en estos casos, es la retención transitoria del individuo y la elaboración del informe policial a la Fiscalía para que evalúe, si las circunstancias ameritan que al retenido se le imponga la condición de capturado y se disponga el Control de Garantías pertinente. En cualquier caso, si el título de detención primario fue la retención transitoria, le corresponderá al juez/la jueza de garantías referirse a estos supuestos bajo los cuales la medida debe resultar legal.

1) La retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario; por lo tanto, es ineludible el examen de las condiciones de retención bajo las categorías de proporcionalidad; 2) El juez/la jueza deberá examinar, si se rindió inmediatamente informe motivado al Ministerio Público; 3) También se requiere examen sobre el derecho de comunicación en todo momento y de asistencia legal; 4) Se exige manifestación judicial sobre el lugar de la retención (no podrá realizarse en lugar destinado a los capturados por infracción de la ley penal y deberá respetar las condiciones de género); 5) Examen sobre condiciones especiales de protección en caso de que se presenten (sentencia C- 720 de 2007).

3.3 AFECTACIONES A LA LIBERTAD DE CARÁCTER PENAL

Corresponden a las facultades de la fuerza pública o de las autoridades de persecución que están contempladas en la normatividad de policía y por lo tanto, comportan una afectación más intensa que aquélla correspondiente a la restricción del derecho de circulación, en tanto estas facultades tienen como objeto una verdadera privación de la libertad. En tal sentido, los límites temporales de la restricción pueden ser más amplios, su finalidad se enmarca dentro de objetivos judiciales y por lo general, implican la retención del afectado en un sitio dispuesto especialmente para efectos de privación.

3.3.1 Reafirmación del principio de libertad

La Carta establece claramente en su artículo 28 que “toda persona es libre”. Esta oración se debe interpretar como principio de libertad que desde épocas históricas, se constituye en fundamento para determinar los excepcionales casos en los cuales el Estado puede privar a una persona de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha adoptado los mismos supuestos de interpretación del derecho comparado que básicamente establecen la regla general de la libertad y la interdicción de toda arbitrariedad estatal. De tal manera que una interpretación de las normas pertinentes da por resultado el siguiente análisis:

La cláusula general de la libertad personal así como su límite y sus excepciones fueron establecidos en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último artículo preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general), su privación a través de autoridad judicial competente (límite); además el artículo 32 Constitucional permite la privación de la libertad en caso de flagrancia (excepción). C-237 de 2005.

La línea jurisprudencial traza además, los siguientes rasgos:

a) *Principio de reserva legal.* El artículo 28 de la Constitución expresa que la limitación al derecho a la libertad, así como aquellas de la intimidad y el amparo domiciliario, proceden únicamente cuando se cumplan las formalidades legales y con motivo previamente definido en la ley. El principio de legalidad en este contexto, tiene una doble acepción. Por una parte, establece que todas las afectaciones deben tener fuente legal; en segundo lugar, que el principio de legalidad se conjuga con el de debido proceso, en tanto las formas propias de la injerencia estatal en la libertad, también tienen fuente legal.

La doctrina discute si el principio de legalidad se agota únicamente en el hecho de que sea la ley ordinaria la que determine la afectación o si el derecho a la libertad como derecho fundamental, requiere un desarrollo legal en el contexto de las leyes especiales (orgánica o estatutaria). La respuesta a este planteamiento ha sido vacilante en la Corte Constitucional, especialmente en el caso del derecho a la libertad. Así, para efecto de las definiciones del principio de legalidad en lo que respecta a las normas del CPP, la Corte Constitucional entiende que la vía ordinaria es apta en tanto el Código establece reglas para que una persona pueda ser legalmente privada de su libertad, mientras que en la regulación del mecanismo de habeas corpus, como medio de restablecimiento del derecho fundamental violado, la Corte entiende que este recurso por sí solo debe ser objeto de ley estatutaria (sentencia C-620 de 2001).

Esta apreciación es contradictoria, si se esboza el argumento que trae la misma Corte, según el cual las disposiciones que deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, concretamente en lo que respecta a los derechos fundamentales y los recursos o procedimientos para su protección, son aquéllas que de alguna manera tocan núcleo esencial de un derecho fundamental o mediante las cuales se regula en forma “íntegra, estructural o completa” el derecho correspondiente. Por lo tanto, cabe aquí la crítica que establece que la opción de regulación concreta de todo el derecho fundamental a la libertad debería hacerse por ley estatutaria, incluidas las afectaciones penales y policiales, así como los mecanismos de restablecimiento.

En cuanto a la relación entre el principio de legalidad y el debido proceso, el juez constitucional ha afirmado en la sentencia C- 479 de 2007, que el principio de legalidad se establece como una garantía para mantener incólume el derecho a la libertad individual. La afectación por los motivos previamente definidos en la ley y conforme con un procedimiento también previamente señalado en ella, implican una talanquera para el legislador y la necesidad de un control judicial constitucional, pues el respeto al debido proceso en su afectación, está acompañado además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad .

b) Principio de reserva judicial. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en su exégesis comparada de las normas originarias de la Constitución y las correspondientes al Acto Legislativo 003 de 2002 recalcó que la reserva judicial de la libertad está reforzada en la reforma constitucional que estableció un nuevo modelo de investigación y juzgamiento penal. Este refuerzo se aprecia especialmente en las exigencias para la imposición de medidas restrictivas de la libertad, tales como la captura, decretada solamente por el Juez/la Jueza de Control de Garantías o la captura excepcional por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, sujetas al control automático del mismo funcionario.

También el juez constitucional ha encontrado que el principio de reserva judicial de la libertad tiene doble contenido, en tanto se sujeta a las exigencias de mandamiento escrito de autoridad judicial competente para poder detener a una persona, y la obligación de poner al detenido a disposición del juez/la jueza en el menor tiempo posible y en todo caso, máximo dentro de las 36 horas siguientes. Las sentencias C-251/02 y C-1024/02 reafirman este postulado así:

La libertad encuentra así solo en la ley su posible límite y en el juez su legítimo garante en función de la autonomía e independencia que la Constitución reconoce a sus decisiones precisamente porque es al juez a quien le está encomendada la tarea de ordenar restringir el derecho a la libertad en los precisos términos señalados en la ley, de la misma manera que es a él a quien corresponde controlar las condiciones en las que esa privación de la libertad se efectúa y mantiene.

3.3.2. Privación de la libertad por parte del Juez y la Jueza de Control de Garantías

a) Captura con orden judicial previa

Como lo ha establecido la doctrina, recalcar sobre el significado de la captura es de la mayor importancia, pues el proceso penal olvida que el concepto de captura requiere de unos presupuestos que parten del entramado constitucional y se afincan en el desarrollo legal. Este desarrollo se hace, teniendo en cuenta que toda restricción que se reputa válida obedece a claros fines constitucionales. Para nuestro caso, el primer presupuesto por analizar en el contexto de la captura que expide el Juez/la Jueza de Control de Garantías, corresponde al artículo 296 del CPP. De conformidad con esta disposición que replica la norma constitucional, la restricción de la libertad con carácter penal tiene como supuesto ineludible el principio de necesidad, vale decir, únicamente se puede restringir el derecho fundamental para efectos del proceso y su buen desarrollo. La privación de la libertad no puede concebirse como pena anticipada, pues tal postulado enfrenta el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Estos aspectos han sido recalcados por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, en la cual se afirma:

Así mismo, en el nuevo esquema se establece que las medidas que afecten la libertad solicitadas por el Fiscal al Juez de Control de Garantías, únicamente pueden ser adoptadas cuando quiera que sean necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas del hecho punible; con ello se establecen límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de derechos fundamentales.

El juez/la jueza ha de tener en cuenta que la privación de la libertad bajo la consideración del principio de necesidad, se concreta en tres riesgos que la doctrina ha calificado como riesgo de alteración (obstrucción de la justicia y mantenimiento de la prueba de cargo): riesgo de reiteración (protección de la comunidad o las víctimas), y riesgo de fuga (aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso).

Los requisitos que debe llenar la Fiscalía para solicitar la orden, son los siguientes:

- *Motivos razonablemente fundados.* La norma remite al artículo 221 del CPP y por lo tanto, cabe aquí la misma reflexión frente a la injerencia en el amparo domiciliario, esto es, que los motivos fundados proceden de otras injerencias que hayan permitido recaudo de material de prueba, declaración jurada de testigo o informante o informe de policía judicial. En estos casos, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede llamar a los testigos.
- *Inferencia de autoría o participación del afectado respecto del delito que se investiga.* Esta es una labor de argumentación de la Fiscalía que el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe valorar para los efectos de procedencia.
- *Análisis de procedencia.* Implica la valoración de los objetivos de la privación de la libertad, esto es, la captura debe tener una finalidad estrechamente ligada a la situación de imputación y la imposición de la medida de aseguramiento. No se predica que se capture para imputar, pero lo que resulta razonable es que se solicite la orden a efecto de formalizar la investigación con la imputación y proceder al encarcelamiento preventivo, si el delito lo amerita y se dan las variables de orden procesal que permitan tal aplicación.

En sentencia C-497 de 2007, se enfatiza a este respecto la labor del Juez de garantías con las siguientes palabras:

El Juez de garantías está entonces no solamente supeditado para efectos de ordenar la captura del indiciado, imputado, o acusado a los presupuestos y límites señalados directamente por el constituyente derivado en el artículo 250 a que se hizo referencia en los apartes

preliminares de esta sentencia - sino que el Legislador en la Ley 906 de 2004 en armonía con dichos presupuestos y límites reguló expresamente las circunstancias, motivos y condiciones en que dicha captura puede ordenarse por el referido Juez de Control de Garantías instituido –no debe olvidarse- como el principal garante de los derechos fundamentales de los indiciados, imputados, acusados o condenados en el proceso penal.

3.3.3 Captura excepcional por cuenta de la Fiscalía General de la Nación

Este punto ha sido de los más discutidos en el nuevo sistema penal, pues la Constitución en su artículo 250, contempla como otra de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, la posibilidad de ejecutar capturas sin orden previa de Juez/Jueza de Control de Garantías. El CPP desarrolló esta facultad, pero el juez constitucional encontró que las normas pertinentes no fundamentaban una verdadera facultad excepcional y en tal sentido, las declaró inexequibles.

Estas dos decisiones nos dan las claves de excepcionalidad para reconocer, si una captura sin orden judicial previa resulta ajustada a la Constitución desde el trabajo del juez de garantías, así:

En la sentencias C-730 de 2005 y C-190 de 2006, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del artículo 2 del CPP, con fundamento en las vulneraciones del principio de legalidad y estricta determinación. Al decir de la Corte, la alusión vaga a la noción de existencia de motivos fundados para detener, era tanto como predicar que siempre van a existir situaciones que permitan hablar de fundamentos para capturar. Por otra parte, hablar de la carencia de oportunidad razonable para solicitar el mandamiento escrito del Juez/la Jueza de Control de Garantías era una noción que podía comprender una amplísima gama de posibilidades sin concretar, la noción extrema de imposibilidad manifiesta para acudir ante el juez/la jueza de garantías que es justamente la situación excepcional que se reputa compatible con la reforma Constitucional.

Igualmente, en la sentencia C-1001 de 2005, referida al antiguo artículo 300 del CPP, la Corte afirmó el carácter excepcional que debe tener la captura por cuenta de la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, la recurrencia a los mismos presupuestos que tiene la imposición de la medida de detención preventiva para proferir una captura excepcional, dejaba a la captura ordinaria en un umbral más bajo y menos exigente que la captura ordinaria con autorización previa del Juez/la Jueza de Control de Garantías y por lo tanto, esta hipótesis confirmaba el carácter no excepcional de la privación de la libertad por cuenta de la Fiscalía General de la Nación. Así se manifestó a este respecto, el juez constitucional:

De las comparaciones que acaban de hacerse se desprende claramente que el desarrollo hecho por el Legislador en la norma acusada de la posibilidad señalada en el tercer inciso del artículo 250-1 de la Constitución no atiende el carácter excepcional al que condicionó el Constituyente derivado la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación pudiera realizar capturas. Posibilidad que no solo debe comportar el cumplimiento de presupuestos y requisitos claramente definidos en la ley sino que lógicamente no pueden ser menores que los que se exijan al Juez de Control de Garantías como autoridad judicial competente de ordinario para el efecto. La Corte constata además que en el artículo acusado se incluyeron por el Legislador expresiones muy similares a las que con ocasión del examen del último inciso del artículo 2º de la misma Ley 906 de 2004 llevaron a la Corte a declarar la inexequibilidad de varios de sus apartes, por resultar contrarios no solo al artículo 250-1 sino al principio de legalidad (art 29 C.P.) a saber “(...)cuando en desarrollo de la investigación tenga motivos fundados para inferir que determinada persona ha participado en la conducta investigada, no sea posible obtener inmediatamente orden judicial (...)” Ahora bien, es claro para la Corte que la inclusión de esos elementos dentro de un listado más amplio de requisitos -en todo caso menos exigente que el que se señala para el juez- no cambia las condiciones de indeterminación y de excesiva amplitud con la que se permite por el Legislador el ejercicio de la competencia atribuida por la norma acusada al Fiscal General de la Nación o su delegado, lo que contraría el principio de legalidad en materia penal.

Ante este panorama, es claro que la captura sin autorización judicial previa, es muy exigente y debe comportar verdaderos requisitos de excepcionalidad, de tal forma que la reforma propuesta en la Ley 1142 de 2007, asumió estas premisas y buscó una redacción adecuada a los presupuestos del principio de legalidad estricta. La nueva disposición establece que la captura excepcional procede con los siguientes requisitos:

- a. Orden escrita y motivada, únicamente en los eventos en los cuales proceda la detención preventiva.
- b. Presupuesto fáctico relacionado con el hecho de que no se encuentre un juez/una jueza que pueda ordenarla. La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al Juez/la Jueza de Control de Garantías para obtenerla.
- c. Existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada.
- d. Existencia de cualquiera de los siguientes riesgos:
 - Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
 - Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
 - Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no se hace la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

Como puede observarse, la norma es muy parecida a la disposición anterior declarada inexequible, sobre todo por los presupuestos de riesgos que se compadecen con la detención preventiva y que debe definir el Fiscal, de tal manera que en el análisis nuevo realizado por la Corte en sentencia C-185 de 2008 y luego en sentencia C- 226 de 2008 se recalca justamente que el fiscal debe proceder de tal manera que el primer presupuesto sea la carencia de un Juez/una Jueza de Control de Garantías al/la cual se pueda recurrir para emitir la orden de captura.

Ahora bien, pese a los nuevos matices, circunstancias y requisitos que condicionan la actuación del Fiscal o su Delegado en la captura sin previa orden judicial, lo cierto es que cada uno de estos elementos se encuentra atado a la verificación del primer aspecto o condición, la no disponibilidad del juez de garantías y cuándo se entiende que esta circunstancia se cristaliza.

Esta situación de no disponibilidad del Juez de Control de Garantías es lo que, de facto, viabiliza la competencia subsidiaria del Fiscal o su Delegado. Dado que la concurrencia de los otros aspectos relacionados con la no disponibilidad del juez, sólo son necesarios de corroborar una vez se constate la satisfacción a cabalidad del primero. De suerte que en el caso contrario, aunque todos los otros elementos de análisis para determinar si procede o no la captura se den, si se encuentra disponible el Juez de Control de Garantías, inmediatamente pierden sentido la continuación de cualquier juicio sobre la posibilidad de intervención del Fiscal General de la Nación.

A los efectos de Control de Garantías, debe decirse que el juez debe confirmar como primer presupuesto, el agotamiento de la búsqueda sería del juez competente y con posterioridad, cada uno de los aspectos referidos a la excepcionalidad. En tal sentido y como lo afirma la Corte, para que la captura ordenada por el Fiscal General o su delegado mantengan su excepcionalidad, el fiscal debe mostrar todo lo que hizo para encontrar fácticamente un Juez o una Jueza de Control de Garantías y las circunstancias que impidieron que lo/la encontrara. La excepcionalidad de la figura exige un juicio de necesidad objetiva que impone al Fiscal, la obligación de demostrar en el caso concreto, el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de la figura.

Por lo demás, no sobra anotar que en esta decisión, la Corte Constitucional fundamenta la extensión de Control de Garantías de la siguiente forma:

En el caso de la captura excepcional ordenada por el fiscal o su delegado, la norma cuestionada establece que una vez puesta la persona capturada a disposición del Juez/la Jueza de Control de Garantías, éste efectuará la audiencia de control de legalidad de la orden y de la

aprehensión. Subraya la Corte que este “control de legalidad” no es meramente formal, sino que comprende también todos los aspectos materiales dentro de los cuales son especialmente importantes los supuestos fácticos tanto los generales como los excepcionales (resaltado fuera de texto).

3.3.4 Captura en flagrancia

Otra de las excepciones que contempla la Constitución como excepción al principio de reserva judicial para la afectación del derecho a la libertad, es la captura en flagrancia que puede realizar cualquier persona y obviamente, la autoridad policial. El artículo 302 del ordenamiento procesal desarrolla esta acepción de la Carta bajo dos supuestos, esto es, captura por particular y captura por cuenta de autoridad, con los siguientes requisitos:

Captura en flagrancia realizada por particular:

- a. Conducción del aprehendido inmediatamente o a más tardar, en el término de la distancia cualquier autoridad de policía.
- b. Identificación del aprehendido con informe detallado de las circunstancias como se produjo la captura, lo cual debe realizar las autoridades de policía.
- c. Conducción del capturado con el informe respectivo a la Fiscalía General de la Nación.
- d. Examen de la Fiscalía sobre la procedencia de detención preventiva. De otorgarse la libertad, se debe imponer bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. De la misma forma se procederá, si la captura fuere ilegal.
- e. Legalización de captura ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías, dentro de las 36 horas siguientes a la privación de la libertad.

Captura en flagrancia realizada por autoridad policial o administrativa:

- a. Conducción del aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.
- b. Informe policial de aprehensión.
- c. Examen de la Fiscalía sobre la procedencia de detención preventiva. De otorgarse la libertad, se debe imponer bajo palabra, un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. Se procederá de la misma forma, si la captura fuere ilegal. Frente a este aspecto, se ha concluido por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que el primer filtro de legalidad es el fiscal y por lo tanto, si se ha otorgado la libertad no es necesaria la audiencia de legalización de captura. Sentencia de casación 26310 del 16 de mayo de 2007.
- d. Legalización de captura ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes a la privación de la libertad.

A diferencia de los otros supuestos de privación de la libertad, el punto fundamental para tratar es la flagrancia, pues si este evento no se da, la captura deviene ilegal. Por lo tanto, esta modalidad de captura se sujeta a la confirmación de los supuestos del artículo 301 del CPP que establece para el efecto tres eventos, esto es, persona sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito; persona sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho; persona sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

Si se examinan bien las dos disposiciones comentadas del ordenamiento procesal penal, emerge claro que un punto fundamental para definir si existe la flagrancia, es el informe policial o el informe de particular que debe servir a la Fiscalía para su examen y al mismo tiempo, al Juez/la Jueza de Control de Garantías.

El instituto de la flagrancia no es fácil de apreciar y ha tenido una línea jurisprudencial compleja pues la relación entre delito flagrante y captura inmediata puede tener varias lecturas. No obstante, desde 1994 la Corte Constitucional con apoyo en la jurisprudencia más elaborada de la Corte Suprema de Justicia, definió los fundamentos de instituto que pueden resumirse de la siguiente forma:

- a. Existe flagrancia en aquellas situaciones en las cuales una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundamentalmente que momentos antes ha cometido un hecho punible. Este moderno concepto de flagrancia funde entonces los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia.
- b. A la captura en el momento de cometer el delito se suma la posibilidad de que la persona sea sorprendida y aprehendida con objetos, instrumentos o huellas que hagan aparecer fundamentalmente no sólo la autoría, sino la participación en la comisión del hecho punible.
- c. La flagrancia se identifica por dos requisitos, esto es, la **actualidad** de la comisión presenciada y la **identificación o por lo menos individualización** del autor del hecho. La noción de actualidad significa la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después. Se percibe por parte de los presentes, la comisión de la conducta y en segundo término, la identificación corresponde a la aproximación con grado de certeza sobre la persona que realiza la conducta.

La Corte Suprema ha insistido en estos requisitos, de tal forma que ya está aceptado por la jurisprudencia que la relación temporal entre la comisión del hecho y la captura puede tener tres variantes que van de menor a mayor, agregando la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido; circunstancia que en cada una de las situaciones planteadas, conlleva a unas determinadas exigencias valorativas que compete hacer al juez/la jueza. En tal sentido, se puede afirmar la existencia de la flagrancia a partir de las siguientes variables: Captura concomitante al hecho que implica la identificación del autor o participe *in situ*;

Captura inmediatamente después del hecho como consecuencia de la persecución o voces de auxilio de quien presencia el hecho con identificación del autor o de las señales que lo individualizan;

Captura posterior a la comisión del hecho con fundamento en los objetos, instrumentos o huellas que tenga el posible autor en su poder. En este supuesto, ha dicho la Corte, no se requiere que alguien haya visto al autor cometiendo el delito, sino que son los objetos, instrumentos o huellas que tenga en su poder, los que permiten concluir “fundadamente”, esto quiere decir, con poco margen de error, que “momentos antes” ha cometido el hecho o ha participado en él (sentencia de casación 25136 del 30 de noviembre de 2006).

3.3.5 Legalización de captura

Los artículos 289, 297, 300 y 302 del CPP, contemplan la audiencia de legalización de la aprehensión. Se aclara que la estructura del proceso penal determina como secuela de la captura, otras actuaciones que se pueden desarrollar en la misma audiencia y que en la mayor parte de los casos, están ligadas a la situación de legalización de la privación de la libertad.

La competencia para la legalización de captura corresponde a cualquier juez o jueza que ejerza funciones de Control de Garantías y en consecuencia, no se puede alegar limitaciones de orden territorial para rechazar la diligencia cuando la propone el fiscal. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación 29904 del 12 de junio de 2008, en la cual se afirmó:

Lo adecuado es, acorde con todo lo expresado en precedencia, que el Juez/la Jueza de Control de Garantías, dada la urgencia, naturaleza y efectos de la diligencia, aborde sin discusiones el tópico de la legalización de captura, decidiendo acerca de la legalidad o ilegalidad de la aprehensión de la persona que se pone a su disposición.

Y, si se solicita la audiencia de formulación de imputación y el funcionario se estima incompetente por el factor territorial o es controvertida por las partes esa competencia, allí sí puede acudir a lo

establecido en el artículo 54 de la Ley 906 de 2004, sin que ello implique menoscabo para los derechos de las partes, asumiéndose claro que cualquier decisión atinente a la libertad le corresponde al Juez/ la Jueza de Control de Garantías y no al fiscal, dado que el indiciado ya se halla bajo la férula de protección judicial –si no se ordenó su libertad en la audiencia anterior, por estimarse ilegal la aprehensión- y tomando en consideración que la decisión del superior debe producirse en el término improrrogable de tres días.

La Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2008, recalca que el control no es sólo formal, sino material y por lo tanto, adquieren relevancia postulados como los de dignidad humana y el bloque de constitucionalidad. Para mayor ilustración del Juez/la Jueza de Control de Garantías, la legalización de captura comporta desde el punto de vista material los siguientes aspectos, según la Corte Constitucional:

Uno de los objetivos más importantes de la presentación del capturado al juez y, por consiguiente, de la valoración judicial para legalizar la captura, es el control sobre el abuso de poder y la verificación de que en el acto de privación de la libertad no se hubiere acudido a técnicas como las torturas y los tratos denigrantes, de tal forma que el juez pueda dar fe de la situación física en la cual se encuentra la persona.

En efecto, después de citar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reclama la verificación judicial de la legalidad de la privación de la libertad con la presentación del detenido ante el juez, la Corte Constitucional concluyó que

La entrega del capturado a una autoridad judicial cumple varios propósitos, que no se limitan al ejercicio de funciones judiciales. La regulación de la materia en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra en la norma dedicada a la libertad y seguridad personal, y en el caso del Pacto de San José, el mandato inicia con una exigencia de protección y respeto a la libertad y seguridad personales. De ello se desprende que la regulación sobre la captura tiene un propósito más allá de asegurar que la restricción a la libertad se realice de

acuerdo a la ley y ante funcionarios competentes. También tiene un propósito protector de la integridad de la persona.

Las reglas generales que guían el proceso de Control de Garantías de la aprehensión física para todas las modalidades de captura son las siguientes;

a) Garantía de información. El capturado debe conocer los motivos de la detención, funcionario que ordena la captura y hecho que se atribuye (esta garantía consta en el artículo 303 del CPP y el artículo 9.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos). Se trata fundamentalmente de que el capturado reconozca sus derechos para ejercer las actuaciones jurídicas legales en contra de la detención.

Por ser un derecho y una garantía comunicativa que permite la facultad de impugnación para el afectado por motivos arbitrarios, incompetencia o hechos atribuibles, es necesario reafirmar que la comunicación debe ser inmediata y comprensible, lo cual implica que al extranjero y al sordomudo se les debe dar las soluciones de intérprete o comunicador especial respectivamente.

b) Garantía de no declaración. La establece el artículo 303 del CPP con una copia de las advertencias mirada del derecho de los Estados Unidos y el artículo 14.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. La garantía de no declaración en relación con la captura, ha sido extensamente estudiada, pues la situación momentánea de coerción tiene incidencia en otros derechos fundamentales como el de presunción de inocencia, la carga de la prueba, y en general, el levantamiento probatorio que se derive de una captura sin advertencias del derecho a permanecer en silencio.

Para nuestro caso, la relación entre captura y obtención de información sin las debidas advertencias se alimenta de la discusión teórica de las prohibiciones de prueba, en tanto se interprete el artículo 28 (principio de libertad), y el artículo 33 (principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*), de la Constitución nacional como una talanquera que no permite extraer información del detenido a efectos de ser utilizada en su propia imputación. Este punto se suele olvidar y por la misma razón, es recomendable que los

jueces de Control de Garantías y si es del caso los fiscales, indaguen sobre las actuaciones de la policía en el momento de la captura y la consecución de elementos a partir de allí, pues una información ilegalmente obtenida de conformidad con nuestro ordenamiento, no puede servir de fuente para imputación, para imposición de una medida de aseguramiento ni para una acusación. Si se leen los artículos 286, 308 y 336 del estatuto procesal, la referencia a información legalmente obtenida no puede pasar inadvertida como fundamento de estos actos procesales. Toda obtención de prueba se debe dar en un ambiente estrictamente formalizado y rodeado de la debida garantía de defensa. Si el detenido desea hablar después de las advertencias, la información no queda afecta a exclusión ni tampoco lo que la doctrina considera como declaraciones espontáneas.

La garantía de no declaración se extiende al cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, civil o segundo de afinidad. Igualmente, la jurisprudencia constitucional entiende la acepción de compañero permanente en el entendido de que las mismas incluyen, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo, de conformidad con la sentencia C-029 de 2009.

A ello, debemos añadir que el ejercicio de cualquier coerción para que el detenido declare se enlaza con el reconocimiento del principio de dignidad humana y al mismo tiempo, la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

c) **Garantía de asistencia legal y derecho de defensa.** Como consecuencia del derecho de información para efectos de impugnación y de la garantía de no declaración, se impone la necesidad de contar con asistencia letrada. En efecto, únicamente un profesional del derecho puede establecer los recursos del caso contra la captura, cuando está sea ilegal y en igual sentido, sólo el abogado defensor sabe cuándo puede hablar su patrocinado. Al igual que en otras latitudes, se pregunta cuánto tiempo debe transcurrir para que el detenido tenga contacto con un abogado. De conformidad con el artículo 303 del CPP, debe ser en el menor tiempo posible, desde donde entendemos que aquí ha de ser inmediato, sin que se llegue a la legalización de captura sin defensor.

d) **Garantía del debido proceso en la aprehensión material.** La valoración de los procedimientos de policía en la aprehensión física son un tema frecuente en la práctica y por lo tanto, la utilización de los medios de coerción por parte de los agentes de la fuerza pública en el momento y durante el tiempo de la captura, antes del contacto con el fiscal o el juez/la jueza de garantías, deben estimarse de conformidad con los principios de dignidad humana, prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes y torturas. En el mismo sentido, las exigencias de protección que provienen del artículo segundo de la Constitución y la función esencial de la Fuerza de policía en un Estado de Derecho conforme con el artículo 218 de la Carta, son esenciales como derrotero para el Juez/la Jueza de Control de Garantías.

En efecto, la utilización de la fuerza está tolerada dentro de ciertos parámetros que están permitidos por el literal c del artículo 29 del Código Nacional de Policía, cuando se trate de la captura y el inciso segundo del artículo 30 del mismo estatuto que contempla el uso de las armas de fuego en un sentido absolutamente restrictivo, esto es, no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga.

Debe anotarse como fuente de control para el uso de la fuerza, el principio de proporcionalidad que en nuestro caso, se deduce de la violación de las normas de policía anotadas anteriormente y al mismo tiempo, de vulneraciones de orden funcional interno disciplinario, esto es, existen conductas policiales irregulares que constituyen faltas gravísimas. Para el caso de las privaciones de la libertad, resultan importantes las faltas contempladas en el artículo 34 de la Ley 1015 de 2006 bajo el título de privar ilegalmente de la libertad a una persona o demorar injustificadamente la conducción de la misma ante la autoridad competente y el numeral 18 que sanciona los casos en los cuales injustificadamente se cause daño a la integridad de las personas o de los bienes, como consecuencia del exceso en el uso de las armas, de la fuerza o de los demás medios coercitivos.

