



Conversatorio

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

Nacional

Sistema Penal Acusatorio

CONVERSATORIO NACIONAL

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

**LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JESAEEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
Magistrados**

**ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"**

**GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora**



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

CONVERSATORIO NACIONAL

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

TÓPICOS

Régimen de Libertad
Régimen de Pruebas
Imputación y Acuerdos
Víctimas y Restauración
Régimen de Bienes
Principio de Oportunidad

Ciudad de Paipa, Boyacá
5 y 6 de diciembre de 2005

**Comisión interinstitucional para la implementación
del Sistema Acusatorio Penal**

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

ISBN: 958-701-643-2

CONVERSATORIO NACIONAL. SISTEMA PENAL ACUSATORIO

© Director: HERNANDO TORRES CORREDOR

© Coordinador académico

y revisión del texto: ALEJANDRO APONTE CARDONA

© AUTORES VARIOS

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006

Magistrados auxiliares: DIANA COLORADO ACEVEDO
CARLOS ARIEL USEDA

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No. 11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: mayo de 2006

con un tiraje de 3.000 ejemplares

Diseño de cubierta y páginas interiores: Stephan Acuña Aguirre

Composición: Universidad Nacional de Colombia, Convenio 090 de 2004

Diagramación electrónica: Olga Lucía Cardozo Herreño

Impresión

Universidad Nacional de Colombia

Unibiblos

dirunibiblo_bog@unal.edu.co

Bogotá, D.C., Colombia

Impreso en Colombia

CONTENIDO

RECONOCIMIENTOS	xxi
PRESENTACIÓN	xxv
UNIDAD 1	
CONVERSATORIO NACIONAL	
TÓPICOS	
MESAS DE TRABAJO	1
TÓPICO 1.	
“RÉGIMEN DE LIBERTAD, CAPTURAS Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO”	
Mesa de trabajo	5
I. LA CAPTURA EN EL NUEVO PROCESO PENAL COLOMBIANO	5
EMELY SALCEDO	
Jueza Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Consideraciones previas	5
2. Marco normativo	7
3. Captura administrativa	8
3.1 Conceptualización internacional de la captura administrativa	8
3.2 Desarrollo de la Jurisprudencia Constitucional Colombiana	9
3.3 Principio de legalidad	17
3.4 ¿Sigue vigente la captura administrativa?	20
Caso A	22
Caso B	22
4. La captura como proceso complejo	22
5. Situaciones que afectan la legalidad de la captura	24
5.1 La flagrancia	24
Caso C	25

5.2 Captura ilegal por omisión a la información de los derechos del capturado	25
5.3 Captura ilegal por incumplimiento de términos	26
6. Efectos jurídicos de la declaratoria de ilegalidad de la captura	27
Caso D	28
7. Obligatoriedad del control judicial a la captura	29
Caso E	29
8. Recursos	30
 II. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	 31
CARLOS ALBERTO MORENO ARBOLEDA	
Juez 20 Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Aspectos generales	31
2. Requisitos constitucionales y legales para imponer una medida de aseguramiento en el nuevo sistema acusatorio.	32
2.1 Detención preventiva en establecimiento de reclusión	34
2.2 La detención domiciliaria	34
2.3 Medidas no privativas de la libertad	35
3. ¿Es suficiente la gravedad del hecho para imponer una medida de aseguramiento?	35
3.1 Visión legal	36
3.2 Visión constitucional	37
3.3 ¿Es posible la graduación de las medidas de aseguramiento, en especial la aplicación de una no privativa de la libertad en uno de los delitos previstos en el artículo 313 del C.P.P.?	38
4. Peligro para la comunidad vs. Protección a la comunidad: ¿dilema constitucional?	39
5. Peligro para la víctima vs. Protección de la víctima: ¿un dilema constitucional?	40
6. Causales de libertad	41
7. Revocatoria y sustitución de la medida de aseguramiento	41
8. Segunda instancia de las medidas de aseguramiento	42

CASOS MESA DE TRABAJO	
“RÉGIMEN DE LIBERTAD, CAPTURAS Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO”	43
CASO 1	43
CASO 2	45
CASO 3	48
CASO 4	51
TÓPICO 2:	
“PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA”	55
I. LAS PRUEBAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	55
PAULA JIMÉNEZ	
Jueza 59 Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Prueba inconstitucional y prueba ilícita	56
1.1 Regla de exclusión	56
1.2 Casos que ilustran el debate jurídico planteado	59
2. De nuevo la reflexión constitucional	60
3. Diligencias en las que opera inferencia directa de la regla de exclusión	61
4. El control de legalidad	62
5. La prueba indiciaria	65
6. Descubrimiento de pruebas en las audiencias preliminares	68
7. Pruebas anticipadas	69
II. ARGUMENTACIÓN PROBATORIA BASADA EN UN CASO	70
RAMIRO MARÍN	
Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia	
1. Presentación del caso	70
2. Antecedentes procedimentales	71
3. Observación inicial	72
4. Legalización de captura	73
5. Medida de aseguramiento	76
6. Legalización de incautación de granadas (art. 84 C.P.P.)	78

7. Apelación contra la medida de aseguramiento	79
8. Decisión del juez de segunda instancia	83
CASOS MESA DE TRABAJO	
“PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA”	89
CASO 1	89
CASO 2	92
CASO 3	94
CASO 4	97
CASO 5	99
TÓPICO 3:	
“IMPUTACIÓN, ACUERDOS Y PREACUERDOS”	103
I. IMPUTACIÓN	103
ROSA IRENE VELOZA	
Jueza Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Presentación	103
2. Problemas jurídicos suscitados	105
3. Modificación de la imputación	111
4. Control del Juez de Garantías sobre el allanamiento a cargos	113
II. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	115
JOSÉ REYES RODRÍGUEZ	
Juez Penal de Circuito Especializado	
CARLOS TORRES	
Fiscalía General de la Nación	
NÉSTOR NOVOA	
Fiscalía General de la Nación	
MIREYA GONZÁLEZ PRECIADO	
Jueza Penal del Circuito	
1. El delincuente como deudor y el derecho como contrato	115
2. Del significado de los vocablos, “acuerdo”, “preacuerdo” y “allanamiento”	116
xii	

3. Del control judicial de los “acuerdos” (preacuerdos y allanamientos)	120
4. De la retractación	126
5. De la prueba mínima para acordar	127
6. Reintegro como presupuesto necesario del acuerdo y aplicación del sistema de cuartos	127
7. ¿Puede un juez declarar la nulidad del acuerdo? En caso contrario, ¿la no aprobación del acuerdo puede ser impugnada?	129
8. Visión jurisprudencial	130
 CASOS MESA DE TRABAJO	
“IMPUTACIÓN, ACUERDOS Y PREACUERDOS”	135
CASO 1	135
CASO 2	138
CASO 3	140
 TÓPICO 4:	
“VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA”	143
I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. (Art. 11 C.P.P.)	143
LUZ MARINA BELTRÁN	
Jueza Penal Municipal con función de control de garantías	
CAMILO MONTOYA	
Procuraduría General de la Nación	
1. Derecho a recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno	143
2. A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor	143
3. A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o participe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código	147
4. A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas	147
5. A recibir, desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este Código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer	

la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas	148
6. A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto	149
7. A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar	150
8. A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio	151
9. A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley	151
10. A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no poder conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos	152
II. JUSTICIA RESTAURATIVA	153
RICARDO CASTELLANOS ROMERO	
Juez Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Mecanismos de Reparación	153
2. La Conciliación	154
3. La Mediación	156
4. La Reparación o Restitución	157
5. El servicio a la comunidad	157
6. Pedimento y ofrecimiento de disculpas o solicitud y otorgamiento de perdón	157
7. ¿Quiénes pueden ser mediadores?	158
CASOS MESA DE TRABAJO:	
“VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA”	159
CASO 1	159
CASO 2	162
CASO 3	163
CASO 4	166

TÓPICO 5:

“RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES”	169
I. RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES	169
JUAN PABLO LOZANO	
Juez Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Conceptualización: de las medidas cautelares en general	169
2. Marco constitucional de las medidas cautelares	170
3. Clasificación	170
4. Diferencia entre Confiscación, Comiso y Extinción de Dominio	180
5. Carga de la prueba. Presunción de inocencia	182
6. Del Principio de Proporcionalidad e Integración en las Medidas Cautelares	183
7. Medidas Patrimoniales a cargo del Fiscal a favor de las víctimas	183
7.1 Las medidas cautelares reales en el derecho comparado	184
8. De los Recursos	186
9. Entrega de vehículos	187
10. Planteamiento de los problemas jurídicos	190
10.1 Propuesta de soluciones a los problemas jurídicos planteados	191
10.2 Precedente jurisprudencial	202
11. Fundamento legal que permite que el tercero civilmente responsable sea vinculado al proceso penal, previo a la sentencia	203
CASOS MESA DE TRABAJO	
“RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES”	204
CASO 1	204
CASO 2	207

TÓPICO 6:

“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL”	209
I. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	209
HENRY CALDERÓN Defensor público	
1. Aspectos históricos	209
2. Principio de legalidad y Principio de Oportunidad en el Derecho Anglosajón	211
3. La situación actual en los países de nuestra región	213
4. El Principio de Oportunidad y la Política Criminal en Colombia	214
4.1 Generalidades	214
4.2 Clasificación de las Causales del Artículo 324 C.P.P. Desde la Política Criminal	215
4.3 Límites Constitucionales a la Aplicación del Principio de Oportunidad	216
5. Conclusiones	217
6. Problemas finales	219
II. LA OPORTUNIDAD	220
EDUARDO CASTELLANOS Juez Penal del Circuito	
1. Conceptualización	220
2. Oportunidad como regla	220
3. La oportunidad en la legislación colombiana	221
4. Legalidad	224
5. Política Criminal	225
6. Problemas que surgen del Principio de Oportunidad	227
7. Conclusiones	231

CASOS MESA DE TRABAJO	
“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLITICA CRIMINAL”	232
CASO 1	232
CASO 2	235
CASO 3	237
UNIDAD 2	
PONENCIAS MAGISTRADOS TRIBUNALES SUPERIORES	239
PONENCIA No. 1	241
PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES Presidenta Sala Penal Tribunal Superior de Bogotá	
PONENCIA No. 2	247
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Pereira	
PONENCIA No. 3	249
JOSÉ FERNANDO REYES Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Manizales	
PONENCIA No. 4	251
JHON JAIRO CARDONA CASTAÑO Magistrado Sala Penal Tribunal Superior de Armenia	
UNIDAD 3	
RELATORÍAS - MESAS DE TRABAJO	255
TÓPICO 1:	
CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	257
RELATOR: CARLOS ALBERTO MORENO Juez 20 Penal Municipal con función de control de garantías	
1. Captura	257
2. Medidas de aseguramiento	260

TÓPICO 2:

PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA 265

RELATORA: MIRIAN MÉNDEZ, Personera Municipal

1. Pruebas en segunda instancia 265
2. Procedencia de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en los procesos de competencia de los jueces de circuito especializados 265
3. ¿Que decisión debe tomarse en segunda instancia frente a una resolución carente de motivación? 266
4. Nivel de argumentación probatoria frente a la imposición de medida de aseguramiento 266
5. Declarada la ilegalidad de una búsqueda selectiva de base de datos, deben excluirse, por ilícitos, los elementos probatorios en esta encontrados 266
6. ¿Qué debe hacer la Fiscalía con elementos materiales obtenidos si retira la solicitud de legalidad de la búsqueda selectiva en base de datos? 266
7. ¿Debe el juez exigir la demostración de motivos fundados para realizar una búsqueda selectiva en base datos? 267
8. ¿Constituye una llamada anónima motivo fundado para afectar el derecho a la intimidad? 267
9. ¿Cómo se verifica, probatoriamente hablando, la existencia de dicha llamada? 267
10. Algunos aspectos referentes a los procesos de inasistencia alimentaria 267

TÓPICO 3:

IMPUTACIÓN, ACUERDOS Y PREACUERDOS 271

RELATORA: GLORIA PATRICIA LOAIZA GUERRA

Jueza Tercera Penal Municipal de Medellín.

1. El requerimiento de medios de convicción en la imputación 271
2. El menor como víctima y como testigo 273
3. Acuerdos, preacuerdos y allanamiento a cargos 274

4. Debate sobre la ponencia de imputación	276
5. Acuerdos y preacuerdos	278
TÓPICO 4:	
VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA	279
RELADORES: OLGA PATRICIA CÁCERES LOAIZA	
Jueza Promiscuo Municipal, Finlandia, Quindio	
RICARDO CASTELLANOS	
Juez penal municipal con funciones de control de garantías en Bogotá.	
1. Adopción de medidas no solicitadas	280
2. Medidas de Aseguramiento	280
3. Recomendación	281
TÓPICO 5:	
RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES	283
RELATOR: JUAN PABLO LOZANO	
Juez Cuarto Penal Municipal con función de control de garantías.	
1. Entrega de Vehículos. Lesiones personales Culposas	283
2. De los recursos en las medidas cautelares	285
3. Problemas operativos	287
TÓPICO 6:	
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	289
RELATOR: HENRY CALDERÓN MONTENEGRO	
Coordinador de gestión- Defensoría Pública.	
PARTICIPANTES	293

RECONOCIMIENTOS

Tal como se ha expuesto desde el principio de este libro que recoge lo más importante de la discusión adelantada durante dos días en la ciudad de Paipá en diciembre de 2005, el Conversatorio Nacional significó una reunión de esfuerzos comunes, tanto en la fase de preparación, como en la fase de celebración del mismo. En él confluyeron los esfuerzos de funcionarios de todas las instituciones comprometidas con la implementación del nuevo sistema penal acusatorio; al mismo tiempo, éstos provinieron tanto de la capital, como de los diferentes distritos del país, que conforman las diferentes etapas previstas legalmente para ingresar al nuevo sistema. Las cabezas directivas de todas las instituciones se hicieron presentes. También, han confluído en él, esfuerzos provenientes de las agencias de cooperación internacional.

Por las razones anotadas, se deja expuesto aquí un reconocimiento expreso a las personas que contribuyeron a la realización de este evento con participación tan masiva y amplia. Desde los relatores de las ponencias, los encargados de las relatorías en las diferentes mesas, los coordinadores de las discusiones en cada una de ellas, los magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior, de la Sala Penal de la Corte, de los tribunales de distritos judiciales, los jueces en su connotación más amplia, los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, funcionarios del Ministerio del Interior y de Justicia, los miembros de la Policía Nacional, del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, del Instituto Nacional Penitenciario, Inpec, quienes tuvieron asiento en los grupos de trabajo e hicieron sus aportes, así como también el equipo de trabajo de la Escuela Judicial que laboró arduamente en la organización del evento, reciben un expreso y respetuoso reconocimiento.

PONENTES:

Mesa de trabajo sobre régimen de libertad, captura y medidas de aseguramiento

Dra. Emely Salcedo de Ramírez, Jueza Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Dr. Carlos Alberto Moreno Arboleda, Juez Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Mesa de trabajo sobre Pruebas y Argumentación probatoria

Dra. Paula Astrid Jiménez Monroy, Jueza Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Dr. Ramiro Marín Vásquez, Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

Mesa de trabajo sobre Imputación, Acuerdos y Preacuerdos

Dra. Rosa Irene Veloza, Jueza Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Dr. José Rodríguez Casas, Juez Penal de Circuito Especializado de Bogotá.

Dr. Carlos Torres, Fiscalía General de la Nación.

Dr. Néstor Novoa, Fiscalía General de la Nación.

Dra. Mireya González Preciado, Jueza Penal del Circuito de Bogotá.

Mesa de trabajo sobre Víctimas, Menores y Justicia restaurativa

Dra. Luz Marina Beltrán González, Jueza Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Dr. Edgar Ricardo Castellanos Romero, Juez Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Dr. Camilo Montoya Reyes, procurador judicial penal de Bogotá.

Mesa de trabajo sobre Régimen de bienes y Medidas cautelares

Dr. Juan Pablo Lozano Rojas, Juez Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá.

Mesa de trabajo sobre Principio de oportunidad y Política criminal

Dr. Eduardo Castellanos Roso, Juez Penal del Circuito de Bogotá.

Dr. Henry Calderón M., Defensor público de Bogotá.

Equipo de trabajo del Conversatorio Nacional

Dr. Guillermo Bueno Miranda, Presidente Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. José Alfredo Escobar Araujo, Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. Hernando Torres Corredor, Vicepresidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. Carlos Enrique Marín Vélez, Magistrado Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura.

Dra. Lucía Arbeláez de Tobón, Magistrada Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. Jesael Antonio Giraldo Castaño, Magistrado Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Dra. Marina Pulido de Barón, Presidenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2005.

Dr. Alfredo Gómez, Magistrado Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, Magistrado Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Dra. Patricia Rodríguez Torres, Presidenta del Tribunal Superior de Bogotá.

Dr. Fernando Maldonado Cala, Magistrado Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Dr. José Fernando Reyes Cuartas, Presidente Tribunal Superior de Manizales.

Dr. John Jairo Cardona, Presidente Sala Penal, Tribunal Superior de Armenia.

Dr. Jorge Arturo Castaño, Presidente Sala Penal Tribunal Superior de Pereira.

Dra. Gladys Virginia Guevara, Directora de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y su equipo de trabajo.

Dr. Alejandro Aponte Cardona, Consultor de la Escuela Judicial y de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Dra. Diana Colorado Acevedo, Magistrada Auxiliar, Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. Carlos Useda Gómez, Magistrado Auxiliar Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura.

Dr. Iván Velásquez, Magistrado Auxiliar Sala Penal, Corte Suprema de Justicia.

Dr. Carlos Arturo Ramírez, Magistrado Auxiliar, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura.

Dra. Jeaneth Niño Farfán, Jefe División Académica, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

Dra. Ángela Bonilla Giraldo, Profesional especializado, Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”.

**Con el auspicio de la Agencia de los Estados Unidos de América
para el Desarrollo Internacional, USAID**

Dr. Ronald Glass.

**Se expresa un reconocimiento, igualmente, a quienes desde las diferentes
instituciones, participaron en el Conversatorio Nacional 2005.**

Dr. Mario Iguarán Arana, Fiscal General de la Nación.

Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación.

Dr. Volmar Pérez, Defensor del Pueblo.

Dra. Ximena Peñafort Garcés, Viceministra de Justicia.

Sala Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura:

Dr. Temístocles Ortega, Magistrado

Dr. Jorge Alonso Flechas, Magistrado

PRESENTACIÓN

LOS RETOS EN LA PUESTA EN MARCHA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

La puesta en marcha del nuevo sistema penal acusatorio ha significado la asunción de retos de diferente naturaleza, unos relativos a los aparatos de justicia, con el propósito de adecuarlos al nuevo sistema que, desde lo jurídico, o desde el sistema de derechos, si se quiere, agencia una estructura procesal novedosa, brinda otro contenido a los derechos e impulsa otra concepción del juicio penal.

Los retos referidos a los aparatos de justicia, que comprometen y han tenido el impulso y respuesta por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, involucran la adecuación de la estructura organizacional, comprendiendo ella la estructura de los despachos judiciales, su comprensión territorial, la infraestructura física y tecnológica, los sistemas de información y, en general, el *nuevo modelo de gestión*, que compromete a las entidades que intervienen en el juicio penal: la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los juzgados penales, la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, y demás entidades cuya labor está dirigida a apoyar y dotar de contenido técnico e investigativo a los procesos penales, como presupuesto para su eficaz desarrollo y decisión. También, el Cuerpo Técnico de Investigación, Policía Nacional, Departamento Administrativo de Seguridad, y demás organismos con funciones de policía judicial; igualmente, este nuevo proceso compromete de manera particular al Instituto Penitenciario y Carcelario y a los diferentes centros carcelarios y penitenciarios, encargados de ejecutar las medidas de aseguramiento y las penas privativas de la libertad. (Esta adecuación de los aparatos ha requerido de recursos presupuestales que aunque no han sido suficientes, se han optimizado para desarrollar este nuevo modelo de gestión).

Desde otro punto de vista, encontramos los retos relacionados con el sistema jurídico. Estos retos consisten en la necesidad de brindar una respuesta adecuada a las exigencias de una nueva estructura de la investigación y del juicio, del contenido y alcance de los derechos, del manejo de la estructura del juicio penal. Ellos constituyen la médula del cambio del sistema. Es aquí donde la apropiación conceptual del nuevo sistema permitirá que se logren los objetivos, no sólo referidos a lograr una justicia pronta, cumplida y eficaz -aumentando la eficiencia del sistema- sino y principalmente, el logro de decisiones justas que

además de recomponer el tejido social violentado por el delito, tiendan por la reparación de las víctimas y por la rehabilitación efectiva del delincuente.

Para responder a cabalidad a estos retos jurídicos, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, han desarrollado diversas estrategias relacionadas con la capacitación y formación de los jueces, específicamente a través de los módulos de formación especializados para el Sistema Penal Acusatorio, la organización del observatorio institucional del sistema y a través del *Conversatorio Interinstitucional del Sistema Penal Acusatorio*, el cual ha tenido una evolución muy importante, que en el año 2005 tuvo como punto culminante la celebración del Conversatorio Nacional.

¿PARA QUÉ UN CONVERSATORIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO?

Para verificar la importancia y necesidad de los diversos conversatorios del Sistema Penal Acusatorio, específicamente el Conversatorio Nacional realizado en Paipa los días 5 y 6 de diciembre de 2005, es conveniente hacer una rápida mención sobre los principales cambios del sistema penal a los que se han visto enfrentados nuestros jueces, fiscales, defensores, ministerio público y cuerpos técnicos y de policía, además de mencionar como actor fundamental de este cambio paradigmático, a la misma sociedad. Es posible que estén ausentes varios de los cambios fundamentales, pero para efectos de presentar el libro del Conversatorio Nacional, se mencionan sólo algunos de ellos.

EL JUEZ PENAL COMO GARANTE DE DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

De conformidad con lo anterior, nuestros jueces, fiscales, defensores, procuradores, miembros de cuerpos técnicos y de policía, se encuentran ante una estructura jurídica que difiere en gran magnitud de la inquisitiva y de nuestro anterior sistema mixto. La opción política adoptada por el legislador, mediante la expedición de la Ley 906 de 2004, consistente en que el la investigación y juzgamiento penal se efectúe a través de audiencias orales, regidas por los principios de libertad, imparcialidad, legalidad, oralidad, contradicción, concentración, aplicación de los tratados internacionales, intimidad, inmediatez y publicidad, entre otros. Hoy se exige que los funcionarios encargados de administrar justicia, conozcan a profundidad la evolución normativa, internacional y nacional, sobre el contenido de los derechos comprometidos en el juicio penal; exige, además, una

lectura de los mismos desde el ámbito constitucional y, por ende, desde el bloque de constitucionalidad.

El juez penal se convierte en un garante de los derechos fundamentales, ya que, de una parte, su reconocimiento y respeto, constituyen el fundamento para que las decisiones logren una reparación de la víctima del delito; de otra parte, para que sus decisiones se expresen en un juicio justo, oportuno y legítimo para el procesado.

En este contexto, el juez, no sólo será el encargado de decidir si existe responsabilidad penal y la respectiva sanción; en el nuevo sistema emerge la figura del juez de control de garantías, quien interviene en la etapa de investigación para efectos de verificar la constitucionalidad y legalidad de los diferentes actos adelantados o solicitados por la Fiscalía y los cuerpos de investigación -capturas, allanamientos, seguimientos, interceptaciones, intervenciones corporales, medidas cautelares, entre otras-, el respeto a los derechos y garantías fundamentales, y la legalización de la aplicación del principio de oportunidad y la adopción de medidas de aseguramiento.

A su vez, el juez de conocimiento, también debe garantizar que en las audiencias y actuaciones que se adelanten ante él se respeten los derechos de las partes y de los intervinientes.

EL ESQUEMA ADVERSARIAL

El nuevo sistema penal se fundamenta en un esquema adversarial, en el cual las partes - imputado o acusado y su defensa, y la Fiscalía General de la Nación - estructuran el caso y presentan ante el juez, tercero neutro e imparcial, los hechos y las respectivas pruebas tendientes a desvirtuar la acusación o a demostrar la responsabilidad por el hecho delictivo.

En tal sentido, corresponde a las partes examinar y definir los hechos que desean demostrar y las pruebas o elementos materiales probatorios que han de hacer valer ante el juez. El principio de inmediación exige que éstas sean practicadas ante el juez que adoptará la decisión, mientras que el principio de concentración exige que sean practicadas en el menor número de audiencias continuas posible. Así, el juez ha sido relevado de la posibilidad de ordenar pruebas de oficio. Son las partes quienes delinear el caso y lo desarrollan ante el juez, como tercero imparcial.

LA POSIBILIDAD DE DISPONER DE LA ACCIÓN PENAL O DE CONSECUCIÓN DE ACUERDOS

La Fiscalía, como órgano a través del cual el Estado ejerce la acción penal e investiga los delitos puede, en virtud del principio de oportunidad, suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, previo cumplimiento de ciertas causales que deben ser verificadas por el juez de control de garantías, quien ejercerá el control sobre dicha decisión de la Fiscalía. De igual manera, la Fiscalía y el imputado o acusado, pueden celebrar preacuerdos que impliquen la aceptación de los cargos o de los hechos imputados o los términos de la imputación, a cambio de una imputación o una acusación que represente una mayor favorabilidad al procesado. La voluntad libre, espontánea e informada del imputado o acusado para acceder al acuerdo, será verificada por el juez de conocimiento antes de adoptar la decisión pertinente.

EL PAPEL PREPONDERANTE DE LA VÍCTIMA

La víctima es considerada en el sistema penal acusatorio como sujeto de derechos, tanto procesales como, especialmente, derechos materiales entre los cuales la reparación integral es primordial. La víctima tiene derecho a la protección y seguridad en caso de encontrarse en peligro, a la rehabilitación en caso de ser necesario y a la asistencia psicológica, médica y social en general. Igualmente, tiene derecho a ser asistida por un abogado y a la asesoría técnica para intervenir en las audiencias y diligencias.

La reparación integral comprende, atendiendo a la normatividad internacional sobre derechos humanos, además de la indemnización de los perjuicios de diversa naturaleza, la información y el conocimiento sobre los resultados del proceso y la verdad sobre los hechos de los cuales fue víctima.

La intimidad y dignidad de las víctimas son objeto de especial atención por parte del aparato judicial y las víctimas menores de edad o que tengan alguna discapacidad cognoscitiva, tendrán un tratamiento adecuado en el proceso.

LA INVESTIGACIÓN TÉCNICO CIENTÍFICA COMO FUNDAMENTO DEL PROCESO PENAL

La Fiscalía tiene la dirección de los aparatos técnicos y científicos necesarios para trazar el programa de investigación y acopiar, conseguir, custodiar y presentar las pruebas técnicas en el juicio oral y público, con el propósito de llevar

al juez, más allá de toda duda razonable, a la convicción sobre la responsabilidad penal del acusado. Por su parte, la defensa también deberá acceder a expertos estatales o privados con el propósito de desvirtuar dicha responsabilidad.

La prueba técnica y la capacidad de investigación de los hechos, particularmente por los organismos del Estado, es fundamental para el éxito de las investigaciones y, por tanto, para lograr la efectividad del sistema.

JUICIO PÚBLICO Y AUDIENCIAS ORALES

El juicio penal cuenta con unas etapas bien definidas: indagación e investigación y el juicio. En la etapa de investigación se adelantan todas aquellas actuaciones dirigidas a determinar los hechos, sus condiciones y los posibles responsables, con el propósito de *imputar* a dichas personas estos hechos. En esta etapa se adelantan las llamadas audiencias preliminares, en las cuales, ante el juez de control de garantías, se abordan todas aquellas actuaciones, peticiones y decisiones que no deban serlo en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o de juicio oral. Valga mencionar entre otras actuaciones que deben realizarse en audiencia preliminar, la puesta a disposición del juez de elementos probatorios, práctica de prueba anticipada, protección de víctimas y testigos, medidas de aseguramiento, medidas cautelares sobre bienes, formulación de la imputación, control de la aplicación del principio de oportunidad, entre otras. Estas audiencias son públicas, excepto algunas que deben ser reservadas para asegurar el éxito de las medidas. Es el caso, por ejemplo, de la orden de allanamiento o registro, o la adopción de medidas cautelares.