En consecuencia, el análisis del Juez/la Jueza de Control de Garantías para determinar la legalidad de la captura debe incluir una apreciación sobre la prohibición de exceso que trazan las normas de policía y las

normas disciplinarias. Desde este punto de vista, la ilegalidad en el uso de armas, la fuerza o la extralimitación de los medios de coerción afectan la legalidad de la captura.

Lo dicho anteriormente resulta de la mayor importancia cuando se trate de aplicar el primer parágrafo del artículo 289 del CPP, reformado por la Ley 1142 de 2007. Como se sabe, esta disposición permite que ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías, el fiscal legalice la captura con la sola presencia del defensor de confianza o el defensor público, cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia después de la privación de la libertad o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer su defensa material. Por lo tanto, si la enfermedad o la inconsciencia son producto de un exceso en el uso de la fuerza, no se podrá legalizar la captura. Será problema esta averiguación con un capturado inconsciente, de tal manera que los informes policiales no serán la única fuente para tomar la decisión. La Corte Constitucional en sentencia C-425 de 2008, se manifestó a este respecto de la siguiente forma:

*Así las cosas, la Sala considera que es válido constitucionalmente que el legislador adopte como medida excepcional la legalización de la captura sin la presencia del detenido cuando se trata de situaciones también excepcionales, como las reguladas en la disposición acusada: estado de inconsciencia y la grave enfermedad que impida el ejercicio del derecho material, en tanto que de esta forma logran conciliarse los derechos en tensión sin que se sacrifique en mayor medida un derecho para lograr la eficacia del otro. En efecto, desde la perspectiva de los derechos del capturado se tiene que aunque se reduce el grado de eficacia de su derecho a la defensa, éste no resulta anulado porque se mantiene su derecho a la defensa técnica y queda incólume el derecho fundamental a que un juez revise la legalidad y constitucionalidad de la captura dentro de las 36 horas siguientes a la misma. De igual manera, desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades del Estado, con la formalización de la captura se define la situación jurídica del detenido y se evita el limbo en que pudiera encontrarse quién aparece **sub iúdice** frente al Estado sin la autorización jurídica para el efecto. Luego, con la medida analizada se logra proteger el derecho del capturado a la valoración judicial de*

la detención, sin que se sacrifique gravemente el derecho a la defensa del capturado porque se conserva la defensa técnica como un instrumento de validez de la diligencia.

e) Garantía temporal. Los términos constitucionales para poner el capturado bajo órdenes judiciales, están establecidos en la misma Carta y al tenor de la jurisprudencia, las 36 horas son perentorias. Así lo establece la sentencia C-425 de 2008, pues como se trata de un control al abuso de poder, se puede afectar el derecho a la defensa material del capturado, además de poner en riesgo los derechos a la vida e integridad del mismo, pues permite que el juez solamente realice el control de legalidad de la aprehensión de manera formal y no material, como quiera que no tiene a su alcance todos los elementos de juicio suficientes para llegar a una decisión acertada

3.3.6 Variables adicionales de control de legalidad de la captura excepcional por cuenta de la Fiscalía General de la Nación

En estos casos, se debe controlar la legalidad de la orden escrita y motivada sobre la captura con justificación del fiscal sobre la procedencia de detención preventiva; argumentación del fiscal relacionada con el hecho de que no se encontró al Juez/la Jueza de Control de Garantías para expedir la orden y término de vigencia; existencia de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada; argumentación del fiscal sobre la existencia de riesgos previstos en la ley.

3.3.7 Variables adicionales de control de legalidad en caso de flagrancia

La Corte Constitucional ha sido clara en el hecho de que esta modalidad de captura exige una valoración fáctica de los requisitos de inmediatez, actualidad y plena identificación del delincuente como condiciones *sine qua non* para que se configure la flagrancia.

3.4 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

El Acto Legislativo 003 de 2002 contempla como una de las funciones básicas de la Fiscalía General de la Nación, solicitar al Juez/la Jueza 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.

El nuevo CPP acoge un sistema para la imposición de las medidas de aseguramiento que implica la solicitud de la Fiscalía General de la Nación para que el Juez/la Jueza de Control de Garantías decida sobre la medida en una audiencia en la cual se debatirá lo pertinente (artículo 306). Dadas las características de la estructura del proceso penal, la regla general es que la Fiscalía solicite dicha medida en la audiencia de imputación, aspecto éste que está regulado en el artículo 287. No obstante, el artículo 288 establece que el contenido de la imputación en lo relacionado con los fundamentos jurídicos y fácticos que ella requiera, es independiente de las exigencias especiales para solicitar la medida de aseguramiento.

La nueva legislación procesal penal contempla dos modalidades de medidas restrictivas, esto es, medidas privativas de la libertad (detención preventiva y detención domiciliaria), y medidas no privativas de la libertad (sometimiento a mecanismos de vigilancia electrónica a una persona o institución determinada; presentarse periódicamente 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 salir del País, del lugar en donde reside o del ámbito territorial que fije el juez/ la jueza; prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares; prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas; prestar caución o fianza y prohibición de salir del lugar de habitación en las horas de la noche). Sin duda, el sistema se orienta a buscar gradualidad en la aplicación de las medidas restrictivas de libertad, siguiendo el dictado constitucional, según el cual, el Juez/la Jueza de Control de Garantías impone una medida de acuerdo con la necesidad de aseguramiento de la comparecencia, concepto que se convierte ahora en columna vertebral de la restricción del derecho fundamental a la libertad durante el proceso penal.

Las medidas privativas y no privativas de la libertad requieren que se satisfagan los requisitos constitucionalmente establecidos para proceder a esta injerencia cuyo desarrollo aparece en el artículo 308 del CPP, el cual básicamente exige una inferencia racional de autoría o participación del imputado en la conducta que se endilga (fundamentado en la adquisición probatoria de la Fiscalía), y el análisis del principio de necesidad que implica a su vez, una justificación sobre la concreción de los riesgos que justifican la afectación del derecho, esto es, prevención del riesgo de fuga, de alteración y reiteración que son los tratados desde su arista constitucional en este ensayo.

Si se observa bien la nueva disposición, en lo que corresponde a la detención preventiva y no a otras ‘medidas’, replica los fundamentos del artículo 355 de la Ley 600 de 2000, salvo lo que corresponde a la protección de la comunidad, y en especial de las víctimas. No obstante, el numeral primero del artículo 250 de la Constitución requiere de una nueva interpretación desde el punto de vista de las relaciones entre principio acusatorio e imposición de las medidas restrictivas de la libertad para asegurar el desarrollo del proceso penal. La propia historia del procedimiento penal colombiano esboza las dificultades que se han tenido para que esta relación se aprecie con claridad, toda vez que de la carencia total de controles a las medidas de detención tomadas por la fiscalía, se pasa al control de forma, luego al control judicial posterior de forma y de fondo, sin que la solución sea satisfactoria, a pesar de que la legislación derogada permitía la posibilidad de revisión judicial y los recursos ordinarios ante el propio ente acusador.

Tal y como ha acontecido en otras latitudes, por ejemplo: en España, la incorporación del principio acusatorio genera innovaciones significativas en el régimen de la prisión provisional y aseguramiento del proceso que inevitablemente también se proyectan a la interpretación de los derechos fundamentales con medidas de tal índole. Siguiendo a Sanguiné, digamos que la función del principio acusatorio en relación con la prisión preventiva implica dos cambios sustanciales, a saber: 1) la adopción de la medida de detención supone un requerimiento previo del órgano acusador al juez, generándose el principio de justicia rogada , esto es, que el fiscal aparece en pleno de igualdad con la defensa en la discusión

y prueba de los motivos que han de soportar la medida más grave que se pueda tomar en el curso del proceso penal, y 2) la adopción o improcedencia de la medida, surge de un debate en el cual el eje es el principio de contradicción, de tal forma que se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales, toda vez que el imputado tiene su derecho de ‘audiencia judicial’ y el debate contradictorio obliga al juez/jueza a sopesar las motivaciones de la fiscalía frente a las exigencias constitucionales de la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, además de los fines y riesgos innecesarios que puede acarrear la detención carcelaria.

Para efectos de nuestro ordenamiento, es menester reflexionar sobre ciertas dificultades de interpretación en cuanto a la audiencia se refiere, esto es, cómo se debe entender la expresión ‘controversia pertinente’ al tenor de lo dispuesto en el artículo 306. ¿Se trata únicamente de permitir a la defensa debatir sobre los fundamentos que la Fiscalía posee para solicitar la imposición de una medida de detención? O la expresión ‘controversia pertinente’, ¿implica la posibilidad de allegar y discutir pruebas que efectivamente desvirtúen la formulación del Fiscal ante el juez/la jueza de garantías? El tema no es de marca menor, pues los tribunales internacionales han dedicado buena parte de sus esfuerzos a aclarar el punto. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo , en decisiones recientes opta por una interpretación, según la cual, el juez/la jueza, independientemente de las exigencias procesales del derecho interno, debe comprobar si la prisión provisional se basa en una sospecha razonable y si la motivación y realización de aquélla se avienen con los presupuestos legales. La exigencia para llegar a esta definición pasa necesariamente por la garantía de un juicio justo (*fair trial*), y contradictorio, especialmente por la aplicación del principio de *igualdad de armas*. De acuerdo con la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya comentamos, resulta violatorio del principio de igualdad de armas la imposibilidad de la defensa para acceder a los medios de prueba que posee la Fiscalía a efecto de plantear sus estrategias para hacer valer la presunción de inocencia. Claro está, la extensión del derecho de igualdad de armas lleva a plantear otro problema, también analizado internacionalmente, esto es, que en el caso de investigaciones secretas, la posibilidad de solicitar pruebas en la audiencia de detención preventiva, es tanto como un ‘descubrimiento anticipado’ que podría poner en riesgo la investigación.

A una conclusión similar se debe llegar, al analizar las decisiones interamericanas, pues la exégesis de la garantía procesal del derecho a ser informado de las razones de la privación de la libertad, lleva inevitablemente a la conclusión de que esta garantía debe permitir que la defensa o el propio detenido tomen las medidas para obtener la libertad inmediata. El Comité de Derechos Humanos en el caso Drescher vs Uruguay opina que “el párrafo 2 del artículo 9 del PIDCP establece que toda persona detenida será suficientemente informada de las razones de su detención como para que pueda tomar las medidas inmediatas *a fin de obtener su puesta en libertad si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento*”.

Por consiguiente, tenemos la convicción de que el debate acerca de la imposición de medidas de seguridad debe ser igualitario, esto es, permitir la posibilidad de que la defensa disponga del material probatorio que fundamenta la solicitud de la Fiscalía y lo controvierta en lo que resulta pertinente, esto es, en el contexto de las inferencias razonables del Fiscal y la prevención de los riesgos que exige la normativa constitucional para la imposición de la medida. Nos orientamos a esta interpretación, teniendo en cuenta que el objetivo de la audiencia es justamente el debate sobre los fines de la medida y no un debate anticipado sobre la responsabilidad penal del imputado. En cualquier caso, la Corte Constitucional apoya esta hermenéutica cuando en su sentencia 1194 de 2005 afirma:

La normativa del Código de Procedimiento Penal permite también que descubrimientos puntuales tengan lugar en el juicio oral (inciso final del artículo 344 del CPP) o, incluso, en la etapa de investigación, cuando se imponen medidas de aseguramiento contra el procesado (artículo 306, CPP), pese a que la ley no se refiera nominalmente a ellos, como descubrimientos.

Además de ello, podemos aducir las siguientes razones:

- a. El artículo 306, CPP debe guardar armonía con el artículo 287 de acuerdo con el cual para la audiencia de imputación (en donde se puede solicitar ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías la medida de aseguramiento), se debe realizar una inferencia razonable

de autoría, basada en los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Por lo tanto, le es dable al defensor, pedir las pruebas para desvirtuar la inferencia lógica que realice la Fiscalía.

- b. El artículo 295 del CPP, establece como regla de aplicación general, la afirmación de la libertad, al establecer que “las disposiciones del Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”. Por lo tanto, el defensor puede aducir que la fundamentación de la Fiscalía es contraria a esta norma en el sentido de considerar la medida innecesaria, inadecuada, carente de proporcionalidad o irrazonable frente a las exigencias constitucionales, pero para tales efectos debe fundamentar probatoriamente su argumentación.
- c. Por lo demás, el artículo 308 del CPP le exige al Juez/la Jueza de Control de Garantías que decrete 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 autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Es decir, se le exige al juez de garantías el mismo criterio que se le exige a la Fiscalía, para proceder a la imputación al tenor de lo dispuesto en el artículo 287.

Y la misma disposición añade que para imponer la medida de aseguramiento, se debe cumplir alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia;
- b. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima;
- c. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

La norma citada nos lleva a los fundamentos constitucionales establecidos en el numeral primero del artículo 250 como causales previstas para decretar las medidas restrictivas de la libertad, de tal manera que en lo que sigue el análisis se cifra en la compatibilidad de las definiciones del Código con los contenidos constitucionales y la normativa internacional de derechos humanos en aquello que corresponde a la detención preventiva.

Para empezar, la Constitución habla de “asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal”. Esta justificación de la detención preventiva ha tenido en su historia un debate intenso, pues nació –y se sigue manteniendo- como la vía de escape adecuada (lógicamente en la teoría), a la consideración de la prisión preventiva en su acepción de pena anticipada . En efecto, si el argumento originario era aquel relativo a que la detención preventiva debe cumplir fines estrictamente procesales, el aseguramiento del indicado de la comisión delictiva lo obligaba a tolerar pasivamente la detención preventiva para cumplir con las exigencias del proceso y las consecuencias que este produce de llegar a declarar una sanción privativa de la libertad. Carrara en el texto de su famoso *Programa de Derecho Criminal*, predicaba la justificación del encarcelamiento preventivo como una medida subordinada a las ‘necesidades del procedimiento’ y recalca los rasgos que desde entonces la caracterizan: plazo razonable, utilizable en los delitos de mayor gravedad y sustituible por otras medidas menos graves con miras a la realización de la justicia, la verdad y la defensa social.

Hacia los años 80, el círculo de trabajo de la reforma del proceso penal en Alemania, con Hassemer a la cabeza, agregó a las indicaciones ya realizadas por los italianos, la idea de que la detención preventiva, como consecuencia de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general, ni especial, afirmando la exigencia de una diferenciación entre los fines que cumple la pena propiamente dicha y la detención preventiva. Esta última tarea difícilmente la ha podido cumplir el derecho penitenciario, debido a que hasta el momento tampoco existen soluciones satisfactorias en la teoría y mucho menos en la práctica, que posibiliten un tratamiento carcelario diferenciado entre detenidos y condenados. Es más, pareciera que las soluciones que proclaman los fines estrictamente procesales del encarcelamiento preventivo terminan por

hacer más severas las consecuencias del internamiento para los detenidos que para los condenados en lo que respecta a la limitación de los derechos fundamentales de los primeros. Así, por ejemplo: algunos ordenamientos restringen la posibilidad de comunicación del detenido, limitan a efectos de la investigación la libertad de correspondencia y para completar, le impiden al detenido gozar de los beneficios penitenciarios de los condenados (permisos, salidas de fin de semana, etc.), dado que los motivos de su internamiento inevitablemente se relacionan con la necesidad de comparecencia al proceso y por lo tanto, con un alto riesgo de fuga. En suma, la justificación de 'necesidad de comparecencia' es muy compleja de mantener en un discurso procesal coherente.

Con todo, los motivos relacionados con las necesidades de aseguramiento procesal siguen siendo una de las causales más invocadas a la hora de imponer una medida restrictiva de la libertad en el proceso penal. Así, Hassemer habla de que los fines de la prisión preventiva

... sólo 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, y sólo éstos. Quien lucha contra la criminalidad en forma prematura, es decir, antes de la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona sin fundamento jurídico a una persona.

Andrés Ibáñez por su parte, habla de la prisión preventiva y le atribuye un

... papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso. De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del Ministerio Público; y, por otra, evitando eventuales

acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables... Ésta es de las tres opciones contempladas, aquella en la cual la asimilación de imputable a culpado, se da en menor grado.

Sanguiné, siguiendo a este mismo autor, afirma que esta concepción es la que choca de manera menos intensa con el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el derecho a un debido proceso, en el sentido de prohibir la pena anticipada sin un juicio previo. Y lo dice a propósito de la jurisprudencia constitucional española que establece como fines constitucionalmente legítimos de la prisión preventiva, "la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y en su caso para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: sustracción a la acción de la administración de justicia, obstrucción de la instrucción penal y desaparición de prueba".

Nuestra Corte Constitucional también llega a similares conclusiones, interpretando la antigua redacción del artículo 250, que igualmente apoya la hermenéutica del actual al afirmar:

El concepto de detención preventivo tiene en la Constitución, en principio, el carácter de indeterminado, en la medida en que, ni en la norma que la permite (artículo 28 de la C.P.) ni en el resto de las disposiciones de la parte dogmática de la Carta, se definen su alcance o sus limitaciones.

En el proceso de concretización de ese contenido abierto, la propia Carta, en su parte orgánica suministra algunos elementos, cuando en el artículo 250, al regular las acciones que debe tomar la Fiscalía para el cumplimiento de sus cometidos constitucionales, señala que, ésta debe asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal adoptando las medidas de aseguramiento.

Se tiene, entonces que la propia Constitución, en el artículo 250 citado, establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo, esta norma no agota al ámbito de

indeterminación del concepto, cuyo alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia. Sobre este particular, la Corte ha dicho que:

Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de 'Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento'... 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 de 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 (sentencia C-774 de 2001).

Como puede observarse, la decisión de la Corte Constitucional de nuestro País se atiene en lo fundamental a la visión dominante sobre los fines procesales de la detención, pero en cualquier caso y ante las dificultades de mantener una posición teórica coherente sobre lo que debe entenderse por un 'fin procesal', hay que anotar que esta noción de aseguramiento ha sufrido en la doctrina constitucional, una transformación cuyos puntos esenciales podemos resumir de la siguiente forma:

- a. La tutela judicial efectiva y su componente de acceso a la administración de justicia, contempladas en la Constitución, necesariamente moderan la exigencia de que el imputado permanezca a disposición de la Fiscalía privado de la libertad, pues en una concepción de proceso cooperativo⁵, la investigación de ciertos delitos requiere de presentaciones puntuales para que el imputado ejerza su derecho de defensa y el defensor consecuentemente haga valer la presunción de inocencia. Aún más, la detención preventiva basada en el criterio de disposición permanente del imputado puede conducir a una violación de *nemo tenetur se ipso accusare* cuando, por

5 ROXIN, Claus. *Über die Reform des deutschen Strafprozeßrecht*. Libro Homenaje a JAUCH, 1990.

ejemplo: se invoque dicha necesidad para obtener evidencia en la cual el imputado es objeto de prueba (examen médico, extracción de fluidos corporales, etc.). Por esa misma razón, las argumentaciones de mínimo sacrificio o tolerancia pasiva del imputado a la detención, no resultan para nada convincentes desde las aristas constitucionales de la presunción de inocencia.

- b. En las actuales circunstancias, la posibilidad de adelantar juicios in absentia no se aprecia necesariamente como una violación del principio de audiencia judicial, toda vez que la extensión del derecho a la defensa con todas las garantías, suple la exigencia de escuchar al imputado. Incluso, la garantía del derecho a no declarar como medio legítimo de la defensa, haría innecesaria la comparecencia del imputado al proceso .
- c. La exigencia del principio de proporcionalidad como criterio ineludible en la aplicación de una injerencia estatal en los derechos fundamentales, resulta sumamente compleja cuando para efectos de la detención preventiva, los extremos del ejercicio son el aseguramiento de la actuación procesal, por una parte y la presunción de inocencia, por la otra. Efectivamente, se entiende que el derecho fundamental a la libertad no es absoluto y que además, es cierto que los órganos de persecución penal tienen la tarea de realizar el valor justicia como postulado constitucional, pero aquí, como lo afirma Sanguiné, habría que ponderar, si la pérdida de libertad del acusado frente al valor de un procedimiento con su presencia, no resultaría una exigencia excesiva, lo cual conduce a la opción de asumir el principio de proporcionalidad en la búsqueda de medidas alternativas que puedan cumplir iguales fines⁶.

Este último aspecto es recalado por la doctrina procesal que justifica la detención preventiva como una medida cautelar excepcional, dirigida a neutralizar los peligros graves (por lo serios y probables), que se puedan cernir sobre la investigación penal, con riesgo de apartarla de su finalidad constitucional de afianzar la justicia.

⁶ SANGUINÉ. *Ob. Cit., supra nota 1, p. 620.*

La decisión de la Corte Constitucional también cita a favor de su argumentación, la normativa internacional de derechos humanos que nos concierne y anota que en materia del derecho a la libertad, no hay lugar a configurar el bloque de constitucionalidad, pues este derecho admite limitaciones durante los estados de excepción, pero añade que debe interpretarse por cuenta del artículo 93 de la Carta Política de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. En cambio, frente a la presunción de inocencia, la Corte Constitucional sí predica la aplicación del bloque de constitucionalidad y por supuesto, la hermenéutica extensiva de los derechos humanos. No obstante, lo cierto es que la interpretación autorizada de los órganos internacionales tampoco ha logrado una opinión de conjunto que sea convincente, pero reafirmando el criterio de interpretación extensiva de acuerdo con la normativa internacional que establece a Corte diríamos lo siguiente:

El PIDCP en su artículo 9, establece la regla de libertad y la excepción del encarcelamiento preventivo, con todas las garantías que corresponden a tal medida (legalidad, debido proceso, motivación de la medida, información al detenido, audiencia judicial, recurso, reparación, plazo razonable, entre otras). Para lo que ahora nos interesa, la misma disposición establece: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales, y en su caso, para la ejecución del fallo”.

La hermenéutica de esta disposición por parte del Comité de Derechos Humanos, se cifra en dos aspectos: en primer lugar, se reconocen internacionalmente las razones tradicionales para detener que se encuentran en el derecho penal comparado, esto es, posibilidad de fuga, alteración probatoria y reincidencia. En segundo lugar, además de los supuestos de legalidad anteriores el Comité agrega que la medida debe ser ‘razonable’ en toda circunstancia y ‘necesaria’. Así, el Comité determina que la ‘necesidad’ es una parte implícita del carácter excepcional de la medida de detención contemplado en el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto y por lo tanto, condiciona y obliga a justificar cualquier detención preventiva⁷.

⁷ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hill y Hill vs España, 1995.

En el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, se parte del hecho de que los ordenamientos internos adopten la medida de detención como excepcional y por lo tanto existe la exigencia de mérito sustantivo como requisito antecedente para restringir la libertad. En este sentido, la Corte Interamericana se manifiesta en el reciente caso López Álvarez vs Honduras (estableciendo que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de la ley que permite sus aplicaciones en casos concretos a las hipótesis establecidas, sino que a ello debe agregarse un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan). Caso Tibi contra Ecuador y Caso Palamara Iribarne vs Chile, 2005.

El inciso 5 del artículo 7º de la CADH, establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. *Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpreta la disposición internacional de la siguiente forma:

Tanto el argumento de la seriedad de la infracción como el de la severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respete sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio⁸.

⁸ O'DONNEL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Supra nota 4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Giménez vs Argentina, 1996, p. 295.

Y lo que resulta de mayor importancia para hacer más concreto el principio de necesidad, se expresa en otra decisión de la siguiente manera: “La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada”⁹.

Las decisiones recientes de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son muy claras al fijar los criterios fundamentales que deben guiar a las legislaciones internas en materia de detención preventiva. Sin pretender ser exhaustivos podemos decir que estos criterios son los siguientes:

- a. Mérito sustantivo. Las simples sospechas o la construcción indiciaria afectan indebidamente el derecho a la presunción de inocencia cuando fundamentan la medida, de tal manera que existe la exigencia de prueba suficiente para imponer la restricción (caso Tibi vs Ecuador), y (caso Palamara Iribarne vs Chile, 2005).
- b. Fines procesales. Toda medida restrictiva de la libertad dentro del proceso penal puede tener únicamente fines para el cumplimiento del proceso; en tal sentido, criterios como la alarma social, la repercusión social del hecho, la peligrosidad del imputado o el riesgo de reincidencia no pueden considerarse como fines procesales desde el punto de vista del artículo 7 de la Convención. Fijar estos criterios afecta la presunción de inocencia y el tratamiento igualitario de la ley procesal penal, pues se instaura un tratamiento diverso, dependiendo de la naturaleza reprochable de ciertos delitos. El encarcelamiento no puede ser determinado por el tipo de delito (párrafo 81 informe 35 de 2007 Comisión Interamericana caso Peirano Basso vs Uruguay).
- c. Demostración de los riesgos procesales. La mera alegación de riesgos por parte de la persecución penal no satisface la exigencia impuesta en la Convención.

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bronstein vs Argentina, 1997.

Ahora bien, la solución que adopta nuestra nueva legislación procesal penal sobre la temática de la comparecencia combina justamente los factores establecidos en la jurisprudencia internacional que hemos citado anteriormente y que están consagrados en el artículo 312, CPP, como desarrollo del postulado constitucional que analizamos. En efecto, la norma establece: *"No comparecencia.* Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

- a. "1. 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.
- b. "2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a éste.
- c. "3. 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".

La Corte Constitucional en decisión C-1198 de 2008 se refirió a la expresión "en especial" introducida por la Ley 1142 de 2007 de la siguiente forma

Las mismas consideraciones, condujeron a la declaración de inexequibilidad de la expresión "en especial" contenida en el artículo 25 de la Ley 1142 de 2007, puesto que la modalidad y gravedad de la conducta y de la pena a imponer, no pueden ser los criterios especiales y únicos para determinar si hay lugar a la acción estatal, como quiera que es necesario además, que se analicen los criterios subsiguientes contenidos en el artículo 312 de la Ley 906 de 2004, de modo que pueda determinarse la necesidad o no de la medida de aseguramiento no sólo para garantizar su comparecencia, sino el cumplimiento de la sentencia.

3.5 RIESGO DE FUGA

Las causales establecidas en el artículo 312, CPP, en su conjunto configuran el llamado ‘riesgo de fuga’ y como tal implican para el operador judicial un examen relativo a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad se sustraiga a la acción de la justicia evitando el juzgamiento o el cumplimiento de la pena. Tal examen, como lo ha dicho la doctrina¹⁰, no se afirma en forma esquemática de acuerdo con criterios abstractos, sino que debe realizarse conforme con el caso concreto. De ahí que no se viole el principio de igualdad constitucional cuando el mismo operador jurídico decide de manera distinta la temática de la libertad en el caso de coimputados, pues el caso concreto le permitirá llegar a soluciones distintas que no implican un trato discriminatorio desprovisto de una justificación objetiva y razonable.

La norma merece algunas precisiones. En primer lugar, para determinar la no comparecencia la disposición contempla un primer análisis sobre ‘la modalidad y gravedad del hecho’. Estas expresiones se deben interpretar de forma armónica con el artículo 313 que señala las conductas en las cuales procede la detención preventiva una vez satisfechos los supuestos del artículo 308. Es decir, la gravedad del hecho y sus modalidades se enmarcan en las conductas que admiten la detención, una vez se hayan determinado los requisitos de necesidad de la medida para evitar obstrucción, riesgo para la comunidad y sustracción al proceso y la pena.

En segundo lugar, la pena imponible tiene una gran importancia para determinar el riesgo de fuga, según el cual se entiende que ante una eventual condena prolongada será menor el interés del imputado en comparecer al proceso; pero, como bien lo explica Llobet, ello no debe ser analizado en forma aislada, sino que debe ser considerado en relación con otras circunstancias como: el peso de las pruebas incriminatorias.

El nuevo Código también obliga a considerar los vínculos del imputado con la comunidad para que proceda la medida de aseguramiento y recalca que ésta se valora teniendo en cuenta el domicilio, asiento de la familia, negocios y facilidades para abandonar definitivamente el país o

¹⁰ LLOBET, Javier. *La prisión preventiva límites constitucionales*. Supra nota 5. p. 214.

permanecer oculto. En realidad estas apreciaciones que deberá hacer el juez de garantías para tomar las decisiones sobre la imposición de una medida restrictiva de la libertad en el proceso penal le permiten optar por diversas modalidades, de acuerdo a lo que se requiera para asegurar el desarrollo de la actuación procesal, de tal manera que la carencia de arraigo del imputado obligaría al juez a optar por una medida restrictiva de la libertad, mientras que una demostración contraria le permitiría ubicarse más bien en aquellas medidas de sometimiento procesal como las presentaciones periódicas, la prohibición de salir del país, de comunicarse con ciertas personas o incluso la detención domiciliaria.

Esta es la interpretación que se asume en el contexto internacional. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos enfatiza en la necesidad de tomar en cuenta todas las características personales del acusado cuando afirma: “La Comisión observa que si ésta es la (la fuga) es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, 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”¹¹.

La segunda causal del artículo 312, esto es, la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a este, merece también una interpretación sistemática, pues el nuevo Código, desarrollando las nociones de justicia restaurativa que aparecen en el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución, ha diseñado medidas alternativas de solución como la mediación que permitirían al imputado desde una etapa temprana del proceso manifestarse positivamente a favor de una solución negociada que incluya la reparación del daño. Así, puede suceder que en la propia audiencia de imputación en donde se solicita la medida de aseguramiento por parte de la Fiscalía, se solicite igualmente, por parte del imputado en los delitos, que le permitan someter el caso a mediación. El artículo 525 establece al respecto que “la mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el Fiscal, Juez/Jueza de Control de Garantías o Juez/Jueza de Conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador”. Interpretado de manera conjunta con

11 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bronstein vs Argentina*, 1997.

el inciso segundo del artículo 523 del CPP, podemos tener esta opción como actitud positiva del imputado frente a los daños.