El juicio público comprende la audiencia de formulación de acusación, la audiencia preparatoria en la cual se efectúan las solicitudes probatorias, se exhiben los elementos probatorios, se rechazan, excluyen o inadmiten los medios de prueba inadmisibles, impertinentes, inútiles o la prueba ilegal. Finalmente, en la audiencia de juicio oral se presentará el caso, se practicarán las pruebas, se desarrollarán los alegatos y se declarará por el juez el sentido del fallo. La individualización de la pena se efectuará en audiencia posterior.

La etapa de juicio es oral y pública, es decir, al juicio oral pueden acudir todas las personas, excepto, en los casos previstos en la ley, en que sea inconveniente su asistencia para el desarrollo de la actuación, o para la protección de las víctimas o de la sociedad.

LA PREVALENCIA DE LA LIBERTAD Y RESERVA LEGAL Y JUDICIAL PARA SU RESTRICCIÓN

El Sistema Penal Acusatorio se caracteriza por dar aplicación real al principio de presunción de inocencia y respetar el derecho a la libertad de las personas mientras no se den supuestos constitucionales y legales estrictos que permiten la restricción excepcional de la misma.

La restricción de la libertad que comprende no sólo la reclusión o privación de la libertad, sino la restricción a otros derechos como la movilidad, a la participación en actividades específicas, al acercamiento a ciertas personas o lugares, está supeditada al logro de unos objetivos precisos relativos a la protección de la víctima y de la sociedad, a evitar que se obstruya la justicia, y a asegurar la presencia del imputado al proceso. La adopción de las medidas de aseguramiento está regida estrictamente por los requisitos fijados en la Ley 906 de 2004, especialmente para las medidas privativas de la libertad en centro carcelario.

¿QUÉ SIGNIFICA UN CONVERSATORIO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO?

El Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio significa una fuente de nuevos interrogantes respecto de los principios e instituciones procesales, en relación con los roles de las partes y el contenido de los derechos; de allí que surjan situaciones problemáticas cuya solución no está precisada en las fuentes formales o que pueden ser objeto de diversas soluciones. Las situaciones problemáticas son identificadas a partir de la experiencia de los jueces, fiscales, defensores y demás intervinientes en el proceso penal.

El Conversatorio se constituye en un escenario para el libre intercambio de ideas, visiones, argumentos -compartidos o no-; allí jueces, fiscales y defensores encuentran una oportunidad para expresar su concepto, conocer el concepto de los otros y para *preguntar y prever*, las situaciones que pueden presentarse en su labor dentro del Sistema Penal Acusatorio, específicamente en las audiencias públicas.

El Conversatorio constituye una efectiva herramienta para profundizar en las situaciones fácticas que se presentan a los operadores del sistema, al mismo tiempo que es, especialmente, un escenario de *creación colectiva de conocimiento*. Las diferentes visiones y su argumentación normativa y teórica, van configurando contenidos jurídicos de alto valor que permiten dar respuestas progresivas, desde el ámbito jurídico, a los retos impuestos por el nuevo sistema.

Para lograr una efectiva comunicación entre los participantes del Conversatorio, es necesario tener unas reglas de juego previas, que desde el punto de vista metodológico, permiten sacar el mayor provecho de las discusiones. En tal sentido, el Conversatorio debe ser *planeado*, es decir, se sujeta a una definición previa de temas, preparación de ponencias fundamentadas en *casos* presentados ante el aparato de justicia, existe una guía de argumentación y se requiere una preparación del tema por parte de los partícipes para garantizar la discusión.

El Conversatorio puede organizarse en el Distrito Judicial, o en los circuitos judiciales, o en los municipios y debe contar con un responsable temático y un responsable administrativo. Igualmente, tiene un *relator* encargado de conservar las ponencias y consolidar los informes. Los *ponentes* son los jueces responsables de preparar la ponencia, de conformidad con la guía metodológica de argumentación; el *moderador* organiza la dinámica del conversatorio y facilita la elaboración de conclusiones. Finalmente, las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, fungen como *monitoras y facilitadoras* de los diversos conversatorios.

La ponencia es el documento alrededor del cual gira la discusión y configura un ejercicio de *argumentación*. La ponencia dará cuenta del problema jurídico a abordar, la situación fáctica que lo plantea, las tesis o soluciones posibles al problema definido, los argumentos que sustentan cada tesis y la información adicional necesaria.

Aunque el Conversatorio busca soluciones conjuntas a los problemas planteados, su objetivo no es configurarse en un escenario para generar consensos, sino un espacio colectivo de reflexión sobre la práctica jurídica. En tal sentido, se respeta la independencia y autonomía del juez, y su sujeción al principio de legalidad.

EL CONVERSATORIO NACIONAL DE LA CIUDAD DE PAIPA DE DICIEMBRE DE 2005

El Conversatorio del Sistema Penal Acusatorio se ha desarrollado desde el mes de enero de 2005. Su origen fue dado por el surgimiento de los más diversos problemas planteados en las simulaciones de las audiencias realizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, todo ello a instancia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y posteriormente a partir de los problemas reales presentados en las audiencias adelantadas en los Distritos Judiciales de Bogotá, Manizales, Armenia y Pereira- Fase I del Sistema Penal Acusatorio. En el Conversatorio, durante el año 2005, se abordaron diversos

temas, cuyo desarrollo puede ser consultado en la página web de la Rama Judicial; valga mencionar entre otros, la entrega de vehículos, las medidas de aseguramientos, las medidas cautelares, la imputación, los recursos en el nuevo procedimiento penal, acuerdos y preacuerdos, captura, tratamiento de la inasistencia alimentaria y el fenómeno de la flagrancia en los delitos conocidos por jueces especializados.

A partir de la importancia central de algunos de los temas y con el propósito de convocar a las diferentes entidades comprometidas en el Sistema Penal Acusatorio alrededor de las principales cuestiones jurídicas, dar respuesta institucional a los diferentes operadores del sistema, consolidar el acompañamiento constante realizado durante el año 2005 y lograr soluciones conjuntas, La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, organizó el Conversatorio Nacional que se realizó los días 5 y 6 de diciembre de 2005 en la ciudad de Paipa, Boyacá.

Los temas estudiados en Paipa fueron seleccionados por los asistentes a los Conversatorios, atendiendo a la significación de los mismos dada su presencia permanente en la experiencia judicial, su trascendencia en los derechos de los intervinientes en el proceso penal y su vasta riqueza conceptual y jurídica, sugerida, entre otras cosas, por la necesidad de decidir los casos de manera adecuada y justa frente a posibles vacíos o contradicciones normativas.

Los temas objeto de estudio en el Conversatorio Nacional fueron: Régimen de libertad, capturas y medidas de aseguramiento, pruebas y argumentación probatoria, imputación, acuerdos y preacuerdos, víctimas, menores y justicia restaurativa, régimen de bienes y medidas cautelares, principio de oportunidad y política criminal.

Los temas fueron trabajados aplicando la metodología argumentativa de las ponencias, las cuales fueron preparadas por jueces, fiscales o defensores. Estas ponencias fueron expuestas en cada mesa de trabajo, conformadas por magistrados, jueces, fiscales, defensores, procuradores judiciales, miembros de la Policía Nacional, del Inpec y servidores del Consejo Superior de la Judicatura, de la Fiscalía, Defensoría y del Ministerio del Interior y de Justicia.

Dado que los problemas jurídicos por solucionar provienen de la práctica judicial, se prepararon casos facilitados por el Observatorio de jurisprudencia del Sistema Penal Acusatorio y por los jueces, los cuales constituían la base fáctica del tema a examinar. De la discusión acerca de las tesis planteadas en las ponencias se hicieron las relatorías, las cuales se incluyen en cada uno de los capítulos.

Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas Penales de los Distritos Judiciales de Bogotá, Manizales, Armenia y Pereira, y el Viceprocurador General de la Nación, contribuyeron al debate. Tuvo lugar su participación activa en las mesas de trabajo. Sus anotaciones sobre la experiencia del

Sistema Penal Acusatorio en sus respectivos Distritos, su juicio jurídico impecable y su experiencia en la implementación del sistema, nos entregan recomendaciones y conclusiones que mejorarán sin lugar a dudas la gestión adelantada.

La presente memoria del Conversatorio Nacional se convierte en una publicación útil para quienes intervienen en los procesos penales, especialmente en los Distritos Judiciales que se incorporarán gradualmente al Sistema y, en general, para todas las personas que busquen conocer detalladamente la evolución jurídica que representa para el país acoger el Sistema Penal Acusatorio. También lo es para quien desee acercarse al profundo cambio paradigmático y cultural que representa esta nueva forma de perseguir y juzgar el delito, y de recomponer las relaciones sociales.

**Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa**

UNIDAD 1

CONVERSATORIO NACIONAL TÓPICOS MESAS DE TRABAJO

ACLARACIÓN METODOLÓGICA

Las siguientes ponencias han sido elaboradas en su mayoría por jueces de la República que desde el mes de enero de 2005, ingresaron al nuevo sistema penal acusatorio. Igualmente, han intervenido en su elaboración, miembros de la Fiscalía General de la Nación, de la Defensoría Pública y de la Procuraduría General. Son funcionarios que han participado activamente en el Conversatorio Interinstitucional del Sistema Penal Acusatorio, espacio institucional de reflexión conjunta, liderado desde el mes de enero de 2005 por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con la dirección del magistrado Hernando Torres y la coordinación académica del Prof. Dr. Alejandro Aponte quien, además, ha adelantado la compilación y la edición del presente texto.

Durante los dos meses anteriores a la celebración del Conversatorio Nacional, se trabajó en la elaboración de las ponencias. En discusiones conjuntas, se escogieron los temas más pertinentes, así como también, los responsables de su elaboración y de la presentación en plenarias de discusión previas a la edición final de los textos. Los textos fueron elaborados a partir de una guía metodológica presentada por la dirección del Conversatorio y la coordinación académica y, para la edición final, se incorporaron las observaciones adelantadas por el grupo de funcionarios que asistieron a las reuniones semanales del Conversatorio Interinstitucional. Es, entonces, el resultado de un trabajo en conjunto, que da cuenta de la riqueza argumentativa y el esfuerzo académico y teórico que han adelantado los jueces de la República y los miembros de las diferentes instituciones que laboran en el sistema.

Las ponencias se refieren a cada uno de los tópicos en los cuales se trabajó en el Conversatorio Nacional de Paipa. Ellas constituyeron la base de la discusión en las mesas de trabajo que abordaron los diversos tópicos. Junto a las ponencias,

en las mesas de trabajo, se presentaron casos reales, fallados, que alimentaron la reflexión. Ésta ha sido una preocupación permanente del magistrado Hernando Torres, quien ha llamado la atención siempre en la necesidad de ligar la reflexión teórica, con la práctica jurídica, originada en los casos ventilados ante el sistema. De hecho, antes de la presentación de las ponencias por parte de cada uno de los autores ponentes, en las mesas de trabajo se discutieron los casos pertinentes.

De esta forma, los casos escogidos, sugirieron los aspectos más relevantes de los temas identificados, introdujeron los interrogantes y generaron las preguntas que luego enriquecieron la discusión en las mesas de trabajo. Los casos fueron aportados por el Observatorio de Jurisprudencia del Sistema Penal Acusatorio, una iniciativa de seguimiento a las decisiones de los jueces y a la actuación de los diferentes intervinientes, a cargo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, con la coordinación general de Alejandro Aponte. En el observatorio se estudian y reseñan casos paradigmáticos y relevantes que han sido fallados, con base en una metodología de fichas de trabajo previamente desarrolladas y con base en el trabajo adelantado por monitores que han laborado previamente como formadores en programas de capacitación sobre el sistema penal acusatorio, adelantados por el convenio institucional del 2005, entre la Escuela Judicial y la Universidad Nacional de Colombia.

Cada una de las mesas de trabajo contó con un coordinador, que fue un magistrado de la Sala Penal de tribunal de distrito judicial, encargado de dirigir y coordinar la discusión de la mesa que contó, a su vez, con un relator que dio cuenta sintéticamente de los temas tratados y de las conclusiones que de manera muy general se produjeron en este ejercicio de reflexión abierto, ilustrado y libre, en el cual participaron miembros de todas las instituciones comprometidas con el sistema penal acusatorio y algunos miembros de agencias de cooperación extranjera que hicieron aportes a la discusión. En la parte final de estas memorias, se reseñarán las relatorías de las mesas de trabajo, advirtiendo que ellas dan cuanta de manera muy general de la reflexión, reflejan posiciones más o menos consensuadas, pero no representan posiciones únicas compartidas por todos los miembros de la mesa.

De acuerdo con lo expuesto, a continuación se reseñan las ponencias. Se hace una relación general de todos los autores que intervinieron en ellas, y luego se especifica el autor o autores que se encargaron de temas concretos. Algunos de los tópicos, se dividieron en dos ponencias, por ejemplo, imputación es una ponencia específica y acuerdos y preacuerdos otra ponencia, dentro de un mismo tema general que compone el tópico. Aunque existe una metodología base y unas

reglas previamente establecidas para la elaboración de las ponencias, son textos independientes, elaborados con estilos propios y ello fue respetado en la edición del texto, desde luego también, las posiciones doctrinales de los autores.

Se agrega, finalmente, que esta edición de las memorias del Conversatorio celebrado en la ciudad de Paipa, Boyacá, los días 6 y 7 de diciembre de 2005, se restringe a la publicación de los materiales relacionados con la reflexión jurídica propiamente dicha. Los materiales atinentes a la gestión, tema al cual se dedicó parte del segundo día de trabajo y respecto del cual las diferentes instituciones presentaron informes pertinentes, se publicará en un volumen independiente, que se encuentra en proceso de elaboración por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

**Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa**

TÓPICO 1: "RÉGIMEN DE LIBERTAD, CAPTURAS Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO"

Mesa de trabajo

Ponentes: *Emely Salcedo, Jueza penal con función de control de garantías y Carlos Alberto Moreno, Juez penal con función de control de garantías.*

I . LA CAPTURA EN EL NUEVO PROCESO PENAL COLOMBIANO

PONENTE: EMELY SALCEDO
Jueza penal con función de control de garantías

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El análisis de la captura como una de las medidas limitativas al derecho de libertad, no se puede adelantar sin una vista previa a ese derecho. De antaño se ha definido la libertad personal como el ejercicio pleno de las facultades que individualmente tienen las personas, el cual encuentra su límite en los derechos de los demás.

La libertad como condición connatural al ser humano, ha sido reconocida históricamente como un derecho inherente al hombre, reivindicado a partir de la Revolución Francesa. No obstante su antecedente histórico, la consolidación del derecho se logra con el establecimiento de regímenes democráticos, al punto de alcanzar rango de derecho fundamental al interior de las Constituciones modernas, propias de los Estados de Derecho.

En efecto, en los regímenes absolutistas todos los poderes se concentraban en cabeza del monarca quien gobernaba y tenía la facultad de restringir la libertad a su arbitrio, pero con la tridivisión del poder esa facultad se trasladó al poder judicial, creándose los controles para efectivizar los derechos de las personas.

Pese a constituir un derecho fundamental la libertad no es un derecho absoluto, sus limitaciones conllevan la posibilidad de la captura o detención preventiva que aparece como medida excepcional en la legislación penal; figuras que, además, deben ser interpretadas restrictivamente y bajo los postulados de los principios *pro libertatis* y *pro homine*, que inspiran la filosofía humanista.

Al entrar en vigencia el nuevo sistema penal con tendencia acusatoria, la libertad se ha convertido en uno de los temas más polémicos, ya que la tradicional

concepción derivada de un sistema inquisitivo era la de privación de la libertad como regla general, sin diferenciar los fines de la misma, es decir, se le otorgaba un contenido sancionatorio. Para el sistema actual, la privación de la libertad antes de proferirse una sentencia condenatoria, solo puede obedecer al cumplimiento de los fines del proceso, entendiendo por tales, garantizar la comparecencia al proceso, evitar obstrucción de la justicia y propender la protección de la víctima o de la comunidad.

Los fines, así como los motivos en los que se funde la medida restrictiva, deben estar expresamente consagrados en la ley, de lo contrario la captura deviene ilegal; al respecto la jurisprudencia internacional ha dicho que la detención de una persona sospechosa de la comisión de un delito es ilegal si es motivada por razones que no están claramente establecidas en las leyes nacionales; tradicionalmente se han reconocido como razones válidas, las medidas para evitar la fuga del acusado, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito.¹ Los fines allí consagrados fueron recogidos en nuestra normatividad en el Art. 296 del C. de P.P.

El derecho a la libertad personal está íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales y garantías procesales que han sido objeto de regulación constitucional, en esa medida el proceso penal se traduce en derecho constitucional aplicado, ello determina que a efecto de la restricción haya de tomarse en cuenta todo el contexto constitucional que abarca instrumentos internacionales de derechos humanos, contenidos en los respectivos Tratados aprobados por Colombia, que en virtud del artículo 93 de la Carta, que hacen parte de ésta por conformar el bloque de constitucionalidad.

La efectividad de los derechos y deberes constituyen los fines esenciales del Estado, y no se satisfacen con la simple enunciación de los mismos, sino que fue necesario crear mecanismos que hicieran realidad esas libertades y derechos en cualquier tiempo, como el *Habeas Corpus*, confiando a los Jueces su protección.²

La violación del derecho a la libertad personal genera la imperiosa necesidad de combatirla con diversos medios, es así cómo, después de los informes presentados ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre desapariciones forzadas por servidores encargados de hacer cumplir la ley o de la seguridad de las personas detenidas, se recomendó a los gobiernos la creación de mecanismos para encontrar a las personas y sancionar a los infractores de ese delito. Con esos fines se creó el *mecanismo de búsqueda urgente para la prevención del delito de desaparición forzada*.³

1 Comité de Derechos Humanos, caso *McLawrence c. Jamaica* Parr.5.5. (1997)

2 Art. 2º. Constitución Política

3 Sentencia C-473 /05 Corte Constitucional, revisión de Constitucionalidad Proyecto de Ley Estatutaria 065/03 del Senado y 197 de la Cámara de Representantes.

2. MARCO NORMATIVO

En el ámbito internacional, el derecho a la libertad está reconocido en:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 3, 11.2; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre Arts. 1 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Arts. 9, 11 y 15 aprobado en Colombia por la Ley 74 de 1968 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos Arts. 5, 7, 9, aprobada por la Ley 16 de 1972.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la libertad individual, sus límites y garantías, está regulado en la Constitución Política: arts. 6, 17, 28, 29, 30, 32, 33 y 250, desarrollados por la ley 906 de 2004, C.P.P: art. 2 del Título Preliminar que se refiere a los “los Principios Rectores y Garantías Procesales” y, como medidas preventivas, en materia de capturas y medidas de aseguramiento, en sus arts. 295 al 320 del Título IV “Régimen de la Libertad y su Restricción”.

No sobra resaltar que en nuestro contexto jurídico penal, cada una de las normas reguladoras de la libertad guarda perfecta armonía no solo con la Constitución Política, sino también con los instrumentos internacionales ya referidos.⁴

Como es apenas natural, con la implementación del nuevo sistema procesal penal, se ha ido evidenciando una serie de problemas jurídicos en torno al tema, algunos de los cuales han sido decantados por la Corte Constitucional a través de la revisión de constitucionalidad de las normas del Código que han sido demandadas; otros, han tenido soluciones presentadas por la judicatura, en la práctica, aunque en ocasiones presentan la dificultad de no ser un criterio unánime. Sin pretender soslayar la autonomía judicial, que a su vez esta instituida como garantía procesal, me permito presentar a continuación los temas que mayor polémica han suscitado al interior de la judicatura y que por tal razón, han sido objeto de amplio debate por los diferentes actores del proceso en los Conversatorios que se han institucionalizado en el país.

4 Así por ejemplo en el Título Preliminar que trata los Principios Rectores y Garantías Procesales, se encuentra la libertad como el segundo principio que rige todo el ordenamiento procesal; más adelante, en el Título IV que trata del Régimen de Libertad y su Restricción, se hace más palmaria la doctrina constitucional desarrollada en las disposiciones comunes del Capítulo 1º Arts. 295 y 296 en cuanto al carácter excepcional de las disposiciones que afectan la libertad, la interpretación restrictiva, así como la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de las mismas, igual similitud guarda el contenido del Art. 297 con el Art. 28 Superior, Art. 9-1 del PIDCP y 7.2, 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relacionado con los requisitos para la emisión de una orden de captura; en relación con el Art. 302 y 303 del C. de P.P., sobre los términos y derechos del capturado, con el Art. 28 de la C.P., el Art. 9.2, 9.3, 9.4. del PIDCP y 7.3, 7.4, 7.5, y 7.6 del Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. CAPTURA ADMINISTRATIVA

3.1 CONCEPTUALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA

Para abordar el tema de la captura administrativa equivalente a la detención preventiva gubernativa, es necesario resaltar la concepción que la figura ha tenido en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y a partir de allí hacer un análisis de lo que en Colombia se definió como detención o captura administrativa.

De entrada, podemos decir que la denominada captura administrativa, consistente en la facultad atribuida a las autoridades administrativas para restringir la libertad sin previa orden judicial, tiene una connotación muy distinta en el plano de la jurisprudencia internacional a la que se le dio en la sentencia C-024/94 de la cual nos ocuparemos más adelante.

En efecto, esta captura ha sido considerada de manera excepcionalísima en los instrumentos internacionales, como una medida ordenada por servidores públicos del orden ejecutivo, sólo para situaciones en las cuales se da un grave, claro e *inminente peligro para la sociedad o la nación* que no puede evitarse efectivamente de otro modo, esta medida por su naturaleza se enmarca en un contexto, si bien jurídico, no penal. Lo anterior no significa que frente a esa captura no puedan predicarse las garantías contempladas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, tales como el *habeas corpus* la cual no es susceptible de restricción en ningún tiempo.

El peligro para la nación, que se sustenta sobre el interés general, no se puede entender aislado de los llamados actos terroristas, es así que, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las detenciones administrativas para prevenir actos terroristas únicamente se justifican:

- a) cuando las personas con ellas afectadas representan una amenaza clara y grave para la sociedad
- b) Deben regirse por las normas convencionales aplicables a las demás formas de la privación de la libertad y, por lo tanto, no pueden ser arbitrarias.

Lo anterior significa que para restringir la libertad debe existir una regulación previa, tanto en el aspecto material como formal, es decir, los motivos y las formas propias del procedimiento. La consideración que se hace con el propósito

de determinar la aplicación de esta exigencia, lleva a establecer que no basta la legalidad y la legitimidad para predicar la ausencia de arbitrariedad. En este sentido el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de arbitrariedad no es equivalente a contrario a la ley.⁵

El Comité de Derechos Humanos ha declarado la compatibilidad de esta clase de capturas siempre que se respeten las respectivas garantías, esto es, que no sea arbitraria, que obedezca a causas fijadas por la ley y se efectúe conforme al procedimiento establecido en la misma, informándose al detenido las razones de su detención, así como ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un Tribunal y que pueda exigir la reparación en caso de que haya habido quebrantamiento.

No obstante lo anterior, la CIDH ha expresado su preocupación por el riesgo que representa esta clase de detenciones en un Estado de Derecho, al convertirse en penas sin el debido proceso legal, y el mantenimiento indefinido de las personas bajo el poder del ejecutivo.⁶

3.2 DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La base del desarrollo jurisprudencial son las preceptivas constitucionales de 1886 y 1991, en el que aparecen marcadas diferencias en torno a la restricción de la libertad, de manera preventiva.

Así pues, mientras el Art. 28 de la Constitución de 1991, comienza afirmando la libertad al establecer “Toda persona es libre”, precisando además

5 Comité de Derechos Humanos caso Mokung c. Camerún párr 9.8 “ (...) La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no debe equiparar el concepto de arbitrariedad con el de contrario a la ley, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales. Como ha advertido el comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita, debe ser no solo lícita, sino además razonable en toda circunstancia.” Corte Interamericana Caso Suarez Rosero “ Los requisitos de Razonabilidad, previsibilidad, y proporcionalidad se aplican no solo a las medidas que afectan la libertad, sino también a las norma de derecho interno que autorizan la privación de la libertad.

El caso Parada Cea, por ejemplo, identifica la ilegalidad como razón para considerar una privación de libertad arbitraria: “De acuerdo con la doctrina reiterada de la Comisión una detención arbitraria se configura con base en tres supuestos: 1) cuando la detención es practicada al margen de los motivos que válidamente estipula la ley (detención extralegal) 2) Cuando se ha ejecutado sin observar las normas exigidas por la ley, y 3) Cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley (detención para fines impropios)”, párrafo 99 (1999).

6 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, pag. 153. Informe sobre los derechos humanos en Chile, 1985, pág. 311 párr 4.

que nadie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido sino en “virtud de mandato escrito de autoridad judicial competente”, mientras que el Art. 23 de la Constitución de 1886, no contiene dicha afirmación de manera categórica y en relación a la orden de privación de la libertad sólo establecía la facultad de emitirse por “autoridad competente”.

En la tarea de aprobación del mencionado Art. 28 Superior, la Asamblea Nacional Constituyente eliminó del proyecto el segundo inciso que en principio consagraba la facultad de detención administrativa, por considerarla peligrosa para las libertades individuales, dejando incólume la garantía que establece que quien sea detenido preventivamente sea puesto a disposición de juez dentro de las 36 horas siguientes. (Inciso 2 Art. 28 C.P.)

Algunos tratadistas al estudiar la sentencia C-024 de 1994, incluso afirman que “es un error considerar que éste inciso autoriza las detenciones preventivas administrativas *ya que fue voluntad expresa de la plenaria de la Constituyente eliminar esta figura frente al artículo aprobado en la Comisión Primera*”, agregando que interpretar de manera diferente la normatividad superior equivale a vulnerar uno de los principios esenciales de la interpretación constitucional: “el in dubio pro libertate”, llegando a la conclusión que la expresión constitucional en el inciso segundo del Art. 28 aprobado “es válida únicamente para los casos de flagrancia”.⁷

Al respecto, resulta de gran valor mencionar la decisión del 3 de mayo de 1988 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, declarando la inexecutable de los ordinales a) y b) del Art. 40 del Decreto Legislativo 180/88, al tiempo que afirma, que salvo en circunstancias excepcionales previstas por la Constitución, las privaciones y restricciones del derecho a la libertad personal deben ser de competencia privativa de las autoridades judiciales. Así dejó sentado que el mandamiento escrito de autoridad competente que exigía la Carta en su Art. 23, hacía referencia a la autoridad judicial, que constituye la garantía de las personas cuando se tratara de limitar la libertad personal.

El reconocimiento de reserva judicial en el fallo de la Corte Suprema de Justicia representa un avance en materia de garantías, pero paradójicamente la Sentencia C-024 de 1994 de la Corte Constitucional, significó un retroceso en ese aspecto pese a la nueva preceptiva Constitucional.

A pesar de que la decisión hace un amplio estudio sobre las funciones y poder de policía, reafirmando la reserva judicial en materia de restricción de la libertad, termina aceptando la captura administrativa diciendo que “(...) es

7 Uprimmy Yepes, Inés Margarita. Límites de la Fuerza Pública en la Persecución del Delito. Defensoría del Pueblo Serie Textos de Divulgación No. 12. 1998. p. 38

necesario que la Corte establezca criterios que precisen los alcances de la detención preventiva consagrada en el inciso segundo del artículo 28, puesto que ésta no implica una posibilidad de retención arbitraria por autoridades policiales sino que es una aprehensión material que tiene como único objeto verificar ciertos hechos que sean necesarios para que la policía pueda cumplir su función constitucional, a saber “el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades pública, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (Art 218 CP).

Sin embargo en esa sentencia se hizo un esfuerzo por evitar excesos y arbitrariedades estableciendo una serie de requisitos objetivos para la aplicación de la captura por parte de servidores de policía, tales como: motivos fundados no basados en simples sospechas, necesidad de la medida, objeto de verificación de hechos relacionados con los motivos fundados o constatación de la identidad de la persona, límite de tiempo para su control judicial, proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho, respeto a la igualdad y la no discriminación y prohibición de allanamientos y registros domiciliarios sin orden judicial excepto la resistencia que la persona oponga refugiándose en su domicilio, asimilable a la flagrancia.

A continuación un breve análisis histórico de la jurisprudencia constitucional en materia de captura, para demostrar cómo la Corte Constitucional ha venido cambiando su línea frente a este tema. En efecto, a partir de la Sentencia C-024 de 1994, la Corte emitió las siguientes decisiones:

Sentencia C-344 de 1996. Sobre el Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 900 del 22 de mayo de 1996, por el cual se adoptaron medidas tendientes a controlar la acción de las organizaciones criminales y terroristas en las zonas especiales de orden público.

Esta sentencia se acerca más al propósito que se ha tenido en los instrumentos internacionales para el reconocimiento de la captura administrativa, toda vez que la finalidad fue precisamente la de preservación del orden público. En esa oportunidad la Corte avaló el artículo tercero Decreto Legislativo 900/96 que asignaba la competencia señalada en el artículo 28 de la Constitución Política en materia de detención preventiva, a todos los miembros de la fuerza pública.

Esa decisión se basó en el inciso 3° del literal f) del artículo 38 de la ley estatutaria 137 de 1994 que dispone la aprehensión preventiva con orden de autoridad judicial, de personas que sobre las cuales se tenga indicio de participación o que tenga planes de participar en la comisión de delitos relacionados con el orden público.

La norma establece además que cuando existan circunstancias urgentes insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave peligro la autorización previa escrita podrá ser comunicada verbalmente, y cuando las circunstancias no permitan la autorización judicial podrá actuarse sin la orden previendo que el aprehendido debe dejarse a disposición de un fiscal tan pronto

como sea posible y en todo caso dentro de las 24 horas siguientes para que adopte la decisión dentro de las 36 horas. En este caso deberá informarse a la Procuraduría y se establecerá un registro de capturados.

Sentencia C-621 de 1998. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 248 (parcial), 253 (parcial), 322, 357 (parcial), 358 (parcial), 363 (parcial) y 377 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal)

En esta sentencia la Corte hace un análisis de cada uno de los derechos del capturado enfatizando bajo los presupuestos del Art. 28 Superior, la excepcionalidad de la detención preventiva, exigiéndose para su aplicación el cumplimiento total de los requisitos señalados tales como el mandamiento escrito de *autoridad judicial* competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, so pena de incurrir en una detención arbitraria que dé lugar al recurso del *habeas corpus*, quedando a salvo el caso de la flagrancia regulado en el Art. 32.

Nótese cómo en esta ocasión, la Corte Constitucional sólo admite la restricción de la libertad por mandato judicial observándose un cambio en la postura que venía adoptando en materia de captura.

Sentencia C-1024 de 2002. Control de Constitucionalidad Decreto Legislativo No. 2002 de 2002 “Por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación”.

En esta sentencia la Corte declaró inexecutable el artículo que autorizaba la captura de las personas sin autorización judicial, cuyo texto era el siguiente:

Artículo 3°. Captura sin autorización judicial. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, procederá la captura del sospechoso sin que medie autorización judicial, cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento, siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro. (...)

En el análisis de la restricción de la libertad señaló:

“...el interés superior de la sociedad exige la privación o restricción de la libertad personal. Pero esa privación o restricción de la libertad, en los Estados democráticos no puede ser arbitraria. De allí, que el artículo 28 de la Carta Política vigente, establezca requisitos para el efecto, los que parcialmente coinciden con los que antes exigía el artículo 23 de la Constitución de 1886”.

Continúa recabando que la prisión o arresto o la detención, exigen i) motivo previamente definido en la ley; ii) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; y iii) que se realice con la plenitud de las formalidades legales; requisitos que materialmente son ejecutados por funcionarios de la rama ejecutiva del

poder público, no quedando a la discreción de ésta, sino que exige la intervención de las otras dos ramas del poder, pues el legislador define los motivos y el juez emite la orden escrita con sujeción a éstos, para que quien la practique lo haga luego con sujeción a las formalidades previamente definidas por el legislador.

Aquí el Juez Constitucional define claramente los poderes, el legislativo que es el que tiene la facultad de definir los motivos por los cuales se permite la restricción, el judicial que es el que emite la orden acorde con esos motivos previamente definidos en la ley, y el ejecutivo que es el encargado de ejecutar o cumplir las ordenes respectivas. De ahí se desprende también la estricta reserva legal y judicial en materia de restricción de la libertad.

En otro aparte de la sentencia fue oportuno la siguiente transcripción: "Sobre el texto actual del artículo 28 de la Carta, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en la Asamblea Constituyente de 1991, el Delegatario Diego Uribe Vargas expresó que:

"El principio general de que la libertad sólo puede ser suspendida por mandamiento judicial emanado de autoridad competente, le cierra las puertas a los abusos de funcionarios subalternos, que muchas veces prevalidos de su fuero atentan contra la libertad del ser humano. Tal consagración tajante previene los riesgos de la extralimitación de funciones, y se acomoda perfectamente al principio de que sólo los jueces, con las formalidades que le son propias, pueden reducir a prisión o arresto o detener a los individuos".⁸

Aquí se aprecia que en efecto la Asamblea Constituyente del 91, al estudiar el tema de la restricción de la libertad no contempló la más mínima posibilidad de otorgarle la facultad a las autoridades del poder ejecutivo para ello.

Más adelante dijo: "*Ni la Constitución, ni la ley estatutaria, autorizan la captura o detención, con la finalidad de evitar la vulneración de un derecho fundamental. Sólo la autorizan para evitar la comisión de delitos.*"

Sobre el artículo 2 del precitado decreto donde también se autoriza la captura de quienes se tenga indicios sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos, expresó:

"(...) Son dos cosas distintas participar en la comisión de un delito, y tener planes de participar en ella. En el primer caso, necesariamente ha de existir una conducta, un actuar del sujeto activo del hecho punible delictual. Es esa conducta la que resulta punible. En el segundo, la sola ideación de un plan para cometer un delito no es punible, queda en la mente de su autor, si no se traduce en actos para la perpetración o para iniciar la perpetración del hecho delictual y por ello escapa al derecho penal".

8 Gaceta Constitucional No. 82, p. 11.

Sobre las garantías, la Corte recordó que el Art. 2 del citado decreto legislativo que autoriza la captura en los términos allí descrito, guarda silencio absoluto en relación con el destino del capturado y sus derechos como tal. No dice nada sobre la duración de la captura, ni tampoco de la entrega física a una autoridad judicial, como lo manda el Art. 28 Superior en el término de 36 horas.

Finalmente, sobre este asunto agrega: *“El régimen de garantías de la libertad personal exige que al capturado se le indiquen de manera clara, concreta y específica, cuáles son los motivos de la captura, y cuál funcionario la ordenó, lo que evita arbitrariedades.”*

Nótese cómo en esta sentencia la Corte Constitucional asume una posición más firme frente al tema de capturas sin autorización judicial, haciendo una interpretación mucho más consistente con lo que la Asamblea Constituyente había afirmado en los debates sobre el derecho a la libertad y sus garantías.

En esta dinámica, es interesante ver cómo al entrar en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, la Honorable Corte Constitucional como centinela de la integridad y supremacía de la Constitución, ha sido mucho más inflexible a la posibilidad de permitir la incursión de la fuerza pública o cualquier otra autoridad administrativa en las decisiones limitativas de la libertad.

Así, por ejemplo en su labor didáctica en cada uno de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional ha precisado la separación de funciones de cada órgano, los roles que tienen los diferentes intervinientes en el proceso penal, haciendo énfasis en las facultades atribuidas al Juez de Control de Garantías para el aseguramiento de la comparecencia de los imputados al proceso, así como la de ejercer el control de legalidad sobre las actuaciones que afecten derechos fundamentales.⁹

A nuestro modo de ver, las discusiones en materia de captura administrativa están prácticamente superadas con los últimos pronunciamientos de la Corte, valga decir la Sentencia C-237/05 y C-850/05, mediante las cuales se examinó la constitucionalidad de algunos rezagos de los artículos del Decreto 1355 de 1970, (Código Nacional de Policía) que autorizaban a los servidores de policía para capturar a las personas por incumplimiento a las ordenes de comparendo y a testigos que no comparecieran a las citaciones.

Sentencia C-237 de 2005. Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 69 parcial del Decreto – Ley 1355 de 1970. Con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión *“Si la persona citada no cumple la orden de comparendo deberá ser capturada”* contenida en el citado artículo, la Corte, una vez más reiteró:

“En resumen se puede afirmar, que la privación de la libertad, a través de la captura, entendida como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, encuentra fundamento constitucional en el artículo 28 de la Carta Política que, a su vez,

9 Véase Sentencias C-1092 de 2003, C-591 de 1005, C-592 de 2005 de la Corte Constitucional.

determina las garantías que deben rodearla. Es decir, la detención de una persona sólo procede (1) por motivos previamente definidos en la ley, (2) con acatamiento de las formalidades legales y (3) por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Con ello puede concluirse que la Carta establece una estricta reserva judicial en materia de libertad personal”.¹⁰

Agregó que existiendo la reserva judicial como principio, se presenta la excepción a la exigencia del “*mandamiento escrito de autoridad judicial competente*”, consistente en la captura en flagrancia regulada por el artículo 32 Constitucional

“Por consiguiente, la posibilidad de captura sin el cumplimiento de la reserva judicial, no puede ir desvinculada de la flagrancia. En este orden de ideas, debe afirmarse que la flagrancia trae consigo la captura inmediata y ante la ausencia de ésta no es acertado hablar de flagrancia.”

Después de analizar la flagrancia enfatizó que: “(...) *de modo que, constituyendo la situación de flagrancia una excepción al procedimiento fijado por la Carta para que una persona sea privada de la libertad, es evidente que no se la pueda entender a cabalidad desligada de la captura a la que, en esas circunstancias, es posible proceder por cualquier persona, sin necesidad de orden escrita y previa de autoridad judicial*”.¹¹

En conclusión, se puede afirmar que las autoridades administrativas no tienen competencia, según la Constitución, para privar a las personas de su libertad, con excepción de la captura en flagrancia determinada en el Art. 32 Constitucional

Continúa diciendo que: “(...) las garantías materiales que protegen a la libertad de la persona son superiores a las consideraciones de eficacia de la administración. Es menester tener presente que el art. 28 constitucional tenía un segundo inciso que establecía “*Excepcionalmente, las autoridades administrativas que señale la ley y en los casos que ésta consagre, podrán disponer la detención preventiva de una persona con el fin de colaborar con las autoridades judiciales, o el arresto como medida de policía para prevenir o sancionar las infracciones en ella contempladas*”, éste no fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente y finalmente no hizo parte del Art. 28 de la Constitucional¹².

Siendo clara la voluntad del Constituyente, en cuanto a la imposibilidad de que autoridades administrativas restringieran la libertad sin orden judicial, dicha voluntad ha sido reiterada por la Corte Constitucional a través de varias jurisprudencias, entre las que se destaca la Sentencia C- 199 de 1998 que declaró inconstitucional la facultad de la policía para privar de la libertad a las personas que irrespetaran, amenazaran o provocaran a funcionarios uniformados de la Policía, al respecto se afirmó:

10 Sentencia C- 403 de 1997 Corte Constitucional.

11 Sentencia C- 198 de 1997 Corte Constitucional.

12 Cfr. Gaceta Constitucional No. 83, pag. 3; No. 82, pág. 14; No. 113, pág. 3; No. 127, pág. 3.

Posición reiterada a través de la Sentencia C- 189 de 1999, donde se declaró inconstitucional la facultad de la policía para arrestar a los conductores por violación a las normas de tránsito, se dijo en aquella ocasión: Así las cosas, de lo expuesto se puede afirmar que las autoridades administrativas no están habilitadas Constitucionalmente para privar de la libertad , a menos que medie una decisión judicial o en ausencia de ésta lo hagan bajo los parámetros establecidos en el Art. 32 de la Constitución Política.”

Sentencia C-850 de 2005. Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 70 (parcial) del decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía). En esta Sentencia la Corte declaró inexecutable el inciso primero del mencionado artículo que contemplaba *“En el caso del artículo anterior si el contraventor fuere capturado para llevarlo inmediatamente ante el Jefe de Policía, los testigos, si los hubiere, deberán ser trasladados junto con el contraventor. El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza.”* y dispuso estarse a lo resuelto en la sentencia C-024 de 1994 en relación con la expresión *“El testigo que no cumpla esta orden deberá ser capturado”*.

En esta oportunidad la Corte hizo referencia a los mismos supuestos normativos expuestos en la sentencia C-237/05, enfatizando la reserva legal y judicial en materia de restricción de la libertad, aclarando que este artículo ya había sido demandado y examinado por ese Tribunal mediante la Sentencia C-024 de 1994, pero en aquella ocasión el análisis se realizó en otro sentido, es decir frente al deber de declarar y las excepciones al mismo, como el derecho a no autoincriminación, consagrados en los Arts. 33 y 95 de la C.P.

En ese sentido, la Corte dijo: “No obstante, evidencia esta Corporación que el estudio realizado en la Sentencia C- 024 de 1994 sobre el artículo 70 mencionado no fue el mismo respecto de los dos apartes demandados, es decir respecto de *“El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza”* y *“El testigo que no cumpla esta orden deberá ser capturado.”*

Por lo tanto al entrar a estudiar la constitucionalidad de la norma, analizó que el contenido normativo y el artículo 70 acusado, versa sobre la posibilidad de que autoridades administrativas, en este caso autoridades de policía, puedan conducir a la fuerza o capturar a testigos de contravenciones para trasladarlos ante el jefe de policía. En otras palabras, que exista privación de la libertad por parte de autoridades administrativas. La sentencia C-024/94 respecto del aparte mencionado no efectuó un análisis con relación al artículo 28 Constitucional y la reserva judicial en materia de privación de la libertad.

Respecto de la expresión: *“El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza”* la Corte reitera los mismos planteamientos plasmados en la sentencia C-237/05 sobre la concepción de la libertad personal. Así transcribió varios partes entre ellos el siguiente:

En relación con el inciso 1 del referido artículo, *“En el caso del artículo anterior si el contraventor fuere capturado para llevarlo inmediatamente ante el Jefe de Policía, los testigos, si los hubiere, deberán ser trasladados junto con el contraventor. El testigo que se resista podrá ser obligado por la fuerza.”*. La Corte expresó, entonces,

que la norma establecía que no obstante el testigo no ser el contraventor puede ser trasladado ante el jefe de policía de la misma forma que el contraventor, o sea a través de la fuerza si se resisten a ello, dicho traslado es una clara privación del derecho de libertad consagrado en la Constitución Nacional. Las condiciones de ese traslado implican para el testigo la imposibilidad de ejercer su libertad personal. Reitera que

“(...) la libertad como derecho fundamental es la cláusula general protegida por la Constitución, no obstante su límite solo puede ser efectuado por intermedio de orden judicial, situación no contemplada en la frase acusada, sino que por el contrario se deja al arbitrio de una autoridad administrativa, en este caso las autoridades de policía, la conducción a la fuerza de los testigos que hayan presenciado una contravención. Esta situación constata una privación de la libertad violatoria del artículo 28 Constitucional, por cuanto se quebranta el principio de reserva judicial como límite de la libertad personal.”

Finalmente establece que la regla general es la citación de los testigos y no comparece puede justificarse, con la posibilidad de que sea conducido cuando no medie justificación o haya sido renuente, *siempre que medie la orden de un juez.*

3.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se define desde el debido proceso consagrado en el Art. 29 de la C.P., cuando establece *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*

El Art. 28 de la C. P., al sujetar el mandamiento escrito de autoridad judicial competente para la restricción de la libertad, a la observancia de las formalidades legales y motivos previamente definido en la ley.

En la ley 906 de 2004, el principio de legalidad está presente en el Art. 6 *“Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de las formas propias de cada juicio. La ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aún cuando sea posterior al a actuación, se aplicará de preferencia al a restrictiva o desfavorable. Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia.”*

En la ley 906/04 la libertad está consagrada como un principio rector y garantía procesal en el Art. 2. El régimen de libertad y su restricción se encuentra regulado en el título IV. El capítulo I contiene las disposiciones comunes, donde

se consagra en primer término la afirmación de la libertad y en segundo término la finalidad de la restricción.

La medida limitativa de la captura se enmarca en los Arts. 297 al 305 del citado ordenamiento, los tres primeros artículos establecen los requisitos, contenido y vigencia y trámite de la orden judicial de captura.

Los artículos 300 y 301 del C. de P.P., son los que establecen la excepcionalidad de la reserva judicial para la restricción de la libertad; siendo necesario aclarar que en virtud de las sentencias C-730 y C-1001 de 2005, en la actualidad la única excepción a esa garantía es la flagrancia.

En efecto, el Art. 250 en su numeral 1, inciso tercero de la C.P., establece la excepcional posibilidad de que la Fiscalía emita órdenes de captura supeditando esa facultad a la regulación legal y al control judicial posterior.

En virtud de esta preceptiva constitucional, la Ley 906/04 en su Art. 2 inciso tercero y Art. 300, facultó a la Fiscalía para capturar, circunscribiendo la captura en la primera disposición a los motivos fundados y a la carencia de oportunidad para solicitar el mandamiento escrito y en la segunda, a los eventos en que proceda detención preventiva, a los motivos fundados para inferir la participación de la persona en la conducta y no sea posible obtener inmediatamente orden judicial, siempre que concurra algunas de las causales de la finalidad de la medida (Estas dos disposiciones fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante las Sentencias C-730 y C-1001 de 2005).

En la Sentencia C-730/05 la Corte, después de recabar sobre el principio de reserva judicial, y reserva legal que se desprende del Art. 28 de la C.P., tan ampliamente analizado en las diferentes sentencias aquí referenciadas, estableció que el *motivo de la privación de la libertad debe estar previamente definido en la ley*, es allí donde se concreta el principio de legalidad,

“ (...) en virtud del cual no puede haber delito sin ley que lo defina ni pena sin ley que la determine, así como tampoco medidas cautelares no autorizadas por el legislador; que la orden sea dada por escrito y por un juez, es garantía para la persona pues ello exige al funcionario el acatamiento estricto a los motivos definidos por el legislador y no autoriza a nadie distinto de los funcionarios jurisdiccionales la afectación de la libertad individual (...)”

En esa sentencia la Corte citó textualmente un aparte de su propia jurisprudencia para sustentar su decisión, así:

“... Se deduce de lo expuesto que el constituyente no concibió la libertad individual a la manera de un derecho absoluto, inmune a cualquier forma de restricción; todo lo contrario, fluye del propio texto superior que en determinados casos en que tal limitación tenga lugar han de venir fijados por la ley, siendo

claro, en consecuencia, que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal...

...Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2° que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona “se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” y que quien sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (...) ...Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.”¹³.

En esta sentencia, quedó claro que el legislador en el Art. 2 de la Ley 906/04, no definió claramente los motivos fundados quedando al arbitrio de la entidad acusadora el establecimiento de los mismos, ni tampoco comporta verdaderos elementos de excepcionalidad permitiendo convertir en regla general la excepción así establecida, contrariando el artículo 250-1 superior.

Por otra parte, el Art. 300 del mismo ordenamiento procesal, también fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-1001 de 2005, de la que hasta ahora sólo se cuenta con el comunicado de prensa, sin embargo, las sucintas razones dadas a conocer presenta unas pautas generales del contenido integral de la misma.

Lo que se puede apreciar en el comunicado, es que en términos generales los fundamentos de la decisión son los mismos que se tuvieron para declarar inexecutable el Art. 2° del C. de P.P., en esta oportunidad la Corte señaló que si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 mantuvo a la Fiscalía dentro de la Rama Judicial, la salvaguardia de la protección de la libertad le fue asignada al Juez de Control de Garantías, no obstante la facultad constitucional otorgada a la Fiscalía para que pueda excepcionalmente ordenar capturas, en los términos que señale la ley según el Art. 250-1 de la C.P., no se ciñen al presupuesto de la excepcionalidad.

13 Sentencia C -397 de 1997 M.P. Fabio Morón Díaz. (Subrayado fuera del texto original).

Señala que las normas que facultan al Juez de Garantías para expedir una orden de captura tienen más exigencia que la de los simples motivos fundados requeridos para la Fiscalía y que los motivos que se plasmaron en la norma como el riesgo de que la persona evada la acción de la justicia, o que represente un peligro para la comunidad u obstruya la investigación, son muy generales y aplicables a cualquier captura. Concluye la Corte que la norma es indeterminada prestándose para que la excepción se convierta en regla.

En conclusión, a pesar de que la Corte con fundamento en lo señalado en la Constitución afirma que la Fiscalía no se puede considerar como una autoridad administrativa porque no hace parte del poder ejecutivo, sino del judicial, no pueden realizar capturas hasta tanto una ley no la regule esa facultad de manera clara y precisa, mientras tanto sólo están facultados para ordenar las medidas restrictivas de la libertad preventivamente, los Jueces de Control de Garantías y a manera de captura, la única excepción a esta reserva es la flagrancia, ninguna captura administrativa fue contemplada en la Ley 906 de 2004.

3.4 ¿SIGUE VIGENTE LA CAPTURA ADMINISTRATIVA?

No se puede desconocer que en el amplio debate que este tema tuvo al interior del Conversatorio Interinstitucional del Sistema Penal Acusatorio en Bogotá, surgieron serias posturas frente a la vigencia de la captura administrativa, que merecen ser recogidas en esta ponencia. Aclarando eso sí, que la discusión en torno al mismo culminó antes de las últimas sentencias que sobre capturas y medidas restrictivas de la libertad ha emitido la Corte Constitucional, aunque no se puede afirmar que las diversas posiciones a la fecha hayan cambiado.

El debate que se suscitó, giró mayoritariamente frente al concepto de la cosa juzgada material, el tránsito de una legislación a otra y el cambio jurisprudencial en consonancia con la nueva realidad jurídica.

Una postura afirmó que aunque el precepto 28 constitucional no ha variado, por vía de interpretación la línea jurisprudencial sí ha cambiado en el nuevo contexto jurídico, acorde con los cambios legislativos y sociopolíticos, perdiendo vigencia la captura administrativa que otrora fuera desarrollada a través de la sentencia C-024/94. Se dice que de acuerdo con los criterios de la misma Corte y con la regulación del precedente judicial, cuando desaparecen los supuestos fácticos que ampararon una decisión, la Corte puede apartarse de ella, es por eso la justificación del cambio jurisprudencial en los últimos pronunciamientos de este año específicamente la Sentencia C-237/05 en donde se plantea que la única excepción a la reserva judicial para restringir la libertad es la flagrancia.

En contraposición, la tesis defensiva a la vigencia de la captura administrativa, se basa en que el argumento contrario no es sólido porque la detención preventiva administrativa está consagrada en el Art. 28 Inc. De la C.P., el cual no ha sido derogado. Adicionalmente la Sentencia C-237/05 solo habla de una excepción a la reserva judicial que es la flagrancia, en materia de privación de la libertad, pero hay que tener en cuenta que así como el derecho legislado no se agota en una norma, tampoco la fuente jurisprudencial se agota en una sentencia. Se tiene que la Sentencia C-237/05 establece una excepción a la regla que es la flagrancia, pero al mismo tiempo la Sentencia C-024/94 establece otra excepción a la regla que es la detención administrativa, y ninguna de las dos excepciones yace en la Constitución; por ese motivo, se piensa que lo hecho por la Corte fue señalar el alcance del Art. 28 Inc. De la C.P.

Adicionalmente, la Sentencia C-237/05, no rectificó su jurisprudencia sentada en la C-024/94, ni tampoco volvió a hacer interpretación del Art. 28 Inc.2 de la C.P., como para entender que perdió vigencia la jurisprudencia anterior, y si el mencionado artículo se hubiera interpretado de nuevo, sus afirmaciones hubieran sido *obiter dicta* y no *ratio decidendi*, dado que en nada tiene que ver la norma 28, Inc.2 de la C.P. con la sentencia C.237/05.

Otro argumento radica en que el problema contiene una premisa falsa, y es que no es posible entender derogado el Inc. 2 del Art. 28 de la C.P., por el Acto Legislativo 03 de 2002, la falla estriba en asumir que las dos normas tratan de lo mismo.

Definitivamente, la Sentencia C-237/05 no abordó el tema de la captura administrativa como la desarrolla la Sentencia C- 024/94, sino a unas específicas funciones de la Policía y por lo tanto no era necesario referirse a la captura administrativa; sostiene esta tesis que el pronunciamiento de la Corte define claramente las funciones y atribuciones de la policía para el mantenimiento del orden público y en esa medida está justificada preventivamente, especialmente si es utilizada para los casos más graves.

Frente a esta postura la Defensoría Pública reaccionó rechazando la institucionalidad de esa figura con la grave amenaza de convertirse no en una la excepcionalidad, sino en la regla, originándose figuras confusas como la flagrancia inferida y otras que rayan con el límite de la ilegalidad, las cuales solo crean más inseguridad jurídica, pervirtiendo el sentido que se hubiera podido dar en la referida sentencia C-024/94.

Aunque la pretensión no es la de adoptar una postura unánime, por lo menos sí crear a través de esta discusión herramientas útiles que apoyen las decisiones judiciales, ya que la práctica nos ha enseñado las innumerables situaciones en las

que el juez se ve enfrentado a casos bastantes difíciles de encuadrar en el contexto normativo de la captura. Esa herramienta tiene que estar sustentada en los niveles de argumentación, acogiendo los criterios de interpretación constitucional.

A continuación algunos casos prácticos que con relación al tema se han presentado:

Caso A

Un hombre mató a su mujer, luego se dirigió al lugar donde labora su hermana, allí le confiesa a ella lo que ha cometido. La hermana hace que el sujeto permanezca en el lugar y llama a la Policía. Han pasado cerca de nueve horas de cometido el hecho, la persona tenía una camisa todavía ensangrentada, pese a haber tratado de lavarla y a pesar del tiempo transcurrido. El Fiscal presentó la captura al control de una Juez con sede en un Juzgado descentralizado.

La Juez legalizó la captura, no obstante considerar que no se daban los requisitos de la flagrancia, pero que si estaba vigente la captura administrativa y basó su decisión en la gravedad de la conducta y en el cumplimiento de los requisitos y criterios establecidos en la jurisprudencia constitucional del año 1994.

Caso B

Una niña fue agraviada sexualmente, pasaron unos días, luego junto con un familiar, ella reconoció a la persona que la había agredido, esta persona fue aprehendida por el familiar, llevada a un CAI cercano y allí permaneció capturada. Luego ante el Juez de Control de Garantías se adujo una captura administrativa. El Juez no legalizó la captura por considerar que simplemente se trataba de una captura ilegal.

4. LA CAPTURA COMO PROCESO COMPLEJO

Del contexto normativo se extrae que la captura es un proceso complejo en la medida en que comprende varios momentos que deben ser objeto de revisión por parte del juez de Garantías al momento de decidir sobre su legalidad.

Lo primero a definir es frente a qué clase de captura se está, si es ante una captura por orden judicial, entonces hay que establecer un momento previo a la aprehensión cual es la emisión de la orden. Esta se ciñe a los motivos debidamente fundados, a la procedencia de la medida por el factor objetivo y a la necesidad o

finalidad de la misma, los medios de convicción o de conocimiento que sustente la petición.¹⁴

Los motivos fundados deben estar previstos en la ley, es decir que se esté frente a unos hechos que revistan características de delito; la procedencia de la medida tiene que ver con la pena prevista y la naturaleza del delito que comporte medida de aseguramiento de detención preventiva; los fines de la medida se circunscriben a los criterios de necesidad para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y las víctimas; en todo caso, se debe expedir examinando siempre que la medida sea necesaria, adecuada, proporcional y razonable.