Igualmente, la interpretación de esta causal puede tener otros referentes legales, como, por ejemplo: la valoración de las circunstancias diminuentes de punibilidad que están establecidas en el artículo 55, numerales 5 a 7 del Código Penal o las especiales que presentan ciertos delitos como el daño en bien ajeno. En este caso, es la actitud posterior a la comisión de la conducta punible, la cual se puede valorar tanto para la procedencia de la medida de aseguramiento como para la dosificación de la pena.

El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del cual se pueda inferir razonablemente, su falta de voluntad para sujetarse a la investigación o a la persecución penal y al cumplimiento de la pena, no deja de ser una causal problemática, pues obliga a realizar una valoración que puede restarles extensión a los derechos fundamentales, por ejemplo: si durante el procedimiento de indagación la persona que resulta objeto de imputación no otorgó su consentimiento para la práctica de una prueba de acuerdo con el artículo 249 del CPP o rechazó una entrevista con los agentes de la investigación o hace uso de su derecho al silencio en el interrogatorio al indiciado del artículo 282 del CPP, entonces ese tipo de comportamiento –legítimo desde la extensión del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo– no puede constituir la noción de inferencia razonable para determinar el riesgo de fuga, justamente por la connotación constitucional de los derechos en juego.

Más bien la interpretación sistemática del ordenamiento procesal penal permitiría, a los efectos del numeral 3 del artículo 312 que comentamos, inferir razonablemente el peligro de fuga de una apreciación de los artículos y 127 y 291 del CPP. Así, la primera de las dos disposiciones citadas predica que el juez de garantías verifique los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener *la comparecencia del proceso*. Si el sindicado en este caso, ha logrado eludir las citaciones, por ejemplo: cambiando el domicilio con el resultado de que se le deba declarar persona ausente, entonces se podrá perfectamente inferir de manera razonable, que no quiere comparecer al proceso. Lo mismo vale para el caso de contumacia del cual habla el artículo 291.

3.6 RIESGO DE OBSTRUCCIÓN

La segunda exigencia constitucional para decretar una medida de aseguramiento que encontramos en el numeral 1 del artículo 250 de la Carta es la llamada ‘conservación de prueba’, y se conoce en la doctrina como peligro de obstaculización. En el nuevo CPP, aparece en el artículo 309 como obstrucción de la justicia. La fundamentación constitucional del riesgo de obstaculización también ha sido compleja, pues implica dificultades frente al principio de igualdad, ya que es factible que quien no aparece como presunto responsable de una conducta punible tenga también capacidad para la alteración probatoria como aquel sobre quien pesan indicios de autoría o participación delictiva. La discusión, por lo tanto, retorna a la temática de la extensión de la presunción de inocencia dentro de la investigación penal. En este sentido, no son pocas las manifestaciones doctrinales que abogan por la eliminación de esta causal, mientras que otro sector justifica la subsistencia para el encarcelamiento preventivo en la necesidad de descubrimiento de la verdad material y por lo tanto, su fundamento constitucional se infiere de los valores superiores del ordenamiento, en este caso de la realización de la justicia como tarea del Estado de Derecho. Por lo mismo, algunas interpretaciones fundamentadas constitucionalmente sugieren una apreciación escalonada en la justificación y mantenimiento de las diversas materias de aseguramiento procesal. El Tribunal Constitucional español admitió a este respecto, en una controvertida decisión, que la manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente y casi exclusiva de los datos de la gravedad del delito y de la pena¹².

En el derecho comparado la obstrucción de justicia tampoco puede aparecer como un modelo de definición abstracto para la imposición de una medida de aseguramiento, pues aquí vale igualmente lo relativo a la necesidad de comparecencia, esto es, que el comportamiento del imputado funde una deducción consistente que le permita apreciar al funcionario judicial que existe un riesgo para el proceso. Roxin, por ejemplo: concreta el significado del peligro de entorpecimiento en la sospecha fundada de que el imputado: “a) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falseará medios de prueba, b) influirá de manera desleal en coimputados,

12 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. *Sentencia 128 de 1995.*

testigos o peritos (por lo tanto, no es suficiente que el imputado le pida que no declare a un testigo autorizado a abstenerse de declarar testimonialmente) o c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos, dificultando la investigación de la verdad". En este caso también resulta inadmisible fundar el riesgo de obstrucción en los comportamiento constitucional y legalmente permitidos.

Más aguda es la exégesis de Llobet¹³, quien rechaza la invocación del riesgo de obstaculización cuando las justificaciones sean aquellas relativas a que la investigación no está perfeccionada y el imputado la puede alterar; que uno de los imputados está fugado o que los testigos importantes de cargo no han podido ser ubicados para que comparezcan al proceso, pues esto es tanto como acordarle un privilegio defensivo al Estado a costa de la libertad del ciudadano que "garantiza un cómodo, lento y deficiente trabajo de investigación, emprendiendo también conscientemente la función adicional del 'arresto reflexivo'. En efecto, lo que resulta constitucionalmente injustificado es que este tipo de invocaciones secundarias que se pueden interpretar a título de riesgo de obstaculización tengan el fin primordial de que el apremio de la medida de aseguramiento sirva de impulso al procedimiento sin consideración a los derechos fundamentales del imputado. Por el contrario, la doctrina dominante afirma que la causal de riesgo de obstaculización debe partir de una fundamentación más sólida, razón por la cual también se rechazan otras interpretaciones, por ejemplo: la que funda el motivo de entorpecimiento exclusivamente en la naturaleza del delito. Es cierto que existen determinadas conductas en las cuales se da por sentado que el riesgo de alteración es mayor debido a la cercanía que puede tener el autor con los medios de prueba (delitos contra la fe pública, contra la administración pública cuando se cometen con ocasión o ejercicio de las funciones, por ejemplo: el peculado por apropiación), pero también se enfatiza que el dictado de la medida de aseguramiento no puede basarse únicamente en este aspecto, pues aquí también deben valer las circunstancias concretas relativas a la comisión del delito y la situación del imputado.

13 LLOBET. *Ob. Cit.*, supra nota 5, p. 228. En esto sigue la discusión germana Kleinknecht/ Meyer/ Gossner *Strafprozeßordnung*, No. 28. Munich, 1993, p. 112.

Ahora bien, la causal de obstrucción de la justicia también pierde su razón de ser cuando los actos de alteración ya no son posibles, por ejemplo: cuando los medios de prueba ya han sido asegurados o el testigo supuestamente vulnerable está bajo protección. En este sentido, hay que recordar que la función de aseguramiento probatorio (cadena de custodia), le corresponde por mandato constitucional a la Fiscalía General de la Nación, la cual cuenta con amplias facultades para dicha tarea, mediante la ejecución de medidas que permite la Constitución en el contexto de las pruebas preconstituidas. En realidad, la causal en estos casos, gravita cuando existen razones fundadas para pensar que el imputado tiene capacidad para obstruir la justicia mediante actos que alteren las pruebas en sede oral, por ejemplo: mediante la inducción al falso testimonio, por el aprovechamiento de las razones de parentesco o amistad que induzcan a un testigo a rendir una versión amañada de los hechos o cuando se le amenaza a quien debe rendir declaración en la vista principal.

El artículo 309 del CPP, establece que la imposición de la medida de aseguramiento es indispensable para evitar la obstrucción de la justicia, cuando existan motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba; se considere que inducirá a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; cuando impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

La disposición exige motivos graves y fundados que permitan una inferencia sobre la posible obstrucción, de donde se deduce que el Fiscal que solicite el aseguramiento debe proveerle al juez de garantías la base fáctica para el ejercicio lógico de una inferencia razonada como la que aquí se requiere. La doctrina¹⁴ suele asumir la noción de motivo grave, en el sentido de un juicio de probabilidad que puede construirse a partir del comportamiento anterior del imputado, la naturaleza del delito, la forma de comisión de la conducta punible, en especial, si se trata de delitos en

14 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Constitución y proceso penal*, Ed. Tecnós, Madrid, 1996, pp. 147-148. VILELA, Alexandra. *Consideraciones acerca de la presunción de inocencia en el Derecho Procesal Penal*. Coimbra Editora 2000, p. 110. BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1999, p. 346.

los cuales ha existido una división del trabajo criminal y no todos los coimputados están a órdenes de la justicia, pero ante todo, lo anterior cuenta si en efecto el peso de la prueba de imputación y la probabilidad de acusación que tenga el Fiscal del caso es lo suficientemente demostrativa de la conducta, y las circunstancias determinan que el riesgo de entorpecimiento se presentará.

Nos parece que la última parte de la disposición que predica la existencia del riesgo de obstrucción “cuando el imputado impida o dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación”, debe interpretarse de manera restrictiva y entenderse en el contexto de obstrucción probatorio, no de obstrucción de las actuaciones procesales, pues para estos efectos el funcionario judicial respectivo cuenta con poderes correccionales, especialmente los establecidos en el numeral 3 del artículo 143. No se duda que la interferencia en una actuación procesal efectivamente es una forma de obstrucción de la justicia, cuya sanción se define en el ámbito correccional, pero en el caso del artículo 309, realmente se trata de una probabilidad de entorpecimiento de la actividad probatoria con efectos en el procedimiento, digna de ser conjurada con una medida restrictiva de la libertad.

La jurisprudencia internacional interamericana elaborada especialmente por la Comisión en su informe 2 de 1997¹⁵, exige que el peligro sea concreto y no abstracto y que el riesgo se derive de la realización por parte del imputado, de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba, en un contexto de dificultad de la investigación. Ottaviano resume la temática jurisprudencial de la siguiente forma:

en cuanto a la necesidad de investigar y el riesgo de colusión, ha afirmado la comisión que en situaciones en las cuales la investigación se torna difícil por la complejidad de los interrogatorios a efectuar, y el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados, la prisión preventiva es legítima mientras se mantenga la dificultad de la investigación, pero deja de serlo una vez

¹⁵ Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. *La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos*. En: *Anuario de Derecho Constitucional*, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2004, pp. 611-633.

completadas las medidas complejas, ya que la necesidad de investigar no puede por sí sola justificar la prisión preventiva¹⁶.

La jurisprudencia de Estrasburgo, más puntual en este aspecto, ha considerado que el riesgo de obstrucción probatoria implica que en el caso de posible alteración de pruebas materiales, el imputado debe tenerlas en su poder o tener acceso indirecto a ellas, por intermedio de terceros y en el caso de pruebas testimoniales, la jurisprudencia limita el concepto a la capacidad del inculpado de influenciar testigos, peritos o coimputados¹⁷.

3.7 RIESGO DE AFECTACIÓN DE LA COMUNIDAD Y REITERACIÓN DELICTIVA

La siguiente causal que ha introducido el artículo 250, numeral 1 de la Constitución para permitir la imposición de una medida de aseguramiento, es la protección de la comunidad en especial de las víctimas. Esta causal también requiere de una interpretación afinada, pues una lectura llana de la disposición constitucional sugiere la idea de que la comunidad tiene un interés preponderante frente al derecho fundamental del individuo a la presunción de inocencia y el principio fundamental de la libertad en el proceso penal. Por consiguiente, el primer reparo que ha de hacerse a esta argumentación, es el hecho de que aquí no existe el reiterado principio de fines de aseguramiento procesal, sino que en realidad estaríamos en presencia de una anticipación de la pena caracterizada por su núcleo retributivo a la sociedad por el daño causado con el delito.

La doctrina se separa de la noción anterior para considerar que el interés de protección de la comunidad, en realidad se manifiesta en una defensa de ésta frente a la posibilidad de que el imputado en libertad cometa nuevos delitos. A esta interpretación, se le reconoce en la doctrina como *riesgo de reiteración*, pero la forma de tratamiento teórico y la apreciación

16 OTTAVIANO, Santiago. *La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal, en Los Derechos Humanos en el proceso penal*. GARCÍA, Luis M. (Comp.). Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2002, p. 226.

17 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso Wemhoff 1968; más reciente el caso Tomasi sentencia 1992; Kemmache 1991. El supuesto de dificultad del procedimiento aparece también en Clooth vs Bélgica de 1991.

exegética no están exentas de crítica. Por el contrario, la exégesis constitucional de esta causal, se ha hecho más compleja debido a que choca con los presupuestos de un derecho penal democrático y de la propia filosofía que fundamenta medidas como la detención preventiva. En el primer caso, las exigencias de un derecho penal de acto no permitirían un encarcelamiento preventivo, basados en una sospecha no probada de un delito que presumiblemente se puede cometer en un futuro.

En cuanto se refiere a la teoría del proceso penal se censura igualmente que aquí no se trata de un fin de aseguramiento procesal, sino de una medida preventiva o detención por seguridad¹⁸. Con todo, la hermenéutica constitucional extranjera ha aceptado la causal de una manera restringida. Es el caso de la jurisprudencia constitucional germana, que la justifica por las necesidades de protección de un círculo vulnerable de población amenazada por un pronóstico de probabilidad cuya base es la comisión en masa de determinados delitos graves, por ejemplo: resultaría adecuado ordenar la detención preventiva de un sospechoso de agresiones sexuales, teniendo en cuenta que la comisión de los delitos se ha dado de manera reiterada en determinada zona y por lo tanto, es necesario proteger la población femenina del lugar, o en otro caso proteger los menores que pueden ser víctimas de vendedores de estupefacientes en las escuelas, etc. A ello se agrega que el operador de justicia cuenta con la herramienta de la proporcionalidad¹⁹.

Estas apreciaciones del Tribunal Constitucional alemán no han logrado convencer a la doctrina que se empeña en observar la causal de riesgo de reiteración como una resurrección de viejos criterios peligrosistas y por lo tanto, para casos como el de la detención preventiva se llega inevitablemente a la conclusión de que se trata de una condena anticipada. Lógicamente, quienes son menos inflexibles con las exigencias de la teoría constitucional de la causal prefieren ver en ella una medida de seguridad provisional que no necesariamente afecta la presunción de inocencia, pues

¹⁸ SCHMIDT, Ebehard en cambio, piensa que sí existe un aseguramiento procesal porque la comisión de nuevos delitos implican un retraso del proceso por el cual se puede aplicar la medida. Citado por LLOBET. Ob. Cit., nota 752, p. 238.

¹⁹ ROXIN. Derecho procesal penal. Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 262. No obstante, las decisiones antiguas de constitucionalidad BverGE 19, 342 y BverfGE 35, 185, reconocen que esta causal desempeña una función preventiva policial.

la legislación procesal penal dispone de similares medidas preventivas que se entienden como restricción legítima de los derechos fundamentales, por ejemplo: la suspensión provisional de la licencia de conducción o la prohibición del ejercicio provisional de determinadas profesiones.

Sanguiné en su análisis del ordenamiento español no duda en considerar el riesgo de reiteración (frecuencia de hechos análogos), como inconstitucional, debido a tres razones: a) el criterio no es determinado y debería serlo, por ejemplo: mediante estudios de criminología empírica que le indiquen al operador las probabilidades de la comisión recurrente de una conducta en determinado ámbito geográfico; b) la función de una medida de aseguramiento de detención preventiva basada en argumentos como la protección de la comunidad en realidad se relacionan con la alarma social, lo que conduce a otorgarle el efecto de prevención general a la prisión provisional, y c) es una manera velada de ocultar lo que en realidad es una captura con fines de seguridad ajenos a cualquier consideración procesal.

La legislación procesal penal colombiana, siguiendo una vieja tradición, ha optado por establecer en el artículo 310 del CPP, reformado por la Ley 1142, como desarrollo constitucional de la definición del peligro para la comunidad en los siguientes términos: *"Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez/la jueza podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

- "1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
- "2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
- "3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- "4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional".

A juicio de la Corte Constitucional la prevalencia de la modalidad y gravedad de la conducta, para determinar la necesidad de la imposición de una medida restrictiva de la libertad no atiende los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida. De ahí que se hubiera condicionado la exequibilidad del aparte normativo acusado del artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, de manera que no se entienda que la modalidad y gravedad de la conducta es el único criterio para establecer la procedencia excepcional de la privación de la libertad, sino que, al mismo tiempo hay que tener en cuenta si se cumplen los fines constitucionales de la misma, de conformidad con los artículos 308 y 310 de la Ley 906 de 2004.

En cuanto a la gravedad del hecho y la pena imponible vale lo ya dicho con referencia al riesgo de fuga, esto es, que la jurisprudencia internacional y la doctrina han establecido con suficiente claridad que estos pueden constar como supuestos viables para determinar el riesgo de evasión, pero que en manera alguna pueden contar como una variable exclusiva para llegar a la decisión de una detención preventiva, pues existen otros condicionantes para tal dictado. En el caso Garcés Valladares vs Ecuador, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró que “en principio, la privación provisional de la libertad sólo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de la libertad *que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado*” (resaltado fuera de texto).

Pero, además, la misma decisión añade: “la severidad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de la libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado *de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social*” (resaltado fuera de texto).

El riesgo de reiteración expuesto como ‘continuación de la actividad delictiva’ que trae el artículo 310 del CPP, estaría expuesto a todas las críticas sintetizadas en este ensayo, anotando que es nuestra propia

Constitución la que lo autoriza. Sin embargo, la segunda parte del numeral 1 de la misma disposición, esto es, la probable vinculación del imputado con organizaciones criminales, es una causal vaga e imprecisa que merecería ser interpretada más bien en un modelo sistemático que se vincule al derecho sustantivo, pues es reconocida la dificultad de definir un concepto como el de criminalidad organizada. En este sentido, en la audiencia de imputación exige que el fiscal disponga de suficiente evidencia física, elementos de prueba e información legal que determinen razonablemente la autoría o participación del imputado. Si ésta es la exigencia legal, entonces lo que se puede entender por ‘probable vinculación a organizaciones criminales’ debe ser sustentado bajo los fundamentos de participación criminal, la naturaleza colectiva del delito (asociación para delinquir, rebelión, terrorismo), y su forma de comisión (sistematicidad, planeamiento, etc.).

Los numerales 3 y 4 del artículo 310 del CPP, podrían encontrar apoyo en la jurisprudencia internacional que efectivamente ha considerado, como se observa en la decisión citada *supra*, que el riesgo de reiteración también puede ser deducido de la supuesta peligrosidad del acusado. En todo caso, las decisiones de la Comisión Interamericana obligan más bien a pensar en una valoración de conjunto que no en una apreciación exclusiva de una variable tan compleja. La Comisión Interamericana se expresa así sobre este aspecto al afirmar:

Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad (resaltado fuera de texto).

La crítica a la cual se enfrenta el riesgo de reiteración, predica que es inadmisible en la medida en que la detención provisional no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas de la posible sentencia condenatoria

ni a supeditar el desarrollo de la vista oral, sino a impedir un proceso futuro e hipotético. Como lo afirma Barona Vilar, la detención así considerada, se convierte en un instrumento no del proceso penal, sino de verificación de la política criminal.

En una síntesis de las exigencias de la jurisprudencia internacional sobre el punto, San Martín Castro anota que existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva. Según el autor el fundamento para la imposición de la medida se ha de estimar por el funcionario judicial en la idea de 'evitar una infracción concreta y determinada (STEDH Asunto Guzzardi, 6.11.1980, párr. 102): criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión, y criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En el primer motivo se ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo, y a su personalidad (STEDH, Asuntos Clooth, 12.1.1991, párr. 40; Matznetter, 4.4.1967, párrs. 9 y 11; Toth, 12.12.1991, párr. 70; Heozegfalvy, párr. 60). En el segundo motivo se han de tener presente dos condiciones básicas, la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado (Cfr: Grevi, *Perfil del Nuevo Código de Procedimiento Penal*, 1992: 221/222; KLEINK-NECHT-MEYER, *Ordenanza Procesal Penal Alemana*, 1987: 403 y ss)'.

Ap

Ae

J

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Elabore el cuadro completo de las afectaciones a la libertad.

AUTOEVALUACIÓN

Juan, vendedor ambulante del centro de Bogotá, es detenido en la vía pública con una carretilla de fruta, en un lugar donde está prohibida la venta de artículos. La policía toma por la fuerza la carretilla y al caer la fruta, encuentra que en la base aparecen cuatro dosis de estupefacientes de un gramo de pureza. En el forcejeo, Juan sale lesionado en su rostro y un brazo debido a que agredió a los agentes de policía quienes utilizaron el bolillo para someter al vendedor. En el momento del sometimiento, los agentes le preguntan a Juan por la sustancia y él responde que no sabe de qué se trata. El examen de medicina legal determina que Juan es consumidor habitual. Sus lesiones dan cuatro días de incapacidad. Juan es detenido por porte de estupefacientes.

Preguntas:

1. ¿Con qué criterio se puede valorar el uso de la fuerza en el momento de la aprehensión?
2. ¿Cuál es el análisis para determinar la existencia de la flagrancia?
3. ¿Qué variables de las observadas en el capítulo son aplicables en el momento de la legalización de la captura?
4. ¿Cómo procedería el Juez/la Jueza de Control de Garantías frente al consumo habitual para efectos de la detención preventiva?
5. ¿Se puede entender violada la garantía de no autoincriminación al momento de la captura?

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

C-774 de 2001.

C-094 de 1994.

C-251 de 2002.
C-1024 de 2002.
C-822 de 2005.
C-591 de 2005.
C-237 de 2005.
C-1001 de 2005.
C-720 de 2007.
C-479 de 2007.
C-425 de 2008.
C-1198 de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

CSJ Rad 26310 de 2007.
CSJ Rad 25136 de 2006.
CSJ Rad 29904 de 2008.

B

BIBLIOGRAFÍA

SANGUINÉ, ODONE. Prisión provisional y derechos fundamentales. Tirant lo Blanch, 2003.

PUJADAS TORTOSA, VIRGINIA. Teoría General de las medidas cautelares penales. Marcial Pons, 2008.

BIGLIANI, PAOLA Y BOVINO, ALBERTO. *Encarcelamiento Preventivo y estándares del sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

LLOBET, JAVIER. *La prisión preventiva límites constitucionales*. 1997.

GONZÁLEZ, MARÍA DOLORES. *Las garantías Constitucionales de la detención*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

O'DONELL, DANIEL. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Publicado por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

Unidad 4

CONTROL DE GARANTÍAS FRENTE A LAS INJERENCIAS DE INVOLABILIDAD DOMICILIARIA Y SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Reconocer las discusiones fundamentales de la injerencia penal en la inviolabilidad domiciliaria, así como la complejidad de ciertas figuras importadas en este ámbito como la expectativa razonable de intimidad.

Apreciar la temática y extensión de la intimidad en el contexto del secreto a las comunicaciones.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Fundamentar las herramientas básicas de control frente a la investigación penal, utilizando injerencias en derechos fundamentales.
- Relacionar aspectos complejos de la inviolabilidad domiciliaria con otros derechos fundamentales como la intimidad o la libertad.
- Permitir una comprensión de las variables de control de las injerencias.
- Hacer las extensiones correspondientes al secreto de las comunicaciones

ASPECTOS GENERALES

El artículo 219 del CPP, establece la procedencia de registros y allanamientos, en los siguientes términos:

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, imputado 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.

A diferencia de otras legislaciones, el amparo constitucional del domicilio para efectos de investigación penal no aparece restringido en nuestra legislación a la simple condición de tenencia o propiedad sobre un bien inmueble de habitación. Nuestra Corte Constitucional ha sido profundamente acertada en este punto, desde la sentencia C-024 de 1994, en la cual se afirmó:

El artículo 28 de la Carta consagra la inviolabilidad del domicilio como un derecho que goza de protección del Estado y que, al mismo tiempo, hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 15), a la libertad y seguridad individual y la propiedad de las personas (artículo 58 de la Constitución). En efecto, éste derecho hace parte del grupo de libertades clásicas del individuo con el que se amparan aquellos espacios de privacidad en donde el ser humano ejerce el mayor grado de libertad e impiden la intromisión ilegítima del Estado y de los particulares. De ahí que, la inviolabilidad de domicilio sea una de las más preciadas manifestaciones del ejercicio legítimo de la libertad en la sociedad democrática.

Este planteamiento se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, y así en la sentencia C-519 de 2007, el amparo domiciliario trasciende su componente físico-patrimonial, para aplicarse al derecho fundamental a la intimidad.

Este tema, consagrado en el artículo 28 de la Carta Política, ha sido analizado ampliamente por esta corporación en otras oportunidades, donde la jurisprudencia constitucional lo ha entendido como el respeto a la casa de habitación de las personas.

La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así, más que un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad.

En otras palabras, el espacio físico invadido en el curso de una investigación penal no tiene por qué coincidir con los parámetros jurídico civiles o comerciales. Y ello sucede así, porque más allá de la tutela constitucional de la propiedad, lo que está en juego es el derecho fundamental a la intimidad. Por lo tanto, podemos definir la noción de allanamiento y registro como una injerencia en un espacio en el cual el individuo habita sin sujeción a los usos o convenciones sociales y que está dispuesto para el ejercicio de su libertad más íntima. No sólo se ampara un espacio físico considerado en sí mismo, sino también la esfera privada que se desarrolla en él.

La legislación procesal ha extendido esta condición a las naves y aeronaves, lo cual no deja de presentar un problema, pues a diferencia de las casas de habitación, en donde normalmente las personas expresan su intimidad, las naves y aeronaves, por lo general, no poseen esa misma condición, razón por la cual la habilitación legal prevista en el artículo 219 del CPP nos lleva a pensar que la tutela inherente al mismo, puede cobijar para estos casos, una posible extensión de la protección a las personas jurídicas.

En cualquier caso, la hermenéutica de las normas de derechos fundamentales al determinar interpretaciones restrictivas cuando se trate de injerencias estatales en las mismas, obliga a considerar el punto anterior como problema de orden constitucional. En este sentido, ha de sostenerse que no todo recinto cerrado merecería la condición de domicilio y, por lo tanto, si

su afectación es incompatible con la idea de privacidad, no habrá lugar a predicar que estamos en presencia de una injerencia que afecte el derecho a la intimidad. Por ejemplo: los almacenes, las oficinas públicas y los locales comerciales no se encuentran en la categoría anterior. Ello no obsta para que se cumpla con los requisitos constitucionales que exige su restricción, por el hecho de tratarse de lugares cerrados; pero sí tiene importancia en este caso que, por ejemplo: en la medida en que no se afecta la intimidad, el consentimiento del propietario no se observe como un problema esencial, a diferencia de lo que ocurre en las casas de habitación.

4.1 REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA INJERENCIA EN EL AMPARO DOMICILIARIO

Derechos Fundamentales afectados. Normalmente se ha estudiado el tema de los registros y allanamientos como una actuación de investigación penal conjunta, pero desde el punto de vista procesal constituyen dos actuaciones distintas, pues no toda entrada en un recinto privado inevitablemente lleva a un registro, aunque es obvio que a todo registro domiciliario lo antecede una entrada.

Los derechos fundamentales que resultan afectados con las medidas de registro y allanamiento son igualmente distintos, esto es, mientras que el allanamiento tiene entidad para afectar el amparo domiciliario, la libertad personal (cuando se pretende dar captura a una persona solicitada por la administración de justicia), el registro es una injerencia que esencialmente afecta la intimidad y el debido proceso, teniendo en cuenta que existe un procedimiento formalizado para el recaudo probatorio, pues no hay duda que el objeto de una actuación de registro se relaciona con el concepto de pruebas preconstituidas²⁰.

Naturaleza jurídica de la injerencia. Es un acto de investigación que permite asegurar las fuentes de prueba y por lo tanto, opera con todas las complejidades la llamada cadena de custodia. Esa misma condición de acto de

²⁰ Véase una amplia descripción del problema en la jurisprudencia constitucional española en BARRIENTOS PACHO, Jesús María. *Entrada y registro en domicilio particular. La Prueba en el Proceso Penal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, pp. 299-334.

investigación representa para el Control de Garantías un doble problema: por una parte la actuación de registro en sí misma considerada es irrepetible y por lo tanto, debe existir un control material sobre la actuación (formalidades, ejecución, prohibición de exceso, forma como se recogieron los materiales, etc.), de tal manera que lo consignado en el acta de la diligencia, así como la declaración de quienes participaron en él es fundamental para el ejercicio del control. Por otra parte, el control se puede plantear sobre los hallazgos del registro, es decir, pueden realizarse hallazgos en el registro que a pesar de todas las exigencias legales pueden invadir indebidamente el derecho a la intimidad. Desde este punto de vista, será función del control determinar si los hallazgos pueden quedar legalizados al tenor de las discusiones sobre prohibiciones de prueba²¹.

Objeto de la injerencia En desarrollo del artículo 28 de la Constitución, el artículo 219 del CPP permite la injerencia en el amparo domiciliario. Así, el registro está catalogado como una actuación que no requiere autorización judicial previa y debe servir al objetivo de recolección de evidencia física y elementos materiales probatorios del delito investigado. De la exégesis normativa surge igualmente la apreciación relacionada con el segundo de los objetivos que pretende la injerencia, esto es, la captura de una persona indiciada, imputada o condenada. Frente al objetivo de privación de la libertad se aclara que la captura como un acto material de restricción debe estar autorizada por el Juez/la Jueza de Control de Garantías. Si nos atenemos a las dos decisiones que ha tomado la Corte Constitucional en esta materia (sentencias C-730 y C-1001 de 2005), debemos anotar aquí, que la norma no debe resultar afectada por las exigencias que ha impuesto la Corte Constitucional al legislador, debido a que la captura como fin primordial de la entrada y registro debe estar autorizada por el Juez/la Jueza de Control de conformidad con el artículo 297 del CPP. Dicho en otras palabras, si el objetivo del allanamiento es la captura, la solicitud de la orden por parte de la Fiscalía debe justificar claramente el significado de la entrada en domicilio privado bajo los parámetros relacionados con los delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.