La orden tiene unas formalidades tales como el señalamiento de los motivos de la captura, datos de individualización, fecha, número de radicación y vigencia.

Esta audiencia es reservada, sólo deberá estar presente la Fiscalía, el policía judicial a quien el Juez de Garantías puede interrogar directamente, y el Ministerio Público.

El segundo estadio está relacionado con la aprehensión material del indiciado o imputado, debiéndose dar cumplimiento a los deberes coetáneos a la aprehensión tales, como la información sobre los derechos que se le asisten al capturado, el buen trato guardando el debido respeto a la dignidad humana, adicionalmente se debe tener en cuenta que el procedimiento llevado a cabo no haya violado otros derechos fundamentales, como el de la intimidad, el de la inviolabilidad del domicilio, etc.

El último estadio es posterior a la aprehensión física, tiene que ver con los términos de inmediatez o a más tardar el término de la distancia, para poner a disposición de la Fiscalía al capturado por parte de los miembros de la policía, y por último la observancia de las 36 horas para ejercer el control de legalidad por parte del Juez de Garantías.

Si se trata de una captura en flagrancia, el término se reduce a dos momentos, el primero cuando se realiza la aprehensión material en las situaciones expresamente prevista en el Art. 301 del C. de P.P. y el segundo con el cumplimiento de la inmediatez, los términos para presentar la solicitud de legalización y la comunicación de los derechos del capturado.

14 Art. 296, 297 y 298 del C. de P.P.

5. SITUACIONES QUE AFECTAN LA LEGALIDAD DE LA CAPTURA

La restricción de la libertad es excepcional y tiene una regulación normativa, por lo que exige la interpretación restrictiva de las normas que la autorizan, en defensa de la afirmación a ese sagrado derecho.

Como históricamente la excepción se había convertido en regla, al entrar en vigencia un nuevo sistema penal con la institución de un Juez de Control de Garantías, se generaron controversias entre los distintos actores del nuevo proceso penal, especialmente entre la posición de los jueces como garantes de los derechos fundamentales y el ente acusador.

Por regla general para restringir la libertad de una persona a través de la captura, debe existir el mandamiento judicial escrito siendo la excepción la flagrancia, sin embargo, en decurso del nuevo sistema, los procesos que han activado la gestión judicial se han generado por captura en flagrancia, lo cual ha exigido mayor compromiso en el examen riguroso de los presupuestos legales, para el respectivo control judicial.

5.1 LA FLAGRANCIA

En nuestra práctica judicial es muy frecuente encontrar capturas que no se adecuan a la definición legal ni jurisprudencial de la flagrancia, esto es, no se presentan los presupuestos de actualidad e individualización, pero aferrados al concepto de la *“gravedad del hecho”*, se ajustan las situaciones fácticas para llegar a inferir la flagrancia, lo que ha generado bastante confusión.

Sobre flagrancia el Art. 301 del C. de P.P., describe las situaciones que no dan ningún margen de interpretación distinto a las allí consagradas. Las dos altas Cortes han coincidido en los dos presupuestos de actualidad e individualización, en tal sentido no se configura la flagrancia, *“cuando no es posible individualizar a la persona por sus características físicas y tampoco cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después”*.

La mayor dificultad que se ha presentado en este aspecto, es precisamente con el tiempo que ha transcurrido entre la comisión del delito y la aprehensión física, acogiendo entonces a la figura de la captura administrativa.

Para ilustrar el tema se presentan el siguiente caso:

Caso C

En una empresa de gaseosas colombianas, se desapareció un maquina procesadora cuyo valor ascendía a \$30.000.000.00, el gerente de la empresa formuló la denuncia por hurto y diez días después por averiguaciones internas de la empresa tuvo conocimiento que un empleado de dicha fábrica la tenía en su casa, por lo que acudió a la estación de policía más cercana y con dos agentes llegó a la residencia del trabajador, allí con un formato preestablecido de orden voluntaria de registro ingresaron al inmueble ya que la dueña de la casa firmó el formato accediendo al registro, encontraron la máquina en la habitación del empleado y lo capturaron por encontrarse en flagrancia respecto del delito de receptación. El Juez legalizó la captura con fundamentos en el inciso primero del Art. 301 del C. de P.P., y adicionalmente por encontrar que el ingreso al inmueble sin orden judicial era permitido acorde con lo establecido en el Art. 230 Numeral 1 del C. de P.P.

5.2 CAPTURA ILEGAL POR OMISIÓN A LA INFORMACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CAPTURADO

Los derechos del capturado consagrados en el Art. 303 tienen su reconocimiento en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y hacen parte del debido proceso, por lo cual se considera que no basta con informarlos sino que deben hacerse efectivos.¹⁵

El reconocimiento de ellos hace alusión a que la persona capturada debe ser informada del hecho que se le atribuye y motivó la captura y el funcionario que la ordenó; el derecho que se tiene a indicar la persona a quien se le debe comunicar la aprehensión; el derecho que tiene a guardar silencio y que *“las manifestaciones que haga pueden ser usadas en su contra”* (la expresión en cursiva está en entredicho a raíz de un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional), a no declarar contra si mismo ni contra sus parientes, y el derecho a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza.¹⁶

En torno a ello, han surgido diferentes posiciones en el Conversatorio Interinstitucional, en el sentido de entender la información como una mera formalidad o como un derecho establecido con la finalidad preventiva de proteger la defensa material y técnica del imputado y su integridad personal.

15 Art. 8 Convención Americana de Derechos Humanos.

16 Sentencia 782 de 2005 Corte Constitucional.

Mucho se ha discutido, si la falta de información de esos derechos afecta la legalidad de la captura o si la sola omisión sin que efectivamente se vulneren esos derechos, dan lugar, mejor, a una investigación disciplinaria por inobservancia los deberes legales de los miembros encargados de ejecutar la orden de captura o de capturar en la excepcional flagrancia.

Un argumento que apoya la segunda posición es que, considerar en sí misma ilegal la captura por la omisión de la información de esos derechos, significaría una excesiva formalidad que puede dar al traste con la lucha contra la impunidad, por lo cual sólo se justificaría esta omisión si materialmente los derechos que le asisten al capturado fueron vulnerados.

Contrariamente, se sostiene que la información de los derechos constituye por sí mismo una garantía procesal y que si no se tiene conocimiento de sus derechos, entonces ¿cómo se podrían éstos hacer valer?

5.3 CAPTURA ILEGAL POR INCUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS

Ahora bien, como la captura se ha considerado un proceso complejo, la cual no se reduce a la mera aprehensión física de la persona, sino que los momentos anteriores y posteriores a la misma comprenden todo el procedimiento y es por esta razón que en el título del régimen de libertad consagró como una de las garantías del capturado, los términos en que debe ser puesto a disposición el capturado de las autoridades competentes, en primer lugar de la Fiscalía y en segundo lugar del Juez.

Los términos para poner a disposición de las autoridades judiciales competentes poseen arraigo constitucional y están reconocidos por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como una garantía procesal para preservar la integridad personal del capturado.

Ejemplo de ello es cuando la persona capturada permanece en poder de los servidores de policía, sin ser puesta a disposición de la Fiscalía inmediatamente o a más tardar en término de la distancia, transcurriendo un tiempo considerable.

Algunos jueces han considerado que en estos casos la legalidad de la captura se afecta, en razón a que los términos se institucionalizaron para proteger la integridad física y para hacer efectivo el control de legalidad, y así evitar la prolongación de la privación ilegal o arbitraria de la privación de la libertad.

Por el contrario, otros consideran que si no sobrepasa las 36 horas para ejercer el control de legalidad y si durante el tiempo en que el capturado estuvo bajo la custodia de la policía no se vulneraron los derechos del capturado, el término también constituiría una formalidad intrascendental, máxime si el sistema no

ofrece los recursos suficientes para cumplir a cabalidad con ese requisito.

Acorde con lo dispuesto en el Art. 302 del C.P.P., los términos no se circunscriben tal sólo a la inmediatez que debe cumplir la policía para poner a disposición de la Fiscalía, la exigencia también se extiende para el Fiscal cuando deba dejarlo en libertad y en ese sentido algunos jueces han considerado ilegal las capturas.

El problema que se ofrece este tema, es el concepto de inmediatez sin cuantificación del tiempo, quedando a la valoración subjetiva del funcionario judicial que ejerza el control. Al respecto, es preciso acoger lo aquello que a nivel internacional se ha denominado el “tiempo o plazo ganable”, enmarcado dentro del concepto de complicidad del caso, actividad o gestión de los funcionarios del Estado y comportamiento del procesado.

Si se maneja de esta manera la solución del problema es mucho más fácil, dado que en ocasiones no se puede cumplir a cabalidad los términos, por arzones no atribuidas al funcionario judicial sino por situaciones que escapan al dominio del servidor, como por ejemplo la distancia y la dificultad del transporte, como en los casos de la provincia, en donde el traslado del capturado puede superar las 36 horas para el control judicial.

Aquí surge el problema de cómo armonizar las 36 horas sin que se presente prolongación ilegal de la privación de la libertad que daría lugar al recurso del habeas corpus, ambas garantías de rango constitucional.

6. EFECTOS JURÍDICOS DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA CAPTURA

Los efectos jurídicos de la declaratoria de ilegalidad de la captura se pueden sintetizar en: a) el restablecimiento del derecho a la libertad y b) en la exclusión de la prueba.

El primer efecto no ofrece mayor discusión como sí el de la exclusión de la prueba, y que habría que determinar la razón por la cual se declaró ilegal la captura y luego si la prueba se recogió con ocasión de la captura, pues no siempre el medio probatorio se incauta en el procedimiento de captura, sino antes de ella, valga el ejemplo, cuando en virtud de las funciones preventivas de la Policía se practica una requisita encontrándole a la persona sustancias estupefacientes o armas, y en virtud de esa labor se originan las medidas materiales de la incautación y la captura, caso en el cual lo que se verifica para la legalidad del elemento es la diligencia en virtud de la cual se recogió y no de la captura, pues que ésta deviene posterior.

Mucho se ha discutido si una captura ilegal podría originar la nulidad de la actuación, sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha dicho que los vicios generados de una captura ilegal tienen su tratamiento en los recursos del *habeas corpus* o en los ordinarios del proceso, sin que se pueda predicar la nulidad de la actuación.¹⁷

Una situación práctica se ha presentado a la discusión del restablecimiento del derecho cuando se declara ilegal la captura, frente a la cuestión de qué hacer con las solicitudes de control judicial pendientes, nos preguntamos si necesariamente ha de suspenderse las demás audiencias como la de imputación e imposición de medida de aseguramiento, o si por el contrario, luego de restablecerle el derecho a la libertad al imputado, se le puede citar inmediatamente para que asista al audiencia de formulación de la imputación y medida de aseguramiento.

Ilustramos el problema así:

Caso D

Un vecino de unas menores de 5 y 6 años de edad, aprovechando la ausencia de sus padres, penetraba a la casa de las niñas por un muro escalándolo con una escalera y las accedía sexualmente, sus padres al enterarse, formularon la denuncia y el Fiscal con los motivos fundados solicitó la orden de captura la cual fue emitida con las formalidades legales, pero al ejecutar esa orden los agentes de policía con el mismo procedimiento del infractor, incursionaron en la casa del indiciado y lo sacaron de su lugar de habitación sin ninguna orden de allanamiento; en la audiencia preliminar, la Juez declaró ilegal la captura restableciéndole el derecho de libertad al capturado, para lo cual le informó que podía salir de la sala, pero si deseaba quedarse a la formulación de la imputación y la siguiente audiencia, lo podía hacer ya que de haber considerado el allanamiento a los cargos podría obtener una rebaja de pena.

El capturado guardó silencio y no salió de la audiencia y a pesar de estar asistido por un defensor público no se hizo ninguna manifestación, transcurriendo un tiempo considerable hasta que el Ministerio Público solicitó continuar con la audiencia de formulación de imputación, la cual se surtió sin aceptación de cargos y como el imputado permaneció en la sala, se procedió la imposición de

17 Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 31 de enero de 2002 Magistrado ponente Carlos Augusto Gálvez Argote. – Sentencia de Casación 17 de octubre de 2001 Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo. Sala de Casación Penal

la medida de aseguramiento, con base en los demás elementos de conocimiento, como la denuncia, el dictamen médico legal de las menores que conducían a la inferencia razonable de la autoría, el aspecto objetivo cumplido y la necesidad de la medida representada por el peligro para las víctimas en razón de la vecindad y facilidad de acceso a ellas.

El defensor no interpuso ningún recurso quedando en firme la decisión y posteriormente el togado presentó recurso accionó en habeas corpus, cual fue denegado en virtud de de los criterios jurisprudenciales.

7. OBLIGATORIEDAD DEL CONTROL JUDICIAL A LA CAPTURA

A raíz del reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, sobre la facultad de la Fiscalía para dejar en libertad a las personas por el factor objetivo del Art. 313 del C. de P.P., esto es que, el delito no comporte medida de aseguramiento, el ente acusador ha entendido que en estos casos la captura no necesita el control judicial; posición que ha generado mucha controversia entre los servidores del poder judicial, al punto que algunos jueces se han opuesto a la formulación de la imputación cuando se elimina de facto el control judicial a la captura, no obstante se hubieran recogido o incautado elementos probatorios constituyéndose los mismos la base para formular la imputación.

Claro está que el análisis de la legalidad de la incautación y el medio probatorio nos remite al contenido del Art. 276 del C.de P.P., que establece que la legalidad de los elementos depende de la legalidad de la diligencia en la cual se recogió y que se hayan respetado los derechos fundamentales.

Mayoritariamente la judicatura ha considerado que la liberación del imputado por parte de la Fiscalía no lo exime de la obligación que tiene de someter al control judicial la captura; sin embargo surge el planteamiento de si se podría ejercer ese control sin la presencia del capturado, ya que fue liberado y en caso tal, cómo se haría ese control de verificación del respeto por los derechos que le asisten.

Un caso serviría para ilustrar lo que en la práctica judicial se presenta.

Caso E

En virtud de una requisita preventiva se le encontró a un ciudadano un arma de fuego sin el respectivo permiso, la policía incautó el arma y aprehendió a la persona.

El Fiscal dejó en libertad al capturado por cuanto el delito no comportaba medida de aseguramiento y luego solicitó audiencia de formulación de imputación, en la que la Juez, al advertir que no se había efectuado el control judicial a la captura que se predicaba en flagrancia, impidió la formulación de cargos. Como no concedió ningún recurso a su decisión por considerar que no procedían, el fiscal solicitó la nulidad de su decisión y ante la negativa, impetró el recurso de apelación.

El Juez de Segunda Instancia ordenó que se continuara con el acto de comunicación, al considerar que la formulación de la imputación es la concreción de la facultad de iniciar la acción penal que constitucional y legalmente tiene la Fiscalía y que el control judicial a la captura no es presupuesto de imputación, ya que puede existir imputación sin previa captura; no obstante, dijo que lo procedente era ejercer el control judicial a la captura por cuanto eventualmente los elementos recogidos podrían ser excluidos en la etapa del juicio por falta del control de legalidad el cual se haría desde la captura, pero ese era un asunto cuyas consecuencias debía asumir la Fiscalía en virtud de la separación de roles en las que jamás el Juez puede intervenir en un sistema adversarial.

8. RECURSOS

El último tema de esta presentación, que no por eso merece menos atención, es la procedencia de los recursos contra la decisión judicial del control de legalidad de la captura.

Hay una tesis que sustenta la posibilidad, solo del recurso de reposición por considerar que la materia está taxativamente regulada en el Código, ya que en este caso el Art. 177, no contempló la apelación para esta decisión.

La otra postura apoya la procedencia de los dos recursos, en virtud del principio de la doble instancia consagrado en el Art. 20 de la misma obra procesal, el cual constituye *per se* una garantía constitucional y procesal.

Hasta ahora no se hay unificación de criterios, y en sede de segunda instancia, se han adoptado indistintamente una y otra posición.

II. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

PONENTE: CARLOS ALBERTO MORENO ARBOLEDA

Juez 20 penal municipal con función de control de garantías

1. ASPECTOS GENERALES

Las Medidas de Aseguramiento, como las concibe hoy el constituyente derivado (acto legislativo 03 de 2002), y el legislador (ley 906 de 2004), son de naturaleza esencialmente procesal, más bajo ningún criterio de índole punitiva, vale decir que las mismas sólo están destinadas a conseguir la intangibilidad de la prueba, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y la comparecencia del imputado o acusado al proceso. Cualquier otra finalidad u objetivo, no está contemplada en la normatividad constitucional y legal vigente en Colombia.

Puede afirmarse incluso que desde la Ley 600 de 2000, en sus normas rectoras, ya se encontraban establecidos los principios que anteriormente hemos anotado; lo que sucede a la fecha es que estos objetivos son imperativos constitucionales y, por ende, al Juez de garantías le es insoslayable su aplicación. Así mismo, para éste constituye una camisa de fuerza constitucional al momento de resolver sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento.

La sentencia C- 1154 de 2005 de la Corte Constitucional, que declaró exequible la frase “Los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente...”, contenida en el artículo 306 del C.P.P., conceptuó que era válida la contradicción de los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos que se exhiben en esta etapa preliminar, toda vez que este principio -el de la contradicción- atraviesa todo el proceso penal y no solamente al juicio oral.

Otro elemento común al tema de las medidas de aseguramiento -sean éstas privativas o no de la libertad- es que la argumentación para su imposición o no, es triple: fáctica, legal y constitucional. (Ver, al respecto, medida de Aseguramiento Conversatorio Interinstitucional del Sistema Penal Acusatorio, página Web de la Rama judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Sistema Penal Acusatorio). En lo referente a este tópico debemos ahondar en el hecho de que la argumentación constitucional es la de mayor relevancia en la decisión sobre imposición o no de medidas de aseguramiento, toda vez que así lo impone y lo exige el acto legislativo 03 de 2002 y, en ese orden de ideas, es básico que se haga en todas y cada una de las decisiones un *test* de proporcionalidad, pues aquél

permite establecer la procedencia o no de una determinada medida de aseguramiento. Además, la existencia de este *test* de proporcionalidad, que es de aplicación obligatoria para el Juez de garantías, nos permite decir, sin lugar a equívocos, que éste es un Juez por esencia de carácter Constitucional, perspectiva que ratifica la sentencia No. C-591 de 2.005 de la Corte Constitucional.

2. REQUISITOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA IMPONER UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO

En el campo legal, para que se decrete una medida de aseguramiento por parte del Juez de Control de Garantías, se hace imprescindible que se presenten elementos materiales probatorios, evidencia física o informes legalmente obtenidos, que permitan hacer una inferencia razonable de autoría o participación en un hecho punible por parte de una persona determinada.

No obstante, dicha acreditación “probatoria”, se debe circunscribir a la intervención material de esa persona en el hecho punible, pues ahondar en cualquier otro elemento del delito, puede significar sobrepasar los límites que le están vedados al Juez de garantías, pues al mismo le está prohibido hacer juicios de valor en lo referente a la responsabilidad y como quiera que hoy no se puede separar la tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad, por ende cualquier ahondamiento en la intervención material del imputado puede implicar una anticipación del juicio y hacerlo constituiría una flagrante violación la debido proceso, en especial el derecho de defensa. Ello, pues sólo en el juicio oral hay una verdadera polémica o controversia sobre todos los elementos o ingredientes del punible, siendo la anteriores razones suficientes para observar cómo la función del Juez de garantías, en la imposición de medidas de aseguramiento, es restringidísima en lo referente a los requisitos legales, pues como lo veremos a continuación, su valoración será de énfasis constitucional.

En el campo constitucional, tiene lugar la diferencia sustancial que se exige en el nuevo sistema acusatorio penal. Como atrás se mencionó, en el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) existía, como norma rectora, aquella que establecía que la medida sólo se imponía si la misma era necesaria a la luz de la comparecencia al proceso del imputado, la intangibilidad de la prueba y el riesgo para la comunidad o la víctima. Lo que sucede ahora es que estas exigencias que eran, o constituían norma rectora en la legislación derogada, hoy son requisito constitucional y, por lo tanto, el análisis será de ese rango en concordancia con los principios y valores que fundan la Constitución de 1991.

En ese orden de ideas, es importante resaltar cómo los jueces colombianos, pero en especial los jueces de control de garantías, estamos obligados en todas y cada una de nuestras decisiones, a velar por el cumplimiento real, eficaz y material del Estado Social de derecho fundado en la dignidad de las personas. Ello significa que el ser humano prevalece sobre el Estado mismo, y es éste el que está al servicio de aquél, y no al contrario. Por eso es importante que en este documento trascribamos la literalidad de ese artículo primero de la nueva Constitución de 1991: “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En ese entendido constitucional, es decir en la aplicación irrestricta del Estado social de derecho fundado en la dignidad de las personas, principio fundante que irriga la normatividad suprema. En consecuencia, cuando analicemos cada uno de los tres requisitos consignados en dicho acto reformativo de la Constitución, debemos tener presente la dignidad de las personas, en especial en lo referente a la comparecencia al proceso, pues su desarrollo legislativo exige, como uno de los elementos a valorar, el arraigo domiciliario y éste no se puede tomar única y exclusivamente como un concepto de derecho civil, sino como una acepción de mayor alcance, algunos dirían incluso con tintes de carácter sociológico. Igualmente, la dignidad será relevante cuando se nos invoque la protección de la comunidad o de la víctima para imponer medida de aseguramiento, pues la misma debe tener una relación directa con la probabilidad cierta de que una persona determinada pondrá en riesgo la integridad de la comunidad o de la víctima.

Los anteriores razonamientos nos permiten concluir, sin lugar a dudas, que la tarea y funciones del juez de control de garantías previstos en el acto legislativo 03 de 2002, son de naturaleza esencialmente Constitucional; por eso algunos manifiestan que este tipo de juez no es tan sólo un juez penal sino, y sobre todo, un juez constitucional. Esta última afirmación tiene respaldo en la decisión C- 591 de 2005, ya antes citada, pues allí se hace una descripción de una basta riqueza sobre las funciones que tiene el juez de control de garantías, incluyendo las de decretar la ilicitud de una prueba y la exclusión de la misma, tema éste que será objeto de otra ponencia.

2.1 DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN

La presente medida es la más agresiva e invasiva de todas las consagradas por el legislador colombiano, por esa razón, para el juez de control de garantías debe constituir su aplicación una excepción y no la regla, artículo 295 del C.P.P., pues los cambios radicales desde el punto de vista filosófico que supone la implementación y ejecución del sistema acusatorio penal, impone una racionalidad sustancialmente diferente a la que venía ejecutándose hasta la implementación de este nuevo modelo de enjuiciamiento criminal.

Así, las medidas de aseguramiento, pero en especial la analizada en este acápite, no tienen como objeto enviar mensajes de carácter preventivo o general a la comunidad, por eso sus fines no son punitivos, en conclusión, como ya lo hemos anotado, solamente tiene fines procesales, vale decir los previstos en el acto legislativo 03 de 2002.

De esta manera entonces, cuando quiera que no se prive de la libertad a una persona de manera preventiva, no significa que el combate contra la impunidad se vea frustrado, pues dicha batalla se cumple cuando se hace justicia, se conoce la verdad y se repara a las víctimas. En consonancia con lo escrito, la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, no es justicia propiamente dicha, sino un correctivo de carácter procesal para lograr la intangibilidad de la prueba, la comparecencia del imputado o acusado al proceso y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

2.2 LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Esta figura restrictiva de la libertad, que no es nueva en nuestra legislación penal, tiene como objeto la humanización del proceso penal, es decir que la intervención del Estado en el individuo mismo debe ser lo menos invasiva posible y, de hacerlo, de la manera más benévola que lo pueda hacer y en este caso específico el mejor medio para no restringir drásticamente el derecho a la libertad es la detención domiciliaria; ella permite que la persona no salga de su ámbito familiar y personal, pudiendo en algunos eventos específicos inclusive mantener su actividad laboral cuando quiera que esta persona sea cabeza de familia.

Por esta razón, no se entiende cómo esta figura tiene todavía enemigos poderosos, pues lo que hay que hacer es profundizarla y lograr mayores controles sobre la misma, vale decir, para que no se convierta en herramienta evasiva de la acción de la justicia por parte de quienes están incursos en un proceso penal y

son beneficiarios de la misma. Lo adecuado es extremar los controles por parte de las autoridades encargadas de hacerlo, particularmente del INPEC, pues atacar la detención domiciliaria como medida de aseguramiento, es un despropósito al humanismo que informa y atraviesa la Constitución Política de 1.991, y de la cual debe nutrirse el proceso penal en especial. Debe recordarse: en este nuevo sistema acusatorio, lo que prima es la defensa integral de los derechos fundamentales y cuando quiera que estos deban ser restringidos -como sucede en los eventos de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad- debe existir el criterio que la menor restricción es la que cumple el objetivo constitucional de la primacía del ser humano, del individuo, sobre las razones de Estado.

2.3 MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

El artículo 307 literal b del C.P.P. consagró nueve (9) modalidades de este tipo de medidas, que como lo dijimos en los capítulos anteriores, cuando analizamos brevemente las medidas preventivas de la libertad, deben ser igualmente de aplicación restrictiva, pero en especial las consignadas en los numerales 1,2,3,5 y 9, pues en nuestro sentir, son las de mayor limitación a los derechos fundamentales, tales como el de la intimidad, libertad en especial la de locomoción. Ello, pues ésta imponen límites a la persona para tener unas posibilidades de vida plena. Si bien es cierto que una medida no privativa de la libertad encarna restricciones a derechos fundamentales, los jueces en cada caso particular deberán optar por la menos agresiva y así materializar de manera permanente el Estado Social de derecho fundado en la dignidad de las Personas.

En lo atinente a la del numeral 4, observar buena conducta, individual, familiar y social, pareciera ser más un catálogo de buenas costumbres que una medida de aseguramiento, pues cabe preguntarse: ¿qué es buena conducta individual, familiar y social?

3. ¿ES SUFICIENTE LA GRAVEDAD DEL HECHO PARA IMPONER UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO?

Este interrogante ha dividido la opinión de fiscales y jueces de control de garantías, por decirlo de alguna forma. Sin embargo, la única manera para dilucidar el mismo, es intentar ofrecer algunos elementos de juicio tanto para jueces, fiscales y defensores, para lo cual se abordará dicho interrogantes desde una doble perspectiva, una constitucional y una legal.

3.1 VISIÓN LEGAL

El artículo 308 del CPP que tiene previstos los requisitos para que el juez de garantías dicte medida de aseguramiento, no incluye la gravedad del hecho y sólo se limita hacer una relación similar a los ya previstos en el acto legislativo 03 de 2002; sin embargo, es menester leer mas allá de la literalidad y entender que cuando el numeral 2 de esa misma norma se refiere al peligro, debemos entender que allí puede estar inmerso el concepto de la gravedad del hecho, no obstante, como más adelante lo veremos, el peligro no puede ser la base única y exclusiva para dictar una medida de aseguramiento, toda vez que este concepto sólo puede ser válido a la luz del entendimiento de estar presentes ante un derecho penal de acto y no simplemente de inclinaciones o juicios especulativos sobre la personalidad del individuo objeto de un proceso penal. Es decir, no estamos frente a un derecho penal de autor.

En los artículos 310 y 311 se hace referencia, abiertamente, a la gravedad del hecho, pero aún desde el punto de vista gramatical y de la forma en que aparece inscrito en estas dos normas, se entiende que es un elemento más a considerar por parte del juez de control de garantías; otra lectura será contraria al espíritu mismo del sistema acusatorio penal, en especial a las normas rectoras del Código de Procedimiento Penal que tienen como ejes prevalentes la dignidad humana y la libertad de las personas. A lo anterior se suma que el artículo 27 del C.P.P., que también es norma rectora, obliga a todos los funcionarios a ceñirse a los siguientes criterios en desarrollo de la investigación y del proceso penal: la necesidad, la ponderación, la legalidad, la corrección en el comportamiento, todo ello para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

Se debe resaltar, en el contexto de esos criterios, el de la ponderación. De esta forma, de ser cierto que la gravedad del hecho fuera suficiente para decretar una medida de aseguramiento, se estaría violando en grave materia dicha ponderación, pues la misma significa un balance de los derechos fundamentales que están en juego y por su puesto de la proporcionalidad que es un imperativo de carácter Constitucional.

En consecuencia, y pese al respetable criterio expuesto por la Fiscalía General de la Nación en el Conversatorio con sede en Bogotá, no podemos compartir dicha postura, pues la misma ni siquiera tiene respaldo, como ya lo hemos visto, en la normatividad legal que hoy nos rige y mucho menos en la filosofía constitucional que nos rige desde 1991.

3.2 VISIÓN CONSTITUCIONAL

El sistema acusatorio penal nace como una creación instaurada por el constituyente derivado y, allí, cuando se hace relación específicamente a las medidas de aseguramiento, en el numeral primero del nuevo artículo 250 de la C.N., no incluye, ni de forma literal, ni filosóficamente, la posibilidad de dictar medida de aseguramiento con el sólo criterio de la gravedad del hecho. A lo anterior debemos sumar, que el conjunto de la sistemática constitucional relativa al proceso penal incluido el artículo ya transcrito en este texto, nos indica que cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, privativa o no de la libertad, debe estar fundada en el respeto a la dignidad de las personas y, por ende, a la libertad. Y la gravedad del hecho, es un aspecto externo del hecho punible, que por si solo no tiene la entidad para obligar al Juez de garantías a dictar una medida de aseguramiento, pues hacerlo como lo propone la Fiscalía, sería dejar de lado la dignidad y la libertad de las personas como valores sustanciales que deben regir la actividad judicial en Colombia, circunstancias que se ratifican con la Convención Americana de Derechos humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, suscritos y ratificados por Colombia y por ende de aplicación imperativa para los Jueces.

Además, el *test* de proporcionalidad, que implica un análisis de la necesidad la adecuación, razonabilidad, la idoneidad y la proporcionalidad en sentido estricto como lo ha venido manejando la Corte constitucional, en este último ítem se maneja la gravedad del hecho como un elemento más a considerar para la imposición o no de medida de aseguramiento. Es un elemento de ponderación, no un criterio absoluto.

Estos breves razonamientos nos llevan a concluir, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, que la gravedad del hecho no puede constituir único elemento para que se dicte una medida de aseguramiento, toda vez que es sólo un elemento de juicio adicional a los ya expuestos en este escrito, pues optar por el criterio de la gravedad del hecho, es reversar toda la tendencia filosófica jurídica de erradicación del peligrosismo, pues lo que cuenta en estas decisiones del juez de garantías, es la ponderación final que se haga entre los derechos fundamentales del procesado y la necesidad, adecuación, razonabilidad, proporcionalidad de la medida de cara a los postulados constitucionales y del bloque de constitucionalidad de justicia, verdad y reparación.

3.3 ¿ES POSIBLE LA GRADUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO, EN ESPECIAL LA APLICACIÓN DE UNA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN UNO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 313 DEL C.P.P.?

Quienes se oponen a la graduación de las medidas de aseguramiento, en el sentido de imponer una no privativa de la libertad a un punible que amerita una restrictiva de la libertad, consideran que aquí puede haber una violación al principio de legalidad previsto en nuestra legislación penal, pues si la normatividad legal enuncia en el artículo 307 del C.P.P literal A, el tipo de medidas aplicar y el 313 de la misma obra expresa que estos eventos es aplicable las medidas privativas de la libertad, es por que la voluntad legislativa era esa y no la de una libertad interpretativa para el juez de control de garantías.

Quienes consideramos que la gradualidad es viable, fundamos nuestra tesis en el inciso final del artículo 307 de cuya lectura se infiere que es posible proferir medida de aseguramiento indistintamente, no importando el tipo de delito que se haya cometido. El argumento de mayor fuerza y de carácter constitucional, es que el acto legislativo 03 de 2002, impone como criterio preponderante para dictar una medida de aseguramiento, el de la necesidad y no el tipo de medidas, vale decir lo que importa es si las mismas se hacen necesarias, previo el *test* de proporcionalidad para lograr los fines procesales previstos en la reforma de la Constitución y que son: la intangibilidad de la prueba, la comparecencia del imputado o acusado al proceso y la protección de la comunidad, en especial las víctimas.

Quienes optamos por la segunda postura, nos preguntamos si encontramos que una medida de aseguramiento es necesaria, no importando si es restrictiva o no de la libertad y si observamos que una no restrictiva de la libertad, cumple con los fines constitucionales de la medida, así el delito sea de los previstos en el 313 y se cumplen los objetivos ya precitados, consideramos que la aplicación literal y gramatical del 307, literal A y 313 sería desproporcionada e irrazonable aplicar una medida que restringe la libertad, siendo éste un derecho fundamental. Además, lo que se persigue con el sistema acusatorio penal, es la no conculcación de derechos fundamentales o una conculcación leve de los mismos, y esto último sólo se consigue en el caso de las medidas de aseguramiento, cuando se aplica una no restrictiva de la libertad en los delitos del 313 del C.P.P.

4. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD VS. PROTECCIÓN A LA COMUNIDAD: ¿DILEMA CONSTITUCIONAL?

El acto legislativo No. 03 de 2002, utiliza la palabra *protección* cuando se refiere a uno de los fines u objetivos de la medida de aseguramiento y específicamente cuando habla de protección a la comunidad, en especial de las víctimas. La ley 906 de 2004, en los artículos 310 y 311, se refiere al peligro para la comunidad y la víctima. Lo anterior significa que el constituyente derivado y el legislador utilizan palabras diferentes para referirse a uno de los eventos en que procede la medida de Aseguramiento.

Veamos si estas palabras tienen un significado similar o diferente a la luz de la lengua castellana. Dice el diccionario de la real academia de la lengua (edición 21, versión página web de la Real academia de la lengua Castellana), que los sinónimos de protección son: Amparar, favorecer o defender y que ello significa resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro poniéndole algo encima, rodeándole etc. El peligro, por su parte, es “un riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Es un lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño”.

Se percibe aquí el hecho de que protección y peligro son palabras diferentes, pues mientras protección no es sinónimo de peligro sino de amparar, favorecer o defender, el peligro es una probabilidad cierta de un hecho que produce o va a producir un mal o un daño. Mientras la protección se refiere al amparo que se le debe dar a la comunidad o la víctima, el peligro es el riesgo que proviene de la conducta en particular de una persona.

Establecidas así las diferencia etimológicas de peligro y protección, observamos que el juez de control de garantías debe ser muy cuidadoso en lo relativo de la utilización del artículo 310 del C.P.P., pues con la alusión al “peligro para la comunidad”, se debe evitar que ello implique que quien comete el hecho sería, por ese solo supuesto fáctico, acreedor al rótulo de peligroso. Lo que persigue el constituyente derivado es la protección o la defensa de la comunidad que no parte del individuo mismo, como se deduce de la lectura de la primera parte del citado 310.

Estas razones nos llevan a decir que, como está concebido en la ley 906 de 2004, el concepto de peligro pueden llevar a que la sola gravedad del hecho y a que la conducta pasada del imputado, sean suficientes para dictar medida de aseguramiento, y lo cierto es que el juez de garantías debe hacer un análisis más allá de esos dos elementos, lo que significa que se debe valorar si la medida de aseguramiento es necesaria o no para efectos de la protección de la comunidad, entendida ésta última como un conjunto de individuos que tienen derechos funda-

mentales y, que, por lo tanto habrá de sopesarse este elemento al momento de hacer el análisis de proporcionalidad para verificar si se justifica o no la medida de aseguramiento.

En todo caso, el juez de control de garantías, cuando tenga que decretar la medida de aseguramiento para proteger la comunidad, lo debe hacer en el entendido de concebir que su integridad está seriamente afectada por la actividad desplegada por el imputado; no obstante, si pese a ello, se observa que la medida no logra la protección efectiva de la comunidad, pues la misma no se hace necesaria, deberá inclinarse a favor de la libertad de la persona imputada. En cualquier caso, el juez de garantías, al aplicar el artículo aquí varias veces citado, 310, lo hará de forma restrictiva, pues es evidente que todas y cada una de las conductas previstas en la codificación sustantiva penal, tiene un mayor o menor grado de gravedad e implican una vulneración a la comunidad. Por lo tanto, sólo en cada caso específico, el juez podrá decidir si es válida constitucionalmente la afectación de los derechos fundamentales de los imputados, y esto siempre lo podrá resolver a través del *test* de proporcionalidad que ha utilizado de manera constante la Corte Constitucional, en especial al resolver tutelas. Desde luego, en el caso del proceso penal, el *test* sufre ciertas variaciones que exigen un estudio en detalle del principio de proporcionalidad por todos los operadores del actual sistema penal acusatorio.

La dificultad para este punto específico se cierne en que el concepto de *comunidad* es vago y gaseoso y, por lo tanto, puede llevarnos a que, so pretexto de la protección de una comunidad específica, se estén vulnerando gravemente derechos fundamentales de un ser humano y con ello se estaría desfigurando el principio fundante de nuestra Constitución Nacional -la dignidad humana, en la cual está inserta la libertad. Ello llevaría a demeritar el concepto del humanismo como base central del devenir de nuestras sociedades, en especial cuando esa lucha se ha centrado por que sea el ser humano sea el centro de la actividad estatal y no al contrario.

5. PELIGRO PARA LA VÍCTIMA VS. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA: ¿UN DILEMA CONSTITUCIONAL?

En este acápite son válidos los razonamientos hechos en el anterior. Sin embargo, los mismos hay que considerarlos de manera matizada y valorando que la víctima desde el punto de vista constitucional y legal, ha merecido una especial protección, toda vez que es quien recibe el daño que se produce con el hecho punible e, igualmente y desde luego, es sujeto de derechos fundamentales. Por lo

anterior, se debe aclarar que sin caer en la tentación de volver el proceso penal un proceso de la víctima, es importante que la misma goce de protecciones específicas y por ello es que se justifica que cuando ella está en serio riesgo de ser vulnerada en su integridad o alguno de sus derechos fundamentales, proceda la medida de aseguramiento y, mucho más, cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, pues en estos eventos los derechos de los niños prevalecen, de conformidad con el artículo 44 de la C.N. y el bloque de Constitucionalidad.

6. CAUSALES DE LIBERTAD

La causal primera del artículo 317 del C.P.P., sigue siendo una palpable realidad de la incapacidad del Estado Colombiano para investigar y enjuiciar a una persona dentro de un tiempo razonable, toda vez que en la misma está previsto conceder la libertad cuando se haya cumplido la pena, estando una persona detenida preventivamente. Los jueces y los fiscales estamos en la obligación, de acuerdo a nuestra sistemática constitucional y a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia, a investigar y enjuiciar en términos que no excedan lo razonable y proporcional, pues de ser así, estaríamos violentando de manera flagrante la libertad como regla general en el nuevo sistema de encausamiento criminal.

Lo anterior nos lleva inclusive a expresar que de conformidad con los fines previstos en el acto legislativo 03 de 2002 de la medida de aseguramiento, podríamos decir que esta causal, a la cual nos venimos refiriendo, puede estar rebasando los límites de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, pues como ya lo hemos advertido en el transcurso de este escrito, la medida es solo procesal y no punitiva.

7. REVOCATORIA Y SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El artículo 318 del C.P.P., trae la posibilidad enunciada, sin embargo consideramos que esta normativa tiene dos asuntos problemáticos, a saber: el primero se relaciona con el hecho de que solamente se puede pedir por una sola vez; sin embargo, no encontramos la razón para que no se pueda pedir en más de una ocasión, cuando quiera en todas y cada una de las oportunidades, se presente nuevos elementos materiales probatorios, evidencia física o informe legalmente obtenidos. A este argumento debemos agregar que el ente acusador no tiene límites para pedir la medida de aseguramiento cuantas veces así lo considere, por supuestos fundados en elementos materiales probatorios que le permitan sustentar

dicho pedimento. En segundo lugar, surge lo atinente a la falta de recursos. En relación con ello, consideramos que como quiera que cuando se dicte una medida de aseguramiento se están afectando derechos fundamentales, es viable que se pueda recurrir la decisión del juez de garantías. No hacerlo, constituye una violación flagrante del artículo 29 del C.N.

Estos dos anteriores razonamientos nos llevan a concluir que los apartes del artículo 318 del C.P.P., en donde está previsto por una sola vez la sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento y que la decisión no es susceptible de recursos son inconstitucionales, pues son violatorios al debido proceso que es un derecho fundamental de todos quienes están incurso en un proceso criminal.

8. SEGUNDA INSTANCIA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Preocupa que a la fecha, en los Juzgado Penales del Circuito de Bogotá, se haya tomado la decisión de no revisar el audio cuando se ha interpuesto una apelación contra una medida de aseguramiento decretada por un juez de garantías y se están practicando nuevas pruebas; además, si la parte no recurrente no asiste a la audiencia, se da por cierto lo dicho por el recurrente. Lo cierto es que lo que se revisa es la decisión de primera instancia y la única manera de hacerlo es viendo, escuchando y analizando lo decidido por el juez de primera instancia.

Además, no es viable practicar nuevas pruebas, pues las que se deben valorar son las realizadas por el *ad-quo* o, mejor, de acuerdo al principio de inmediación, que es norma rectora, debería practicarse nuevamente las pruebas por el juez del circuito, y ahí si poder tomar la decisión, pero jamás practicar nuevas pruebas o diferentes a las ya realizadas en sede de primera instancia. El escuchar una sola de las partes, es desconocer la igualdad de armas del sistema acusatorio y por ende es la desnaturalización del mismo, lo que podría llevar a eventuales nulidades del proceso en su conjunto.

CASOS MESA DE TRABAJO “RÉGIMEN DE LIBERTAD, CAPTURAS Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO”

Nota aclaratoria:

Los casos para esta mesa de trabajo y para todas las demás, han sido aportados por el Observatorio de Jurisprudencia del Sistema Penal Acusatorio, Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, y cuya coordinación general ha estado a cargo de Alejandro Aponte Cardona, con el apoyo de los monitores Carlos Arturo Arciniegas y Carolina Carvajal.

CASO 1

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de imposición de Medida de Aseguramiento.

Fecha: 3 de octubre de 2005.

Hechos del Caso:

El día 12 de septiembre de 2005, despegó de la ciudad de Florencia el avión de AIRES con matrícula HK 4030, a las 11:30 de la mañana, con 19 pasajeros y 3 tripulantes. En el aire uno de los pasajeros, quien se encontraba en una silla de ruedas, por su estado de paraplejía, de manera amenazante y con granada en mano, manifestó que se trataba de un secuestro y que la aeronave debía desviar su ruta y no cumplir con su itinerario previsto (Florencia-Bogotá). El señor se encontraba en compañía de su hijo menor, quien posteriormente fue puesto a disposición del juez de menores. Finalmente, el avión debió aterrizar en la Base Militar de CATAM y no en el Aeropuerto El Dorado como estaba previsto.

Aspectos relevantes:

Las conductas delictivas materia de discusión fueron: Secuestro extorsivo, desvío de aeronaves y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, se recibió testimonio a las siguientes personas: 1. El agente de Policía Judicial que firmó

el informe de captura, con el fin de establecer la situación en que se produjo la misma. 2. El capitán de vuelo de la Empresa Aérea Aires de Colombia, con el propósito de esclarecer los hechos que rodearon el secuestro, es decir, las situaciones que se presentaron al interior de la aeronave. 3. El capitán de la policía que intervino en la manipulación de las granadas incautadas, para determinar su capacidad de causar daño. 4. El funcionario del CTI de la división de criminalística del grupo de investigación, que presentó un informe sobre el examen médico del estado de salud del imputado. 5. El investigador judicial de la Defensoría del Pueblo, con el fin de verificar el arraigo y la situación socio económica del imputado; y finalmente, 6. El médico legista, que presentó un examen de seguimiento de la situación médica del imputado y de las condiciones de reclusión en la cárcel Modelo.

Durante la práctica del interrogatorio realizado al médico legista, funcionario del CTI, se evidenció que por orden impartida verbalmente por un funcionario de la SIJIN, éste realizó un examen médico que consistió en dos partes. La primera: hacerle preguntas sobre su situación personal; y la segunda, un examen físico.

El perito manifestó, que si bien no contó con autorización escrita, ni consentimiento expreso del imputado, al momento realizar el examen, no encontró oposición de su parte. Además, en ese momento no contó con la presencia de su abogado defensor.

El juez señaló que con fundamento en los parámetros establecidos por el Código de Procedimiento Penal, el juzgador no tiene “discrecionalidad” para decidir si la medida de aseguramiento debe cumplirse en el lugar de residencia o en establecimiento carcelario, pues la ley ha trazado derroteros que deben ser cumplidos, entre ellos: los principios de dignidad humana, de razonabilidad, de ponderación y de gradualidad. Todos ellos, observando siempre el carácter excepcional que poseen las normas restrictivas de la libertad, frente a la norma general del principio de libertad.

Teniendo en cuenta la dignidad humana y con base en la declaración del médico legista, el juez consideró que la cárcel modelo no ofrecía las condiciones necesarias para que el imputado fuera recluido allí.

El juez señaló que el imputado representa un peligro para la sociedad y determinó la procedencia de una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en centro carcelario, sin embargo, indicó que antes de adoptar una decisión era necesario analizar el grado de peligrosidad del imputado, pues ésta puede ser calificada como alta, media y baja. El juez introdujo entonces una metodología particular para analizar los grados de peligro en que eventualmente pueda incluirse la conducta de una persona.

Luego de estudiar el caso particular, clasificó al imputado en el *grado medio* de peligrosidad y concluyó que dicha peligrosidad media, podía ser controlada por la intervención del Estado a través de especialistas como siquiátras o sicólogos, pues se trata de una persona fácil de persuadir; ello también podría lograrse, a juicio del funcionario, por medio de vigilancia policial especial. De esta forma se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 314 numerales 1 y 4 del CPP.

El Ministerio Público objetó un documento que la defensa pretendía hacer valer como elemento material probatorio, con el argumento de que el testigo no había firmado ni intervenido en su creación, pues se trataría de una prueba de referencia y no se encontraba demostrado que las personas que firmaban no estuvieran en posibilidad de comparecer a declarar.

Decisión: Luego de analizar los elementos materiales probatorios presentados por las partes, el juez impuso, al imputado, medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de residencia.

Interrogantes y Planteamientos:

1. En el presente caso, se practicaron seis testimonios; teniendo en cuenta que esta audiencia era preliminar ¿considera que fue pertinente su realización?
2. ¿Qué nivel de argumentación probatoria debe desarrollarse durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento?
3. ¿El examen médico realizado al imputado puede ser considerado intervención corporal? En ese caso, ¿requeriría autorización del Juez de Control de Garantías? ¿Pudo ser considerada como una prueba ilícita? ¿Debió ser excluida, o bastó con que no sea el fundamento de la decisión de imponer medida de aseguramiento?

CASO 2

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Legalización de captura
Fecha: 24 de febrero 2005

Hechos del Caso:

El día 24 de febrero de 2005, funcionarios de la policía judicial que se encontraban en desarrollo de un procedimiento de restitución del espacio público, realizaron una requisa a una persona que se encontraba en el sitio. Debajo del

carrito que tenía para vender dulces, se le encontró una bolsa negra que contenía 46 películas y 64 CDs de música. A dichos elementos les fue realizado el experticio técnico que determinó que los mismos eran ilegales.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: defraudación a los derechos patrimoniales de autor.

En la audiencia de legalización de la captura, la fiscal manifestó que el indiciado firmó voluntariamente el acta de buen trato y de derechos del capturado, como lo señala el artículo 303 del CPP, afirmó que la captura se produjo en situación de flagrancia, como establecen los artículos 301 y 302 del CPP; entre tanto, a los elementos encontrados les fue practicado un experticio técnico que determinó su ilegalidad, se les realizó cadena de custodia y se suscribió acta de incautación por parte del propio indiciado.

El indiciado goza de su libertad, en la medida en que el delito por el cual se le investiga no comporta medida de aseguramiento.

El juez solicitó a la fiscal que le allegara el experticio que determinó la ilegalidad de los elementos incautados, el informe de captura, y los demás documentos por ella mencionados, con el fin de verificarlos.

El Ministerio Público solicitó a la fiscal que manifestara si poseía elementos materiales probatorios pertinentes para determinar que efectivamente el indiciado conservaba en su poder los fonogramas o elementos incautados al momento de la captura. Indico el funcionario que el verbo rector establecido en el artículo 271 numeral 1 del Código Penal, que regula el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor, es “conservar” y no el verbo “tener” —ésta es una acción de carácter esporádica- mientras que la conservación se refiere a algo permanente. De esta forma, manifestó que de la evidencia recaudada, no resulta claro que los elementos incautados fueran de propiedad del indiciado, evento en el cual no se tipificaría el delito.

La fiscal manifestó que se encontraban en una audiencia de legalización de captura, y no de formulación de la imputación, por lo que no estaba en la obligación de descubrir ese tipo de material probatorio al que hace referencia el Ministerio Público.

El defensor realizó dos peticiones a la Fiscalía, en la primera, solicitó que se estableciera la infracción concreta que se le atribuía al indiciado, pues con base en los elementos materiales probatorios aportados, no resultaba clara la eventual comisión de un ilícito; y en segundo lugar, indicó que el experticio técnico realizado

a los elementos incautados, únicamente manifestaba que los CDs eventualmente no reunían los estándares de legalidad. En este caso entonces, dicho dictamen no resultaba lo suficientemente claro ni preciso, en la medida en que no determinaba la idoneidad, aptitud y calidad de los mismos, pues en caso contrario no se estaría frente a la conducta tipificada por el artículo 271 del CP, toda vez que sería inocua su utilización y no procedería la legalización de la captura.

El juez cuestionó a la fiscal sobre el tipo penal por el cual se estaba investigando al indiciado, ella manifestó que era el consagrado en el artículo 271 del CP (Defraudación a los Derechos patrimoniales de Autor), y que el verbo rector es que “los estaba transportando en su carrito”, es decir, que “los tenía en su poder”.

El juez manifestó que la solicitudes elevadas tanto por el Ministerio Público como por la Defensa, se resolverían en desarrollo del proceso penal, pero no durante esa audiencia, pues el propósito de la misma era verificar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el procedimiento de captura, y establecer la constitucionalidad del mismo, la cual resultó clara, en la medida en que una vez incautados los elementos materiales, el capturado fue puesto en libertad, es decir, no se presentó vulneración de derechos fundamentales y, además, se cumplieron los requisitos de temporalidad, de tenencia de elementos.

Finalmente, el juez señaló que el procedimiento de captura no violó el principio de presunción de inocencia, y que el contenido del artículo 302 del CPP establece que se trate de un “supuesto delito”, por lo que en etapas posteriores del proceso penal se cuenta con la oportunidad de esclarecer los elementos del tipo.

Decisión: El juez declaró la legalidad de la captura, teniendo en cuenta que el procedimiento señalado por la Fiscalía se encuadró dentro de los parámetros establecidos por la ley, en la medida en que el procedimiento ejecutivo de captura demostró que ésta se produjo en situación de flagrancia, y además, en poder del capturado fueron encontrados elementos que presumiblemente eran ilícitos.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Es necesario que el fiscal determine claramente, desde la audiencia de legalización de captura, la conducta delictiva que está investigando?
2. ¿Qué consideraciones genera el debate presentado entre las partes durante la audiencia respecto de la tipicidad, y la decisión adoptada por el juez?
4. ¿Qué opina sobre la segunda petición realizada por la defensa? ¿Era necesario demostrar la idoneidad de los elementos incautados?

CASO 3

*Distrito Judicial de Bogotá**Audiencia de imposición de Medida de Aseguramiento.**Fecha: 23 de septiembre de 2005***Hechos del Caso:**

El día 3 de septiembre de 2005, cuando miembros de la policía nacional se encontraban realizando labores de patrullaje, practicaron requisa personal al indiciado, quien en ese momento sacó del bolsillo izquierdo de su pantalón una bolsa negra y la arrojó al piso, uno de los agentes la recogió y al interior encontró 16 papeletas que contenían una sustancia pulverulenta de color beige. El indiciado manifestó no tener domicilio y vivir en la calle.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: fabricación, tráfico y porte ilegal de estupefacientes.

El fiscal solicitó la imposición de una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, con base en el literal a del numeral 1 del artículo 307 del CPP, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del CPP, por los hechos reseñados en la audiencia de imputación, y por la aceptación de cargos de la conducta contemplada en el artículo 276 del CP, que se refiere a tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

Respecto de los requisitos legalmente establecidos para su imposición, el fiscal manifestó que se cumplieron a cabalidad, los contemplados en los artículos: 307 requisito objetivo de la pena, 308 numeral 3 requisito subjetivo, desarrollado por el 312, que se refiere a la no comparecencia del imputado, por la falta de arraigo señalada en el inciso primero.

El fiscal manifestó que ante la falta de arraigo del imputado, por ser una persona de la calle, no se podía asegurar su comparecencia a la audiencia de individualización de la pena, ni el cumplimiento de la condena; además, estableció que como éste no cuenta una domicilio plenamente identificado, no está facultado para solicitar la detención domiciliaria.

El Ministerio Público avaló la solicitud de la Fiscalía, pues encontró la necesidad de la medida, al considerar que no existía otra menos gravosa, útil e idónea para garantizar la finalidad prevista en el artículo 296 del CPP, es decir, la

comparecencia del imputado al proceso, quien por ser un habitante de la calle, no cuenta con el arraigo dado por domicilio personal, familiar o laboral.

El juez señaló que el acto legislativo 03 de 2002, le otorgó expresamente al juez penal municipal la función de control de garantía que consiste en la guarda de los derechos fundamentales. En seguida, realizó un análisis sobre la figura de la medida de aseguramiento en el nuevo sistema procesal penal, y manifestó que ella es de carácter procesal -no punitivo-; por esa razón, a su juicio, carece de carácter sancionatorio. Argumentó, además, que ella no puede exceder del plazo razonable establecido por los tratados y la jurisprudencia internacional; y no puede cumplir funciones de prevención general ni especial.

Indicó el juez que la medida de aseguramiento se circunscribe a tres finalidades: garantizar la presencia del imputado al proceso penal, conservar la prueba y proteger a la comunidad, especialmente a la víctima, como lo señala el artículo 308 del CPP. El juez siempre está en obligación de verificar el cumplimiento de todos los requisitos legales, establecidos para la procedencia de la medida de aseguramiento, no sólo el requisito objetivo del artículo 313 del CPP.

Señaló la necesidad de tener en cuenta que el numeral 1 del artículo 312 del CPP, consagra dos situaciones o condicionamientos diferentes, el primero, se refiere a la falta de arraigo en la comunidad, determinada por domicilio, asiento de familia, de negocios o trabajo; y la segunda, a la posibilidad de huir del país o permanecer oculto.

La Fiscalía afirmó que no tenía pruebas ni podía asegurar que el imputado se encontraba en posibilidad de abandonar definitivamente el país, tampoco existió elemento material probatorio que le indicara al despacho que éste iba a permanecer oculto.

El juez indicó que el imputado era una persona humilde marcada socialmente y marginada, que debía acudir al oficio de reciclar basura para poder sobrevivir, por lo que ante esa situación perdía fuerza el requisito legal de arraigo, pues no podía ser el mismo exigible a personas con mayor nivel socio económico; ello, en razón a que a una persona de la calle no se le puede exigir este imposible material, sociológico.

El despacho consideró que la medida de aseguramiento resultaba desproporcionada e irracional, pero además señaló que no se presentó ni material probatorio ni evidencia física que sustentara la necesidad de una medida restrictiva o no restrictiva de la libertad, como lo exige el artículo 308 del CPP.

Según el funcionario, la estructura del proceso penal no establece la comparecencia obligatoria del imputado a todo el proceso, pues aún privado de la libertad, éste puede negarse a asistir, toda vez que sus derechos se encuentran

garantizados por la defensoría pública. El despacho no acepta que, so pena de no existir otro camino, por ser el imputado un habitante de la calle, sólo se pueda optar por restringir la libertad, caso en el cual, consideró que ello significaría sancionar la pobreza y la marginalidad.