21 Sobre las restricciones del registro en el caso español, véase GÓMEZ COLOMER. *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*. En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 2. Madrid, 1994, p. 43.

Como característica especial del allanamiento se debe anotar que la actuación de entrada en el domicilio con fines de captura no se constituye en un acto de investigación directo, pues mediante la captura no se logra la demostración de responsabilidad penal del investigado o imputado. Pero pueden existir actuaciones que dependen de la captura como, por ejemplo: el aseguramiento de información mediante la declaración del capturado y la obtención de evidencia física con el registro. El allanamiento tampoco constituye un acto de prueba en sí mismo considerado. En este sentido, resulta de importancia para el control posterior, que realmente el ejercicio se realiza sobre dos actos, esto es, la entrada en inmueble, la captura y si es del caso, los hallazgos que se generan con el registro.

4.2 VARIABLES PARA EL CONTROL DEL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS EN CASOS NO EXCEPCIONALES DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO

Aspectos generales

El marco general de control esta dictado por la Corte Constitucional, la cual señaló en sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, una lectura sistemática para desentrañar las formalidades que se requieren para proceder a los registros y allanamientos. El catálogo dispuesto en la decisión resulta de importancia para el trabajo de control del Juez/la Jueza de Control de Garantías, toda vez que ésta es una actuación en la cual el legislador ha establecido claramente la consecuencia del incumplimiento de los presupuestos legales para su ejecución, por medio de la regla de exclusión que puede ejercitar el Juez/la Jueza de Control de Garantías.

De conformidad con la decisión, éstos son los requisitos:

La diligencia de registro y allanamiento deberá practicarse:

(i) con los únicos fines de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado,

caso éste que sólo procederá en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva;

(ii) deben existir motivos razonablemente fundados para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como posible autor o participe al propietario o al simple tenedor del bien que se registra o quien transitoriamente se encontrare en él, o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido el delito u objetos producto del mismo;

(iii) los motivos fundados deberán ser respaldados, al menos, por un 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;

(iv) la orden expedida por el Fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, no pudiendo ser indiscriminados;

(v) existen unos objetos no susceptibles de registro;

(vi) la Ley establece unos plazos de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento;

(vii) la diligencia debe realizarse guardando las reglas particulares para tales efectos señaladas en la Ley ;

(viii) se debe tener en cuenta la regla particular si se trata de un allanamiento especial;

(ix) procede en caso de flagrancia bajo las reglas establecidas en la Ley;

(x) se debe levantar el acta correspondiente con las precisiones e indicaciones exigidas por la Ley, en las que se dejarán igualmente las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan, de la

cual se expedirá una copia para los propietarios, poseedores o tenedores, si la solicitan.

De tal suerte, que si la orden de registro y allanamiento, expedida por el Fiscal, se encuentra viciada por ausencia de alguno de los elementos esenciales anteriormente señalados, se generará la invalidez de la diligencia, y los elementos probatorios y evidencia física que dependan de ella carecerán de valor y se excluirán de la actuación y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación (resaltado fuera de texto).

Aspectos puntuales

- a) *La orden de registro.* No se discute el carácter escrito de este requisito como tampoco el hecho de que la competencia para su expedición corresponde a un Fiscal. Por lo tanto, el control versa principalmente sobre el contenido material de la orden. Desde este punto de vista el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe evaluar los aspectos que siguen.
- b) *Motivos fundados para expedir la orden.* El artículo 220 del CPP expresa con claridad que la injerencia procede a condición de que los medios cognoscitivos previstos en la Ley procesal (artículos 275-279), permitan deducir al fiscal una presunción de hallazgo que debe estar relacionada con un posible título de autoría o participación penal del sujeto pasivo que debe soportar de la injerencia (propietario, morador, poseedor). En tal sentido, el juez debe establecer las relaciones entre la investigación, la presunción de hallazgo y la autoría del sujeto registrado. A estas consideraciones se les conoce en la doctrina como “exteriorización de los fundamentos fácticos y jurídicos de la orden” que para nada se compadecen con las formas preimpresas utilizadas para proceder a la injerencia.
- c) *Respaldo probatorio de los motivos fundados.* Como consecuencia de lo anterior el soporte de los motivos fundados que autorizan la injerencia están ampliados por el Código en el artículo 221 de tal manera que a más de los medios cognoscitivos, también se puede fundamentar la orden en el informe de policía judicial, declaración jurada de testigos o informante. La Corte Constitucional ha aclarado en sentencia C-673 de 2005, que los datos

del informante no pueden ser reservados para el juez de garantías y en tal sentido, el funcionario puede exigir todas las informaciones que resulten relevantes a efecto de establecer la relación anteriormente aludida.

d) *Cumplimiento de los procedimientos de cadena de custodia.* El artículo 221 exige que si los motivos fundados surgen de elementos materiales probatorios o de la injerencia de seguimientos pasivos que permitan recolectar fotografías o videos del investigado el funcionario de policía debe certificar la constatación y verificación del cumplimiento de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación. A estos efectos el Juez/la Jueza de Control de Garantías verifica la existencia de la certificación y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no puede manifestarse sobre este tópico en la audiencia de control, pues la vulneración de la cadena no torna la prueba en ilegal o ilícita (sentencias 28282 del 12 de septiembre de 2007; 25920 del 21 de febrero de 2007 y 29416 del 23 de abril de 2008).

e) *Ejecución del registro y allanamiento en los lugares establecidos por la orden.* La labor del Juez/la Jueza de Control de Garantías en este aspecto corresponde a la confirmación de los lugares a registrar establecidos en la orden, entendiendo que la afectación del domicilio se realiza sobre un inmueble concreto para efectos del allanamiento y de los lugares de búsqueda para efectos del registro. La misma disposición prohíbe las injerencias indiscriminadas y en caso de no poderse establecer un lugar exacto a registrar el fiscal debe argumentar los fundamentos que permiten llevar adelante el operativo.

La Corte Constitucional en sentencia C- 131 de 2009, declaró exequible el retiro de la categoría de precisión para los lugares en donde procediera el registro de la siguiente manera:

Por otra parte, el análisis de los cargos materiales realizado por la corporación, partió de la premisa según la cual, el derecho a la intimidad personal y familiar no es absoluto, razón por la cual puede limitarse dentro del proceso penal, siempre que se guarde la garantía de la reserva judicial para autorizar su restricción, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, de acuerdo con lo dispuesto

en el artículo 28 de la Constitución. También tuvo en cuenta que el ordenamiento superior (art. 250, numerales 2º y 3º) autoriza al fiscal para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y para adoptar medidas de aseguramiento de la cadena de custodia de los elementos materiales probatorios, con el control previo o posterior del juez de garantías, como garante de la protección judicial de la libertad y los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y en contraposición, señaló que la competencia de la Fiscalía para afectar tales derechos es restringida y excepcional.

Ya en concreto, cuanto se refiere a la precisión en el señalamiento de los lugares que se van a registrar por orden del fiscal, la Corte observó que se limita a una discusión semántica, pues dentro de las acepciones del vocablo “determinar” utilizado en el inciso primero del artículo 14 acusado, se encuentran las de distinguir, discernir, señalar, fijar, correlativas con aquellas relacionadas con el expresión “precisión”, esto es, determinación, exactitud. Por tanto, la supresión de la expresión “con precisión” que precedía el verbo determinar, en nada afecta la inviolabilidad de domicilio consagrada en el artículo 28 de la Constitución. Además de que se guarda la reserva judicial de la orden, se asegura la determinación de los lugares donde se hará efectiva la medida y de no poder hacerlo, la descripción exacta de aquellos. En consecuencia, la expresión demandada contenida en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 1142 de 2007, se encontró ajustada a la Constitución, en relación con los cargos analizados.

Por otra parte, la interpretación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es demasiado amplia, pues satisface la exigencia de precisión con una autorización general de búsqueda en el inmueble allanado, una vez se está adentro. En la sentencia de casación 28535 del 9 de abril de 2008, se afirma:

En relación con la queja por haberse extendido la diligencia a las distintas habitaciones y dependencias del inmueble objeto de allanamiento y registro, basta decir, retomando las argumentaciones presentadas por el Fiscal Delegado ante la Corte en la audiencia de

sustentación del recurso, que cuando el inmueble se halla debidamente identificado, y la orden no presenta vicios en su expedición, como ocurría en el presente caso, quien la ejecuta goza de libertad para allanar y registrar las diferentes partes que lo conforman.

f) Diligenciamiento. El artículo 225 del CPP, establece las reglas de la diligencia que se conforman al siguiente perfil:

Horario hábil. Entre las 6 a.m. y las 6 p.m., salvo que resulte razonable suponer que realizar la diligencia en las horas nocturnas es la única forma de evitar la alteración probatoria o la fuga del requerido. La Corte Suprema en la decisión anotada anteriormente se ha manifestado a este respecto en el siguiente sentido:

no deriva de un simple capricho de quien realiza el operativo, sino de las particulares circunstancias del lugar, pues se trataba de una zona peligrosa, de difícil acceso, situada en una pendiente, con un sola vía de entrada y muchos callejones, donde de ordinario se expendían sustancias estupefacientes.

Estas particulares características, sumadas al hecho de que el operativo comprendía el allanamiento y registro simultáneo de varios inmuebles, y que en su desarrollo sería utilizado un número importante de unidades policiales, justificaban la anticipación del procedimiento, pues resultaba razonable suponer, como lo sostuvo el Teniente en el curso de las audiencias de control de legalidad posterior de la diligencia y de legalización de la captura, que de iniciarse el procedimiento a la luz del día, se generaría una situación de alerta que lo tornaría infructuoso.

Búsqueda exclusiva en lugares autorizados. Ya se ha observado que la Corte Suprema no tiene reparos en aceptar una búsqueda indiscriminada, si se cumple con los requisitos de forma y menos aún, con la reforma introducida por la Ley 1142 de 2007. No obstante, se aclara que la letra de la Ley únicamente autoriza, la extensión de la búsqueda a otros lugares cuando se encuentren elementos de prueba nuevos que estén relacionados con el mismo delito o en casos de flagrancia.

Hallazgos casuales. El numeral 3 del artículo 225 del CPP, establece con claridad que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito. Este aspecto se conoce en la doctrina procesal como hallazgos casuales.

El problema se ha planteado de la siguiente manera: si la orden de allanamiento y registro se expide con motivos fundados en la investigación de un delito, el presupuesto fundamental de la injerencia es el llamado fundamento de especialidad. Además de la especialidad los motivos fundados que debe aducir el Fiscal para proferir la orden deben recaer sobre un sujeto determinado (intervención indiciaria que está vinculado a título de autor o participe con el delito investigado). Si durante la diligencia se encuentran otros efectos que no son los buscados pero que corresponden a otro punible por el cual no se ha procedido a la injerencia en el amparo domiciliario se generarían varias consecuencias. Se podría predicar, por ejemplo: que al no corresponder al delito investigado los efectos hallados para otra conducta punible no podrían tener vocación incriminante por carencia de uno de los requisitos que deberían haber permitido la intromisión. Obviamente, en este caso la consecuencia inmediata sería la impunidad de la conducta que aún no se ha investigado; o en otro evento se acudiría a las figuras que contemplan excepciones a la ilicitud probatoria, ya que de lo contrario el hallazgo quedaría afectado de ilegitimidad por las razones anotadas. Las posibles soluciones se plantean de la siguiente forma:

Teoría de la configuración de una situación de flagrancia. La doctrina ha sido utilizada en España teniendo en cuenta que la diligencia de entrada y registro corresponde a una injerencia que tiene como presupuesto una unidad de acto, a diferencia de lo que ocurre con las interceptaciones telefónicas que permanecen en el tiempo. Pero la teoría no se sostiene en tanto que la flagrancia exige el requisito de la urgencia para que las autoridades procedan a la persecución, mientras que aquí es la injerencia en el amparo domiciliario la cual lleva al descubrimiento. En otras palabras, si no es debido a la entrada no hay descubrimiento delictivo. Además de eso no se podría hablar de flagrancia puesto que en otros eventos fallarían los requisitos de orden temporal que la caracte-

rizaran. Por ejemplo: si en el registro se incautan documentos legalmente autorizados por el mandato judicial y de su interpretación o lectura se hace un hallazgo que conduce a otro delito tres meses después no hay lugar a hablar de flagrancia.

En nuestro caso el numeral 3 del artículo 225 del CPP, acepta que en los casos de flagrancia se inicie la investigación penal.

Teoría de la novación del objeto de investigación penal. Esta teoría pretende dejar a salvo los hallazgos no buscados pero aún así encontrados sin que se desatienda el fundamento de especialidad que habilita la injerencia, de tal manera que los resultados obtenidos a partir de la entrada y registro se sustituyen frente a los resultados inexistentes que en principio se pretendían.

La crítica es muy severa con la teoría, pues funciona a condición de que se reste toda efectividad a la noción de especialidad e intervención indiciaria en los motivos fundados teniendo en cuenta únicamente los resultados que pueden dar origen a una nueva investigación penal. La noción de sustitución, en suma, no resuelve el problema que se plantea y por el contrario deja en un déficit poco tolerable la ilicitud proveniente de las injerencias en el amparo domiciliario.

El artículo 225 del CPP, acepta esta noción, pues permite que los hallazgos no relacionados con el delito que se investiga se convaliden por esta vía. La Corte Constitucional también ha aceptado este modelo en su sentencia C-591 pero impone una clara restricción a la utilización del material si la diligencia se declara nula por ilicitud probatoria.

Ahora bien, si en la diligencia inválida, de acuerdo a lo considerado anteriormente, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

Si no es posible utilizar como prueba de responsabilidad el hallazgo casual, sino únicamente como medio de iniciación de la investigación penal, eso significa que en nuestro medio la interpretación autorizada del juez constitucional acepta, con todas sus dificultades, la teoría de novación del objeto del proceso de investigación penal, aunque se llega a una solución diferente en lo que corresponde a los efectos de la ilicitud probatoria de la injerencia ilícita frente a la responsabilidad penal. La consecuencia de la interpretación de la Corte Constitucional colombiana es evidente: sin renunciar a la investigación nueva la fiscalía podrá seguir investigando, pero deberá hacer todo esfuerzo (muy difícil esfuerzo), de romper los vínculos entre esta ilicitud y las pruebas consecuentes a efecto de que se aplique el artículo 455 del CPP, si se quiere demostrar la responsabilidad penal.

Teoría de la adición. Como contrapeso a la novación y para evitar la quiebra del fundamento de especialidad que autoriza la injerencia en el amparo domiciliario a efecto de investigar un delito concreto, la jurisprudencia española y en algunos casos la alemana han valorado *in genere* que los actos de prueba que configuran una injerencia en los derechos fundamentales no tienen porqué definir resultados concretos. Ni las intervenciones corporales, ni la interceptación de comunicaciones determinan *ex ante* lo que deba ocurrir en la práctica, pues justamente se trata de una búsqueda que puede tener resultados inciertos. Desde el punto de vista de la autorización habilitante, a la persecución penal se le exige una presunción de hallazgo del material pretendido y por lo tanto, la noción de adición permite que si se cumplen los requisitos formales y materiales de la injerencia a ellos se puede sumar sin problema, los indicios descubiertos de un nuevo delito.

La teoría tiene una virtud, esto es, que funciona sin mayores dificultades cuando se trata de delitos conexos desde el punto de vista sustancial o cuando se puedan aplicar las normas de conexidad procesal. Así, por ejemplo: si se investiga un tráfico de estupefacientes y se pretende la búsqueda de los alucinógenos, pero se encuentran armas sin los amparos correspondientes, las circunstancias de la diligencia ampliarían el objeto de investigación.

La teoría de la adición soluciona parcialmente el problema, pues por principio no se renuncia a investigar la *notitia criminis* casualmente descubierta con una injerencia determinada a otro fin²². Como lo afirma Rodríguez Fernández para el caso español, la consecución de efectos o instrumentos que se refieren a conductas delictivas distintas a las específicas en la orden judicial de allanamiento y registro, no significa que quede huérfano de respaldo legal el mandato judicial que invade la esfera privada del derecho fundamental del afectado. Si la diligencia encuentra delitos conexos o sujetos implicados en el mismo delito investigado, lo procedente es ampliar el ámbito objetivo o subjetivo –o ambos– de la injerencia. El delito nuevo se suma al delito investigado por los resultados positivos de la injerencia, aplicándose las normas de conexión. Cuando se trate de datos que revelen la existencia de un delito autónomo se debe iniciar un nuevo procedimiento de investigación.

La crítica a la teoría de la adición es obvia, esto es, no se puede valorar la legitimidad de una intervención por sus resultados fácticos, pues es tanto como desatender las exigencias que deben anteceder a la injerencia y que resultan cada vez más estrictas. En efecto, los resultados aunque ameritan perfectamente una *notitia criminis* no dejan de fracturar el requisito de probabilidad de éxito, más allá de la presunción de hallazgo que se le exige a la intromisión desde el principio de proporcionalidad. Aún más, si se quisiera ponderar para permitir la vocación incriminatoria del material hallado se tendría que tener en cuenta que la ponderación no excluye para nada la posibilidad de auscultar la intención desviada de las autoridades de persecución penal.

Levantamiento del acta. Se levantará un acta que resuma la diligencia en la cual se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas. Además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados y, en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella.

22 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria: Presupuestos y requisitos*. Homenaje a Marino Barbero Santos. Coord. por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Luis Alberto Arroyo Zapatero. Vol. 2. Madrid, 2001, pp. 833-852.

En el marco de control para el juez/la jueza, el acta de diligencia no corresponde únicamente al historial de la injerencia, sino que eventualmente deberá solucionar problemas que se relacionen con la diligencia y que quedan registradas en tal documento. Así, se puede discutir, los aspectos relacionados con la oposición de los afectados, la práctica de interrogatorios en el lugar del registro o los hallazgos diversos a los que pretendía la búsqueda originaria.

El artículo 28 de la Constitución contempla los presupuestos de reserva legal y reserva judicial para proceder a la injerencia, al exigir mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y motivos previamente definidos en la ley.

Estos dos presupuestos en el marco de la interpretación de los derechos fundamentales determinarían una formulación absoluta, según el cual la garantía no permite al legislador establecer excepciones. De tal manera que el límite de configuración del legislador para habilitar a la persecución penal debe agotarse en los motivos legales para proceder a la injerencia sin que se trascienda la reserva judicial que fija la competencia únicamente en las autoridades judiciales. No obstante, la Corte Constitucional ha encontrado que en materia de inviolabilidad domiciliaria, este derecho fundamental no es absoluto. Por el contrario, admite restricciones que eventualmente permiten a autoridades no judiciales afectar el ámbito de privacidad domiciliaria.

Al igual que en otras legislaciones, esta permisión para el legislador se fundamenta en la situación de casos límite que autorizan al intérprete constitucional a buscar soluciones para eventos de emergencia en los cuales se encuentran en colisión dos derechos fundamentales con aptitud para proteger dos valores constitucionales. Este es el caso de lo ocurrido con la inviolabilidad domiciliaria en nuestro país. La Corte Constitucional se ha manifestado en dos ocasiones sobre este punto, ponderando derechos en conflicto o determinando que efectivamente, se constata una situación límite y ha habilitado casos en los cuales se puede entender que existe una verdadera excepción trazada por el legislador en materia de reserva judicial y que podemos clasificar de la siguiente forma:

1. *Excepciones a la reserva judicial en casos de policía catalogados como imperiosa necesidad.* No se hace exigible la orden de entrada para los siguientes efectos policiales, siempre cuando se cumpla el requisito de que todas estas situaciones corresponden a casos en los cuales la policía debe valorar el evento en el sentido de urgente, extremo e indispensable para proteger derechos fundamentales.

- a. *Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio.* Esta excepción le excepción le permite a la policía o cualquier ciudadano ingreso en habitación ajena basado en el deber de solidaridad constitucional que de conformidad con la Corte implica dos características que son fundamentales para el Control de Garantías, esto es, una autorización tácita del morador para ingresar de urgencia al domicilio, y el deber de todo ciudadano de responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la salud y vida de las personas.
- b. *Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro.* Esta situación excepcional se compadece con la que se encuentra en el numeral 3 del artículo 230 del CPP que bien vista, corresponde a los supuestos de estado de necesidad para la policía judicial y para la policía ordinaria.
- c. *Para dar caza a animal rabioso o feroz.* En la decisión C-024 de 1994 el intérprete constitucional adecuó el principio de proporcionalidad a los mismos supuestos de socorro y auxilio del morador. Y con las mismas palabras se refiere a este aspecto en la sentencia C-176 de 2007. De conformidad con las dos decisiones, el ingreso al domicilio en estas circunstancias, implica una acción humanitaria ante una situación que pone en peligro la vida o la salud, no solamente del morador de la vivienda, sino de la comunidad en donde se encuentra. Así, estas autorizaciones responden al deber constitucional que se impone a todos los ciudadanos y al imperativo superior de las autoridades de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los ciudadanos (artículos 95 y 2 de la Carta).

- d. *Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas.* En el mismo sentido de la argumentación anterior, la Corte Constitucional contempla que la función policial interpretada desde el artículo 2 y el artículo 95, avala que estas actuaciones de policía sean permitidas en tanto son idóneas, a efecto de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos.
- e. *Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos.* Para la Corte es claro que esta injerencia sin autorización judicial ha de referirse a aquellos casos en los cuales se aprovecha la protección física que otorgan las construcciones y el amparo jurídico al domicilio, para emprender ataques contra personas u objetos que se encuentran al exterior de la edificación. Y se agrega que en estos eventos la entrada en domicilio ajeno por parte de la policía responde a la “imperiosa necesidad” de impedir la utilización indebida de la fuerza o el uso desmedido, caprichoso o arbitrario del derecho a la inviolabilidad del domicilio que pone en riesgo derechos distintos a los del morador que ejecuta la violencia.

4.3 VARIABLES DE CONTROL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS EN CASOS EXCEPCIONALES DE POLICÍA (TEORÍA DE LOS ACTOS DE URGENCIA O RIESGO EN LA DEMORA)

Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que se trata de eventos que la teoría procesal ha catalogado como supuestos de urgencia. Si bien, el CPP no contempla esta formulación, lo cierto es que la interpretación jurisprudencial permite hacer una construcción de tal talante, bajo el concepto de “imperiosa necesidad”. Por la misma razón los supuestos de control deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a. Verificación de la excepcionalidad. Se trata de determinar si efectivamente el caso en cuestión responde a los parámetros que no autorizan la orden de entrada, pues si el evento no es de “imperiosa necesidad”

como lo ha dicho la jurisprudencia entonces debe primar la regla general de orden del juez/la jueza o en su defecto la del fiscal. Al decir de la Corte la excepcionalidad que plantean todas las situaciones previstas en el ámbito policial (artículo 83 del Decreto 1355 de 1970), requieren la rápida y urgente reacción de la policía, que en caso de exigir medidas previas, hace que la intervención resulte inane.

- b. Extensión de la injerencia. Si se observa bien, estas excepciones están dispuestas para los eventos de entrada, más no para los de registro. Pero obviamente, existirán casos en los cuales la búsqueda de elementos materiales probatorios, como secuela de la entrada resulta obligatoria, como por ejemplo: en el caso del morador que amparado en la inviolabilidad domiciliaria dispara un arma o lanza elementos contundentes procediendo por vía de hecho contra un tercero y es observado por la policía.
- c. Ponderación de bienes en juego. Como es sabido la construcción jurisprudencial se fundamenta en una limitación propia del ejercicio de derechos fundamentales que no autoriza ni al abuso de la policía para proceder a la injerencia sin orden judicial, ni al abuso del morador para ampararse en la inviolabilidad, por lo tanto, la regla general en materia de control será recurrir a los propios supuestos con los cuales la Corte en sentencia C-519 de 2007, enfrenta el problema al decir:

El carácter relativo del derecho a la inviolabilidad del domicilio encuentra un claro desarrollo en aquellas situaciones extremas en las que debe ceder para que las autoridades públicas se encuentren en capacidad de proteger los derechos a la vida, integridad física, a la propiedad y a la empresa de una persona. De hecho, no tendría sentido exigirle a las autoridades que cumplan el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos si no pueden acudir a su solicitud de auxilio o si no pueden ingresar a su domicilio cuando se está destruyendo o existe grave riesgo de que el titular del derecho a proteger pierda sus pertenencias, o cuando existen agresiones o se utiliza abusivamente la inviolabilidad del domicilio para afectar derechos de terceros.

Así, no es ilegal entrar a una casa para prevenir o evitar un daño mayor o un mal grave para el dueño, o los otros que viven con él, o para prestar auxilio en caso de peligro inminente, en supuestos como un incendio, inundación o derrumbe. En estas condiciones el allanamiento queda sometido a un cuidadoso y exhaustivo análisis del juez, para ver si realmente era razonable entrar en el ámbito privado (resaltado fuera de texto).

- d. Constancia policial escrita. La jurisprudencia ha exigido que en todos estos casos excepcionales de penetración al domicilio sin orden de autoridad judicial competente y, de conformidad con la ley aplicable, es necesario dejar constancia escrita de la actuación no sólo para que el juez/la jueza competente pueda ejercer el control de legalidad de la actuación sino también para que se adelante el control penal y disciplinario correspondiente en casos de exceso o de abuso de poder.

4.4 EXCEPCIONES A LA RESERVA JUDICIAL AUTORIZADAS PARA EFECTOS PENALES

En este punto, el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe percibirse en el control sobre si efectivamente la diligencia llevada a cabo sin orden del Fiscal corresponde a una de las excepciones, aunque aquí hay que anotar que dicho control debe ser más exigente debido a que el artículo 28 de la Constitución no acepta ninguna excepción a la orden de registro, salvo la contenida en el artículo 32 de la Carta, cuando se trate de la flagrancia; de tal manera que la omisión del requisito bajo las consideraciones del artículo 230 del CPP puede estar afectada de inconstitucionalidad.

- a) *Consentimiento expreso del afectado con la injerencia.* La primera excepción se relaciona con el consentimiento expreso del propietario, el tenedor o quien resulte afectado con la injerencia. De conformidad con la disposición, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

El problema constitucional que surge inmediatamente con la interpretación de esta norma y las normas constitucionales se relaciona con el hecho de que en materia de derechos fundamentales su carácter subjetivo los hace irrenunciables. No obstante, cuando se habla del amparo domiciliario, la legislación internacional del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y La Declaración Universal de los Derechos Humanos contemplan la posibilidad de obviar la resolución judicial autorizante cuando exista previa constancia del consentimiento del titular. De ahí que algunas legislaciones domésticas asuman que existen casos en los cuales no se requiere previa orden judicial para proceder a la injerencia domiciliaria. En todo caso, se anota que la interpretación internacional precisa que el ámbito domiciliario puede ser registrado únicamente a efecto de la consecución de material probatorio y no debe permitirse que ello *constituya hostigamiento* (Observación General 16 del Comité de Derechos Humanos), lo cual indica que ni siquiera las autoridades, podrían sugerir al afectado que se otorgue el consentimiento para proceder a la entrada.

La doctrina ha sido muy crítica de estas posturas, de conformidad con el carácter de irrenunciabilidad del derecho fundamental, pues el problema se centra en la pregunta de si el consentimiento del agredido permite prescindir de las formalidades que la ley exige (decisión fundada, orden escrita, horario, etc.) o, por el contrario, carece de ese efecto legitimante para la observancia de los supuestos constitucionales. El profesor argentino Julio Maier se expresa a este respecto de la siguiente manera:

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 particulares²³.

23 MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Ed., del Puerto. Buenos Aires, 2004, p. 687.

Otro argentino, el profesor Alejandro de Carrió, se refiere al problema de la excepción convertida en regla, de tal forma que la praxis de investigación criminal puede llevar a que se considere que la policía judicial establezca procedimientos, según los cuales la orden es secundaria y el fin de búsqueda se convierte en una actividad dirigida a vencer la voluntad del titular, lo cual resulta inadmisible desde la óptica de interpretación de los derechos fundamentales.

Más flexible es la posición del Tribunal Superior español, el cual acepta el consentimiento habilitante del registro, siempre y cuando se pueda verificar que se trata de un "estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante la situación también concreta que le presentan las circunstancias, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. Se trata, en suma, de una aprobación, una aquiescencia, un asentimiento, una licencia o una venia que soslaya cualquier otra exigencia procedural". Por supuesto, que en la península se recalca que el consentimiento debe estar completamente exento de vicios, lo cual constituye uno de los puntos del control judicial.

En consecuencia, la interpretación internacional que nos concierne junto con el carácter del derecho fundamental al amparo domiciliario y la intimidad, obligarían al Juez/la Jueza de Control de Garantías a asumir que otra de las variables a controlar es la que corresponde a la conducta de los agentes de Policía Judicial en la obtención del consentimiento del afectado. Igualmente, se entiende que tal aceptación puede ser revocada en cualquier momento de la diligencia.

b) *Carencia de expectativa razonable de intimidad.* La segunda excepción a la orden autorizante expresa que se puede proceder a la diligencia cuando no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden.

La discusión sobre este tópico merece la mayor atención, pues el CPP ha importado del derecho norteamericano la noción de *expectativa razonable de intimidad*, conforme con la cual las personas deben resultar protegidas frente a injerencias en la intimidad que no sean razonables de acuerdo a la cuarta enmienda. A este respecto, la jurisprudencia norteamericana ha

elaborado el llamado criterio Katz que sentó en 1967 y que aporta las variables esenciales para determinar los casos de violación de la expectativa razonable de intimidad. En realidad, la discusión que plantea esta famosa decisión es aquella del ámbito de protección de la cuarta enmienda en el sentido de que las injerencias en el amparo domiciliario no protegen los intereses derivados de la propiedad, sino las expectativas e intereses privados de las personas o como se suele afirmar la “Constitución protege individuos no lugares”. Justamente, al buscar un enfoque sobre la intimidad individual se planteó el problema de aquellos sitios en los cuales habitualmente y de conformidad con criterios culturales se espera que las personas disfruten de privacidad. Frente a las intervenciones estatales el criterio resulta acertado, pero al focalizar el problema estrictamente en la privacidad del individuo se llegó a la conclusión de que si el individuo a iniciativa propia se expone de forma reconocida aún en la casa de habitación u oficina no está amparado por la cuarta enmienda y a *contrario sensu* existirán lugares de acceso público en los cuales, efectivamente la protección constitucional se extiende a la intimidad del individuo. Las famosas palabras del juez Harlan en esta sentencia hicieron carrera, de tal manera que para determinar el ámbito de protección constitucional de la intimidad se examinan dos aspectos: 1) la visión del sujeto en cuanto a los casos en los cuales normalmente este desea mantener su intimidad sin ningún tipo de exposición y 2) que la sociedad esté preparada para aceptar tal expectativa de intimidad como razonable²⁴. En 1967, el criterio sostenido en Katz, se reafirmó para decir que a pesar de que la Constitución no protege lugares, es inevitable reconocer que el aspecto locativo no puede separarse de la noción de intimidad. Los efectos de esta doctrina se hacen sentir en el concepto mismo de registro domiciliario y en el requerimiento de la orden escrita para proceder a la injerencia, pues a partir de tal construcción se encontró que la búsqueda e incautación de evidencias no comporta necesariamente la entrada física en una casa de habitación o lugar cerrado para proceder al registro. El registro puede consistir igualmente en la captación de información importante para la investigación penal por diversos medios, por ejemplo: la ubicación de un agente de policía judicial en un apartamento adyacente al del investigado cuya función es escuchar lo que ocurre sin ningún dispositivo electrónico.

24 SALTZBURG, Stephen y CAPRA, Daniel. *American Criminal Procedure*. Thomson West. St Paul Minnesota, 2004, pp. 38-55.

nico; la inspección puramente visual de casas, un examen de rayos x etc., en cada caso, se deberá someter a consideración, si existe una expectativa razonable de intimidad y si aquélla se viola con la actuación de investigación. Desde este punto de vista, la video vigilancia, la vigilancia electrónica, la invasión de espacios privados con dispositivos de largo alcance que permiten registro visual en sitios cerrados constituyen medios que han de someterse a los criterios de razonabilidad anotados.

Es notorio que este criterio de “expectativa razonable de intimidad” se enfrenta severamente a la noción del derecho fundamental a la intimidad, pues si se parte de la concepción de derechos fundamentales como garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, debe resultar claro que la noción de expectativa no se adecua propiamente al contenido de una garantía constitucional. Eso explica las razones que ha tenido el derecho europeo para someter a un criterio distinto las mismas medidas. En efecto, se ha encontrado que el derecho fundamental a la intimidad no implica simplemente una actitud básica de respeto del Estado por la privacidad individual. Aún más, las exigencias provenientes del artículo 15 de la Constitución implican que el Estado tiene una obligación de protección activa contra la injerencia de autoridades y particulares, de tal manera que el derecho fundamental a la intimidad recoge los postulados esenciales de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad contenidos en la Constitución. Así lo decidió el Tribunal Federal Constitucional germano al analizar la legitimidad de medidas de invasión acústica en los domicilios privados. Para los efectos de injerencias de investigación penal se recalca que el libre desarrollo de la personalidad requiere espacios reservados, en donde el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado y comunicar confiadamente sus opiniones y sentimientos personales. Y agrega el Tribunal: “Precisamente en un mundo en el que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como último refugio, en donde puede manifestar la libertad de sus pensamientos sin ser observado. La vivienda privada es, por lo tanto, como un lugar medio para preservar la dignidad humana”.

Ahora bien, no obstante reconocer que la expectativa razonable de intimidad es de difícil compatibilidad con la extensión del derecho fundamental contemplado en nuestra Constitución, resulta al menos procedente un examen de las variables utilizadas en el modelo norteamericano para observar su aplicación en un entorno como el nuestro. En efecto, el problema para el derecho constitucional de los Estados Unidos ha sido el relacionado con la necesidad de utilizar una orden de registro para diferentes injerencias, distintas a las búsquedas delictivas en el ámbito domiciliario. En tal sentido, es factible preguntar, si el registro incidental practicado al ciudadano en la calle por parte de la policía requiere orden; también se puede preguntar, si la cuarta enmienda protege únicamente las entradas físicas de la policía, mas no las electrónicas.

Como puede observarse, el problema por resolver se reduce a dos aspectos, vale decir, la intimidad fuera del ámbito domiciliario y la extensión de la intimidad dentro del ámbito domiciliario cuando no existe penetración física. Para determinar la inexistencia de expectativa de intimidad, la jurisprudencia norteamericana ha fundamentado dos presupuestos, esto es, una manifestación subjetiva afirmativa del individuo relacionada con el hecho de querer proteger su intimidad y en segundo lugar, un examen que determina si la sociedad está preparada para aceptar como legítima y razonable una intrusión no regulada en la intimidad individual por parte el Estado.

Frente al ámbito domiciliario, no existe mayor discusión, pues en la práctica, resulta imposible desvincular el derecho a la intimidad de su aspecto locativo. Ya hemos observado que el derecho continental resuelve el problema, ampliando el concepto de domicilio fuera de sus parámetros privados para vincularlos a la intimidad. En consecuencia, la aplicación del modelo de "expectativa razonable" en este caso es inútil, porque se entiende que la intimidad personal y familiar está por encima del derecho de propiedad o la protección jurídica de un contrato de arrendamiento.

Ahora bien, el derecho de los Estados Unidos no hace exigencia de la orden en casos de propiedad abandonada o en eventos en los cuales el propietario haga manifestaciones inequívocas de desprotección de sus pertenencias. En dichas situaciones, no se justifica la orden pero obviamente, el juez debe confirmar la premisa de abandono o desinterés del afectado.

Trasladado el examen al artículo 230 del CPP, tendríamos que las situaciones de abandono del propietario permitirían la excepción a la orden, pero como ya se ha dicho anteriormente, el aspecto locativo es esencial en este caso, sin que las situaciones de orden policial afecten el requisito. El propio artículo 230 cataloga las tres excepciones que se estudian en el derecho de los Estados Unidos (plain view exception, open field, abandonment). Respecto de la primera, resulta claro que un objeto dispuesto a plena vista que tenga vocación para convertirse en prueba penal puede perfectamente caber en las hipótesis de flagrancia. Así, por ejemplo: la siembra de plantas que producen sustancias prohibidas expuestas por el propietario de la finca sin algún reato, permite acudir a la excepción. En otros eventos, la solución se da en el campo de hallazgos casuales.

La doctrina de campo abierto ha sido profundamente discutida y recurre al examen según el cual la exposición de elementos materiales de un delito en un lugar no cerrado, equivale a la declinación de la expectativa de intimidad del propietario o tenedor. Al mismo tiempo, se entiende que el segundo requisito del examen se cumple en tanto la sociedad espera que el delito se castigue, sin entender que el amparo permita una exclusión.

En este punto, el Juez/la Jueza de Control de Garantías también debe actuar con sumo cuidado, pues es necesario decir que la exposición (campo abierto), del bien, así como la ausencia del propietario o tenedor, no enervan las exigencias constitucionales para la afectación, pues al fin y al cabo, la Constitución tampoco permitiría que sobre el ámbito privado de la personalidad, la propiedad o el domicilio, las personas tengan simplemente expectativas de protección y no garantías constitucionales. Sería tanto como decir que la tutela del amparo domiciliario únicamente procede en lugares literalmente cerrados. Por el contrario, la protección constitucional pretende que las restricciones sean mínimas y que se respeten los núcleos esenciales de los derechos fundamentales, en los cuales no le es dable entrar a la persecución penal. En el mismo sentido, el ordenamiento procesal penal debe dar a las personas un mínimo de seguridad sobre las formas de proceder de las autoridades de persecución penal. Más aún, resulta alarmante que la redacción del artículo 230 se disponga de tal forma que el párrafo haga extensiva

la carencia de una expectativa razonable de intimidad cuando las autoridades de persecución penal puedan utilizar medios técnicos para el registro, sin necesidad de la penetración física. Si este es el caso, debe decirse que es contradictoria la noción de plena vista (plain view exception), con la búsqueda dispuesta de medios técnicos, como por ejemplo: dispositivos electrónicos. Desde esta óptica, resulta complejo, por decir lo menos, conciliar la postura de la jurisprudencia norteamericana con las exigencias constitucionales colombianas. Por lo tanto, el Juez/la Jueza de Control de Garantías en estos eventos, tendrá que verificar si realmente la persona afectada no tenía una expectativa razonable de intimidad, en el sentido de permitir deliberadamente la observación externa de lo que acontece en el interior del bien que puede ser afectado con la injerencia. Por ejemplo: el autor del delito de hurto de vehículos que deja los automotores robados en un garaje descubierto desde donde se puede avizorar la matrícula por parte de la policía.

El artículo 231 establece una restricción, para alegar la violación del debido proceso por afectación de la expectativa razonable de intimidad que permite la exclusión de evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías o ante el Juez/la Jueza de Conocimiento. Únicamente pueden alegar el indiciado o imputado, el titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Excepcionalmente el huésped en casa de otro podría hacer esta alegación, salvo que demuestre efectivamente que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

El concepto de que trata esta disposición es el de la legitimación en la causa para alegar la exclusión, ampliamente tratado en el derecho de los Estados Unidos, en donde diversas decisiones de la Corte Suprema han restringido la legitimación para solicitar la exclusión, debido a la estrecha relación entre el amparo domiciliario y el derecho de propiedad. De tal manera que existirán casos en los cuales el amparo domiciliario predicado únicamente del titular de la propiedad o posesión del bien afectado, no cubriría al visitante ocasional y eventualmente, al huésped que pasa unos días en habitación ajena con consentimiento del propietario. Así, por ejemplo: si se encuentra marihuana en los bolsillos del visitante durante un registro

¿podría alegar el propietario que la vulneración de su expectativa de intimidad se hace extensiva al visitante que porta los estupefacientes? En otro estudio nuestro, hemos expuesto al respecto lo siguiente:

*No solamente las personas a las que se les infringen sus derechos pueden reclamar para que se aplique la regla de exclusión, sino también los terceros. Fue en el año de 1978 cuando otra decisión renombrada asumió que en la práctica de la exclusión probatoria se deberían tener en cuenta dos aspectos fundamentales: la legitimación en la causa para reclamar la moción de supresión de evidencia, y la extensión del derecho constitucional vulnerado. De esta forma, se entró en un examen diferente pues los dos aspectos se consideran a partir de allí inseparables. Desde este punto de vista, la extensión del derecho constitucional vulnerado obligaba a los jueces a pensar, para el caso de los registros, no sólo en la titularidad material de la propiedad, sino también en el interés de posesión del afectado frente a los lugares y efectos registrados, así como la presencia del afectado en el momento del registro. De estas connotaciones ha surgido la controvertida categoría conocida como *expectativa razonable de intimidad*!*

Tal como lo ilustra la doctrina norteamericana, existen casos en los cuales la titularidad formal y material de un derecho constitucional conculado puede tener incidencia en los derechos de un tercero. El ejemplo que se suele citar es el siguiente: un miembro de una familia que regularmente no reside en una casa de habitación, no tiene en sentido estricto un domicilio, por lo tanto, no le sería aplicable la regla de exclusión en tanto no se le vulnera la inviolabilidad domiciliaria. Pero ¿qué sucede si la policía realiza un allanamiento ilegal y en la diligencia toma pertenencias del tercero? El propietario podría objetar la ilegalidad de la diligencia contra el tercero, no porque tenga interés en la exclusión de evidencia a favor del mismo, sino porque la diligencia ilegal se ejecutó en su propiedad. Pero en la misma medida, el tercero puede impugnar la diligencia a efectos de exclusión probatoria, toda vez que al estar en una casa ajena y usarla con consentimiento del propietario, le corresponde *una expectativa racional de intimidad* que el derecho está llamado a proteger.

c) *Situaciones de emergencia.* La tercera excepción contemplada en la ley procesal corresponde a situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad. En este caso, se trata realmente de situaciones que en otras legislaciones se conocen como “riesgo por la demora” y cuyo análisis pasa por dos variables fundamentales: en primer lugar, el riesgo por la demora se considera legítimo, en tanto no exista posibilidad objetiva de solicitar la orden y, como consecuencia de ello, se pierda la oportunidad de recaudo probatorio o eventualmente una captura. En este sentido, el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe valorar la magnitud del siniestro y la necesidad de consecución de prueba. En segundo lugar, el siniestro al tenor de lo establecido en la disposición del CPP, debe afectar la vida o la propiedad, de tal manera que la puesta en riesgo de otros bienes jurídicos no ampara la excepción a la orden.

Por lo demás, nos remitimos a lo ya dicho sobre las afectaciones policiales que ponderan los bienes constitucionales en cuestión.

d) *Excepción cuando se trate de registro y allanamiento incidental a la captura.* En la pasada edición de esta misma contribución, anotamos que una interpretación constitucional de este numeral debería guardar una interpretación sistemática con el artículo 32 de la Constitución y las normas que permiten la restricción de la libertad. En consecuencia, resultaba claro que la única habilitación constitucional para penetrar en domicilio ajeno cuyo móvil fuera la captura, debería estar amparada por la flagrancia.

La Corte Constitucional confirma este aserto y declara inexequible este numeral bajo las siguientes consideraciones:

Tal como lo afirma la Procuraduría, si la regla general es el respeto por la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y la Constitución permite de forma excepcional la afectación de esos derechos mediante orden escrita de las autoridades judiciales competentes, con el fin de garantizar la recta administración de justicia y de este modo preservar un orden social justo, es evidente que una disposición legal que ignore los requisitos constitucionales para la imposición de esta clase de intromisiones se opone a su carácter excepcional y restrictivo, en

la medida que amplía las posibilidades de violar los espacios íntimos de las personas.

Como corolario de lo expuesto, puede afirmarse que la Constitución Política de Colombia, con especial énfasis por encontrarlo ligado a la libertad personal, protege de manera específica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de tal manera que queda el Estado con restricciones precisas para que sus autoridades puedan penetrar en él. Así, salvo la precisa excepción constitucional que se ha comentado, se exige que el motivo se defina previamente por el legislador; que la autoridad judicial profiera la orden de registro o allanamiento con estricta sujeción a las causales señaladas por la ley y que la autoridad que practique el registro o allanamiento domiciliario lo realice con rigurosa sujeción a los procedimientos legalmente fijados.

Esa autoridad judicial, durante la fase de investigación del proceso penal será el Juez/la Jueza de Control de Garantías como regla general y sólo de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, cuando existan motivos específicos, previstos por la ley, para que pueda hacer uso de esa atribución; no “para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento”, omitiendo la “obtención de la orden escrita de la Fiscalía”, como anuncia el inciso 1º del artículo 230 cuyo numeral 4º se ha demandado.

Ello significa, entonces, que autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud para interpretar su procedencia pretextando que se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional.

Ello es así, por cuanto la protección de los derechos fundamentales, como principio democrático, preside el ordenamiento constitucional colombiano, emergiendo la inviolabilidad del domicilio como extensión de la libertad personal y rodeándola de un cúmulo de requisitos para que excepcionalmente se pueda afectar con la práctica de un registro o allanamiento, más allá del evento que la Constitución prevé cuando se persigue al sorprendido en flagrante delito.

La Carta Política le impone al legislador el deber jurídico de precisar y concretar aquellas circunstancias en que pueda autorizarse que una autoridad judicial expida la orden de allanamiento o registro domiciliario, para que pueda realizarla la Policía Judicial, que se encuentra al servicio de la Fiscalía y de los jueces, siempre con sujeción a la ley.

En la norma acusada, como se advierte fácilmente, ni existe el motivo preciso señalado en la ley, ni media la orden escrita del juez o la Fiscalía General de la Nación; sólo se autoriza a unos servidores públicos puestos al servicio de una autoridad judicial, para decidir si practican este tipo de diligencias, como se desprende de la redacción del numeral 4º del artículo 230 de la Ley 906 de 2005, que como consecuencia de lo expuesto riñe abiertamente con la Constitución Política y debe declararse inexistente por la Corte (sentencia C-519 de 2007).

4.5 AUDIENCIA DE CONTROL

Todas las reglas contenidas en los artículos 224, 225 y 226 del CPP, son punto de referencia obligatoria para el Juez/la Jueza de Garantías. Así, tenemos el plazo del diligenciamiento; la hora de realización; la limitación por el lugar y por los objetos afectos a registro, y el control sobre los pormenores de la ejecución. De toda la actuación queda un acta cuyos requisitos están establecidos en el artículo 227.

4.6 APLICACIÓN DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL Y FUNDAMENTACIÓN LEGAL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS

La normatividad internacional aplicable en este caso, es el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En ambos casos, la doctrina y la jurisprudencia consideran el amparo domiciliario como una garantía implícita en el contexto del derecho a la intimidad y, por lo tanto, la vulneración del precepto se asume bajo la categoría de "injerencia arbitraria".

El Comité de Derechos Humanos concluyó en un caso relacionado con nuestro País (Comité de Derechos Humanos, caso Rojas García vs Colombia), que la entrada de un comando encapuchado por el techo de una residencia a las 2 de la madrugada se presentaba como una clara violación del Pacto Internacional. Aunque se reconoció por parte del Estado que se trataba de un error, la decisión enfatiza que si bien desde el punto de vista del derecho interno el allanamiento es legal, la forma como se practicó, así como la carencia de motivos suficientes para proceder al registro domiciliario autorizan a predicar la existencia de una "injerencia arbitraria".

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe el pronunciamiento Alan García vs Perú, en el cual se declaró la violación de la intimidad por falta de los requisitos exigidos en la Convención para proceder a un registro, y el no menos importante tema de la exclusión probatoria por allanamientos ilegales como componente básico del debido proceso.

4.7 REQUISITOS LEGALES FORMALES PARA EL CONTROL DE GARANTÍAS

Como requisito formal de actuación se debe disponer por parte del Fiscal de una orden de allanamiento o registro como regla general. Son excepciones a esta regla: el allanamiento y registro en caso de flagrancia, la ejecución de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado y tres supuestos sumamente cuestionables desde el punto de vista constitucional, como son: el consentimiento del titular del bien afectado o de quien tenga interés en el procedimiento; la llamada expectativa razonable de intimidad y las situaciones de emergencia (artículo 230 CPP).

Naturalmente, el análisis del Juez/la Jueza de Control de Garantías será más complejo cuando se trate de las excepciones, pues en el caso de los registros autorizados, el examen formal se puede realizar con los elementos aportados por la Fiscalía, no así cuando la diligencia se ha llevado a cabo sin estas consideraciones por parte de la Policía Judicial. En consecuencia, observemos las excepciones y la exigencia de los requisitos de la orden.

De acuerdo con el ordenamiento procesal, el Fiscal ha de tener 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. Pero, además, el artículo 220 CPP, incluye al que transitoriamente se encuentre en el inmueble, materia de la injerencia. Justamente, el punto tratado anteriormente determina que la utilización de las categorías de “propietario” o “simple tenedor” en una interpretación exegética de la norma, propiciarían la necesidad de que el Fiscal realice *ex ante* una apreciación del concepto civil de “título” y “título legítimo”, para proceder a configurar el sujeto pasivo de la injerencia. Por ejemplo: el Fiscal tendría que hacer un reconocimiento por medio de escrituras notariales o registros de propiedad, a efecto de definir el propietario para la expedición de una orden. Con todo, creemos que esta interpretación sería demasiado exigente, pues si aquélla se lleva hasta sus últimas consecuencias, obligaría a predeterminar *strictu iure* cuál es la característica determinante del uso y disfrute de un inmueble, a efecto de determinar la procedencia del registro y allanamiento.

Nos parece, siguiendo lo dicho anteriormente, que de forma contraria a la interpretación exegética, lo obvio es definir una interpretación teleológica en aquello que se refiere a los propósitos de la injerencia y el derecho fundamental a la intimidad. En efecto, la investigación penal tiene facultad para afectar el derecho a la intimidad. Y para la propia indagación, aquí no se discuten los límites del derecho a la propiedad o la tenencia, de tal manera que lo que resulta esencial es que el recinto sobre el cual se va a producir la afectación tenga aptitud para que allí se desarrolle la vida privada. Lo que interesa realmente es que las autoridades de persecución penal identifiquen ese destino específico del lugar, a tal punto que para nuestro concepto, resulta irrelevante la existencia de un título jurídico que habilite el uso, el goce o el usufructo del bien.

Si se opta por la interpretación exegética, quien tenga la posesión viciada sobre un bien y haya ejercido las acciones judiciales para su adquisición, podría ser sujeto pasivo de un allanamiento sin necesidad de orden, lo cual igualmente equivale a decir que el derecho constitucional a la intimidad, para efectos penales, únicamente ampara al propietario o al tenedor, lo que efectivamente no consulta una exégesis apropiada de los derechos fundamentales y del derecho de la igualdad de todos ante la Ley.

En lo que corresponde al sujeto que transitoriamente se encuentre en el inmueble, anotamos otra vez, que a él también lo cubre la garantía del amparo domiciliario por vinculación al derecho a la intimidad, pues sería absurdo sujetar la tutela del derecho fundamental al título de propiedad o a una exigencia temporal para gozar de la protección constitucional. Este aspecto, también debe cubrir los hoteles, hostales y toda suerte de hospedajes en donde el destino natural de la habitación sea desarrollar actividades privadas.

Ahora bien, la noción de motivos fundados está calificada en nuestro ordenamiento procesal, en cuanto la redacción de la norma utiliza la expresión “de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para concluir...”. Es decir, se le exige a la Fiscalía una actividad anteecedente que bien puede provenir de las llamadas diligencias a prevención, realizadas por la Fiscalía en la escena del delito, los elementos recogidos por agente encubierto, interrogatorio, prueba anticipada etc. Todas estas

fuentes están catalogadas en el Título II, Libro II del CPP arts. 275 a 285. Incluso de una diligencia de allanamiento y registro, se puede derivar otra que efectivamente la fundamente. La motivación, en últimas, es el mecanismo que evita cualquier injerencia arbitraria, de tal manera que la simple remisión a las labores realizadas por la Policía Judicial en la escena del delito, las alusiones vagas a la declaración de un informante sin otro tipo de constataciones o las anotaciones relativas a la simple existencia de elementos probatorios en contra del sujeto pasivo de la injerencia, no satisfacen el requisito de motivación.

Para hacer más objetiva esta noción de motivos fundados, el artículo 221 del CPP determina la existencia de un respaldo probatorio que se circumscribe como mínimo al informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo, informante o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. En otras palabras, se trata realmente de un doble examen: por una parte, el Juez/la Jueza de Garantías en el control posterior debe determinar que existió una relación de causalidad entre el bien registrado y el tenedor o propietario (presunción de hallazgo) y, por otra parte, 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 CPP), sus apreciaciones sobre la evidencia recolectada, los testimonios o los informes de Policía Judicial.

La Corte Constitucional en sentencia C-673 de 2005 corrobora estas consideraciones al afirmar:

Pues bien, los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento, deben encontrarse respaldados, al menos, en 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. Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del Fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como

garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad (resaltado fuera de texto).

El Código originariamente limitaba la actividad del Juez/la Jueza de Control de Garantías con respecto de la reserva de la identidad de los informantes de la policía, pero la sentencia de la Corte Constitucional C- 673 de 2005, ha generado otra interpretación que debe entenderse en el sentido de que la reserva de los datos del informante no vinculan al Juez/la Jueza de Control de Garantías, lo cual quiere decir que éste puede ejercitar su actividad con respecto de la fiabilidad de los datos que aporta la Fiscalía.

Como puede observarse, estas variables incluyen aspectos formales (orden con requisitos legales, fundamentación, respaldo probatorio, determinación de alcance), pero resulta complejo escindirlas de los aspectos materiales que se disponen para la ejecución, máxime cuando en cada situación existen excepciones.

El Juez/la Jueza de Control de Garantías debe examinar en la audiencia posterior, los antecedentes que fundamentaron la orden de registro y allanamiento, y cotejarla con los resultados pero ante todo, con la práctica y ejecución de la diligencia, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 222 del CPP, la orden que permite la diligencia debe indicar los lugares para registrar. Si no es factible esa determinación del lugar para registrar, el Fiscal debe argumentar las razones para adelantar el operativo, pero la misma disposición limita las órdenes de registro y allanamiento indiscriminados o las determinaciones “globales” de los bienes para registrar.

Sin duda, ésta es una de las modalidades más complejas del control, pues la existencia del requerimiento formal desde el punto de vista constitucional no enerva 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, cuya consecuencia es la nulidad (constitucionalmente hablando), y la exclusión. 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 aún así proceder al registro o allanamiento, deberán tener un criterio objetivo, por ejemplo: en el respaldo probatorio exigido por el 221 del CPP, y además 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 también debe 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, incluido los que pueden encuadrarse en situaciones de flagrancia (artículo 225 CPP).

Por lo demás, las sentencias de la Corte Constitucional citadas en el texto, son la guía fundamental para el ejercicio del Control.

Regla de exclusión. El artículo 232 del ordenamiento procesal penal fue examinado por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005. De acuerdo con esta disposición, la expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo cual los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación.

En su decisión, la Corte Constitucional examina integralmente el instituto de la exclusión, lo cual impone al intérprete un examen que va más allá de la exégesis plana de la disposición antes transcrita. Desde este punto de vista, la Corte Constitucional llega a tres conclusiones significativas:

1. Por una parte, la Corte establece que una interpretación armónica del artículo 29 de la Carta junto a las nuevas disposiciones constitucionales que estructuran el modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, vale decir, que en las etapas anteriores al juicio existe plenamente la posibilidad de excluir pruebas, así como también elementos materiales probatorios y evidencia física.

Con esta aseveración del juez constitucional, se debería poner término a la discusión que se presentó con motivo de las actuaciones del Juez/la Jueza de Control de Garantías, la cual establecía que la regla de exclusión aplicada con anterioridad a la audiencia preparatoria, sólo se aceptaba para los casos de registros y allanamientos. El fundamento de esta interpretación contemplaba la noción de especialidad, lo cual implicaba que en caso de otras diligencias de investigación, afectas al control posterior, como las interceptaciones telefónicas o la agencia encubierta, el juez podía declarar la invalidez de la diligencia sin que se afectaran los materiales probatorios o la evidencia física recolectada. En efecto, esta interpretación nos parece a todas luces inconstitucional, pues le da efecto jurídico a pruebas afectadas de ilicitud.

De conformidad con la interpretación asumida por la Corte Constitucional, nada se opone a que el Juez/la Jueza de Control de Garantías excluya evidencia en las actuaciones sometidas a su control posterior, lo cual tiene efectos profundos en la estructura del proceso penal como quiera que en cada caso concreto, el Juez/la Jueza de Control puede inquirir perfectamente por todos los pormenores del levantamiento probatorio que dependan de una injerencia.

No obstante estas apreciaciones, es claro que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se opone a la exclusión de evidencia en otras injerencias distintas a las del amparo domiciliario durante el proceso fundamentado en el factor de competencia.

2. En segundo lugar, la Corte constitucional le resta efectos de aplicación al artículo 455 del CPP relacionado con las excepciones a la exclusión de prueba ilícita. Sobre este aspecto, remitimos al capítulo correspondiente.
3. Para lo que nos interesa sobre la injerencia en el amparo domiciliario, la Corte Constitucional declara inexequible las expresiones *directa* y *exclusiva* del artículo 232 del CPP, con la siguiente argumentación:

*Pero, la disposición acusada dispone, que tan sólo aquellos elementos probatorios y evidencia física que dependan de manera **directa y exclusiva** de ella carecen de validez y serán excluidos de la actuación,*

con lo que se restringe el alcance del artículo 29 constitucional para los efectos del registro y allanamiento. En otras palabras, de conformidad con el artículo 29 Superior, cuando se efectúe un allanamiento o registro, con fundamento en una orden viciada, por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos para el efecto, es decir, con violación del debido proceso, por tratarse de una diligencia afectada de invalidez, todo elemento probatorio y evidencia física que allí se encuentre y sea obtenida en la misma queda contaminada, carece de validez y debe ser excluido de la actuación, y no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente (sic.).

Ahora bien, de acuerdo con lo considerado anteriormente, si en la diligencia inválida, se encontraren elementos o evidencias materiales no vinculadas con el proceso pero que ameriten otra investigación penal, implicará el deber del funcionario que realiza la diligencia, de ponerlos a disposición de la autoridad competente para el efecto, para que sean tenidos como evidencia material pero no como prueba de responsabilidad.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el artículo 232 de la Ley 906 de 2004, por el cargo analizado, salvo la expresión “directa y exclusivamente” que se declarará inexequible.

Con esta apreciación, la Corte Constitucional toca dos temas de la mayor importancia, esto es, la restricción a los efectos contaminantes de los hallazgos obtenidos con violación del amparo domiciliario y la extensión que puede tener en nuestro medio de la doctrina de los descubrimientos casuales.