Decisión: El juez ordenó la libertad inmediata del imputado, por considerar que la imposición de la medida de aseguramiento no era adecuada, racional ni proporcional; además, señaló que no procedía una medida no privativa de la libertad, por cuanto no se presentaron elementos materiales probatorios que la sustentaran.

El fiscal interpuso recurso de reposición, por considerar que se trató de una decisión político-social; y el juez lo resolvió, manifestando que las decisiones que toma el juez de control de garantías son de carácter constitucional y de alguna manera con implicaciones políticas y claramente sociales, toda vez que la Constitución constituye un conjunto de normas de carácter político. Además, señaló que la Fiscalía no acreditó la posibilidad del imputado de irse del país o de mantenerse oculto.

Interrogantes y Planteamientos:

1. En este caso, el fiscal manifestó simplemente que se refería a los hechos señalados en la audiencia de imputación, ¿era necesario que el fiscal volviera a reseñar los hechos?
2. Teniendo en cuenta la condición de marginalidad y de pobreza del imputado, ¿Qué considera sobre la fundamentación utilizada por el fiscal para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento?
3. ¿Qué consideraciones le merece la decisión del juez?
4. En la tesis desarrollada por el juez se identifican dos argumentos sobre la improcedencia de la medida: el primero, se refiere al arraigo del imputado, y el segundo, a la falta de elementos materiales probatorios que sustentaran la posibilidad del imputado de huir o mantenerse oculto. ¿Qué opina sobre estos argumentos? ¿Considera qué uno de ellos era suficiente? ¿Cuál? ¿Por qué?

CASO 4

*Distrito Judicial de Bogotá**Audiencia de Legalización de captura**Fecha: 23 de febrero de 2005***Hechos del Caso:**

El día 23 de febrero en horas de la madrugada, dos sujetos llegaron hasta una casa y luego de escalar el muro que le servía de fachada, pudieron acceder a la terraza donde se apoderaron de una patineta y una bicicleta, aprovechando que el inmueble se encontraba comunicado con otra casa, pasaron allá y tomaron algunas prendas de vestir que se encontraban colgadas en unas cuerdas. La ciudadanía llamó al 112 solicitando la presencia de la policía, quienes concurrieron de forma inmediata, los sujetos se dieron a la fuga siendo capturados a una corta distancia del lugar de los hechos.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Hurto calificado y agravado.

El fiscal manifestó que cuando se realizó la captura en situación de flagrancia por parte de los agentes de la policía, ellos procedieron a indicarles a los capturados sus derechos, lo cual fue consignado en las actas correspondientes, además, fueron suscritas las de buen trato, con firma y huella de los capturados.

El defensor realizó dos peticiones, la primera consistió en que se precisara por parte de la Fiscalía la fecha y la hora en que se puso el caso a disposición de la URI, para establecer si se cumplió la exigencia legal; y la segunda, que fueran llamados como testigos los oficiales que intervinieron en el procedimiento de captura, toda vez que los capturados manifestaron haber sido objeto de agresiones por su parte, y que a pesar de que en las actas aparecen sus firmas, nunca les fueron leídos los derechos del capturado.

El fiscal precisó que la captura se produjo el día 23 de febrero del presente año, a las 2 am, y que el caso fue recibido las 5:24 am por parte de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía. Además, teniendo en cuenta que no estaban presentes los uniformados que intervinieron en la captura, invocó los principios de lealtad y buena fe, que se deben guardar con las partes.

Finalmente, solicitó declarar la legalidad de la captura en flagrancia, teniendo en cuenta que los capturados fueron presentados ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas establecidas por el Código, y con base en el artículo 302 inciso final.

El juez manifestó que debe darse aplicación al principio rector del artículo 12 del CPP que establece el principio de lealtad, del cual se desprende que los documentos presentados por la Fiscalía se entienden prestados con juramento por parte de la policía judicial como funcionarios públicos. También que debían ser considerados los artículos 115 que consagra el principio de objetividad, 140 y 141 que establecen los deberes de las partes intervinientes en el proceso penal.

El juez interrogó a los capturados con el propósito de verificar las circunstancias en que se desarrolló la captura, interrogó al primer indiciado sobre la lectura de los derechos, y el trato que recibió por parte de la policía; éste manifestó que fue agredido por los agentes de policía, al recibir un puño y una patada, y que su firma aparecía en los documentos que presentó la Fiscalía, porque no le permitieron leerlos, sino que fue obligado a hacerlo.

El segundo capturado, afirmó que recibió mal trato por parte de los agentes de la policía, quienes lo agredieron tanto física como verbalmente; señaló que no le fueron leídos los derechos en el momento de la captura, sino hasta las 5 am en la URI, además, que fue coaccionado para firmar las actas.

Decisión: El juez decidió suspender la audiencia hasta que fueran citados los agentes de policía que realizaron la captura, toda vez que existía contradicción entre la manifestación de la Fiscalía y la de los capturados.

El fiscal interpuso recurso de reposición contra esa decisión, pues consideró que de las declaraciones de los capturados se evidenciaba que uno de ellos aceptó que al momento de la captura le fueron impuestos los derechos que le asistían. Manifestó, que teniendo en cuenta que los dos fueron capturados en el mismo momento, sí se leyeron los derechos del capturado a uno debió de igual forma hacerse con el otro.

Además, afirmó que la falta de buen trato no ilegalizaba la captura en flagrancia, pues en el evento que se demostrara que los agentes de la policía incumplieron sus deberes constitucionales y legales, de proteger las garantías fundamentales de los capturados, serían sujetos a las medidas disciplinarias y penales pertinentes.

El defensor recalcó la función del juez de control de garantías, como juez constitucional y garante de los derechos y garantías fundamentales.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Qué valor probatorio tiene por sí solo el informe suscrito por la policía judicial? En caso de que los agentes que realizaron la captura no estén presentes en la audiencia, ¿debe darse aplicación a los principios indicados por el fiscal?
2. ¿Qué consideraciones le merece la decisión del juez?
3. El fiscal manifestó que el maltrato a los capturados por parte de la policía judicial no implicaba que la captura hubiera sido ilegal, toda vez que se cuenta con las medidas disciplinarias y penales pertinentes del caso. ¿Qué considera sobre este argumento?
4. Teniendo en cuenta que el juez decidió suspender la audiencia, ¿Qué pronunciamiento debió realizar respecto de la libertad de los capturados?

TÓPICO 2: “PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA”

Mesa de trabajo

Ponentes: *Paula Jiménez, Jueza 59 penal municipal con función de control de garantías y Ramiro Marín, Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia.*

Nota aclaratoria:

En este grupo también se abrió espacio para la discusión del tema de la asistencia alimentaria, en razón a la importancia del tema y a las dificultades que se han presentado en la práctica frente a esta conducta. De ello da cuenta la relatoría final del grupo. Se incorpora un caso presentado por un magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura.

I. LAS PRUEBAS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

PONENTE: PAULA JIMÉNEZ
Jueza 59 penal municipal con función de control de garantías

PRESENTACIÓN

Lo primero que hay que establecer es qué se entiende por prueba, y debemos decir que este concepto no es pacífico de acuerdo a las nuevas tendencias, pues una definición corresponde a los hechos que se quieren demostrar dentro de un proceso, otra definición se refiere a la prueba como actividad específica de las partes y del juez al interior del proceso, otra mira a la prueba como finalidad y una definición dada por los autores modernos, consistente en entender que la prueba es el convencimiento del Juez entorno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso. (Es así como desde el concepto sustancial de prueba, vemos la diversidad de criterios).

El nuevo Código de Procedimiento Penal hace referencia a elementos probatorios y a prueba propiamente dicha.

La diferencia entre *elementos probatorios* y *prueba*, se encuentra radicada de acuerdo a la etapa procesal en que nos encontremos, ya que en la fase de investigación hablaremos de elementos probatorios o evidencias físicas y en el juzgamiento de prueba, pues lo que hace que tengamos esa distinción es si ha sido objeto de contradicción o no.

Bajo esta óptica entraremos a analizar problemas jurídicos, tales como: la diferencia entre prueba inconstitucional y prueba ilícita; regla de exclusión de la prueba; prueba de referencia; prueba indiciaria, así como la oficiosidad en materia de pruebas y finalmente el descubrimiento de la prueba en audiencias preliminares.

1. PRUEBA INCONSTITUCIONAL Y PRUEBA ILÍCITA

En primer lugar haremos un análisis jurisprudencial (constitucional) sobre el tema. Se hará referencia a qué constituye prueba inconstitucional y a qué constituye prueba ilícita.

Se tiene que prueba inconstitucional es aquella obtenida con violación de garantías fundamentales o con vulneración de las formalidades esenciales para la aducción de la prueba, mientras que prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con violación de las normas legales.

Prueba derivada, será aquella que en su origen sea una prueba inconstitucional, por lo tanto, dependiendo de su conexidad y de los criterios establecidos en el Art. 455 del CPP., como son la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable, se deberá tener o no en cuenta.

Estas concepciones son propias de un Estado social y de derecho, en donde prima el concepto de hombre y, por consiguiente, adquiere prevalencia los medios a los fines. Esto significa que por buscar la verdad no se puede justificar que se denigre al ser humano, sino que por el contrario se racionalice el proceso penal.

Sin embargo, estos conceptos, curiosamente son una innovación, pues si bien es cierto en la constitución del 91, se estableció que Colombia era un Estado social y democrático de Derecho, vemos que fue hasta la ley 906 de 2004, en donde estos ideales se concretaron de una forma más puntual.

1.1 REGLA DE EXCLUSIÓN

En la sentencia de la Corte Constitucional, SU -159-02, se definió con claridad los eventos en donde nos encontrábamos ante una prueba inconstitucional y ante una prueba ilícita y se hizo referencia también a la regla de exclusión.

En relación con ello, se pueden señalar como puntos claves los siguientes:

1. El Art. 29 de la Constitución, en el inciso final, establece que gobierna la regla de exclusión y que este artículo contiene dos elementos: la fuente de exclusión y la sanción.

2. En cuanto a los orígenes para aplicar la regla de exclusión, señaló a la prueba inconstitucional y a la prueba ilícita.
3. También se hizo referencia al hecho de utilizar una prueba obtenida con violación del debido proceso, como son el rechazo de la prueba y su correspondiente exclusión.
4. Además, se estableció que la declaratoria de nulidad de una prueba obtenida con violación del debido proceso, no significaba necesariamente que la investigación corriera la misma suerte.
5. Aparte de lo anterior, en esta sentencia se dejó en claro cuáles eran los criterios para aplicar la regla de exclusión. Éstos se entrarán a exponer someramente:
 - a. No se excluye la prueba, si la irregularidad es menor y no afecta el debido proceso. Se explican los eventos en los cuales se debe entender que esa ilegalidad es de consideración, como cuando se viola un derecho fundamental, también cuando se ha vulnerado las reglas sustanciales que protegen el sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o cuando se desconocen las formalidades sustanciales de la prueba que acrediten su veracidad y su valor. Se expresa que el funcionario debe manifestar de manera clara que la prueba viciada no puede utilizarse en el proceso.
 - b. Si la violación del debido proceso lleva consigo una trasgresión a un derecho fundamental del sindicado, esa prueba se tendrá como absolutamente inválida.
 - c. Se analizaron los criterios de “vínculo atenuado”, “fuente independiente”, “descubrimiento inevitable”, determinando sus nociones de la siguiente forma:

Atenuación: Ocurre cuando el nexo entre la conducta ilícita y la prueba es tenue. En ese caso, la prueba derivada es admisible.

Doctrina de la fuente independiente: para admitir la prueba derivada de una ilícita, hay que demostrar que dicha prueba fue producida por un conducto diferente.

Descubrimiento inevitable: según la cual una prueba directamente derivada de una ilícita, es admisible si se demuestra que de todos modos esa prueba se hubiera producido por conducto de una fuente lícita.

El origen de la regla de exclusión la encontramos en Estados Unidos, cuando en la sentencia “Silverthorne” de 1920, se estableció: “Como es obvio (refiriéndose a la regla de exclusión) no significa que los hechos así obtenidos se conviertan en sacros e inaccesibles. Si el conocimiento de

los hechos se obtiene a través de una fuente independiente, pueden ser probados como cualquiera otros.”

Esta doctrina ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional Español, en el pronunciamiento STS 4 de julio de 1997, Sala Segunda, STS 24 de enero de 1998 radicado 88, pero con una especificación como es la “doctrina de la buena fe” de la policía.

Esta teoría se fundamentaba en el hecho de que a pesar de que se había obtenido la prueba con violación de un derecho fundamental, se admitía si había sido producida de buena fe por los funcionarios de la policía, pero esta posición que en Estados Unidos fue elaborada por la jurisprudencia, no ha tenido en estos tiempos mayor aplicación.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-591, ha expuesto que el juez debe poner en práctica el Art.455, esto es, que tendrá que detenerse en aspectos como las reglas de la experiencia, la sana crítica; ello en razón a que deberá hacer una operación mental de conexidad entre cada una de las pruebas y hará un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales del procesado, víctimas y terceros que se puedan ver involucrados, al igual que el principio de la administración de justicia. Esta norma fue declarada exequible, dándose claridad a los conceptos tratados allí.

Tenemos que dejar en claro que, si bien es cierto se denomina *prueba* a aquel elemento que sido objeto de contradicción en la etapa del juicio, en caso de aplicarse la regla de exclusión, esta figura procede tanto para los elementos de prueba (fase de investigación), como para las pruebas (etapa del juicio). Siendo así, la regla de la exclusión de prueba la puede aplicar tanto el juez de garantías como el juez de conocimiento, cuestión que dejó en claro la sentencia C-591 del 2005. En dicho pronunciamiento se manifestó: “...En efecto, una interpretación armónica del artículo 29 Superior con las nuevas disposiciones constitucionales mediante las cuales se estructura el nuevo modelo procesal penal de tendencia acusatoria, conlleva a que la regla de exclusión sea aplicable durante todas las etapas del proceso, es decir, no solamente durante el juicio sino en las etapas anteriores a él, con la posibilidad de excluir entonces, no solamente pruebas, sino también elementos materiales probatorios y evidencia física.”

Aquí es bueno entonces hacer precisión sobre el concepto de evidencia, en donde un autor como Brichetti, nos dice que el concepto de evidencia son los elementos que demuestran por sí mismos y que posee tal capacidad demostrativa que produce al investigador certeza de algo.

1.2 CASOS QUE ILUSTRAN EL DEBATE JURÍDICO PLANTEADO

Al respecto, se trae a colación aquí un caso sobre regla de exclusión que tuvo lugar en la URI de Engativá en Bogotá. Hubo una reyerta entre dos hombres. La Fiscalía, de acuerdo a las lesiones sufridas por la víctima, manifestó que solicitaba la legalización de la incautación de elementos, recogidos con ocasión de la captura del imputado. En su relato, el ente acusador puso de presente que el cuchillo con el cual se había herido a la víctima, fue hallado en el closet ubicado en la alcoba del agresor, y que los vidrios de botella, con los cuales también se había lesionado al señor, se hallaban en la cocina.

En este punto la defensa manifestó que estas evidencias habían sido halladas violando el principio de la no auto-incriminación, pues fue la madre del imputado quien, sin habersele leído los derechos a la no auto-incriminación, manifestó en donde estaban dichas evidencias y también por parte de esta juez se pudo establecer que la casa en donde habían tenido lugar los hechos era un inquilinato; de otra parte, la riña había tenido lugar en un patio y, por lo tanto, el lugar donde habían sido encontrados los objetos, eran distintos a la escena de los hechos, por lo cual, se habían violado los derechos a la intimidad de los inquilinos, pues se registró una cocina, sin orden de fiscal o de juez alguna, y sin solicitud de consentimiento expreso de los habitantes del lugar. Se habría violado así un derecho fundamental como el de la intimidad y en el caso de la madre del imputado se violó el derecho a la no auto-incriminación. De esta forma, se procedió a la declaratoria de la ilegalidad de los elementos y a la exclusión de la prueba.

Otro caso que tuvo lugar en las descentralizadas, fue con ocasión de un hurto de cable de Codensa. La Fiscalía solicitó la legalización de la incautación del cable, objeto del hurto, mostró las cadenas de custodia y la defensa se opuso a esa legalización por cuanto, a su juicio, nunca hubo una descripción clara de qué cable se trataba y nunca éste fue medido, violándose así la cadena de custodia, pues su capacidad demostrativa era inexistente. Se explicó entonces que el problema no era tan sólo de tipicidad -por no saber la cantidad del cable hurtado- sino que, como se podía demostrar, que era esa cantidad de cable y no otro; por esa razón se declaró la ilegalidad de la incautación.

Otro ejemplo sobre cadena de custodia, fue el que tuvo lugar cuando después de que un fiscal dejara en libertad a una mujer por presunta falsedad, solicitó la legalización de los elementos incautados. Lo primero que se hizo fue inquirir por qué no había sido sometida a control la captura, y este interviniente manifestó que, como quiera que ella había considerado que el hecho por el cual se había capturado a esa persona era atípico, explicó que la razón era porque se le

había sometido a una requisita al sujeto, y así fue como le fueron encontrados los formularios, que sólo los debe tener la Secretaría de Tránsito. También se explicó que en razón a que el perito no tenía “formularios patrón”, él lo había dejado en libertad y que por eso solicitaba la legalidad de la incautación.

Fue así cómo, poniendo de presente que en primer lugar si la diligencia en la cual se había obtenido tal prueba, había sido declarada ilegal por la Fiscalía -en razón a que no se sabía si el objeto era falso- el resultado de la diligencia de la incautación correría la misma suerte en virtud del Art.276 del CPP. El punto de partida es el siguiente: si el escenario en que es recogido material probatorio se declara ilegal, la prueba correrá la misma suerte.

Estos son casos para ser estudiados con más detenimiento.

2. DE NUEVO LA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL

Volviendo entonces a lo que estableció la Corte Constitucional, en la sentencia C-591, también la corporación dejó en claro que si se adelanta la etapa del juicio y si el juez, con fundamento en el Art. 457 del CPP., observa que se encuentra frente a una prueba de carácter inconstitucional y sus derivadas - pues proviene de tortura, desaparición forzada o mediante cualquier crimen de lesa humanidad e imputable a agentes del Estado-, deberá declarar la nulidad del proceso y excluir la prueba ilícita y sus derivadas.

Es así como vemos que el máximo tribunal Constitucional ha variado su punto de vista, pues en ocasiones anteriores manifestaba que la nulidad de la prueba no conllevaba la nulidad del proceso. Hoy, no obstante, precisa que cuando se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de *lesa humanidad* por ejemplo, ello conlleva inexorablemente a la declaratoria de nulidad del proceso.

Finalmente, es bueno entonces poner en claro que, de acuerdo a la sentencia analizada, la regla de exclusión opera para el proceso, esto es, que no es sólo para garantizar el respeto de los derechos fundamentales del procesado, sino que si esa prueba fue obtenida, a pesar de que le beneficie al investigado, en forma ilegal, la regla de exclusión debe operar y esto tiene su explicación en que nos encontremos en un Estado Social de Derecho. Ese es el modelo político que rige a nuestro país y se encuentra regulado en la Carta Política, y es por ello que un Estado no se puede dar el lujo de permitir que una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y de la ley, sea objeto de valoración, pues estaríamos ante un Estado ilegítimo.

En el artículo 276 ídem, se establece una regla que estatuye lo siguiente: *“La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Colombia y en las leyes.”*

Al respecto se manejan las siguientes tesis, que deben tener en cuenta los jueces de garantías:

- Si la diligencia en la cual se consiguió la prueba fue declarada ilegal, entonces la prueba también correrá la misma suerte.
- Si se declaró ilegal una diligencia, en donde se recabó prueba porque no se cumplió algún requisito de orden legal la prueba permanece.
- Si la diligencia en la cual se recaudó la prueba fue declarada ilegal, pero el objeto está por fuera del comercio, el elemento se incauta, sin que se pueda utilizar en contra del indiciado.

La regla de exclusión también está prevista en el artículo 287 sobre imputación y también en el artículo 308, en sede de medida de aseguramiento, pues en ambos artículos se hace referencia al hecho de que *“... cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar la medida de aseguramiento que corresponda.”*

4. EL CONTROL DE LEGALIDAD

En la ley 906 de 2004, se consignan diligencias donde se debe hacer un control, por la cual posteriormente se allegaran elementos de prueba. En normas como el artículo 212 que hace relación al análisis de la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, vemos que la Fiscalía constituye un primer filtro para rechazar las actuaciones que violen derechos fundamentales.

En el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal se establece que para el control que debe hacerse al diligenciamiento de las órdenes de registros y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el fiscal debe comparecer ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado.

Al respecto, el juez debe hacer un control formal y otro material. *Formal*, cuando los requisitos de ley se dan para hacer una injerencia como para ordenar un registro y uno *Material*, como verificar si se tuvieron en cuenta criterios como el de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

En relación con la interceptaciones telefónicas, ha sido objeto de inquietud, lo referente a si ese control de las 24 horas, debe hacerse una vez se ha hecho la orden, o si la palabra diligenciamiento, se relaciona con el hecho de haber realizado propiamente la operación de interceptación, o si obedece a haber terminado la misma.

Al respecto, tratadistas como el español Jesús Martínez Ruiz, indica en su libro *“Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido”*, como en este país, esta materia no quedó regulada suficientemente, porque no se explica la forma como debe hacerse el control, por lo que la jurisprudencia ha sido la que quien ha brindado la solución del asunto.

Sin embargo en nuestro concepto, creemos que el control puede hacerse hasta las 24 horas después de que se haya proferido la orden por parte de la Fiscalía y que con posterioridad a la terminación de la interceptación, debe someterse el procedimiento practicado ante el juez de control de garantías, pues se entiende que esta medida es utilizada por las autoridades para combatir el delito y son de aquellas que deben diligenciarse en forma pronta; así mismo, por estar involucrados derechos fundamentales, el control debe hacerse en forma anterior y posterior.

Ahora bien, creemos que no se debe esperar a que se termine el ejercicio de la interceptación, pues ya la actuación violatoria del derecho a la intimidad, habría tenido ocurrencia.

Otra diligencia que conlleva varias inquietudes, es la relacionada con la vigilancia y seguimiento de personas, contemplada en el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal, delimitándose la ponderación que deberá hacer el juez en cuanto al derecho a la intimidad y el derecho a la administración de justicia.

Al respecto, se traen a colación situaciones problemáticas como es el siguiente aspecto que ha sido problemático en países como España, esto es el derecho a la propia imagen.

Por ejemplo, el poner una cámara en una esquina por parte de las autoridades y por medio de ella se observa la ejecución de un delito, alguien podría decir que se está vulnerando el derecho a la intimidad. En principio tenemos que decir que el derecho a la propia imagen forma parte de los bienes de la personalidad, que pertenecen al ámbito de la vida personal y familiar, y que ha de quedar preservado frente a intromisiones no permitidas. Autores como Mieres Mieres, en su libro *“Intimidad personal y familiar. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional ha dicho”*: “La intimidad Territorial, se proyecta también sobre aquellos espacios públicos o accesibles a otros en los que el individuo puede tener en atención a las condiciones normales del lugar, una expectativa razonable en el ejercicio de su libertad”¹⁸

18 Mieres Mieres, L.J. *Intimidad Personal y familiar, prontuario de jurisprudencia constitucional*. Edit. Aranzadi, Navarra. 2002.

La posición del Tribunal Constitucional Español frente al derecho a la intimidad, ha tenido lugar en concordancia con lo reglado en el Art.8 del Convenio Europeo para la Protección Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El Art.8 dice: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”*¹⁹ Más adelante en su segundo párrafo preceptúa: *“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español mencionó: *“Esa reserva de ley, a que, con carácter general, somete la constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su TÍTULO I, desempeña una doble función, a saber: de una parte asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos, no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos ‘únicamente al imperio de la ley’ y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar la exigencia de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.”*²⁰

Es así como podemos ver que España, también ha sido recelosa de este tema, y obsérvese entonces que la argumentación para una solicitud de medidas como ésta, es de orden legal y constitucional.

Miremos ahora, cuando es el cuerpo humano el objeto de prueba y sobre el cual se deben tomar muestras. Recientemente la Corte constitucional estableció que cuando el imputado no ofrezca su consentimiento para obtener de sí la toma de muestras, debe entonces solicitarse audiencia ante un juez de garantías, para que sea este funcionario quien autorice tal hecho; además, se agrega que si después de que este funcionario ha dado su aprobación para tal diligencia, ésta se niega por otros motivos, entonces se deberá ir otra vez ante el juez de garantías para que se estudie la nueva situación. Si no hay nuevos motivos, entonces se procederá a obtener las muestras por el personal médico indicado y en condiciones dignas.

19 Convención Europea de los Derechos Humanos.

20 STC de 1981.

5. LA PRUEBA INDICIARIA

Con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, surgieron inquietudes como si la prueba indiciaria desapareció del mapa jurídico; este hecho, creemos, se suscitó como quiera que en la ley 906 de 2004, no hay un capítulo especial, como si lo había en el anterior Código, sobre esta prueba y su forma de apreciación. Pero después de pasados unos meses de hallarnos presentes en el sistema, tenemos que estar de acuerdo con Jairo Parra Quijano, en el sentido que ésta sigue vigente más que antes.²¹

Lo anterior teniendo en cuenta el artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, el cual reza: *“Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico.”*

Si bien es cierto que la reglamentación no es taxativa, como se puede ver, en la norma no se hace un listado cerrado de medios probatorios admisibles en el proceso penal, porque, al final señala cualquier medio técnico o científico, siempre y cuando no soslaye el ordenamiento jurídico y es en este punto donde se puede ubicar la prueba indiciaria.

Otro ejemplo es cuando en la audiencia preliminar de imputación se dice en el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal, Situaciones que determinan la formulación de la imputación. Se dice: *“El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código...”* Esa inferencia razonable, es un juicio que debe hacer el fiscal, basado en hechos que tenga debidamente probados y que le hagan parecer como probables el hecho que pretende imputar al ente acusador.

En la diligencia de medida de aseguramiento, vemos cómo el Art.308 del CPP, indica: *“El Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla...”* Es así como acá también dicho artículo nos habla de *“inferir razonablemente que el imputado puede ser autor...”*. Si bien es cierto, en las audiencias preliminares estamos ante medios

21 Véase Parra Quijano Jairo, *Tratamiento de la Prueba Indiciaria en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. XXVI Congreso Colombiano de derecho Procesal, pp. 873 y ss.

de prueba, también tenemos que éstos, en la etapa del juicio, se podrán tener como pruebas, una vez se les haya hecho el tratamiento debido; en consecuencia, son esos elementos probatorios que nos permitieron inferir -y al decir inferir, se debe tener en cuenta que se debió haber probado un hecho indicador- el cual nos habrá mostrado, a través de una inferencia lógica otro hecho desconocido o hecho indicado, ejercicio que le permite al juez arribar a un juicio de autoría y de ocurrencia del hecho para efectos de tomar una decisión.

Como corolario de lo anterior se llega a la conclusión que sí se aplica el indicio en estas etapas procesales.

Ahora bien, si ello tiene lugar, cuanto más habrá de serlo en relación con la etapa del juicio propiamente dicha, en sede de la acusación en donde, de acuerdo con el artículo 336, se dice: *“El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.”*

Esta situación, tal como lo dice Parra Quijano en su conferencia citada, genera el hecho de que el fiscal tenga que hacer las siguientes operaciones internas: En primer termino hacer un análisis de lo que tiene realmente probado. En segundo lugar, que lo que tiene probado, haga ver que el imputado o acusado no es un posible autor, sino un probable autor.

Esto hace entonces que tengamos que concluir que el indicio sigue existiendo en el sistema acusatorio. Al respecto, es bueno traer a colación un pronunciamiento del Tribunal de Manizales, fechado el 12 de julio de 2005, con ponencia del magistrado José Fernando Reyes.²² El caso es de un acto sexual con menor de 14 años. Se trata de una niña, que fue sometida a actos eróticos por cuenta de un conocido de ella y de la familia, que vivían en el mismo lugar.

En dicha sentencia se hace un acopio de lo dicho por la menor, como por la perito psicóloga, al igual que se tiene en cuenta la conducta del imputado frente a otra menor, que también vive en el mismo sitio, a quien le hizo propuestas indecorosas por carta y a quien fue sorprendido espiándola cuando se bañaba. Entonces este magistrado une, en forma fundamental, el testimonio de la menor, con el dicho de la perito y con la conducta anterior del imputado.

No obstante, para hablar sobre el testimonio de la niña, trae a colación análisis especializados sobre el testimonio de los menores que han sido víctimas de abuso sexual, al igual que une la situación con las reglas de la experiencia, que rodean a esta clase de situaciones ilícitas, esto es, que operan bajo la cubierta del

22 Sentencia del 12 de julio de 2005. Tribunal Superior de Manizales.

secreto. Además, aporta unas definiciones claras sobre lo que se ha de entender como indicio y como prueba de referencia; igualmente, al hablar sobre indicio, trae a colación un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en donde se manifestó lo siguiente: *“El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica. Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial. La vía de ataque debe ser la indirecta, y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir de su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto. Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.”*²³

De esta forma, se nos muestra cómo, al hablarse de términos como inferencia lógica, se está hablando en el fondo de indicios, que son operaciones que debe hacer el juez y aclara a la primera instancia qué se debe entonces entender por un testigo de referencia, tomando como fuente lo manifestado por el Dr. Marín en su libro sobre “sistema acusatorio y prueba”, que define concretamente al testigo de referencia, como: *“prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos proveniente de un tercero, el cual es quien verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado”*²⁴

Sobre la prueba de Referencia, también ha escrito el Ernesto Chiesa Aponte y nos ha dicho que prueba de referencia es: *“una declaración, aparte de la que hace el declarante al testificar en el juicio o vista, que se ofrece en evidencia para probar la verdad de lo aseverado.”*

En general, se tiene que la prueba de referencia, no es una prueba segura, en que precisamente es el testimonio de un tercero, con todo lo que esto puede significar, como quiera que cada persona a veces entiende lo que quiere entender y escucha lo que quiere escuchar; es así como podríamos traer a colación el juego del teléfono roto, en donde la ultima persona escucha algo muy distinto a lo que dijo la primera persona del juego.

23 Corte Suprema de Justicia. Rd. No.11113 del 20 de octubre de 1999.

24 Ramiro Marín Vázquez. *Sistema Acusatorio y Pruebas*. Ediciones Nueva Jurídica. Colección Estudios No. 7, 2005.

En la sentencia a la cual se hace aquí referencia, se precisó que mientras el juez de primera instancia, en relación con lo afirmado por unos habitantes de la casa donde habitaban los protagonistas, fue tenido como prueba de referencia, para el magistrado no fue así, ya que la referencia -lo que estas personas comentaban- se refería a la conducta del imputado frente a otra menor; de esta forma, con esas declaraciones, más las otras pruebas, se elaboraron los indicios, con base en los cuales fue condenado finalmente el acusado.

Esta prueba, o sea la de referencia, no puede tener admisión en el juicio oral, de acuerdo con nuestra normatividad procesal, pero véase que depende del funcionario judicial, el evaluar su material probatorio, y saber cómo se puede introducir en el juicio.

6. DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Éste ha sido un problema de todos los días en nuestras salas de audiencias, tanto para fiscales, jueces y abogados. La pregunta es: ¿se debe descubrir prueba estando en audiencias preliminares como control de legalidad de la captura, imputación, y medida de aseguramiento?

En nuestro concepto, creemos que sólo se debe descubrir lo necesario. Pero, inmediatamente surge la pregunta: ¿qué es lo necesario? Se creer aquí que se trata de aquello que ofrece convencimiento al juez para tomar una decisión, esto es, si estamos ante un control de legalidad de captura, se deberá poner al descubierto el informe de policía, en caso de flagrancia, que haga referencia a cómo fue capturada la persona y los motivos que tuvieron las autoridades para privarla de su libertad y como quiera que el juez de control de garantías, es un Juez de carácter Constitucional, podrá practicar las pruebas necesarias, a fin de garantizar en caso de duda que al imputado se le hallan respetado al momento de su captura sus derechos fundamentales

En la diligencia de imputación, también el fiscal le hará referencia al imputado sobre los elementos que él considere necesarios para darle seriedad a su imputación y así mismo el juez pueda tener una opinión a fin de avalar o no la imputación.

También se deberá descubrir la prueba necesaria en la diligencia de imposición de medida de aseguramiento, y allí, si es el caso, podrá esa prueba ser objeto de contradicción por parte de la defensa.

En general, creemos que el juez no puede practicar pruebas de oficio pero, respecto de la posibilidad de saber si se le respetaron los derechos fundamentales

al imputado, al momento de diligencias como control de legalidad de captura, esto lo podrá hacer el juez si lo considera necesario.

7. PRUEBAS ANTICIPADAS

Sobre la prueba anticipada se tiene que, practicada en circunstancias excepcionales, ésta no vulnera el principio de inmediación de la prueba.

Se tiene que con el nuevo sistema cambió el concepto que existía en relación con el anterior sistema sobre la permanencia de la prueba, pues el escenario en el cual se recolectaba las pruebas, era en la fase investigativa; ahora se tiene que el escenario propio de la prueba es el juicio. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, se dejó reglado en la ley 906 de 2004, que ésta se puede recaudar en forma anticipada ante el juez de control de garantías.

En efecto, cuando la prueba se deba practicar en forma anticipada, la contraparte tendrá derecho a su contradicción, de esta manera no se vulneraría el derecho a la contraparte. Se dice que con el concepto de prueba anticipada, se está violando el principio de inmediación, el cual consiste en que toda prueba deber ser practicada ante el juez de conocimiento, a fin de que éste pueda valorarla, pero como quiera que efectivamente se considera que esta prueba sólo se practica en forma excepcional, se considera válida y se deberá velar porque el imputado y su defensor, conozcan la fecha en que se va a practicar dicha prueba aplicando así el principio de publicidad, contradicción y legalidad.

El juez de garantías, por su parte, deberá verificar que efectivamente se configure la situación excepcional que motiva la práctica de la prueba anticipada. Esta clase de prueba la puede solicitar la Fiscalía, la defensa o el Ministerio.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PROCESAL PENAL DE PUERTO RICO Y ESTADOS UNIDOS.

Ernesto L Chiesa Aponte. Vol.III . Edit. Forum. 1995.

LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN Y EL JUEZ DE GARANTÍAS. Ángela María Buitrago. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Edit. Universidad Libre

LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA. Óscar Julián Guerrero. Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez. Edit. Temis. 2005

LÍMITES JURÍDICOS DE LAS GRABACIONES, LA IMAGEN Y EL SONIDO. Jesús Martínez Ruiz. Edit. BOSH. Madrid. 2004.

PRUEBA INDICIARIA Y REGLA DE EXCLUSIÓN. José Joaquín Urbano Martínez, en *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal*, Consejo Superior de la Judicatura, 2005.

SISTEMA ACUSATORIO Y PRUEBA. Ramiro Marín Vásquez. Edic. Nueva Jurídica. Colección de Estudios No. 7. 1995.

Sentencias Corte Constitucional:

C 591 de 2005

C 592 de 2005

C-799 de 2005

II. ARGUMENTACIÓN PROBATORIA BASADA EN UN CASO

PONENTE: RAMIRO MARÍN

Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia

1. PRESENTACIÓN DEL CASO:

El 12 de septiembre de 2005, aproximadamente a las 11:30 horas del día, decoló del aeropuerto de Florencia (Caquetá) con destino a la ciudad de Bogotá el avión de la empresa AIRES, de matrícula HK-4030, al mando del capitán GILDARDO RODAS OCAMPO, ocupado por tres tripulantes más y 19 pasajeros. En el curso del vuelo, uno de los pasajeros, quien había abordado en silla de ruedas, llamó la atención de CARMEN PATRICIA VARGAS GARCÍA, una de las auxiliares de vuelo, amenazó con dos (2) granadas de fragmentación, una de las cuales tenía en la mano, y pedía una indemnización por el daño que la policía le había ocasionado en un operativo en Florencia, razón por la cual exigía que lo escucharan altas personalidades del Estado o de la Iglesia Católica.

Una vez que el avión aterrizó en el ala norte del aeropuerto del Comando Aéreo de Transporte Militar, CATAM, forzado por la amenaza armada del pasajero, éste permitió la salida de las mujeres y los niños y, a continuación, atendió una comisión integrada por los doctores VOLMAR PÉREZ, Defensor del Pueblo, EDUARDO MESA, Fiscal Delegado de la Unidad contra el Secuestro y la Extorsión, CARLOS FRANCO, Delegado del Programa de Derechos Humanos de la Presidencia de la República y el sacerdote MARIO PINZÓN, momento en el cual asintió la liberación del resto de pasajeros, bajo promesa de que recibiría la indemnización pretendida y entonces entregó dos (2) granadas de fragmentación IM-26, de fabricación INDUMIL, que llevaba consigo.

Conducido a la sala VIP del aeropuerto, el individuo fue identificado como PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA, quien sufría una paraplejia y, desde que abordó el avión, lo hizo en compañía de su mejor hijo LISSIN JAWER RAMÍREZ REINOSO.

Ya es irremediable, por la influencia de los medios de comunicación, que este caso se conozca en el ámbito nacional como *“el caso del aeropirata”*, aunque otros medios o personas, quizá sin reparar en la dignidad del imputado, quieren denominarlo el *“caso del parapléjico”* pero, para una mayor ilustración de la historia de lo realmente acontecido e inducir a un examen paralelo de corresponsabilidades individuales, sociales y estatales, parece más adecuado motejarlo como *“el caso del aeropirata parapléjico”*.

2. ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

1. El día 13 de septiembre de 2005, en audiencia preliminar convocada por la Juez Sexta Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, la Fiscal 21 Especializada ante el GAULA, solicitó la legalización de la captura del señor PORFIRIO RAMÍREZ ALDANA; formuló imputación por los delitos de secuestro extorsivo, apoderamiento y desvío de aeronave y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (Código Penal, artículos 169, 173 y 366); pidió detención preventiva en establecimiento carcelario por las mismas infracciones; requirió la legalización de la incautación de las dos granadas y, finalmente, solicitó la incautación con fines de comiso de un teléfono celular, peticiones hechas en el orden indicado y en relación con las cuales la Fiscalía obtuvo una respuesta positiva de la juez de control de garantías.

2. El imputado apeló la medida de aseguramiento de detención carcelaria y, en audiencia dirigida por el Juez 52 Penal del Circuito de Bogotá, este funcionario anuló la decisión de instancia por falta de motivación. Posteriormente, la Fiscalía solicitó de nuevo medida de aseguramiento y, en audiencia preliminar, el Juez Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías, impuso al imputado la detención domiciliaria por los delitos antes destacados.

3. Finalmente, la fiscal, el imputado y su defensor, llegaron a un preacuerdo sobre los delitos y la responsabilidad del imputado Porfirio Ramírez Aldana, en el sentido de que éste cometió dolosamente las infracciones concursantes de secuestro extorsivo, apoderamiento y desvío de aeronave y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, pero atenuada la responsabilidad y la pena por la producción de un **error invencible** sobre la existencia de un “comportamiento ajeno grave e injustificado”, generador de un estado de intenso

dolor en el imputado, conforme a los artículos 32-12 y 57 del Código Penal, merced a una grave condición de minusvalía que padece hace 14 años, sobreviniente a una lesión ocasionada por un agente del Estado (**atenuante putativa**).

Como el imputado admite la responsabilidad por todas las conductas punibles expuestas, la Fiscalía, después de establecer una precaria situación de salud física del imputado y advertir que el error pudo haber sido potenciado por sus continuos estados de depresión, renuncia a profundizar la investigación sobre naturaleza del yerro, admite que es invencible para propiciar el acuerdo y obtener la significativa rebaja de pena que ello comporta como única compensación por lo convenido, conforme con el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal.

4. Convocada la respectiva audiencia, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, aprobó el acuerdo y dictó sentencia condenatoria en los términos convenidos, incluida la pena principal de ocho (8) años de prisión y su descuento en el domicilio del sentenciado, acto que se llevó a cabo en dos sesiones realizadas el 25 de octubre y el 11 de noviembre de 2005.

3. OBSERVACIÓN INICIAL

1. El presente ejercicio no apunta a señalar la justicia o injusticia de las posturas de las partes o de las decisiones adoptadas por los jueces, sino que se trata de determinar si ellas están racionalmente justificadas. No voy directamente a examinar si las decisiones judiciales tomadas en este caso son justas o injustas, cuestión sobre la que existen serias discrepancias, al fin y al cabo, un juez podría acertar en la decisión por pura casualidad, pero, eso sí, la motivación o justificación racional es el camino adecuado hacia la justicia de la decisión. La motivación es una garantía de la justicia de la decisión, así algunos sientan que ella no se ha alcanzado, porque finalmente la exposición de las razones justificatorias permite el debate, filtra la decisión, y auspicia la interposición de recursos.

2. Desde luego, no quiere significarse que la justificación o motivación es regla *constitutiva* de justicia en la decisión, pues, no son pocos los casos en que, a pesar de la motivación y los recursos, aún queda el sabor de la injusticia, merced al error judicial, sin embargo de lo cual, no se ha encontrado garantía más segura de la justicia de la decisión que su motivación. De otra manera, las decisiones judiciales quedarían libradas al azar, al pretexto de que las decisiones no requieren motivación porque provienen del juez o porque son simples aplicaciones silogísticas de normas generales (determinismo metodológico) o porque son puros actos de voluntad del juez u obedecen a sus meros impulsos (decisionismo metodológico).

3. Por razones de tiempo y espacio concedido en el Conversatorio Nacional de los actores del sistema penal acusatorio, liderado por el Consejo Superior de la Judicatura, se dedica esta primera parte a la argumentación en las audiencias preliminares, mayormente en lo que atañe a la medida de aseguramiento, y se reserva para una segunda exposición el tema del preacuerdo, su aprobación y las argumentaciones de la sentencia.

4. No sobra advertir que sólo nos animan propósitos pedagógicos y académicos, de modo que se utilizará un método descriptivo-prescriptivo que concilie el señalamiento de lo realmente ocurrido en las audiencias en materia de argumentación y, a renglón seguido, se harán observaciones de un *deber ser* que obviamente también admite reparos de quienes generosamente nos quieran aportar. Los funcionarios involucrados en el caso -debo advertirlo-, no podrán sentirse ni halagados ni ofendidos y pido vuestra licencia si no acierto en el cómo decirlo, porque, de todas maneras, mis palabras tienen prohibida la ofensa o el daño a otros, aunque desafortunadamente no siempre logro la prudencia que es una de las virtudes más apetecidas por la humanidad.

4. LEGALIZACIÓN DE CAPTURA

1. La fiscal del caso sostiene que sí está plenamente identificado el aprehendido Porfirio Ramírez Aldana, además la policía le hizo saber sus derechos de capturado y la captura se produjo en situación de flagrancia, aproximadamente a las 5:15 horas de la tarde del día 12 de septiembre de 2005, debe legalizarse la aprehensión. Ofrece la declaración jurada del capitán Juan Alberto Padilla Peña, jefe del grupo antiterrorismo de la Policía Bogotá, quien señala que él ejecutó la captura en la sala VIP del aeropuerto CATAM y que ella “se produjo en flagrancia por un caso de secuestro”. Agrega el declarante que, como aparece en el informe de policía, se encuentran las granadas que portaba el señor Ramírez Aldana en el momento en que abordó el avión y dentro de la aeronave, además reposa un estudio técnico y de ello puede dar fe el capitán Giovanny Riaño Garzón, jefe del Grupo de Explosivos de la Policía Metropolitana de Bogotá.

2. La juez de control de garantías le solicita a la fiscal si tiene elementos probatorios que la ilustren, con el fin de que los presente en la audiencia; pero la funcionaria responde que la persona imputada fue capturada en situación de flagrancia, es decir, en el momento en que el avión desvió su curso, aterrizó y se bajaron algunos pasajeros, además de que el indiciado y su hijo en ese momento portaban las granadas.

3. La defensa pide que se niegue la legalización de la captura, por cuanto la petición de la Fiscalía no expone cuál de los tres (3) supuestos de hecho de la flagrancia, previstos en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, se configura en este caso.

4. El Ministerio Público pide que se legalice la captura, pues, de acuerdo con el informe policial, se dieron los supuestos de la flagrancia o la antes denominada cuasiflagrancia. En efecto, la relación de testigos y víctimas que trae el informe, unido al anuncio del capitán Padilla Peña sobre los elementos materiales probatorios que ya tienen una peritación técnica (granadas), genera convicción sobre la flagrancia.

5. En este momento, la juez le reclama a la fiscal el informe ejecutivo correspondiente, la requerida se lo presenta y ella lo lee mentalmente.

6. El informe ejecutivo da cuenta de que aproximadamente a las 12:30 horas del día 12 de septiembre de 2005, se reportó la aproximación de un avión secuestrado al aeropuerto de CATAM. Dice que se entrevistó a varios pasajeros que fueron liberados inmediatamente aterrizó el avión. Que uno de los dos secuestradores era minusválido y éste fue visto cuando abordó el avión en Florencia; que ya estaban en pleno vuelo y las auxiliares habían prestado el servicio, cuando una persona le llamó la atención a la auxiliar Carmen Patricia Vargas García, porque el minusválido necesitaba una ayuda, entonces ella acudió y él mostró unas granadas y le dijo que cuando aterrizara nadie se moviera; él afirmó que no quería hacerle daño a nadie sino que alguien lo escuchara, mostró entonces una libreta donde estaban los nombres de las personalidades que debían escucharlo, porque él necesitaba una indemnización por los daños que le había causado la policía en Florencia hace 14 años. Cuando aterrizaron dejó bajar a las mujeres y los niños y después entregó las granadas.

7. El informe ejecutivo llevaba anexo el acta de derechos del capturado, la de incautación de elementos, la del estado de salud y completa individualización del indiciado, los informes del primer respondiente y del investigador de campo, así como 20 entrevistas realizadas a las víctimas.

8. La juez afirma, finalmente que, de conformidad con los elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida y la declaración del capitán Padilla Peña y el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, le imparte la legalización de la captura por encontrarla ajustada a la Constitución y a la ley.

9. *Observación 1.* De acuerdo con el Acto Legislativo 03 de 2002, “los elementos materiales probatorios y evidencias recaudadas durante la investigación, si bien sirven de soporte para imponer medidas restrictivas al ejercicio de los derechos fundamentales, no pueden ser el fundamento de una sentencia condena-

toria, decisión que debe estar soportada en pruebas practicadas durante el juicio oral²⁵.

El informe ejecutivo y sus anexos (informe de investigador de campo, actas y entrevistas) constituyen información legalmente obtenida, al tenor de los artículos 206, 209, 275 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. De igual manera, la declaración jurada, no por el hecho de rendirse bajo la gravedad del juramento, se convierte en prueba. Sólo sirve para acreditar motivos fundados en orden a adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, mas no constituye prueba de la responsabilidad del imputado²⁶.

No obstante que el sólo informe ejecutivo bastaba para acreditar la flagrancia, como información legalmente obtenida, no era suficiente darlo a conocer a la juez de control de garantías, sino que ésta debió ordenar que se diera al conocimiento de la defensa y el Ministerio Público, aunque éste parece que ya lo conocía y por ello lo invocó en su intervención. Si el informe es un elemento de conocimiento, las partes deben aprehenderlo para la controversia y evaluación.

Sin embargo, en verdad, se echa de menos la referencia a los supuestos de hecho probados del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, no se hace el enlace preciso y directo entre los hechos que se estiman probados y los elementos probatorios o informaciones recaudados durante la investigación que vienen a acreditarlos, que es en lo que consiste el proceso de motivación o justificación de la decisión.

Con todo, como en el informe y en la declaración del capitán Padilla Peña se describe que el individuo Porfirio Ramírez Aldana venía en el avión y portaba dos (2) granadas; que en éste viajaban cuatro (4) tripulantes y 19 pasajeros, quienes fueron entrevistados; que el indiciado entregó las dos granadas en el interior del avión, después fue trasladado a la sala VIP donde se formalizó la captura, no queda duda que el indiciado fue aprehendido dentro de la aeronave cuando aún cometía las tres conductas imputadas. Es decir, las descripciones anteriores no dan lugar a inferir otra hipótesis distinta a la del numeral 1º del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, sin lugar a confusiones con las dos hipótesis restantes, y cómo estas invocaciones las hizo la Fiscalía en la audiencia preliminar -aunque sin precisar si las hallaba en el informe o en la declaración jurada-, la motivación de la legalización de captura podría adolecer de un déficit pero no puede considerarse ausente.

25 Corte Constitucional, Sentencia No. C-591/05. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, p. 29.

26 Corte Constitucional, Sentencia No. C-673/05. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, p. 17.

5. MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1. La fiscal, de acuerdo con los artículos 306 y 307, literal a), numeral 1 del Código de Procedimiento Penal, solicita imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por los delitos de secuestro extorsivo, apoderamiento y desvío de aeronaves y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo, toda vez que además de los elementos probatorios y evidencias físicas sobre la autoría en la comisión de las conductas punibles, se hace necesaria la privación de la libertad. El imputado ha aceptado en esta audiencia haber venido en ese avión, haber estado allí con las armas, elementos además confirmados por la policía judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Aduce la fiscal que existen elementos probatorios suficientes para imponer medida de detención, además porque ellos indican la gravedad de los hechos. En efecto, en cuanto a la gravedad de las conductas, afirma que la actuación de Ramírez Aldana produjo zozobra, angustia y miedo en los pasajeros; el imputado se mostró insensible, pues amenazaba con explotar la aeronave si no se accedía a sus pretensiones. Recuerda que el imputado fue capturado en flagrancia y su conducta constituye un peligro para la sociedad porque utilizó a su hijo menor para sus propios fines.

2. La defensa sostiene que la solicitud de medida de aseguramiento de la Fiscalía debe negarse, porque echa de menos la sustentación en elementos materiales e información. El peligro para la comunidad, como fin que sostiene la necesidad de la medida, también debe fundarse en elementos materiales probatorios o evidencia física.

Por otra parte, afirma el defensor, el individuo no puede considerarse peligroso *per se* por haber cometido el delito. Es necesario evaluar, de acuerdo con la doctrina constitucional y la de los organismos internacionales, si los medios son adecuados a los fines. De modo que una persona en silla de ruedas, que no puede valerse por sí mismo, que tiene que usar pañales y ser atendido por su esposa e hijos, no resulta adecuado recluirla en una cárcel. Solicita entonces a la juez abstenerse imponer la medida o acceder a la detención domiciliaria.

3. La Fiscalía replica que no fue una conducta delictiva sino que se cometieron tres (3) y el secuestro es un comportamiento grave de toda gravedad. Además, se trata del apoderamiento y desvío de un avión con sus pasajeros, incluidos mujeres y niños, mediante la utilización de potentes armas, actividad en la cual el imputado utilizó a su hijo menor.

4. El Ministerio Público sostiene cómo es indiscutible que se han imputado tres conductas delictivas a Porfirio Ramírez Aldana, cada uno de las cuales tiene

prevista medida de aseguramiento de detención. Solicita a la juez que acceda a la petición de la Fiscalía, pero que tenga en cuenta las condiciones personales y de salud del imputado.

5. Para tomar la decisión, la juez afirma que si bien la defensa ha presentado la situación de salud del imputado, las condiciones deficientes de los centros carcelarios para atender esta clase de reclusos especiales y aduce que no se demostró la peligrosidad del imputado, de conformidad con los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, presentadas o aportadas y reseñada por la Fiscalía General, se cumplen los requisitos del artículo 307 literal a) del Código de Procedimiento Penal.

Agrega que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad porque, a pesar de su invalidez, fue capaz de portar elementos explosivos, poniendo en peligro un grupo de personas que no tenían nada que ver con sus conflictos internos, pues ha debido acudir a la autoridad correspondiente y no realizar esos actos tan reprochables en una sociedad. El indiciado no tuvo en cuenta si quiera la calidad de las personas secuestradas y dispuso de la suficiente capacidad de comprar los pasajes, llevar a su menor hijo, exponiéndolo al mismo riesgo y darle un ejemplo no acorde con el del buen padre. Su invalidez no es excusa para haber actuado como actuó, de modo que la medida tendrá que ser la de detención preventiva en un centro carcelario.

Asevera la juez que el número de delitos y la naturaleza de los mismos también es un factor que sustenta el peligro para la comunidad, como elemento que induce a adoptar la medida de aseguramiento de detención carcelaria. Por otra parte, el hacinamiento en las cárceles tampoco es excusa para no imponer esta medida, porque la ley es para todos. El juez de control de garantías, afirma la funcionaria, no sólo vela por los derechos y las garantías del indiciado o imputado sino también por los derechos de la sociedad en general.

6. *Observación 2.* Como quiera que el debate sobre la falta de motivación se ha trasladado a la apelación de la medida de aseguramiento, allí se harán las observaciones pertinentes, pero en este lugar, en vista de la invocación que hizo la juez de control de garantías, vale la pena destacar que esta función –como la de cualquier juez- constitucional y legalmente se ha erigido como un tercero imparcial entre la actividad investigativa de la Fiscalía y los derechos fundamentales de los intervinientes (Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2° y C. P. P., artículos 2° y 5°).

En razón de ello, la Corte Constitucional recientemente ha afirmado que el juez de control de garantías “deberá ponderar entre el interés legítimo del Estado y la sociedad por investigar comportamientos que atentan gravemente contra

bienes jurídicos garantizados constitucionalmente, y en tal sentido, acordarle a las autoridades competentes los medios efectivos para verificar las sospechas, buscar la verdad de los hechos y acopiar el material probatorio para encausar a un ciudadano; los derechos y garantías constitucionales de la persona procesada; al igual que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”²⁷

6. LEGALIZACIÓN DE INCAUTACIÓN DE GRANADAS (ART. 84 C. P. P.)

1. Para el efecto, la Fiscalía ofreció la declaración jurada del capitán Giovanni Riaño Garzón, técnico en explosivos y perito de la SIJIN, Jefe del Grupo de Explosivos de la Policía Metropolitana de Bogotá, quien dijo que verificó los artefactos explosivos, uno de los cuales fue entregado por el señor Ramírez y otro por el señor Carlos Restrepo, funcionario de la empresa AIRES; se fijaron y están en la bodega de explosivos de la estación de policía de Fátima. Se trata de dos granadas de fragmentación IM-26, fabricación de INDUMIL, una de las cuales ya estaba con una cinta en el seguro de mano y la otra también se aseguró y se hizo la fijación fotográfica. Las granadas estaban en perfecto estado, seguro (argolla en el seguro) y tienen un rango letal de 8 a 11 metros, mas sólo a 20 metros podría estar segura una persona. La activación de la granada dentro de la aeronave, dice el declarante, ocasionaría la muerte de todos los ocupantes, porque estaban en un rango de dos (2) metros.

2. La defensa advierte que sobre este tema no hay que hacer pronunciamiento de legalización, porque esto sólo obliga para los objetos con fines de comiso, los que van a llegar a una sentencia, pero no para los artefactos explosivos que siempre deberán destruirse. La Juez aclara que la legalización se refiere es al procedimiento de incautación. La Fiscalía lee el inciso final del artículo 82 para indicar que, conforme con dicha norma, el juez de control sí debe autorizar la destrucción objetos.