En cuanto a la restricción del efecto contaminante que provenga de una injerencia en el amparo domiciliario y la intimidad, resultaría inadmisible, como bien lo declara el juez de constitucionalidad que se escindan las consecuencias propias del allanamiento y las del registro. Como es obvio, la norma pretendía que al declararse invalidez de la diligencia de allanamiento por carencia de uno de sus requisitos legales, la ilicitud se transmitiera a los hallazgos provenientes del registro de forma directa, pero si otros hallazgos no son dependientes del registro, sino por ejemplo: de la información que otorga una persona capturada durante la diligencia

del allanamiento ilegal, entonces estos últimos resultarían perfectamente válidos y podrían mantener su vocación dentro del proceso.

La Corte reafirma la doctrina de la ilicitud probatoria en su máxima extensión y por lo tanto, la apreciación desde el punto de vista constitucional no permitiría crear legalmente restricciones o rupturas de contaminación, de conformidad con el artículo 29 de la Carta. Esto significa, por otra parte, que tampoco resultarían admisibles en nuestro medio, las formulaciones correspondientes a una especie de adaptación legal de la fuente independiente como excepción a la ilicitud probatoria. Vale decir, que de acuerdo con la interpretación constitucional, no hay lugar a predicar que la diferenciación de injerencia implique la ruptura del vínculo de ilicitud, confirmando así que el allanamiento (medio), para el registro (fin), son una unidad que en el marco de la licitud probatoria resultan inescindibles.

4.8 INJERENCIAS EN EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS Y SIMILARES

El artículo 15 de la Constitución Nacional en su tercer inciso, establece con claridad que la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables y añade que únicamente pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

El desarrollo legal frente al secreto de las comunicaciones ha implicado la definición de una serie de categorías que tocan los aspectos de la telefonía móvil, la utilización del espectro electromagnético y la formulación de las actividades preventivas de los organismos de seguridad con fundamento constitucional. Por esta razón, el Juez/la Jueza de Control de Garantías debe tener en cuenta los siguientes aspectos para el ejercicio de su labor.

En primer lugar, aparece la noción de espectro electromagnético que de conformidad con la sentencia C- 151 de 2004, es una franja de espacio alrededor de la Tierra a través de la cual se desplazan las ondas radioeléctricas

que portan diversos mensajes sonoros o visuales. Su importancia reside en ser un bien con aptitud para transportar información e imágenes a corta y larga distancia. Como características esenciales del mismo, se anota que el espectro electromagnético es uno de los componentes del territorio colombiano (CP, artículo 101), que pertenece a la Nación (CP, artículo 102), tiene el carácter de bien público inajenable e imprescriptible, y está sujeto a la gestión y control del Estado (CP, artículo 75).

Frente a este último aspecto, la jurisprudencia constitucional en sentencia C-081 de 1993, ha establecido que el control y gestión del espectro electromagnético está sujeto a la vigilancia e inspección de autoridades administrativas que deben controlar una adecuada prestación del servicio, teniendo en cuenta que el propio espectro electromagnético se puede utilizar de forma perjudicial y contraria a los fines constitucionales. En tal sentido, lo que la Corte Constitucional recalca es la intervención estatal con el fin de facilitar el acceso equitativo y la utilización racional de ese bien natural, garantizar la disponibilidad y la protección contra toda interferencia perjudicial de las frecuencias designadas para fines de socorro y seguridad, contribuir a la prevención y resolución de casos de interferencia perjudicial para la prestación del servicio de telecomunicaciones y facilitar el funcionamiento efectivo de todos los servicios de telecomunicaciones.

El Decreto 1900 de 1990 contempló a su vez, el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones dentro de la normativa de la regulación y concretamente, la fundamentación en cuanto se refiere a los alcances del control que efectúa el Ministerio de comunicaciones. Sobre la utilización del espectro, la ley establece la posibilidad de suspensión por cuenta de las autoridades militares y de policía, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar.

Tal y como sucede en otras injerencias, las situaciones de orden preventivo permiten a la policía nacional efectuar labores de inteligencia para evitar la comisión de delitos. El fundamento constitucional de esta labor se encuentra en el artículo 216 de la Carta, a lo cual se añaden sus desarrollos en las Leyes 62 de 1993 y 180 1995. De conformidad con esta normativa, la Policía Nacional tiene facultades para el manejo de la información relacionada

con la seguridad y convivencia ciudadana, de tal forma que le corresponde planear, recolectar, procesar y evaluar la información relevante para determinar los factores que afectan la seguridad con procesos tendientes a detectar y prevenir amenazas y desafíos generados por personas, grupos u organizaciones que atenten contra las personas y el Estado, entre otras, como herramientas para la prevención del delito e instrumentos útiles para la conservación y restablecimiento del orden público.

El Decreto 075 de enero de 2006, se inscribe en esta filosofía cuando en su artículo 1º establece que para efectos del Decreto, se prevé la interceptación de los servicios de telecomunicaciones como un mecanismo de seguridad nacional que busca optimizar la labor investigativa, propendiendo por su eficaz y oportuna realización y garantizando la ejecución de los fines del Estado, con el uso de modernas herramientas de captación y monitoreo de comunicaciones de las redes públicas de telecomunicaciones. Pero por otra parte, las disposiciones establecen que los servicios de telecomunicaciones que operen en el País, deben garantizar la posibilidad de interceptación a fin de que la Fiscalía General de la Nación o las entidades que la ley determine, de conformidad con las previsiones legales y previa autorización judicial, adelanten actividades de interceptación de dichos servicios.

Estas labores de inteligencia permiten el control del espectro, por parte de la Fuerza pública, pero la Corte no es clara al afirmar que si bien se puede intervenir las frecuencias designadas para asuntos de socorro o seguridad, aún con fines preventivos, dichas actuaciones no permiten afectar derechos fundamentales como el de la intimidad.

Este argumento resulta ambiguo, pues no se entiende cómo se permite a la policía intervenir las frecuencias telefónicas para efectos preventivos, sin afectar el derecho a la intimidad. Lo correcto hubiese sido permitir esta tarea preventiva que tiene asidero constitucional, pero con control judicial autorizado por la Fiscalía. Es tan confusa esta posición de la Corte Constitucional que deja sin piso el artículo 15 de la Constitución en lo que se refiere a las exigencias de reserva legal y reserva judicial, pues si a la policía se le permite la interceptar comunicaciones afectando el derecho a la intimidad es obvio preguntar con qué fundamento procede

la injerencia y cuáles son sus límites. Más aún, cabe la pregunta de cómo se controlan los hallazgos de información con incidencia penal mediante una interceptación que nunca ha sido ordenada por un Fiscal como lo exigen la Constitución y la ley procesal.

Para todos los efectos, resulta mucho más clara la antigua decisión C-626 del 21 de noviembre de 1996, en la cual se puntualizó que las intromisiones en las comunicaciones de los particulares, sólo pueden adelantarse dentro de un proceso, previa orden de la autoridad judicial, con el cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley. Al respecto, en el referido fallo se explicó:

La Corte Constitucional, en guarda de la cabal interpretación y aplicación de las normas constitucionales enunciadas y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido estrictos y celosos en la materia (Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 'Pacto de San José de Costa Rica', aprobada mediante Ley 16 de 1992, artículo 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Ley 78 de 1968, artículo 17), debe declarar sin ambages que ninguna persona pública ni privada, por plausible o encomiable que sea el objetivo perseguido, está autorizada para interceptar, escuchar, grabar, difundir ni transcribir las comunicaciones privadas, esto es, las que tienen lugar entre las personas mediante conversación directa, o por la transmisión o registro de mensajes, merced a la utilización de medios técnicos o electrónicos aptos para ello, tales como teléfonos convencionales o celulares, radioteléfonos, citófonos, buscapersonas, equipos de radiocomunicaciones, entre otros, A MENOS QUE EXISTA PREVIA Y ESPECIFICA ORDEN JUDICIAL Y QUE ELLA SE HAYA IMPARTIDO EN EL CURSO DE PROCESOS, EN LOS CASOS Y CON LAS FORMALIDADES QUE ESTABLEZCA LA LEY, según los perentorios términos del artículo 15 de la Constitución Política.

La Corte Suprema de Justicia sí avala los hallazgos penales a partir del barrido electrónico preventivo sobre el espectro electromagnético. A este respecto, la Sala penal en sentencia 32805 del 23 de febrero de 2010, se ha manifestado en el siguiente sentido:

En esa dirección, lo primero que debe destacarse desde el punto de vista eminentemente conceptual, es que la legalidad de la grabación no se halla en entredicho, pues como lo explicó con suficiencia la Sala en la resolución de acusación, la policía nacional por intermedio de su Sipol, en desarrollo de las labores rutinarias de rastreos del llamado espectro electromagnético que lleva a cabo como organismo de inteligencia, estaba autorizada para captar aquella conversación. Así las cosas, se mantiene inalterado el razonamiento que frente al tema se expresó en esa decisión, cuando se sostuvo:

... Si las captaciones incidentales de comunicaciones en las que se revelen circunstancias que signifiquen un riesgo para la seguridad ciudadana es una actividad lícita de la inteligencia estatal, el resultado de ella, esto es, el medio físico que contenga la información y su análisis, no puede considerarse ilícito desde el punto de vista judicial²⁵.

4.9 CARACTERÍSTICAS DE LA INJERENCIA EN LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El desarrollo legal del precepto constitucional determina, en el artículo 235 del CPP, los límites a tal injerencia dentro del proceso penal. No obstante, un problema dogmático constitucional persistente es aquel relacionado con el hecho de que la interceptación de comunicaciones no afecta únicamente el secreto de las comunicaciones, sino también el derecho a la intimidad de terceros que no tienen alguna relación con la investigación penal. Este punto es ampliamente reconocido en la doctrina extranjera, de tal forma que se considera que el núcleo de ambos derechos se inscribe en el concepto de vida privada, aunque los dos derechos fundamentales tengan contenido diferente. En efecto, el derecho a la intimidad es de carácter material, y por medio de él se protege el área más reservada del

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Acusación del 10 de julio de 2007 en el radicado 32805.

individuo; mientras que el secreto de las comunicaciones es de carácter formal, en cuanto protege la comunicación, independientemente de que su contenido sea o no reservado. Todas las comunicaciones son secretas aunque no sean íntimas.

La Constitución al reconocer la inviolabilidad de la correspondencia y de cualquier forma de comunicación, determina que no existen límites tipológicos que restrinjan la protección a determinadas comunicaciones, por ejemplo: las telefónicas, de tal manera que la injerencia tendría los mismos requisitos cualquiera que sea el modelo de comunicación. Este punto resulta de particular importancia frente a las técnicas de interceptación moderna, pues la ubicación de dispositivos para captar conversaciones distintas a las que utilizan el espectro electromagnético, resulta igualmente restringido. En lo que a nosotros interesa, este tipo de injerencia se define como una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, por ende, a la intimidad, que debe adoptarse por la Fiscalía General de la Nación, a efecto de ubicar personas, captar elementos materiales o evidencia física cuya información tenga interés para los fines de la actuación penal²⁶.

Esta definición que se atiene a los aspectos legales que trae el artículo 235 del CPP, quedaría absolutamente corta, si no se problematizan los aspectos constitucionales que deben preceder a toda injerencia en los derechos fundamentales²⁷. Por ejemplo: la norma no impone límites respecto de los sujetos que pueden afectarse con la interceptación, lo cual implicaría que el Fiscal estaría autorizado para realizar una captación indiscriminada. La norma tampoco dispone límites en lo relacionado con los presupuestos habilitantes para la interceptación, a diferencia de otras normas de injerencia como la intervención postal que exige motivos fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos dispuestos

²⁶ Para el caso español, véase FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo. *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*. En: Poder judicial, N° 32, diciembre 1993, pp. 19-38. El texto más consultado para este ensayo, es LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1991.

²⁷ A diferencia de otras legislaciones que son muy estrictas, como por ejemplo: la alemana que considera este medio de investigación como subsidiario, es decir, cuando otras injerencias no hayan tenido éxito. Véase RIEÂ, Peter. *Über Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren*. Libro homenaje a Mayer. 1990, pp. 367 y ss.

en el Código para proceder a intervenir la correspondencia, lo cual de alguna manera permitiría interpretar que el Fiscal puede proceder intuitivamente para ordenar la captación de comunicaciones privadas. Y para completar la carencia de reglamentación de la interceptación de comunicaciones, la norma tampoco dispone algo en relación con la ejecución material de la injerencia, todo lo cual podría llevar a predicar que, por ejemplo: la protección de los derechos fundamentales de terceros que no están investigados o imputados, sufre un profundo déficit por cuenta de la investigación penal²⁸.

Ante estas carencias, es factible recurrir a la normativa internacional para encontrar la interpretación más adecuada a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en nuestro medio, teniendo en cuenta las exigencias del artículo 93 de la Constitución y el llamado de la misma disposición a interpretar los derechos conforme con la normativa de derechos humanos.

Reiterando lo dicho frente al caso de las intervenciones postales, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos resultan aplicables *in extenso*. Para nuestro caso, importa el artículo 11 (2) y (3) del primer instrumento, el cual establece al respecto: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra estas injerencias o esos ataques”. De igual forma, el artículo 30 de la Convención se refiere a esta garantía en términos similares.

La exégesis especializada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹ ha concluido que el contenido mínimo de una norma relacionada con la injerencia en el secreto de las comunicaciones y en la intimidad, debería contener lo suficiente para la salvaguardia del

²⁸ Este déficit de reglamentación es tal, que si se compara con otras legislaciones, Colombia no tiene las diferencias entre ‘observación’ e ‘interceptación’ de comunicaciones.

²⁹ Para estos efectos en el caso europeo, véase BACIGALUPO, Enrique. *Limitaciones especiales de los derechos fundamentales durante la instrucción. La interceptación de comunicaciones privadas*. En: *El Debido Proceso Penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 73-85.

derecho fundamental. Así, por ejemplo: Uría Martínez³⁰ establece que la normativa internacional cubre los siguientes aspectos: las categorías de personas que pueden ser puestas bajo escucha judicial; la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a la injerencia; la fijación de límite temporal en la ejecución de la medida; las condiciones de elaboración de los procesos verbales de síntesis consignando las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para comunicar intactos y completos los registros realizados con fines de eventual control por el juez y la defensa, y las condiciones que permitirían el borrado o la destrucción de los materiales que contienen la grabación.

La similitud entre las normas internacionales europeas y las americanas han permitido hacer el mismo análisis para el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que, siguiendo la exégesis de Woischnick³¹, podemos decir que la preservación del derecho a la intimidad y la restricción del secreto de las comunicaciones en el proceso penal, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a. *Para autorizar una injerencia estatal en el secreto a las comunicaciones debe presumirse la existencia de indicios reales que permitan valorar que efectivamente se está investigando un hecho punible.* Sin duda éste es uno de los requisitos que pareciera faltar en la disposición colombiana del artículo 235 del CPP. No obstante, se anota que el último inciso de la norma establece con claridad que para la prórroga deben existir motivos fundados que originaron la interceptación primigenia, de donde se desprende con claridad que el Fiscal debe justificar la injerencia originaria y, por supuesto, la posibilidad de prorrogar la injerencia. Además, el segundo inciso establece que deberá fundamentarse por escrito³².
- b. *Los hechos punibles investigados deben ser de alguna entidad grave.* En el caso colombiano, no existe una diferenciación entre delitos graves y menos graves, no obstante la aplicación de los subprincipios que conforman los

³⁰ URÍA MARTÍNEZ, Joan Francesco. *Las intervenciones telefónicas: aproximación al estado de la cuestión*, en La Prueba en el proceso penal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, pp. 250-272.

³¹ WOISCHNICK. *Ob. Cit., supra nota 18.*

³² Recalcado por toda la doctrina, así por ejemplo: GÓMEZ-COLOMER. *La intervención Judicial de las comunicaciones telefónicas en España*. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N° 1. Grijley. Lima, 2000, pp. 79-107.

criterios de proporcionalidad permitiría determinar si realmente existe adecuación entre la exigencia de intervención y el delito investigado³³.

- c. *Debe establecerse las categorías de personas que pueden ser expuestas a la intervención de sus comunicaciones.* Este punto es fundamental, pues como se ha dicho anteriormente, los terceros ajenos a la investigación penal no deben soportar una injerencia injustificada, de tal manera que a pesar de que la legislación colombiana únicamente establece la prohibición de interceptar las comunicaciones del defensor, se debe entender que el sujeto a quien se le intervienen las comunicaciones debe estar por lo menos investigado o imputado y los terceros a quienes se les puede intervenir deben guardar comunicación con él. Pero no resultaría constitucionalmente adecuado intervenir las conversaciones de las personas protegidas por el artículo 33 de la Carta. La misma redacción de la norma establece que la información que se obtenga de la interceptación debe tener relevancia para los fines de la actuación³⁴.
- d. *No está permitida una vigilancia ‘exploratoria’ de las comunicaciones telefónicas.* Sin duda, la fundamentación a la cual debe atenerse el Fiscal, al momento de proferir una orden de interceptación debe partir de la existencia de motivos suficientes. Sería absolutamente inadmisible que se utilizara la interceptación para corroborar intuiciones policiales.
- e. *La medida debe estar sometida a una limitación temporal.* El artículo 235 del CPP contempla tres meses prorrogables.
- f. *La medida debe tener control judicial.* Este es un punto que en nuestro caso resulta relevante, pues la noción de control judicial se entiende sobre la actuación misma, más allá del control sobre la expedición de la orden. Por lo tanto, somos de la tesis según la cual en sede de Control de Garantías, hay lugar a inquirir sobre la expedición de la orden, la ejecución de la misma y los hallazgos probatorios³⁵.

³³ Véase la solución de esta exigencia en la doctrina italiana y alemana por BACIGALUPO. Ob. Cit., supra, nota 23, p. 77.

³⁴ MONTÓN REDONDO, Alberto. *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas.* Revista La Ley. Vol. 4, Madrid, 1995, pp. 1042-1050.

³⁵ VILABOY LOIS, Lotario y NOYA FERRERO, Lourdes. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal.* Selección de jurisprudencia. Madrid, 2003, pp. 21-35.

- g. *Debe establecerse un procedimiento para documentar la comunicación intervenida.* Este aspecto no se encuentra regulado en la legislación colombiana, pues la norma simplemente establece que las entidades encargadas de la operación técnica de interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden. Sin embargo, el punto de documentar la conversación intervenida tiene relevancia en el contexto probatorio, para la etapa de descubrimiento y, al mismo tiempo, en la posibilidad del ejercicio del contradictorio en la vista principal. Se trata, en últimas, de la legitimidad del procedimiento de intervención, en el sentido de que la conversación no se 'edite'. Este aspecto se complementa con la exigencia de que se posibilite una revisión para la defensa de todas las grabaciones a efecto del contradictorio.
- h. *Debe preverse un procedimiento de destrucción del material grabado que no está afecto a la investigación penal concreta.* La protección de los derechos fundamentales de terceros exige que el material de grabación se pueda destruir cuando no tenga relevancia para la Fiscalía o para la defensa. A pesar de que la legislación colombiana no contempla esta medida, ella se deduce del hecho de que el material recaudado debe tener importancia únicamente para los fines de la actuación, tal y como lo dispone el artículo 235. Así, los datos obtenidos por medio de una intervención telefónica están sujetos a una estricta vinculación con el objeto de la medida y por ello deben ser destruidos en cuanto dejen de ser necesarios para ese fin.

4.10 REQUISITOS DE LA INJERENCIA

La norma Constitucional establece claramente que son tres los presupuestos de la injerencia. Esto es, orden judicial, reserva legal para los casos de intervención y formalidades legalmente previstas. Por su parte, el artículo 250 de la Carta contempla la posibilidad de que la Fiscalía decrete la interceptación de comunicaciones con control posterior por cuenta del Juez/la Jueza de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes.

La interpretación sistemática de las dos disposiciones nos llevaría a las siguientes conclusiones:

- a. El requisito de orden judicial se ve satisfecho con la circunstancia de que la Fiscalía sigue haciendo parte del poder judicial al tenor del artículo 116 de la Constitución. Claro está, lo importante aquí es la calidad de la orden en sí misma considerada, pues la autoridad competente es un supuesto ineludible para expedirla. Desde este punto de vista, la noción de orden para la interceptación debe contener los motivos fundados que la originan, tal y como ya lo hemos establecido en el contexto de la interpretación exegética de los incisos segundo y cuarto del artículo 235. Se trata aquí de que el Fiscal exteriorice los hechos investigados y la conexión de determinadas personas con ellos. Ante todo, resulta fundamental para el examen del Juez/la Jueza de Control de Garantías el hecho de que éste pueda apreciar que no está en presencia de conjecturas u órdenes que efectivamente se puedan valorar como una “injerencia arbitraria”. El límite de la arbitrariedad justamente está marcado en la posibilidad de que la autoridad pretenda una ‘indagación exploratoria’ desligada de un hecho delictivo concreto.
- b. La situación de la reserva legal o aquello que la Constitución determina como “casos establecidos en la Ley”, se satisface con la interpretación según la cual, la persecución delictiva puede determinar la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, de conformidad con las funciones constitucionales atribuidas en la Carta constitucional a la Fiscalía General de la Nación. Pero además de esta apreciación, el artículo 238 del CPP, establece que la intervención es factible siempre y cuando la información tenga interés para los fines de la actuación, lo cual equivale a reafirmar que la orden necesariamente debe estar relacionada con una investigación penal en curso.
- c. La orden expedida competentemente consta como una de las formalidades, a lo cual debemos añadir las siguientes especificaciones:
 - *El objeto de la injerencia.* El artículo 235 del CPP determina que únicamente se puede expedir la orden de intervención en las telecomunicaciones a efecto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia

física. La norma es poco precisa en la definición del objeto de la injerencia, pues, es claro que la búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencia física, se presenta como el fin, en tanto que el medio es la información captada en una comunicación privada que además, debe tener interés para la actuación.

Si se observa bien, la redacción del inciso primero del artículo 235 del CPP, plantea problemas serios en lo que se refiere a una interpretación exegética de la disposición, pues si la interceptación se hace con el fin de buscar evidencia física y material probatorio, la norma tiene un fin absolutamente restringido que se relaciona con el propósito de llegar a los elementos propios de la comisión de un delito que están catalogados en el artículo 275 del CPP. Entendido así el planteamiento, se llegaría a la conclusión de que el Fiscal debería motivar su orden de interceptación en el sentido de que aquella, por ejemplo: es necesaria para ubicar un cargamento de estupefacientes, un arma homicida, huellas, etc. En otras palabras, la interceptación telefónica en sí misma no constituye una prueba, sino que es un medio para llegar a una prueba.

Por otra parte, si se observa bien, la norma establece que las comunicaciones que pueden estar afectas a interceptación son aquellas que tengan interés para la actuación. En otras palabras, el Fiscal también debe tener motivos fundados que indiquen que la línea telefónica intervenida es la que efectivamente requiere la investigación, bien sea porque corresponde a un número habitual al cual puede llamar el presunto autor de un delito o porque corresponde a la persona con quien el investigado razonablemente entablaría comunicación. Esta forma de interpretación satisface la exigencia internacional que prohíbe las interceptaciones “exploratorias”.

- *Sujetos pasivos de la medida.* El requisito se conoce como elemento subjetivo de la injerencia. Así, la persona sobre quien recae la intervención debe estar completamente determinada en el sentido como está investigada penalmente, lo cual no ofrece dudas sobre la legitimidad de la restricción de sus derechos fundamentales. El tema problemático se refiere a la intervención de comunicaciones de terceras personas contra las que no existe una indagación penal, pero que dadas las

circunstancias actúan como interlocutores involuntarios de un posible imputado o acusado. Pero además de este punto, se anota que también personas completamente ajena a la investigación penal, pueden resultar afectadas. Por ejemplo: la intervención de una línea telefónica correspondiente a un inquilinato de habitación, donde vive un interlocutor del investigado que comparte el teléfono con otra familia.

En nuestro concepto, el Fiscal debe tener motivación suficiente cualitativa y cuantitativamente para realizar la injerencia a efecto de salvaguardar los derechos de terceros así como la legítima restricción al secreto del directamente afectado. En todo caso, quien hace el seguimiento material de la conversación, ha de saber qué es lo que resulta relevante para la investigación en curso, de tal manera que seguir las comunicaciones privadas sin alguna relación con la indagación penal, desborda el marco tolerable de la medida y podría convertirla en una interceptación ilícita. Por otra parte, también resultaría constitucionalmente intolerable que se permitiera la injerencia en las comunicaciones de un testigo. Por ejemplo: si se ha obtenido la declaración de un informante y el Fiscal pretende corroborar la veracidad de la información, no creemos que sea de recibo optar por la interceptación de sus comunicaciones.

- *El medio para realizar la injerencia.* El artículo 235 del CPP, deja abiertos los medios con los cuales se puede realizar la interceptación, al predicar que se puede realizar mediante grabaciones magnetofónicas o similares. Lo que en punto de ejecución de la medida, resulta necesario advertir que la interceptación de comunicaciones excluye lo que se conoce en otras legislaciones como captación de conversaciones entre presentes, que además del secreto de las comunicaciones representa una invasión intensa al derecho a la libertad de palabra hablada (espionaje acústico), esto es, únicamente se puede interceptar comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y cualesquiera otras que utilicen el espectro electromagnético. Advertida esta restricción, se debe tener en cuenta que el procedimiento permite captar por un medio técnico la conversación a distancia entre el emisor y el receptor que utilizan la vía electromagnética, lo cual también excluye la utilización de escuchas o micrófonos reinstalados.

- *Duración.* La norma establece un plazo de tres meses prorrogables, siempre y cuando subsistan los motivos que la originaron. La reforma de la Ley 1142 sobre el artículo 236 del CPP, no modificó este aspecto, pero la jurisprudencia constitucional sí se ha manifestado sobre la prórroga, en el sentido de exigir un control sobre la interceptación primaria para proceder a su continuación. En sentencia C- 131 de 2009 la Corte afirma:

Con esa apreciación de la norma superior, frente al artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, encuentra la Corte que la expresión “a juicio del fiscal”, objeto del presente pronunciamiento, para determinar quien tiene el criterio de prorrogar una orden de registro o allanamiento, contraviene el numeral 3º del artículo 250 superior, como quiera que por tratarse de una medida adicional que implica la afectación de derechos fundamentales con la prolongación de la interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, se conculca el principio de reserva judicial en la protección del derecho a la intimidad.

Por las razones expuestas, se procederá a declarar la exequibilidad de la expresión “a juicio del fiscal”, contenida en el inciso 4º del artículo 15 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 235 de la Ley 906 de 2004, bajo el entendido de que en todo caso, la orden del Fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá ser sometida al control previo de legalidad por parte del Juez/la Jueza de Control de Garantías.

4.11 CONTROL DE GARANTÍAS SOBRE LA INJERENCIA

El artículo 237 de CPP exige que dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro de allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet, el Fiscal debe comparecer ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías para revisar la legalidad de lo actuado, incluida la orden. Con esta modificación, la Ley 1142 de 2007 despejó las dudas sobre la extensión del Control de Garantías en el sentido de que se trata de un control integral.

4.12 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La injerencia en el secreto de las comunicaciones resulta legítima, si respeta efectivamente el principio de proporcionalidad. Desde este punto de vista, el Fiscal debe reconocer que la injerencia debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo, como primer requisito de la intervención. Para efectos del proceso penal, se estima cumplido este requisito, si se trata de intervenir las comunicaciones en aras de la persecución delictiva. La motivación que expide el Fiscal se convierte así en un punto fundamental para el análisis del Juez/la Jueza de Control de Garantías, pues se entiende que allí debe aparecer la justificación que ha tenido el Fiscal para proceder a la injerencia, dando por satisfecho el fin legítimo que ella presenta. El Fiscal debe observar este requisito *ex ante*, al momento de proceder a la injerencia en la medida en la cual efectivamente, se está en presencia de un delito que amerita aclaración e incluso, su motivación podría contener elementos que den al Juez/la Jueza de Control de Garantías la idea de prevención de futuros delitos o consumación de delitos en curso, de acuerdo con los datos disponibles en el momento. Como lo decíamos antes, el fin de búsqueda probatoria establecido en el artículo 235 del CPP, estrecha aún más los linderos de la injerencia de acuerdo con nuestra interpretación.

En segundo lugar, el requisito de necesidad, como examen riguroso sobre la aptitud de la injerencia para el fin perseguido, debe aparecer en la propia justificación que hace el Fiscal bien en la motivación fundada que exige la norma o en el momento de la audiencia del control. Aquí, se trata de que el Juez/la Jueza de Garantías reconozca que la persona a quien se le va a intervenir el secreto de sus comunicaciones, despliega contactos con otras que posiblemente están igualmente involucradas en el delito o al menos, existen elementos que permiten prever que se entablará contacto con ellas, a pesar de no participar de la actividad criminal. Pero además de los sujetos, el examen implica que la injerencia en las comunicaciones es imprescindible para alcanzar el fin concreto que se propone la investigación. No resultaría justificada la medida si ésta no fuese necesaria para llevar a buen fin la instrucción de la investigación. Por ejemplo: cuando los elementos materiales probatorios y la evidencia física determinan que la persona a quien se le decreta la injerencia no es autor o partícipe de

un delito pero que eventualmente es receptor de comunicaciones de un imputado o investigado, y se decreta la medida, a efectos de determinar las relaciones o el círculo íntimo del investigado o imputado, con el fin de llegar a otras informaciones que serían de relevancia para la investigación, pero inconducentes a efecto de incriminación. En este ejemplo, el juicio de proporcionalidad determinaría que no existe una presunción de hallazgo (elemento de justificación teleológica y adecuación), que justifique la injerencia y, por lo tanto, la obtención de material incriminante por este medio, puede padecer un déficit de eficacia probatoria.

En sentido estricto, el principio de proporcionalidad involucra en el caso del secreto de las comunicaciones, algunas peculiaridades. Entre otras, que la ponderación de los intereses en conflicto no se predica únicamente de la persona sobre la cual se realiza directamente la intervención, debido a que pesan suficientes indicios de responsabilidad penal sobre ella, sino sobre personas que, como se advirtió anteriormente, son ajenas a la investigación penal. Por tal razón, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede apreciar que la importancia de la causa, las consecuencias jurídicas del hecho delictivo o la necesidad de imputación pueden suministrar base suficiente para proceder a la injerencia en el momento de sopesar el sacrificio del derecho fundamental frente al interés estatal que se ha de proteger. Si, por ejemplo: se trata de aclarar un delito de terrorismo por la explosión de un artefacto que ha causado un número plural de homicidios, es claro que los intereses en juego permitirían la injerencia frente a personas ajenas al delito que puedan dar información relevante para la investigación. Aquí, la importancia de la causa se puede ponderar suficientemente frente a la injerencia medida en el derecho fundamental.

4.13 HALLAZGOS CASUALES

A diferencia de los descubrimientos casuales que provienen de las injerencias en el amparo domiciliario, los hallazgos resultantes de la injerencia de la intervención postal sí tienen referente legal, toda vez que el artículo 234 del CPP, establece que si en el examen de la correspondencia intervenida se descubre información sobre otro delito, se debe iniciar la investigación correspondiente o bajo custodia, enviarla a quien la adelanta. Esta solución obviamente se dispone a condición de que se

cumpla con todos los requisitos legales que permitan la injerencia, de tal manera que por analogía se puede extender esta interpretación para el caso de las interceptaciones telefónicas.

No obstante esta interpretación realizada aquí por vía de analogía y teniendo en cuenta las peculiaridades del ordenamiento colombiano, hay que anotar que la doctrina extranjera es muy exigente frente a los descubrimientos casuales en materia de interceptaciones telefónicas, pues en muchos eventos se plantea el problema de un déficit evidente sobre la investigación antecedente de un delito concreto para proceder a la injerencia (lo que permitiría hablar de una injerencia arbitraria o exploratoria), o en la misma línea porque el delito nuevo se puede atribuir a personas distintas de las investigadas penalmente que justifican la intervención de las comunicaciones³⁶. Al respecto, cabe anotar que algunos ordenamientos utilizan la noción de conexidad delictiva para permitir la investigación y la utilización de la información del delito nuevo, esto es, el delito descubierto mediante la interceptación, debe guardar relación con el marco general de los hechos de la investigación adelantada (en casos de criminalidad organizada se permite una flexibilidad y tolerancia apreciable que no está exenta de crítica). Si el delito nuevo descubierto no tiene conexidad con los hechos investigados, se permite su utilización siempre y cuando la gravedad del delito permita la injerencia.

Las dificultades del tema reafirman la necesidad de un control judicial exhaustivo sobre la injerencia de intervención en las comunicaciones para que se puedan valorar como tales dichos hallazgos. Así, por ejemplo: caería en el campo de la exclusión probatoria un caso en el cual se investiga tráfico de drogas y mediante la interceptación de las comunicaciones de un tercero, se obtiene noticia de un cohecho. Si la policía judicial decide investigar el nuevo delito, disponiendo un registro sin dar cuenta del origen de la *notitia criminis* a la autoridad judicial para valorar el hallazgo, estaríamos en presencia de una información ilegalmente asegurada, en tanto la orden se expidió para la investigación de un delito distinto frente a una persona distinta y por unos hechos distintos. Justamente estos casos son los que obligan a predicar la existencia de dos momentos distintos del control judicial en sede de garantías.

36 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ. *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*. En: *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1 y 2, 1993, pp. 81-90.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

- Enuncie los problemas que presenta la importación de la figura de la expectativa razonable de intimidad al derecho colombiano.
- Haga un esbozo de las categorías del derecho nacional con las cuales se puede manejar la noción de expectativa razonable.
- Haga un análisis de la excepción a la orden escrita de allanamiento y registro que habla del consentimiento del morador frente al derecho constitucional a no ser molestado (artículo 28 CN).
- Haga un análisis de la excepción a la reserva judicial y reserva legal del artículo 15 de la CN frente a la posibilidad de que la Policía rastree el espectro electromagnético sin orden para actividades de inteligencia.

Ae

AUTOEVALUACIÓN

La Policía Nacional con fundamento en su actividad de control preventivo, capta una conversación entre operadores de radio de una zona rural en donde se habla de posibles salidas de un cargamento de droga. Con fundamento en esta escucha, decide monitorear los dos operadores y averigua los teléfonos celulares y la identidad de los dos radiooperadores y decide utilizar sus propios equipos para intervenir las comunicaciones relacionadas con el posible ilícito. En efecto, la intervención da cuenta de un cargamento de cocaína que debe pasar por el lugar, ante lo cual dan un informe policial a la Fiscalía que realiza la captura.

Preguntas

1. Esta interceptación policial, ¿es permitida por la legislación colombiana?
2. Desde el punto de vista de la ilicitud probatoria, ¿qué situación compleja se presenta en este caso?

Ae

J

3. ¿Qué análisis debe hacer el juez de garantías a efecto de determinar los límites entre la actuación preventiva y la función propiamente represiva de la Policía?
4. ¿Qué problemas observa frente a la legalización de la captura con base en esta injerencia?

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

C-591 de 2005.
C-673 de 2005.
C-131 de 2009.
C-519 de 2007.
C-081 de 1993.
C-024 de 1994.
C-626 de 1996.

Corte Suprema de Justicia:

CSJ Rad 28282 de 2007.
CSJ Rad 25920 de 2007.
CSJ Rad 29416 de 2008.
CSJ Rad 28535 de 2008.
CSJ Rad 32805 de 2010.

B

BIBLIOGRAFÍA

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO. *La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliaria: Presupuestos y requisitos*. Homenaje a MARINO BARBERO SANTOS. Madrid, 2001.

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Limitaciones especiales de los derechos fundamentales durante la instrucción. La interceptación de comunicaciones privadas*. En: *El Derido Proceso Penal*. Hammurabi. Buenos Aires, 2005.

B

URÍA MARTÍNEZ, JOAN FRANCESCO. *Intervenciones telefónicas: aproximación al estado de la cuestión.* En: *La Prueba en el proceso penal.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS. *La intervención Judicial de las comunicaciones telefónicas en España.* Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal. N° 1. Grijley. Lima, 2000.

Unidad 5

BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Reconocer las interrelaciones entre el derecho fundamental a la intimidad y la autodeterminación informativa.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Definir los contornos del derecho a la intimidad frente a la captación masiva de datos automatizados.
- Establecer con claridad, las limitaciones de la persecución penal frente a las bases automatizadas de datos y reconocer el sistema de control para el Juez y la Jueza de Garantías.

INTRODUCCIÓN

La autodeterminación informativa está constituida por la interpretación conjunta de dos derechos fundamentales, esto es, el derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La expresión se configuró en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1983 que se relacionaba con la información que aportan los ciudadanos a los censos y el destino futuro de las afirmaciones del encuestado en situaciones que permiten cruces relativamente fáciles de información automatizada. Si bien, frente a ciertas injerencias no hay una discusión explícita con referencia al derecho a la intimidad, lo cierto es que la captura de información personal que puede almacenarse por medios electrónicos y utilizarse indebidamente, sí tiene entidad para afectar este derecho fundamental. Por lo tanto, el ordenamiento exige que quien de buena fe aporta datos personales al Estado o a los particulares, debe saber cuál es el destino de su información privada o íntima. Pero, además, no parece ser suficiente que el individuo sepa el destino de su información, sino que también reconozca que puede tener la posibilidad de ejercitar otras libertades constitucionales, sin el temor de asumir riesgos inciertos por tal actuación. Desde este punto de vista, la interpretación germana del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considera que el individuo debe gozar de protección contra la recolección, almacenamiento, transmisión y tratamiento de sus datos personales, de la misma forma que lo considera el artículo 15 de nuestra Constitución.

Desafortunadamente, nuestra legislación sobre *habeas data* permite una afectación indebida del derecho a la intimidad que no consulta los avances del derecho comparado. Así por ejemplo: no se explica que la información financiera privada de los ciudadanos sea comercializada por medio de las centrales de riesgo, impidiendo el ejercicio de otros derechos como el acceso al crédito. Así, lo que originariamente tendría relevancia sólo en el ámbito financiero, trasciende a otros campos por cuenta de la ‘transmisión’ de una información que por ser personal no debe ser de dominio público.

En nuestro medio, la Corte Constitucional en sentencia C-567 de 1997 se ha manifestado sobre la noción de autodeterminación informativa en los siguientes términos:

Ya la Corte ha señalado que las piezas de información sobre las que ejerce variadas formas de control el individuo, no son únicamente aquellas que pertenecen a su intimidad, las cuales por su naturaleza difícilmente pueden incorporarse al torrente circulatorio de la información pública, salvo que se haga de manera restringida y garantizando su clausura, dado su carácter sensible. El dato personal corresponde a un elemento que, unido al conjunto más o menos amplio de otros datos que emigran fuera del sujeto y que son susceptibles de tratamiento informático, gracias a la tecnología moderna, puede contribuir a configurar un perfil virtual del sujeto o a generar una cierta impresión social con fundamento en la aplicación de estereotípos o etiquetas de distinta índole.

La protección que ofrece la Constitución ante este fenómeno de la vida moderna, no se orienta a la supresión de las posibilidades tecnológicas que se dirigen a procesar datos personales. El derecho a la intimidad excluye del tratamiento informático asuntos o informaciones que sólo conciernen a la vida privada del sujeto. Por su parte, el derecho a la autodeterminación informativa, incorpora al sujeto cuyos datos se hacen circular como actor de ese mismo proceso con el objeto de que no discurra sin su conocimiento y control. Se quiere, en últimas, prevenir la alienación de la persona y su misma “despersonalización social”, la que bien puede acaecer como consecuencia de que la imagen externa del sujeto sea la que se infiera de las simples manipulaciones tecnológicas. El exacerbado y difuso control social sobre las manifestaciones de la personalidad del sujeto y la síntesis grotesca o exacta que en cada momento pueda hacerse de las huellas dejadas por su acción, las que permanecen de manera indeleble en la memoria colectiva ahora acrecentada, pueden terminar por convertir a la sociedad en entorno hostil para el hombre, y, su mismo pasado individual, en lastre para su futuro. La amenaza que de lo anterior se cierne para la libertad y los derechos de la personalidad, explica el contenido y alcance de la protección constitucional consagrada en el artículo 15 de la Carta.

Ahora bien, el derecho fundamental a la autodeterminación informativa también se ha convertido en un problema sensible, cuando se trata de la investigación penal, si se tiene en cuenta que las autoridades estatales

pueden crear bases de datos automatizadas para efectos de control policial; por ejemplo: la policía aeroportuaria continuamente lo hace cuando consigna un registro de emigración con los datos de destino, fechas, aerolíneas utilizadas, motivo del viaje, etc., o cuando pueden acceder a otras bases de datos que siendo privadas o públicas, estarían amparadas por los contenidos de intimidad propios de la autodeterminación informativa, por ejemplo: los datos personales almacenados en historias clínicas que se dan al profesional de la medicina y que están protegidos por el secreto profesional.

5.1 CARACTERÍSTICAS DE LA INJERENCIA

Como sucede con los demás derechos fundamentales, la autodeterminación informativa tampoco es absoluta y por lo tanto, a la administración de justicia penal le están acordadas ciertas prerrogativas en aras de la investigación de actividades delictivas. En consecuencia, los principios que soportan la autodeterminación informativa para otros efectos, resultan plenamente restringidos frente a la investigación penal. Es el caso del principio de pertinencia, según el cual los datos personales no pueden ser usados para finalidades distintas de aquellas correspondientes a su originaria recolección. En este aspecto, la investigación penal es una excepción. Igual afirmación cabe con respecto del principio del consentimiento, según el cual la cesión de datos de carácter personal debe contar con la aquiescencia del otorgante, pero si la cesión es para una investigación penal, dicho consentimiento no se requiere. No obstante, aquí debe aplicarse las propias exigencias constitucionales que se establecen en el artículo 15 de la Carta, según el cual en la recolección, tratamiento y circulación de datos se debe respetar la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Sin duda, la injerencia de búsqueda selectiva en bases de datos al tenor del artículo 244 del CPP, y la recurrencia por parte de la policía judicial a bancos de material biológico, a efectos de cotejar ADN, sin requerir una intervención corporal previa, se enfrentan a la noción de autodeterminación informativa.

El artículo 244 del CPP, establece la siguiente noción de búsqueda selectiva de bases de datos.

La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público.

Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

El primer inciso de la norma pretende acercarse a la figura conocida en otras legislaciones como *búsqueda por rastreo* (*Rasterfahndung* de la legislación procesal penal alemana). Justamente en la legislación germana se preguntó en su tiempo, si la búsqueda y comparación de datos con fines de investigación criminal tenían entidad para afectar la autodeterminación informativa, pues el procedimiento en sí mismo considerado, no se dirige a nadie en particular, simplemente corresponde a una captación de datos masiva e indiscriminada de conformidad con un patrón preestablecido. La respuesta sobre la afectación de la autodeterminación es positiva, pues a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, el procedimiento implica una injerencia en la transmisión de datos que pasan de las bases informáticas públicas a la policía, lo que obligó a su regulación legal. Más aún, el tratamiento posterior de la información que se puede cruzar con otras bases de datos puede perfectamente arrojar información personal e íntima, aspecto éste al cual se le ha llamado configuración indirecta o teoría del mosaico.

La Corte Constitucional colombiana en sentencia C- 333 de 2007, también reconoce este aspecto, al decir:

En cuanto a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de esa información, es una búsqueda que hace referencia a la posibilidad que ofrecen las bases de datos denominadas 'bases de datos relacionales' o 'sistema de manejo de bases de datos relacionales', de establecer vínculos de información de manera que los datos puedan ser estructurados o almacenados para que puedan ser buscados y colectados en formas diferentes. Este tipo de búsqueda admite así mismo la posibilidad de elaborar reportes que cruzan variables a través de filtros para visualizar la información desde un determinado punto de referencia, según los criterios de quien realiza la búsqueda.

La norma dispone que la policía judicial, puede realizar comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate de informaciones de acceso público, razón por la cual esta injerencia no tiene efectos en cuanto a la intimidad. La reciente ley estatutaria de Habeas Data (Ley 1266 de 2008), soluciona parcialmente el problema, al catalogar la información que debe entenderse como pública. En el derecho comparado, se estila una catalogación según la cual la información pública correspondería a aquella que puede pertenecer al investigado, pero que lo inscribe dentro de un grupo con características especiales que la policía utiliza para configurar una identificación. La información confidencial, por su parte, es personal y está referida a datos íntimos del indiciado o imputado, incluidos aquellos datos a los cuales se pueda llegar, por medio de un análisis cruzado. Cuando se habla de información que puede constar en bases de acceso público, el derecho comparado se refiere a una búsqueda selectiva de datos que permitan llegar por descarte a un conjunto de informaciones útiles para la investigación policial. Por ejemplo: la información automatizada de registros inmobiliarios en una zona de la ciudad, buscando perfiles de personas que se adecúen a una hipótesis policial de ubicación. Por lo tanto, este tipo de búsqueda selectiva pretende descubrir, si determinadas personas a partir de los datos almacenados en bases públicas o privadas, cumplen con los criterios de rastreo establecidos previamente por la investigación penal y de resultar positiva la búsqueda, se procede posteriormente a

utilizar los métodos tradicionales de injerencia que permite el ordenamiento procesal penal.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional reciente, la búsqueda selectiva en bases de datos es una injerencia que permite a la persecución penal el rastreo de información confidencial referida al indiciado o imputado, de manera focalizada y que tiene entidad para afectar la intimidad y la confidencialidad de los datos. Sobre este aspecto, se afirma que la confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, y la difusión de los mismos constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular y por tal razón, se impone el principio de control de tal manera que quienes intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control resultan obligados a garantizar la reserva de la información recaudada.

Esta definición que para efectos de investigación penal resulta acertada, pretende diferenciar la búsqueda selectiva en bases de datos de otras formas de consecución de información automatizada, como las relacionadas con datos que se encuentran en computadores personales, de tal manera que estos últimos corresponden a sistemas de información creados por el usuario que no ejercen acopio de información de manera profesional o institucional. Para los casos en los cuales exista información computarizada en equipos personales, se impone la injerencia de allanamiento y registro de tal manera que una vez aprehendido el aparato de computación la Fiscalía puede hacer un registro interno de la máquina electrónica para buscar información que sirva a la investigación penal. La búsqueda selectiva se refiere a los casos de injerencia en sistemas de información complejos que se denominan banco de datos o central de información, sobre los cuales se puede determinar la existencia de un poder informático y que tiene como característica general que están sujetos al régimen de divulgación restringido, ya sea porque se trate de materias que el Estado debe preservar para la protección del interés general y la seguridad nacional o por razones de similar naturaleza.

La Corte Constitucional justifica esta diferencia, interpretando el numeral 2º del artículo 250 de la Constitución, a propósito de las actos de injerencia que se le han permitido a la Fiscalía en la propia Carta. Desde este

punto de vista, resulta más flexible generar intromisiones en el amparo domiciliario y la intimidad debido a la urgencia de recolección probatoria cuando se trate de computadores personales, de tal manera que la injerencia de registro habilita también para la captura de archivos digitales o documentos computarizados, según la Corte por “la necesidad y oportunidad del recaudo de la información, en cuanto se trata de diligencias que generalmente están referidas a realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos, o que podrían eventualmente ser alteradas en desmedro del interés estatal de proteger la investigación”.

Por el contrario, la información que reposa en bases de datos, tiene vocación de permanencia en cuanto ha sido recopilada, almacenada y organizada de manera legítima y autorizada, para preservar una memoria con propósitos de uso muy diversos, pero siempre autorizados constitucionalmente que restringen la captación, administración y divulgación de información computarizada y en tal sentido, la búsqueda selectiva de información por este medio y para efectos penales, no permite una interpretación flexible del control posterior.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de apelación 29991 del 2 de julio de 2008, también se refiere a esta misma apreciación en el siguiente sentido:

De lo anterior, se desprende, que el material informático que reposa en el computador y teléfono celular autorizados a G L por la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, no tiene la categoría de base de datos a las cuales hace referencia el inciso 2º del artículo 244 de la Ley 906 de 2004, sino la de documentos digitales, cuya recuperación y análisis debe ser objeto de control posterior, como lo dispone el artículo 237 del mismo ordenamiento, modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007.

En consecuencia, el Magistrado de Justicia y Paz de Medellín con función de Control de Garantías carecía de competencia para decidir acerca de la autorización pedida por la Fiscalía para recuperar y analizar los documentos digitales o la información que se encuentra en los equipos electrónicos usados por el imputado con la finalidad de

preparar su versión libre y confesión en el proceso de justicia y paz, para el cual fue postulado.

Con tal forma de proceder no sólo desconoció la competencia sino que trocó el debido proceso en cuanto la Fiscalía solicitó al Magistrado de la Sala de Justicia y Paz la autorización previa para la ejecución de un acto respecto del cual ella y sólo ella tenía potestad para ordenarlo, pues la intervención del Juez/la Jueza de Control de Garantías debe sobrevenir como una consecuencia del registro efectuado a los aludidos equipos electrónicos.

Sin embargo, esta decisión plantea el complejo problema relacionado con el hallazgo de información computarizada que sirva a efecto de defensa o más aún, que corresponda a documentos de correspondencia electrónica cursados entre el imputado y el defensor. Desde nuestro punto de vista, la solución del problema debe realizarse, acudiendo a la teoría de las prohibiciones de prueba, de tal manera que el hallazgo de este tipo de documentos puede implicar la invalidez de la diligencia de registro.

5.2 CONTROL DE GARANTÍAS POR AUTORIZACIÓN EX ANTE

La Corte Constitucional en su decisión C-336 de 2007, adopta una posición clara en cuanto al hecho de que se trata de un acto autorizado y no controlado a posteriori como originariamente lo establecía la norma. El argumento central de la Corte para determinar el tipo de control en la búsqueda selectiva en bases de datos pasa dos fundamentos: la escasa protección del derecho a la intimidad y la autodeterminación informativa y la regla general según la cual, en los eventos no autorizados a la Fiscalía en la propia Constitución, las medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deben contar con autorización, es decir, control previo, por parte del Juez de Control de Garantías.

Este último argumento extendido a otras injerencias que tienen control posterior como la infiltración y utilización de agentes encubiertos, generaría una visión esencialmente diferente de la que trae el CPP para la competencia del Juez/la Jueza de Control de Garantías, en cuanto a actos autorizados y actos controlados, y así lo refiere expresamente la Corte Constitucional cuando afirma:

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

Así las cosas, no puede acogerse la tesis expuesta por la Fiscalía en el sentido que la búsqueda selectiva de información personal en bases de datos, corresponde a una especie del “registro” a que alude el numeral 2º del artículo 250 de la Carta. Se trata de un medio de conocimiento distinto que responde a su propia naturaleza y cuenta con su propio y específico ámbito de aplicación. Tal diferenciación excluye la posibilidad de ampliar la regla del control posterior, a una medida que evidentemente no se encuentra prevista en la enumeración taxativa que contiene el precepto constitucional (Art.250.2).

5.3 VARIABLES DE CONTROL (AUTORIZACIÓN), PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS

La decisión comentada da el marco de competencia en estos casos, con el siguiente cuadro de autorización:

Determinación y catalogación de la base de datos a la cual pretende acceder la Fiscalía. La jurisprudencia constitucional ha catalogado las bases de datos afectas al derecho a la autodeterminación informativa en:

- a. *Información Pública.* Es la que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos que de conformidad con el artículo 74 de la Constitución no están afectos a reserva, las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil de las personas, registro civil de inmuebles, información de registro mercantil. En la medida en la cual esta información puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno, *su consulta no requiere autorización del juez/jueza de garantías.*
- b. *Información semi privada.* Está compuesta por datos de carácter personal o impersonal para cuyo acceso y conocimiento existen grados mínimos de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas. *Dependiendo de la naturaleza de la información se debe requerir estudio para dictaminar sobre la autorización del juez/la jueza de garantías.*
- c. *Información privada.* Se relaciona con datos personales o impersonales que deben ser de dominio privado y para su consulta, sólo puede hacerse, por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio. *Para investigación penal se requiere autorización judicial.*
- d. *Información reservada o absolutamente íntima.* Corresponde a aquellos datos eminentemente personales y estrechamente relacionados con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad. Esta información es absolutamente reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. A título de ejemplo: la

jurisprudencia menciona la información genética y los llamados datos sensibles o relacionados con la ideología política, la inclinación sexual, los hábitos sentimentales y los gustos de las personas. **Para investigación penal no se puede autorizar judicialmente a la Fiscalía para obtener dicha información.**

Este catálogo es compatible con la ley estatutaria de Habeas Data que en su artículo 3, establece la siguiente clasificación:

Dato personal. Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica. Los datos impersonales no se sujetan al régimen de protección de datos de la presente ley. Cuando en la presente ley se haga referencia a un dato, se presume que se trata de uso personal. Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados;

Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas;

Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley (bancos de datos de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países).

Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada, sólo es relevante para el titular.

La jurisprudencia constitucional sobre la Ley de Habeas Data, ha establecido que el operador es responsable a partir de la recepción del dato suministrado por la fuente, por el incumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado en relación con la calidad de la información personal, consagrados en la Ley Estatutaria.

Utilidad y pertinencia de la búsqueda de información. En realidad, éste es un requisito de la aplicación del principio de proporcionalidad, pero la Corte Constitucional recalca este aspecto, a propósito de la mezcla de informaciones que pueden obtenerse del cruce de datos judicialmente obtenidos, generando la inapropiada teoría del mosaico.

Examen de proporcionalidad. De particular importancia resultan en esta injerencia, y se puede aplicar como sigue:

Finalidad. El juez/la jueza debe examinar que la información solicitada únicamente resulte pertinente para la configuración delictiva que requiere el fiscal. En tal sentido, se recalcan los fundamentos de utilidad y pertinencia.

Necesidad. El juez/la jueza debe valorar si existen otros medios con menor grado de injerencia para llegar a la consecución de la misma información y el agotamiento de otras actividades de investigación, antes de proceder a autorizar la búsqueda selectiva.

Ponderación en sentido estricto. La propia Corte Constitucional en la jurisprudencia comentada y en el *obiter dicta* del control constitucional de la Ley estatutaria 1266 de 2008, enfatiza la gravedad de generar una injerencia en el derecho a la intimidad frente a datos de carácter personalísimo; por lo tanto, el juez/la jueza deberá abstenerse de autorizar la consulta de dicha información. Si la información íntima llega al proceso penal debe ser aportada por el propio afectado.

5.4 APLICACIONES EXTENSIVAS

Tampoco existe mucha claridad con respecto de la información personal que contiene el material biológico consignado en laboratorios clínicos o consultorios médicos, etc., a efectos de cotejo de ADN. Aquí, el punto que enfrenta la autodeterminación informativa pasa igualmente por las relaciones paciente-médico, por las condiciones del trabajo científico que algunos casos, exigen reserva de fuente sobre determinada información y por las condiciones en las cuales se otorga una muestra biológica a los profesionales de la medicina. Aún más, existen eventos en donde el secreto y anonimato son el fundamento del control ético de ciertos procedimientos clínicos. Por ejemplo: el anonimato de la identidad del donante de semen para las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, la noción de intimidad se ha extrapolado para hablar de una *intimidad genética* que hace referencia a todas aquellas informaciones que el individuo puede aportar y cuyo conocimiento le corresponde a él y con las debidas garantías y restricciones al médico o científico que puede practicar un examen sobre tales tópicos.

De no ser por la autodeterminación informativa aplicada a la intimidad genética, la consecución de información para fines distintos a los de salubridad, reproducción o identificación consentida, podría llegar a verdaderos exabruptos. Así, por ejemplo: en el campo de la seguridad social para la propia medicina prepagada, se ha puesto de presente el riesgo que implica para la concepción ética del negocio de la salud (si es que como negocio se sujeta a una serie de valores), que al individuo se le solicite una muestra biológica y a partir de allí, se estructure un examen de ADN con el fin de reconocer la futura susceptibilidad o predisposición del sujeto para desarrollar alguna enfermedad. Si se cruza esta información con algunos datos que son rutinarios en los diagnósticos clínicos (antecedentes familiares de patologías heredadas o indicios de enfermedades terminales en la familia), se correría el riesgo de un verdadero desamparo con respecto de las limitaciones que sujetarían el contrato de medicina prepagada a las futuras patologías por atender.

Estos aspectos han obligado al derecho procesal penal a establecer los contenidos mínimos que se requieren para proceder cuando se trate de la afectación de la intimidad genética, de tal manera que la doctrina reconoce los siguientes aspectos como dignos de protección cuando se trata de la intimidad genética a efectos de investigación penal:

- a. Como regla general, un examen de ADN procede cuando sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con el ámbito y las finalidades determinadas que se pretenden. En otras palabras, se debe cumplir con el principio de proporcionalidad.
- b. El afectado con la recolección de la información genética debe conocer el destino de dicha información, el lugar de su almacenamiento y las garantías que le asisten en caso de divulgación ilegal.
- c. La información genética no puede utilizarse para fines distintos de los que fueron autorizados o para los cuales se consintió su obtención. Así, por ejemplo: las pruebas de ADN utilizadas para efecto de definición de parentescos en el proceso civil no pueden servir para efectos de identificación en la investigación penal.
- d. En el campo de la ilicitud probatoria, se reconoce que no puede tener efecto jurídico la recolección de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. En la legislación procesal penal colombiana, el problema se plantea con mayor intensidad que en el derecho comparado, sobre todo en las legislaciones que cuentan con leyes especiales para la protección de datos. Para nuestro caso, pareciese que no existe un reconocimiento a la intimidad genética, pues la norma del artículo 245 del CPP, pretende eludir las condiciones previas para acceder a la información que requiere el cotejo de ADN, es decir, la intervención corporal como presupuesto básico para obtener una muestra biológica que sirva para efectos de comparación. La dificultad mayor estriba en que las muestras biológicas recolectadas con fines clínicos o de donación afectan el secreto médico y por lo tanto, constituyen una intromisión inadmisible y en la misma medida, inconstitucional en el derecho de la intimidad.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Los agentes del CTI deciden entrevistar a un técnico en sistemas que maneja el servidor electrónico de un hospital público para averiguar sobre las citas médicas que ha cumplido una persona que está investigada por el delito de propagación del VIH. El técnico otorga la información que lleva a los investigadores a preguntar al médico que atendió al sospechoso, sobre el motivo de las consultas y las patologías del paciente. El galeno niega la información con fundamento en la relación de confianza y privilegio entre médico-paciente e inmediatamente solicitan al fiscal expedir orden de búsqueda en la base de datos del hospital, para saber la medicación que se le dio al indagado y los exámenes médicos ordenados sirven para construir probatoriamente el conocimiento antecedente sobre la enfermedad.

1. ¿El proceder de los agentes del CTI sería permitido bajo las consideraciones del derecho a la intimidad y la auto-determinación informativa?
2. ¿Qué problemas plantea para el juez de garantías, valorar la información obtenida por cuenta del Fiscal, si no existe autorización del juez de garantías y el fiscal aduce que no conocía la sentencia que transforma el sistema de control posterior?
3. ¿Puede el juez de garantías autorizar una injerencia de este tipo, si se aduce que es la única forma de probar el conocimiento antecedente que exige el delito sobre la tenencia de la patología?
4. ¿Cómo se examina el punto de autorizar la injerencia cuando el médico se ha negado a dar información sobre el paciente y esto constituye fundamento de la intervención?

Ae

AUTOEVALUACIÓN

Distinga las bases de datos que pueden accederse sin orden judicial y las que requieren autorización, de conformidad con la clasificación de la ley estatutaria de Habeas Data.

Qué injerencia resulta apropiada para acceder a la información de un computador personal que está conectado con una base de datos financiera, en donde se hacen transacciones en línea y que de conformidad con la información que tiene la policía judicial, se usa como forma de lavado de activos.

J

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

C-567 de 1997.

C-336 de 2007.

C-1011 de 2008.

Corte Suprema de Justicia:

CSJ Rad 29991 2008.

B

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, JOSÉ MARÍA. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática*. Aranzadi. Pamplona, 1999.

CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL. *El Rasterfahndung en el derecho procesal penal alemán y su aplicación práctica en la lucha antiterrorista*. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología. 05-06 24 de octubre de 2003.

ETXEBERRÍA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO. *La protección de los datos de carácter personal en la investigación penal*. Agencia de protección de datos, 1998.

-----, *Los análisis de ADN y su aplicación en el proceso penal*. Comares. Granada, 2000.

B

HASSEMER, WINFRED. *Thesen zu Informationeller Selbstbestimmung und Strafverfahren*. Strafverteideger 6. 1988, pp. 267.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español*. Ponencia. *Las reformas procesales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

Unidad 6

INTERVENCIÓN POSTAL

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

Reconocer el sentido y los alcances de la injerencia de la intervención postal y las variables de control para el Juez y la Jueza de Garantías.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA UNIDAD

- Distinguir la injerencia de intervención postal de otras similares como la interceptación de comunicaciones.
- Conformar el catálogo de los efectos de comunicación que pueden intervenirse con las injerencias postales.
- Asimilar las discusiones sobre injerencias postales y correo electrónico.

INTRODUCCIÓN

José María Assalit Vives (1993), define la intervención postal como

Aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente que se realiza contra un inculpado- emisor o receptor de la comunicación -, excepcionalmente contra otra persona que efectúa una comunicación de la cual se sirve el inculpado para sus fines delictivos -, por órgano jurisdiccional competente ejecutada bajo la intervención y control de éste, en la fase de instrucción de un proceso penal, con la finalidad de conocer la existencia de la misma, su remitente y destinatario, detenerla y conocer su contenido para investigar la comisión de concretos delitos, averiguar su autoría y posibilitar la aportación al juicio oral de elementos probatorios, pudiendo influir en la adopción de las correspondientes medidas cautelares.

Tal y como ocurre con las interceptaciones telefónicas, no existe una definición legal de comunicación postal en el ordenamiento interno. Simplemente, la ley la permite sin entrar en las consideraciones relacionadas con la intimidad. De ahí que sea necesario remitirse a la normativa internacional para aclarar los conceptos que corresponden a la temática.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en su artículo 17, establece igualmente

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su *correspondencia*, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

A su vez, el artículo 11 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece de manera similar que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (10) (11), declara el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, domicilio o correspondencia, manifestando también el derecho a la protección de la ley contra estas injerencias.

6.1 ESQUEMA NORMATIVO PARA EL CONTROL POSTERIOR DEL JUEZ Y LA JUEZA DE CONTROL DE GARANTÍAS

6.1.1 Reserva legal

El artículo 233 del CPP, autoriza al Fiscal General de la Nación o su delegado, para ordenar a la Policía Judicial retención de correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada que reciba o remita el indiciado o imputado.

Esta disposición no resulta plenamente adecuada frente al artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el artículo 233 del CPP tiene indeterminaciones, como por ejemplo: hablar de mensajería especializada o “similar”. La doctrina internacional es clara en el sentido de que el ciudadano tiene que reconocer de manera suficiente los ámbitos de la injerencia (este aspecto implica la previsibilidad y protección contra el abuso).

6.1.2 Prohibición de la injerencia con fines distintos a la investigación penal

La normativa internacional exige que el sustento legal de la injerencia debe estatuirse por razones de interés general. Desde este punto de vista, la persecución penal es una limitación razonable y admitida. El artículo 233 del CPP satisface este precepto en desarrollo del artículo 15 de la Constitución, al hablar de motivos razonablemente fundados para inferir que existe información útil para la investigación penal. Por lo tanto, el Juez/la Jueza de Control de Garantías puede asumir en este contexto, que efectivamente el Fiscal ha tenido motivos para la retención de correspondencia, obviamente relacionados con la persecución delictiva.

6.1.3 Objeto de la Intervención Postal

Debido a su naturaleza, la intervención postal interrumpe la libre comunicación entre un remitente y un destinatario de la misma. La doctrina internacional ha considerado que para efectos penales, es indiferente que el servicio postal se preste en forma pública y privada. En este sentido, el Convenio de la Unión Postal Universal de 1964, permite el sometimiento a control aduanero de los envíos de correspondencia, de acuerdo con la legislación interna de cada país. No obstante, se puede prever controles especiales cuando se trate de paquetes postales.

A estos efectos, debe indicarse que el XX Congreso de la Unión Postal Universal firmada en Washington el 14 de diciembre de 1989, establece ciertas restricciones que deben tenerse en cuenta. El protocolo final del acuerdo relativo a encomiendas postales, artículo 20. a) 3º, así como el reglamento de ejecución del convenio postal internacional, artículo 117, señalan respectivamente, los objetos cuya inclusión está prohibida en las encomiendas, y los envíos sujetos a control aduanero. Las prohibiciones son las siguientes:

En todas las categorías de encomiendas

3º. Los documentos que tengan carácter de correspondencia actual y personal, así como la correspondencia de cualquier clase intercam-

biada entre personas que no sean el expedidor, ni el destinatario o las personas que convivan con ellos, con la siguientes excepciones:

- *de unos de los documentos siguientes, sin cerrar, reducido a sus enunciados constitutivos y que se refieran exclusivamente a las mercaderías transportadas: factura, planilla o aviso de expedición, certificado de entrega;*
- *de los discos fonográficos, cintas e hilos sometidos o no a una grabación sonora o visual, tarjetas mecanográficas, cintas magnéticas, u otros elementos similares y las tarjetas QSL cuando la administración de origen estime que no presentan el carácter de correspondencia actual y personal y cuando sean intercambiados entre el expedidor y el destinatario de la encomienda o personas que convivan con ellos;*
- *correspondencia y documentos de cualquier clase, que tengan el carácter de correspondencia actual y personal, distintos de los precedentes, intercambiados entre el expedidor y el destinatario de la encomienda o personas que convivan con ellos, si la reglamentación interna de las administraciones interesadas lo permite.*
- *"Art. 117. Envíos sujetos a control aduanero. 1. Los envíos que deban someterse a control aduanero llevarán una etiqueta verde engomada, conforme con el modelo C1 adjunto o etiqueta volante del mismo modelo.*

6.1.4 Extensión del amparo al secreto de las comunicaciones

En cuanto corresponde al objeto específico de la intervención postal, se anota que el ámbito protegido del derecho fundamental a la intimidad, se garantiza en su aspecto formal, esto es, aunque el contenido de un determinado envío no afecte la intimidad, es factible que la libertad de comunicación permita un amplio espectro de protección.

El secreto se predica de la comunicación, lo cual incluye el ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado y además, su proceso de transmisión. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el objeto de la intervención postal no se reduce únicamente a las cartas, sino a todo género de correspondencia postal, incluidos los

paquetes cerrados que pueden ser portadores de mensajes personales o empresariales. Por supuesto, este es uno de los puntos que se presta a mayor discusión, pues la temática implica preguntarse, si la apertura de un paquete se entiende comprendida en la noción de correspondencia. Al respecto, se debe distinguir entre correspondencia amparada y correspondencia no amparada por el secreto de las comunicaciones.

Ha sido la jurisprudencia española, con base en la alemana, la que ha realizado la distinción. Por correspondencia amparada se entienden las cartas o comunicación epistolar, así como los paquetes cerrados. Se trata aquí de una distinción cualitativa con los llamados paquetes abiertos que pueden ser revisados o que están condicionados en las empresas de mensajería privada por el correspondiente contrato de transporte. Así, algunas empresas se permiten la verificación anterior del envío, atendiendo a que les está prohibido o no se comprometen al envío de determinadas cosas (dinero, medicamentos, artículos delicados, etc.).

Existe una distinción cuantitativa, esto es, que los paquetes que pasen de determinado peso, tamaño y características externas no pueden entrar en el contexto de protección, toda vez que se puede exigir su revisión por las autoridades aduaneras cuando se trate de transporte internacional.

Otros de los envíos que no gozan de la protección son los siguientes: paquetes en los cuales el remitente consigna su contenido (por ejemplo: cuando en la caja se adhiere una impronta con publicidad que establece el tipo de producto o artículo que transporta el paquete); las maletas, maletones transportados y los envíos de mercancías por los servicios ordinarios de transporte. La discusión sobre estos tópicos tampoco es pacífica, pues si se entiende que la protección al secreto de las comunicaciones se extiende en sentido formal, amparando a su vez la intimidad, ello no quiere decir que la colocación de una etiqueta que hable del contenido de un paquete implique necesariamente una renuncia material suficiente frente al derecho a la intimidad. Aquí, se impone que la existencia de cualquier renuncia, debería ser interpretada de manera restrictiva de acuerdo con la teoría general de los derechos fundamentales. En efecto, así se exteriorice el contenido de un paquete, en su interior se puede comprender circunstancias que afecten la intimidad, por ejemplo: si el

paquete contiene medicamentos, es claro que la publicidad del laboratorio que los produce y los envía, no significa una renuncia expresa del destinatario a que se conozca, sin más, las enfermedades que padece. En estos casos, se impondría en la interpretación que la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental como la intimidad, debería ser expresa y efectuada en términos inequívocos.

También existe discusión en lo que corresponde a las maletas, maletines y bolsas transportadas. La interpretación que permite no amparar con el secreto de las comunicaciones este tipo de efectos, está relacionada con el hecho de que dicho transporte no se adecúa a la noción de comunicación postal. No obstante, aquí también se puede violentar el derecho a la intimidad en el caso de que las maletas puedan contener efectos dignos de tal protección, por ejemplo: documentos. En estos eventos, la solución ha sido disponer de la noción de registro, entendiendo que no resultarían legítimas las investigaciones de carácter exploratorio o general, sobre una determinada persona con vulneración de los derechos fundamentales.

En materia de objetos afectos a retención de correspondencia, se debe hacer mención a una distinción que existe en relación con la entrega vigilada, contenida en el artículo 243 del CPP. En este aspecto, Colombia es tributaria del Convenio de las Naciones Unidas de 1988 sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicos que no permite aplicar los conceptos propios de la retención de correspondencia, toda vez que la entrega vigilada es un monitoreo físico sobre el curso postal de un envío que no tiene un destinatario conocido para las autoridades de persecución penal, limitado en este caso, al tráfico de estupefacientes.

La exégesis del artículo 233 del CPP, contempla la posibilidad de que las autoridades de persecución penal soliciten a las oficinas correspondientes, copia de los mensajes trasmítidos o recibidos por el indiciado o imputado. Por lo tanto, en la audiencia de control de legalidad posterior, los criterios para aplicar en estos eventos, en aquello que corresponda a la eficacia probatoria de la intervención postal, deberán ser más bien los de la interceptación de comunicaciones. En efecto, esta exposición se refiere básicamente a los telegramas, en los cuales no existe propiamente una aprehensión física del envío postal, sino una interceptación de una comunicación ya realizada de

la cual se obtiene el contenido mediante el personal técnico encargado de la comunicación. En consecuencia, no será suficiente que el Fiscal ordene a la Policía Judicial, la retención de la comunicación, sino que las oficinas correspondientes de envío de mensajes tendrán la obligación de expedir la copia con fundamento en una notificación de la orden con la consecuente obligación de guardar la debida reserva sobre la copia expedida, tal y como lo especifica el artículo 235 del CPP.

El cuarto inciso de la disposición en comento, establece que las empresas de mensajería especializada deben suministrar la relación de los envíos hechos por solicitud del indiciado o imputado o dirigidos a él. La doctrina y la jurisprudencia internacional han considerado que el conocimiento de la existencia de la comunicación postal, sin interferirla, no viola el derecho a la intimidad ni tiene entidad suficiente para amenazar el secreto postal, pues la denominación del destinatario y el remitente tienen carácter público por las condiciones que exige el envío. No obstante, esta noción se ha puesto en discusión frente al derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por lo ocurrido por las intervenciones telefónicas, a propósito del llamado “comptage” o “pen register”, esto es, si el concepto de secreto cubre también la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales; en este último caso, para las injerencias postales. En cualquier caso, los análisis indican que el reconocimiento externo de un envío postal o el conocimiento de los números telefónicos en la actualidad, son de amplio reconocimiento. Por ejemplo: en el caso de las facturas telefónicas, las empresas de telecomunicaciones dan a los usuarios la posibilidad de reconocer el día, fecha, hora del número con el cual se mantiene la comunicación. Por lo tanto, los datos sobre la identidad subjetiva, el domicilio y las demás notas sobre el remitente y destinatario, están sujetos a la condición establecida en el inciso 1º del artículo 233 del CPP, relacionada con el hecho de que la Fiscalía tenga motivos suficientemente fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código, para inferir que existe información útil para la investigación. En otras palabras, el conocimiento de los destinatarios de una comunicación es protegido hasta el límite de la presunción de hallazgo, plenamente justificada por la Fiscalía. Más allá de este parámetro, se puede entrar a afectar el derecho fundamental.

6.2 EXAMEN DE CONTROL SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA INTERVENCIÓN POSTAL

Los aspectos que debe tener en cuenta el Juez/la Jueza de Control de Garantías con respecto de las injerencias postales en la normatividad internacional, se relacionan básicamente con el hecho de que si bien el legislador autoriza este tipo de intromisiones, tanto la intervención postal como la intervención de las comunicaciones pueden conducir a la auto-inculpación del imputado sin que él lo sepa, pues la persona investigada desde el comienzo mismo de la injerencia, carece de la posibilidad de determinar quién ha de tomar conocimiento del contenido de la comunicación. Como lo dice Jan Woischnik, se trata por eso, además de una medida de mayor gravedad que las corrientes, pues la víctima “inocente” no puede descubrirla, es decir, está expuesta indefensamente a ella.

La retención de correspondencia tiene como objeto evitar que la comunicación llegue a un destinatario, cuando existan motivos razonablemente fundados que le permitan a la Fiscalía inferir que el contenido de las comunicaciones tiene información útil para la investigación. Por lo tanto, le corresponde a la Policía Judicial examinar la correspondencia retenida, y valorar la existencia de material probatorio y evidencia física relevante para la investigación. El artículo 234 del CPP, ordena a la Policía Judicial informar al Fiscal, en caso de hallazgos, en un plazo máximo de 12 horas.

Los límites de protección constitucional del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la intimidad, se encuentran en el conocimiento del contenido del envío y la consecución de una fuente de investigación o de prueba, que constituirán posteriormente el soporte documental para una incriminación. En este sentido, la investigación penal, de acuerdo con las previsiones de nuestro CPP, exige fuera de los motivos razonablemente fundados, que estos se basen a su vez, en los medios cognoscitivos previstos en el Código, esto es, elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos en la indagación (artículo 275); los que provienen de recolección por agente encubierto o agente infiltrado (artículo 279), los que provienen de entrega vigilada o los obtenidos durante el interrogatorio indiciado. Por lo tanto, el Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene aquí una doble tarea en el sentido de examinar

la exigencia de los motivos razonablemente fundados con base en los medios cognoscitivos previstos, que puedan determinar si en la retención de correspondencia existía una presunción de hallazgo. Por otra parte, el examen sobre la ejecución implica que a partir de allí, pudo obtenerse legalmente fuentes relevantes a los fines de la investigación penal.

6.3 VARIABLES DE CONTROL PARA EL JUEZ Y LA JUEZA DE GARANTÍAS

El artículo 237 del CPP, exige que dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro de allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet, el Fiscal debe comparecer ante el Juez/la Jueza de Control de Garantías para la revisión de legalidad de lo actuado.

La norma anterior generaba un primer problema de interpretación relacionado con la extensión del control, esto es, si el control de legalidad posterior para estos eventos únicamente se realizaba con respecto del diligenciamiento de las órdenes o si la audiencia de control de legalidad posterior, se podía referir también a la actuación.

Sostuvimos que con fundamento en la sentencia de constitucionalidad C-1092 de 2003, en la cual la Corte Constitucional definió con claridad el ámbito de protección extenso de los derechos fundamentales por cuenta del Juez/la Jueza de Control de Garantías, que el examen se debería hacer sobre la orden y la ejecución del procedimiento.

Con la nueva redacción del artículo 237 del CPP, reformado por la Ley 1142 de 2007, este problema desapareció debido a que el primer inciso de la disposición nueva, incorpora la orden y la actuación como objeto del control posterior y por lo tanto, el examen del juez comporta los siguientes aspectos:

6.3.1 Motivos fundados determinados en la orden

Como se advirtió antes, para el Juez/la Jueza de Control de Garantías es importante el examen que soporta los motivos razonablemente fundados, esto es, la indagación realizada por la Fiscalía con los medios cognoscitivos que determinen la presunción de hallazgo y la definición de inferencia que resulta útil para la investigación penal.

Como lo ha dicho la jurisprudencia española la motivación significa la exteriorización razonada de los criterios en los cuales se apoya la decisión judicial para proceder a la injerencia. Es decir, la exigencia de motivación se satisface cuando, implícita o explícitamente se puede reconocer las reflexiones que condujeron al fiscal a tomar la decisión restrictiva de un derecho, pues coartar el libre ejercicio de una garantía constitucional entraña tal significado que requiere en cualquier caso, una causa especial y lo suficientemente explicada, para que el afectado conozca las razones del sacrificio y pueda ejercer las impugnaciones que correspondan.

El problema no se agota al ofrecer criterios de actividad policial para realizar las injerencias, de tal manera que el Fiscal debe tener en cuenta que no puede trabajar con meros indicios, sino con una realidad fáctica que le permita al órgano jurisdiccional fundamentar correctamente la relación entre la restricción y los hallazgos probatorios.

6.3.2 Formulación antecedente

Se trata de cumplir estrictamente con el principio de legalidad, y en tal sentido, es esencial reconocer el medio cognoscitivo que permitió llegar a la información que habilita la injerencia de retención de correspondencia.

6.3.3 Aspecto temporal

Sobre el tiempo otorgado por la Ley para el ejercicio del control (24 horas siguientes al diligenciamiento de la orden).

6.3.4 Ejecución material de la retención

Por ejemplo: los medios con los cuales se obtuvo copia de los mensajes trasmítidos o recibidos por el indiciado o imputado. Piénsese en cómo se haya sobornado a un funcionario o a un empleado de la oficina de telégrafos o mensajería privada.

Sobre estos aspectos, la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2009, manifestó:

igual que en los eventos de retención de correspondencia, se consagra la posibilidad de aplicar analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos (inc. 2º) y la aprehensión referida “se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida”, e inmediatamente se devolverán los equipos incautados (inc. 3º).

Así, el artículo 237 es común a las normas estudiadas, al contemplar el control de legalidad posterior a esas medidas, incluida la orden, dentro de las 24 horas siguientes a su cumplimiento. Y, en los casos expresamente referidos, será aplicable analógicamente lo concerniente a los registros y allanamientos, entre estos el artículo 228, que establece un término máximo de 12 horas para que la policía judicial informe a la Fiscalía y ponga a su disposición lo recabado.

De ese modo, se mantiene indemne el artículo 250.2 de la Carta Política, sin resultar de otra parte alterados los artículos 14 y 154 de la Ley 906 de 2004, en lo que respecta al límite máximo de 36 horas previsto para que el Juez de Garantías efectúe la respectiva audiencia de control de legalidad formal y material de esas actuaciones, siendo veinticuatro (24) horas un término razonable que se encuentra dentro del margen de configuración del legislador.

6.4 EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD

Lo dicho anteriormente consta como parte del examen material de la injerencia, pero además de este supuesto fundamental, la decisión de someter a una persona a una intervención postal, no puede resultar ajena al juicio de proporcionalidad del cual hemos hablado anteriormente. En este caso particular, es importante para determinar si los hechos objeto de investigación y la participación del indiciado tienen entidad suficiente para permitir la injerencia. Las razones por las cuales anotamos que el Juez/la Jueza de Control de Garantías tiene facultad para realizar un juicio de proporcionalidad, se fundamentan en el hecho de que pueden resultar personas afectadas con la medida, sin que exista causa alguna que justifique la limitación a sus derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y, por supuesto, a la intimidad. En este sentido, una de las aristas fundamentales del principio de proporcionalidad que debe ser analizada por el Juez/la Jueza de Control de Garantías se relaciona con la justificación teleológica y el subprincipio de adecuación.

Otro punto importante en el examen de proporcionalidad está relacionado con el inciso 3º del artículo 234 del CPP, el cual establece que si en la retención de correspondencia se descubre información sobre otro delito, se iniciará la investigación correspondiente o bajo custodia, se enviará la información captada a quien adelanta la indagación. Se trata de una referencia fundamental a la teoría de los hallazgos casuales en su variante de novación del objeto de investigación penal. Los nuevos hallazgos que se ubiquen, sin vulnerar los derechos fundamentales, pueden motivar legítimamente un trabajo de investigación que refiera sus proyecciones al nuevo imputado.

6.5 EXCURSO ESPECIAL SOBRE EL PROBLEMA DEL CORREO ELECTRÓNICO

En una época, cuando es más común la comunicación electrónica que la utilización de los canales postales tradicionales, resulta obvio preguntarse cuál es el amparo constitucional que tienen las comunicaciones telemáticas y cuáles son las injerencias apropiadas para la investigación penal.

En el caso del correo electrónico (e-mail), la doctrina internacional ha reconocido básicamente el mismo espectro de protección que al correo físico, pues las Constituciones no hacen distinción sobre la forma de comunicación para definir la extensión del derecho fundamental al secreto y a la intimidad, de tal manera que podríamos esbozar las siguientes reglas:

- a. La Constitución protege en el contexto del secreto de las comunicaciones la comunicación misma, independientemente de su contenido, cuando se realiza por un canal cerrado. Por lo tanto, la exclusión de terceros distintos al emisor y receptor de un mensaje enviado por vía electrónica, se adecúan a los mismos supuestos del correo físico. La injerencia apropiada a estos efectos es la interceptación del canal electrónico, lo cual implica recurrir al modelo de interceptación de comunicaciones telefónicas.
- b. La información procedente de un correo electrónico que se encuentre almacenada en archivos de computador o en medios magnéticos y que no tenga el carácter de un mensaje en curso, no resulta amparada por el secreto de las comunicaciones en cuanto haya sido abierta, leída y almacenada por el propio usuario fuera del buzón electrónico de su cuenta. Para estos efectos, la injerencia apropiada es el registro al tenor de lo dispuesto por la propia Corte Constitucional en sentencia C-336 de 2007, cuando realizó la distinción entre bases de datos institucionalizadas y archivos personales. A este respecto, el juez constitucional afirmó:

No puede confundirse entonces, la consulta selectiva en bases de datos personales, la cual se inserta en el contexto del ejercicio controlado del poder informático por parte de las entidades administradoras de datos, con el examen minucioso que se realiza en el marco de una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, etc. (Art. 223) que sí constituyen típicas diligencias de registro y como tales se rigen por el numeral 2º del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004.

- c. Recalcando lo anterior, debe decirse que la protección constitucional al secreto de las comunicaciones en el ámbito virtual, se extiende desde que se emite un mensaje hasta que se abre por cuenta del receptor; por lo tanto, los mensajes archivados por cuenta del sistema electrónico pero que no hayan sido abiertos por el receptor, requieren de injerencia postal para su apertura por cuenta de las autoridades de persecución penal, tal y como si ocurriera con las cartas físicas halladas en un registro. Cuando ya han sido abiertos y permanecen almacenados en el buzón electrónico de las cuentas e-mail por el destinatario del correo electrónico, la tutela constitucional que se activa es la correspondiente a la autodeterminación informativa, tal y como ocurre con el almacenamiento de mensajes de voz telefónicos en contestadores automáticos. Es obvio que una vez termina la comunicación, el problema es el “ámbito de dominio” del receptor sobre su información, como claramente lo entendió el Tribunal Federal Constitucional alemán en su decisión del 2 de marzo de 2006.

La discusión sobre el mismo tópico en el caso colombiano es pertinente, pues el artículo 15 de la Constitución le da un ámbito de protección importante a la autodeterminación informativa, de tal manera que si el mensaje ha sido abierto y leído y se encuentra almacenado en el buzón electrónico de la cuenta e-mail, la injerencia correspondiente debe ser la búsqueda selectiva en bases de datos, pues se trata de un almacenamiento electrónico al cual se puede acceder de forma externa.

- d. La captación de datos difundidos públicamente en Internet, no está amparada por el secreto de las comunicaciones, pues es claro que no existe el ánimo de mantener una información en el marco del secreto. Su tratamiento en el caso de que se tratara de correspondencia, sigue los mismos lineamientos de una carta abierta que se publica en un diario de amplia circulación o que se entrega a la prensa para su difusión. Por lo cual, en cuanto a los llamados *chat* que se mantienen entre varias personas a través de la red electrónica, debe afirmarse que el carácter formal del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protege el contenido, mientras los intervinientes se encuentran en la red, realizando la acción (*chatear*), y por lo tanto, la intervención de dicha comunicación debe realizarse en forma autorizada judicialmente.

Ap

Ae

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

¿Cuál es la injerencia apropiada para obtener información de correos electrónicos abiertos por el usuario de una cuenta email, que se encuentran almacenados en un computador personal?

Si los correos no han sido abiertos y permanecen en la opción “no leídos” de la cuenta de correo del usuario, ¿qué medio utilizaría la Fiscalía para llegar al contenido de los correos cerrados?

AUTOEVALUACIÓN

En un combate con fuerzas subversivas, el Ejército Nacional captura a un guerrillero que portaba una libreta con direcciones de posibles contactos en la ciudad. Con la información sobre varias direcciones, los militares asignados a tareas de inteligencia, deciden interceptar la correspondencia de los habitantes de una casa y fotocopiarla. Dicha interceptación comprendía facturas de servicios públicos, citaciones a juzgados, extractos bancarios y cartas de miembros del grupo guerrillero en las cuales se hablaba en lenguaje cifrado sobre operaciones clandestinas que ejecutarían en la ciudad. El ejército informa a la Fiscalía de estos hallazgos, para que proceda a solicitar las órdenes de allanamiento y registro, y captura de los implicados. Con la información sobre los extractos bancarios, se hace imputación por lavado de activos, y con la información de las cartas, por concierto para delinquir, rebelión y terrorismo.

Preguntas

- ¿Es factible aplicar a este caso, la noción de prueba ilícita sobre los extractos bancarios, con fundamento en el artículo 23 del CPP?
- ¿Cómo se realiza la imputación por terrorismo, si el lenguaje de la carta es cifrado?

Ae

- ¿La interceptación de correspondencia por parte de los militares es legal?
- ¿Cómo se soluciona el problema del momento procesal para hacer el Control de Garantías sobre la interceptación de correspondencia, si no existía orden del fiscal?

J

JURISPRUDENCIA
Corte Constitucional:
C-131 de 2009.
C-336 de 2007.

B

BIBLIOGRAFÍA
MARTÍN GARCÍA, Pedro. *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2006.

Septiembre de 2010

Homenaje a los Magistrados y Magistradas Inmolados en el Holocausto del Palacio de Justicia 1985 – 2010



Ricardo Medina Moyano

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1985

Nació en Bogotá el 14 de marzo de 1930 en el hogar de don Jorge Medina López y doña Beatriz Moyano Rey. Casado con Gladys María Rodríguez, con quien tuvo cuatro hijos. Realizó su educación primaria en el Instituto de la Salle Villavicencio; su educación secundaria en el Colegio Salesiano Maldonado de Tunja, y los estudios profesionales en la Universidad del Cauca (Popayán), donde se graduó de abogado en 1953.

Se licenció en la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP (1962 – 1963). Se especializó en Derecho Internacional en la Academia de Derecho Internacional de la Haya (1969). Cursó estudios en la Universidad de los Andes. También realizó estudios de Derecho Constitucional en la Academia Colombiana de Jurisprudencia en Bogotá en el año de 1964. Se especializó en Derecho Canónico y en Derecho Penal, en la Pontificia Universidad Javeriana (1959 – 1961).

Cursó estudios en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Nacional (1955 -1956). Otra de las especializaciones fue en Casación Civil y Penal, cursadas en el Colegio Mayor del Rosario (1958 – 1959); igualmente adelantó estudios de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Javeriana, en 1957.

A partir de 1955 ocupó, entre otros, los siguientes cargos: juez cuarto penal municipal, juez quinto penal municipal, juez primero penal del circuito de Facatativá, juez tercero penal del circuito de Bogotá, juez cuarto superior de Bogotá, juez décimo superior de Bogotá, fiscal del juzgado quinto Superior de Bogotá (1960 – 1962), magistrado del Tribunal Superior de Bogotá.

Fue profesor de Derecho Constitucional Colombiano y Derecho Penal General en las Universidades Nacional, Externado de Colombia, Gran Colombia y Andes. Fue coautor del código penal tipo para América Latina. Dirigió el Diario Jurídico (1953 – 1973). Fue condecorado con la orden Camilo Torres, en 1977, al cumplir 15 años como profesor de la Universidad Nacional. Al morir en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia, se desempeñaba como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional.



UNIÓN EUROPEA



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



MINISTERIO
DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Justicia Restaurativa en el Sistema de
Responsabilidad Penal para Adolescentes