3. *Observación 3.* De acuerdo con el inciso final del artículo 256 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal, o en su defecto los funcionarios de policía judicial, ordenarán la destrucción de los materiales explosivos en el lugar del hallazgo, cuando las condiciones de seguridad lo permitan, o en otro lugar seguro, siempre y cuando se haya cumplido previamente con el examen del perito, la fijación y la cadena de custodia no sólo del objeto sino del lugar donde fue hallado. Es

27 Corte Constitucional, Sentencia No. C-591/05. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, p. 55.

recomendable que siempre se encuentre el fiscal en el acto de destrucción, porque la legalización de la incautación de estos elementos en audiencia preliminar se hará por medio de la fotografía o video, como evidencia demostrativa gráfica.²⁸

7. APELACIÓN CONTRA LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

1. El defensor, en primer lugar, expone que las razones para detener preventivamente son diferentes de las razones para imponer pena, de modo que el juez debe hacer uso del *test* de proporcionalidad, en orden a la humanización del derecho penal, porque el Estado busca la convivencia pacífica y administra justicia, por un lado, pero por otro debe garantizar los derechos fundamentales, tales como la salud y la vida del imputado.

2. En segundo lugar, el defensor aduce un grave déficit de sustentación y argumentación de la petición de la Fiscalía y la decisión de la juez de control de garantías. La Fiscalía incumple su carga probatoria al momento de pedir la medida de aseguramiento, conforme con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, no hay indicación alguna de elemento probatorio, evidencia o información en la cual pueda sustentarse la medida de aseguramiento; no puso a disposición del juez, la defensa y el Ministerio Público una entrevista o información relevante como la lista de pasajeros y tripulantes, tampoco hay indicación de esos elementos para acreditar la necesidad de la medida y, en materia de argumentación, no bastan las manifestaciones genéricas. Todo se queda en el campo de la especulación, de los juicios de valor o de juicios de reproche más propios de una sentencia condenatoria.

3. Sostiene el defensor que, contrario a lo que expresa la Fiscalía, en el curso de los interrogatorios de audiencia preliminar, el imputado no ha aceptado expresamente que viajaba en el avión.

4. Agrega que la petición carece de demostración sobre la peligrosidad porque, conforme al artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, el número de delitos *per se* podría inducir a una mera sumatoria, mas como no se trata de una simple operación exegética, ese número de delitos tiene que obedecer a un juicio de proporcionalidad y a las circunstancias del caso.

5. En cuanto a la decisión de la juez, la defensa aduce que genéricamente se dice: “de conformidad con los elementos probatorios, evidencia e información”,

28 No se exige la presencia del Ministerio Público como en los eventos del artículo 87, pero también sería conveniente para evitar pretextos.

pero no hubo descubrimiento de elementos probatorios (entrevistas o lista de pasajeros), ni se hizo evaluación de los mismos. A la hora de examinar la gravedad de las conductas punibles, la Fiscalía y la juez, no tuvieron en cuenta que, en este caso concreto, se trataba de delito ocasional y emocional, porque el imputado no es terrorista y para él será un hecho irrepetible.

6. Al momento de analizar la gravedad del hecho, agrega la defensa, como lo dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso Jiménez vs. Argentina, 1996), no puede entrarse en finalidades propias de la pena (retribución), sino que la detención debe ser decisión individualizada y tomar todas las circunstancias pertinentes. En este caso, no se toma en cuenta las condiciones personales del imputado, quien padece úlceras de presión en las nalgas muy cerca al ano, de 6 centímetros de profundidad y está expuesto a una osteomielitis si no se le hacen varias curaciones al día.

7. La fiscal objeta a la defensa con la insistencia de que se trata de hechos graves, porque si el avión no explotó, fue gracias a la gestión de una comisión negociadora. Se trata de hechos claros, unos hechos que todos los ojos del país los vieron, porque en el avión viajaban personas y no cosas, hechos graves porque constituyen tres (3) delitos de competencia de la justicia especializada y además la Fiscalía no está obligada a descubrir prueba en la audiencia preliminar de formulación de imputación. No se trata de una discusión de responsabilidad, sino de legalidad de una actuación.

8. *Observación 4.* En las respectivas audiencias preliminares de este caso, ha sido reiterada la postura de la fiscal, cuando la juez le reclama la presentación de elementos probatorios o informaciones o la defensa los echa de menos, en el sentido de que se trata de un “caso de flagrancia” o de “hechos claros vistos por todos los ojos del país”, como quien sugiere que no se necesita “demostración”, además de que afirma que la ley no exige “descubrimiento probatorio” en esa instancia. Sin embargo, tal como el juez de segunda instancia responde en la decisión, el artículo 288-2 del Código de Procedimiento Penal, debe armonizarse en su interpretación y aplicación, con el artículo 306 de la misma obra, porque si bien la *formulación de imputación* por sí sola no implica descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información legalmente obtenida, ello debe entenderse sin perjuicio de lo necesario para la *medida de aseguramiento*, cuando ésta se solicite en la misma audiencia preliminar.

8.1. Por otra parte, aunque las pruebas se producen propiamente en el juicio, la restricción de derechos fundamentales durante la investigación, no podría entenderse sin un mínimo probatorio, basado en elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida. Por ello, si probar en

el juicio se define como “llevar al conocimiento del juez, *más allá de duda razonable*, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad del acusado, como autor o partícipe”²⁹, probar en la audiencia preliminar de medida de aseguramiento, significa llevar al conocimiento del juez de control de garantías, por medio de elementos materiales probatorios, evidencias o información legalmente obtenida, como *inferencia razonable*, que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta investigada, siempre que se cumpla alguno de los tres (3) fines necesarios previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal³⁰.

8.2 *Probar*, en cualquier coyuntura procedimental, significa “llevar al conocimiento del juez”, de modo que nada es sobreentendido ni puede presumirse conocido por el juez merced al despliegue publicitario de los medios de comunicación o a su conocimiento privado. Todo debe quedar expuesto en la audiencia, no sólo porque ello facilita la contradicción, sino merced a que la Fiscalía y el Juez no podrían confiarse en la historia de los medios de comunicación, pues a ellos incumbe y los vincula la reconstrucción histórica del delito como conducta pretérita hecha sólo por métodos de investigación legalmente establecidos, según el principio de debido proceso probatorio garantizado en el artículo 29 de la Constitución Política.

8.3 A pesar de que la *flagrancia* indica un hecho que resplandece, la metodología procesal no exime de mostrársela al juez, porque *probar* no es la mera exhibición de los elementos probatorios necesarios (así sean los más elocuentes o sugestivos), pero mayormente porque esa actividad involucra una operación racional que vincule lo que ellos muestran como datos conocidos con los hechos desconocidos o por probar (autoría o participación del imputado y necesidad de la medida), por medio de una regla o máxima de experiencia. Así, por ejemplo, si es un dato conocido por *flagrancia* que PORFIRIO Ramírez Aldana entregó las granadas de fragmentación cuando el avión aterrizó en el aeropuerto de CATAM en la ciudad de Bogotá y allí fue capturado, se infiere razonablemente no sólo que él fue la misma persona que abordó la aeronave en la ciudad de Florencia (Caquetá), sino que lo hizo provisto de los dos artefactos camuflados y, además, que resulta verosímil el contenido de la entrevista de la auxiliar de vuelo Carmen Patricia Vargas García, según la cual el pasajero minusválido amenazante exhibió uno de los objetos explosivos en pleno vuelo, pues, por máxima de experiencia, nadie puede desabordar de un avión que venía en vuelo si previamente no lo

29 Código de Procedimiento Penal, artículo 372.

30 Esta conclusión emerge de la armonía de los artículos 306 y 308 del Código de Procedimiento Penal.

había tomado en la ciudad de origen y, salvo otras contingencias no conocidas ni expuestas, la provisión de las granadas se hizo en tierra y no en el aire, establecido que Ramírez Aldana fue el único pasajero que eludió los controles normales por el ruego que hizo prevalido de su condición de minusvalía física.

8.4. A propósito, como quiera que tanto la medida de aseguramiento como la formulación de imputación, exigen inferencia razonable (la primera por el juez y la segunda por el fiscal), conforme con los artículos 287 y 308 del Código de Procedimiento Penal, ella se ha entendido como una operación mental de naturaleza inductiva y probabilística, que consiste en partir de lo conocido hasta lo desconocido como resultado de probable existencia.

No obstante que la operación involucra un proceso psicológico, porque de él hace parte la mente, se trata de un procedimiento objetivo y racional, porque siempre debe partir de lo conocido empíricamente (elementos materiales probatorios, evidencias o informes) y debe llegar a una conclusión de lo desconocido por la mediación de una regla de experiencia. La regla de experiencia, por otra parte, atañe a conocimientos comunes o científicos, generalizados por lo que habitualmente ocurre o porque se tiene la expectativa de que siempre ocurra de esa manera.

Como quiera que las reglas de experiencia son generalizaciones que pueden contrariarse por la realidad, debe tenerse en cuenta que ella no constituye prueba en sí, sino que se trata de un elemento cognitivo de ayuda para poder hacer la inferencia razonable. Así, por ejemplo, resulta corriente que las personas registradas en el vuelo de una aerolínea correspondan a la forma como se identifican en el despacho, como regla de experiencia porque siempre se solicita el documento, pero bien puede probarse que una persona utilizó una identificación ajena para ocultarse, entonces ya no podría hacerse la inferencia razonable de que el suplantado fue quien verdaderamente viajó en el avión.

8.5. Si la inferencia razonable, la probabilidad de verdad o la convicción más allá de toda duda razonable exigen un ejercicio no meramente silogístico, sino empírico y racional, en la medida en que la operación parte de hechos conocidos y verificables por los sentidos (evidencias e información) y avanza hacia hechos desconocidos (autoría o participación en las conductas y necesidad de la medida), a través de un juicio que ya no está a la mano de los sentidos y una máxima de experiencia que tampoco es tangible sino que hace parte del bagaje de conocimientos, entonces en el procedimiento probatorio no basta tomar una decisión sobre lo que es claro o creíble, sino que ella debe justificarse racionalmente mediante la motivación.³¹

31 C. P. P., arts. 287, 308, 336 y 381.

8. DECISIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Para llegar a la conclusión de que la medida de aseguramiento carece de motivación y, por ende, resulta anulable y no revocable, el juez resume las argumentaciones de la defensa y de la Fiscalía. A continuación define el recurso de apelación como una confrontación entre las motivaciones de la providencia apelada y las argumentaciones del recurrente. El impugnante debe demostrar un error en la interpretación o aplicación del derecho o sobre un punto probatorio (apreciación tergiversada de la prueba o el juez elude alguna prueba que obra en el proceso).

De esta forma, si la providencia carece de motivación o la motivación es notoriamente insuficiente, se desconoce el precepto del numeral 4° del artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, según el cual las providencias judiciales deberán contener una “fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral”. Para este efecto, aclara el juez, se entiende que son pruebas para sustentar la medida de aseguramiento.

2. *Observación 5.* Es necesario facilitar la contradicción y defensa frente a los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, para la protección de derechos fundamentales como la libertad. Los elementos materiales probatorios o evidencias físicas y la información, son elementos de conocimiento y, por ende, susceptibles de ponderación como una prueba técnicamente concebida (artículo 306).

En efecto, como lo aduce el juez de segunda instancia, el artículo 162-4 exige como requisito común a las providencias judiciales la “*fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas válidamente admitidas en el juicio oral*”. Podría aducirse que la exigencia parece circunscribirse a las pruebas que sólo se practican o producen en el juicio oral; sin embargo, de lo cual la citada norma debe entenderse en armonía con el artículo 306, según el cual el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, “*los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente*”.

Es decir, la evaluación debe hacerse sobre los elementos materiales probatorios o evidencia y la información legalmente obtenida (elementos de conocimiento), evaluación que no puede consistir en algo diferente a expresar los motivos de estimación o desestimación del elemento de conocimiento.

2.1 Ahora bien, específicamente la decisión motivada de detención preventiva, tiene un sustrato constitucional en el artículo 28 de la Carta Política, pues, de acuerdo con este precepto, nadie puede ser reducido a prisión o arresto, *ni detenido*, “sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Para establecer si se cumple el “motivo previamente definido en la ley”, será necesario analizar los casos frente a los supuestos de hecho del Código de Procedimiento Penal, máxime cuando éste recurrentemente exige como “motivo” la *inferencia razonable* de que el imputado es autor o partícipe de la conducta delictiva y de que la medida es necesaria por seguridad de la prueba, garantía de comparecencia del imputado y protección de la sociedad y las víctimas.

Mucho se ha discutido si la detención preventiva del imputado, como quiera que se hace efectiva antes de la sentencia condenatoria ejecutoriada, puede violar la regla de presunción de inocencia prevista como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, la detención preventiva, también de origen constitucional y permitida en los instrumentos internacionales, respeta la presunción de inocencia en la medida en que se ordena por autoridad judicial competente, con las formalidades legales, por motivo previamente definido en la ley de manera excepcional para atender los fines de comparecencia del imputado, protección de la prueba y seguridad de la comunidad³². Es decir, una orden de detención preventiva que carece de motivación o se motiva de manera manifiestamente deficitaria, viola la presunción de inocencia como derecho fundamental del imputado.

3. Continúa el juez de segunda instancia y advierte que la legalización de captura, la formulación de imputación o la imposición de medida de aseguramiento son audiencias diferentes. Son diligencias que tienen autonomía así se hagan por la misma autoridad y en la misma audiencia.

4. *Observación 6.* Tal vez en la precedente apreciación del juez estriba su manifestación en el sentido de que en la imposición de medida de aseguramiento no hubo exhibición de elementos materiales probatorios, evidencias o información legalmente obtenida, no obstante que en la audiencia preliminar multidimensional se recibieron las declaraciones juradas de los capitanes Juan Alberto Padilla Peña (legalización de captura) y Giovanny Riaño Garzón (legalización de incautación de las granadas) y se puso en conocimiento de la juez de control de garantías el informe ejecutivo (legalización de captura). Resulta comprensible argumentar

32 Constitución Política, artículo 28; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9-3 y Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7-5.

que se trata de diligencias autónomas y sometidas a requisitos diferentes, pero algún rédito debe producir la dinámica de realizarlas en la misma audiencia preliminar, porque pueden resultar elementos de conocimiento comunes que no será necesario repetir en su descubrimiento y valoración, sobre todo cuando la Constitución y la ley auspician el principio de concentración para un mejor desempeño de la dialéctica, la contradicción, la defensa, la inmediatez y la valoración conjunta de las pruebas o de los elementos de conocimiento en general (Constitución Política, artículo 250-4 y C. P. P., artículo 8, 15, 16 y 17).

4.1 Sin embargo, en este caso la importante declaración jurada del capitán Giovanny Riaño, quien ingresó al avión, recibió la granada de manos del imputado e hizo el examen pericial de los objetos explosivos, apenas fue percibida después de la diligencia de imposición de medida de aseguramiento, lo cual generaría una imposibilidad lógica para tomarla en cuenta en ese momento procesal, pues el principio antecedente-consecuente no funciona a la inversa. Así las cosas, vale la pena reflexionar sobre el orden lógico de las peticiones que el fiscal le hace al juez, pues quizá en la legalización de incautaciones, hizo falta para apoyar la solicitud de medida de aseguramiento.

5. El juez de circuito adelanta en su exposición oral de decisión del recurso y afirma que argumentación tiene que existir y sobre todo debe existir prueba. Prueba sobre la probable participación del imputado en los hechos, mas tiene que estar demostrada, es decir “probada plenamente”, alguna de las causales de necesidad de la medida. Es decir, se exige grado de probabilidad en la participación y “demostración plena”, de cualquiera de las causales de necesidad de la medida (no en grado de probabilidad).

6. *Observación* 7. Importante planteamiento de distinción hace el juez de segunda instancia, pues estima que mientras para probar la autoría o participación en los hechos basta la inferencia razonable, la finalidad de la medida debe estar “plenamente demostrada”. Aunque la mayor exigencia se entiende dentro de la loable pauta de que la privación de la libertad sea la excepción y no la regla, resulta un imposible tener “acreditada plenamente” la causal de medida de aseguramiento en el curso de la investigación, sencillamente porque ésta no produce pruebas sino que eventualmente arroja elementos materiales probatorios, evidencias e informaciones legalmente obtenidas, medios que jamás podrán tributar la certeza porque aún no constituyen pruebas.

6.1 Desde luego, algunas circunstancias no admiten términos medios en su prueba, tales como el hecho de estar sujeto a una medida de aseguramiento anterior, o a una acusación o a una sentencia condenatoria; o el asiento de su domicilio o negocios para mostrar el desarraigo. Pero la probabilidad vale

como herramienta, por ejemplo, cuando trata de determinarse la vinculación del imputado a organizaciones criminales como protección a la comunidad; o cuando existan motivos graves y fundados para inferir que el imputado podrá alterar los elementos de prueba o atentar contra la víctima, su familia o sus bienes. En estos casos, no pueden postularse “seguridades plenas”, apenas la probabilidad que tributa el método de diagnóstico-pronóstico, en todo caso siempre basado en un antecedente empírico y una conclusión razonable.

Y adelanta el juez:

7. Es posible que exista prueba de la vinculación del imputado con los hechos, pero que no se tenga la evidencia o soporte fáctico de la necesidad de la medida. De acuerdo con el principio constitucional de primacía del derecho a la libertad, la regla general es la libertad y las restricciones son la excepción y las excepciones están previstas en los tres (3) numerales del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

8. La Fiscalía en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, debió haber solicitado la medida que estimaba procedente (detención preventiva en establecimiento carcelario), invocar los elementos materiales, analizarlos y demostrarle al juez de garantías que el imputado tenía razonablemente grado de participación y también probar la necesidad de la cautela. Finalmente, puede evaluarse lo previsto en el artículo 314, numeral 1° (si basta para los fines del 308 la mera restricción en la residencia) y no escapa a esta consideración el hecho de que el delito sea de competencia de la Justicia Especializada, pues la ley no lo excluye y las circunstancias de un caso sí podrían demandarlo.

9. Afirma, que tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, exigen la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, con indicación de los motivos de estimación o desestimación de las pruebas. En este caso, la juez no dijo cuál prueba o cuáles declaraciones juradas fundamentaban la medida y quiénes las rindieron; o cuáles entrevistas y quiénes las presentaron; o cuáles documentos y su origen; o cuáles informes de policía judicial y quiénes los suscribieron. No analizó el contenido de los elementos probatorios, y cuál la razón para aceptarlos o descalificarlos. No se dice por cuáles medios de conocimiento concluyó la juez que el imputado era partícipe. Tampoco cómo llegó a la conclusión de que la medida de aseguramiento era necesaria y sobre todo que el imputado era un peligro para la comunidad.

10. La argumentación frente a estos temas no es retórica, no es de simple fundamentación teórica, no es de criterio puramente personal, es de apoyo en pruebas o en evidencias. La juez califica la conducta del imputado como grave,

porque atenta contra preciados intereses jurídicos, y que no se tuvo que en el avión iban mujeres y niños, y ello puede ser cierto, pero, dentro de la audiencia de solicitud e imposición de medida de aseguramiento, no fue presentado probatoriamente por la Fiscalía ni fue objeto de valoración y crítica por el despacho que produce la decisión.

11. En un Estado social de Derecho, la motivación de las providencias es una garantía para el imputado. Sin la adecuada exposición de razones no puede interponerse recursos, no puede haber contradicción y dialéctica. La decisión judicial sin la pertinente motivación corre el riesgo de caer en la arbitrariedad.

12. *Observación 8.* En efecto, como lo afirma el juez de segunda instancia, no basta tener los elementos de conocimiento o pruebas, o acariciar una convicción de que se tiene la verdad, será necesario saberlos presentar en la audiencia preliminar o de juicio. La posición de la Fiscalía y la decisión judicial de medida de aseguramiento, estaban provistas de un *contexto de descubrimiento*, en el sentido de que apreciaban como justicia que a Porfirio Ramírez debían imputársele tres (3) conductas delictivas a título de autor e, igualmente, que esos hechos se percibían como graves para imponerle una medida de aseguramiento de detención carcelaria, en protección de la comunidad. No obstante, las mismas posturas carecían de un *contexto de justificación* (que no es lo mismo que justicia) en vista de que no indicaron cuáles fueron los medios y elementos de conocimiento, así como el valor o desvalor otorgado a los mismos para llegar a esas premisas y conclusiones expuestas.

El *contexto de descubrimiento* (proceso simplemente decisonal y autoritario si no avanza) atañe a la enunciación de una teoría, principio o propósito, que pueden ser loables pero deben ser justificados, mientras que el *contexto de justificación* (proceso justificatorio al que debe tender el primero), se refiere a los procedimientos de confrontación con los hechos por medio de los cuales se valida dicha teoría o principio, a través de reglas de la lógica y la experiencia común y científica.

12.1. El primero de los contextos se queda en los contenidos psicológicos, mientras que el segundo involucra la epistemología, la lógica, la ciencia y la semiología, materias que nos toca por lo menos volver a arañar para hacer una buena motivación de las posturas o decisiones jurídicas, pues la nueva sistemática procesal penal recurrentemente se refiere a “medios cognoscitivos en la indagación e investigación”, “elementos de conocimiento”, “elementos materiales probatorios”, “evidencia física”, “información legalmente obtenida”, “motivos razonablemente fundados”, “expectativa razonable de intimidad”, “inferencia razonable”, “probabilidad de verdad”, “convencimiento más allá de toda duda razonable”, entre otros del igual jaez.

12.2. Ambos contextos deben converger en una postura de la Fiscalía o en providencia judicial. La motivación o justificación de las decisiones judiciales no es un acto de cortesía con las partes, sino una consecuencia de la responsabilidad institucional o social de jueces, fiscales, procuradores y abogados, pues cuando las cosas alcanzan esas dimensiones, las posturas deben adoptarse mediante procedimientos intersubjetivamente controlables.

12.3. La motivación de las decisiones judiciales, por otra parte, es una consecuencia del principio de presunción de inocencia, pues si ésta no tiene naturaleza psicológica sino normativa, ello comporta dos corolarios: que la carga de la prueba de autoría y culpabilidad corresponde al Estado (a la Fiscalía General de la Nación), y que los jueces con base en la ley deben determinar en concreto la medida o cuota de esa prueba (inferencia razonable, probabilidad de verdad y convicción más allá de toda duda razonable), todo lo cual sólo puede lograrse con una mínima exposición razonada o motivacional, que comprende la enunciación de los datos que sirven de punto de partida al juicio y las reglas de experiencia que los acompañan en su aplicación y, finalmente, las conclusiones obtenidas por el esfuerzo dialéctico de plantearse las hipótesis que apoyan y las que desvirtúan la enunciación.

Así, por ejemplo, en la declaración jurada del capitán Riaño Garzón, quedó consignado que el imputado portaba dos granadas de fragmentación en buen estado de funcionamiento, una de las cuales entregó a él (datos indicadores), y que tales artefactos tienen un radio de acción letal entre 8 y 11 metros de distancia (máxima de experiencia científica), razón por la cual puede concluirse que todos los ocupantes de la aeronave estuvieron en un peligro concreto de muerte, pues todos se hallaban en un espacio de apenas dos (2) metros (conclusión).

13. *Conclusión.* Debo concluir que para aprender a razonar hay que razonar o ejercitar la razón. La motivación no puede estar ausente porque las decisiones judiciales se volverían incontrolables, algo extraño en un Estado Constitucional, pero tampoco puede servir de coartada para atentar contra la sobriedad, precisión y concreción de las posturas y decisiones en las audiencias del proceso.

CASOS MESA DE TRABAJO “PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA”

CASO 1

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia que resuelve el Recurso de Apelación interpuesto contra la decisión de imponer Medida de Aseguramiento

Fecha: 27 de septiembre de 2005

Hechos del Caso:

El día 12 de septiembre de 2005, despegó de la ciudad de Florencia el avión de AIRES con matrícula HK 4030, a las 11:30 de la mañana, con 19 pasajeros y 3 tripulantes. En el aire uno de los pasajeros, quien se encontraba en una silla de ruedas, por su estado de paraplejía, de manera amenazante y con granada en mano manifestó que se trataba de un secuestro y que la aeronave debía desviar su ruta y no cumplir con su itinerario previsto (Florencia-Bogotá). El señor se encontraba en compañía de su hijo menor, quien posteriormente fue puesto a disposición del juez de menores. Finalmente, el avión debió aterrizar en la Base Militar de CATAM y no el Aeropuerto El Dorado como estaba previsto.

Aspectos relevantes:

Las conductas delictivas materia de discusión fueron: Secuestro extorsivo, desvío de aeronaves y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

La presente audiencia resolvió el recurso de apelación, interpuesto por la defensa contra la decisión de la juez de control de garantías, que impuso al imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por considerar que éste constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, pues a pesar de su invalidez fue capaz de portar elementos explosivos, con lo que generó peligro para un grupo de personas, realizó actos reprochables para la sociedad y expuso a su menor hijo al peligro, dándole un ejemplo no acorde al de un buen padre; y en atención al artículo 310 numeral 2, respecto del número de delitos imputados y la naturaleza de los mismos.

La defensa afirmó que el juez de control de garantías debió realizar un Juicio de Proporcionalidad para imponer la medida de aseguramiento.

En su desarrollo argumentativo, citó el Manual del Juez de Control de Garantías y el modulo de Reflexiones, publicados por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; acudió al Bloque de Constitucionalidad y citó jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

También señaló que existió un déficit de argumentación y sustentación tanto de petición de la medida de aseguramiento por parte de la fiscal como de los planteamientos jurídicos de la juez; alegó violación directa de la ley procesal por falta de motivación de la sustentación de la medida de aseguramiento, desarrolló los siguientes argumentos:

- La Fiscalía incumplió su carga probatoria, pues no se exhibieron ni indicaron elementos materiales probatorios o evidencia física que sustentaran su necesidad o urgencia, de conformidad con los artículos 306 y 308 CPP.
- No se presentaron los elementos materiales probatorios que permitieran realizar una inferencia razonable de autoría o participación.
- La juez no indicó una evaluación del recaudo probatorio, fundamentó su decisión únicamente en el número y la naturaleza de los delitos imputados.

Presentó al juez unos elementos materiales probatorios, a lo que el juez respondió que no se puede admitir en segunda instancia la presencia de pruebas nuevas; sin embargo, permitió que se acercara al estrado para ponerlas de presente al juez y a la fiscal.

La Fiscalía, en el traslado del recurso, reiteró la situación de flagrancia en que se produjo la captura, fundamentándose en este hecho su argumentación.

Señaló que según el art. 313 CPP es procedente la detención preventiva en establecimiento carcelario en delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, encuadrando este caso en el supuesto señalado. La misma norma prohíbe la detención domiciliaria en estos delitos.

Alegó que hubo vulneración del principio de lealtad procesal, en la medida en que se aportaron fotos y documentos por parte de la defensa, durante el desarrollo de la audiencia.

El juez señaló que la motivación de las providencias es una garantía para el procesado, en la medida en que contempla el derecho de conocer el criterio de apreciación y valoración probatoria del juez, para adoptar la decisión de imponer la medida de aseguramiento.

El juez precisó que las audiencias de legalización de captura, formulación de la imputación y solicitud de medida de aseguramiento, son autónomas unas de otras, para efectos del cumplimiento de los requisitos probatorios y legales, por lo tanto, en la audiencia de la medida de aseguramiento se deben presentar las

peticiones por parte de la Fiscalía y su argumentación jurídica y probatoria; debe haber posibilidad de confrontación para la defensa; y finalmente, una resolución jurídica que contenga los requisitos del artículo 162 del CPP.

Al momento de imponer la medida, el juez debe exponer una argumentación jurídica, fáctica y probatoria: de los hechos, de la participación del imputado en el hecho ilícito y de las circunstancias previstas en el artículo 308 para satisfacer la necesidad de la medida de aseguramiento.

Del tenor literal del numeral 2 del artículo 288 del CPP, se entiende que debe haber descubrimiento probatorio por parte de la Fiscalía, en consonancia con el 306, pues debe existir prueba sobre la probable participación del imputado en los hechos ilícitos y debe estar demostrada plenamente alguna de las causales del artículo 308.

La medida sólo se impone en razón de su necesidad y utilidad, en salvaguarda del principio constitucional de la libertad, como norma general siendo la excepción su restricción.

Teniendo en cuenta el artículo 314 numeral 1, la medida de detención preventiva en sitio de residencia, procede aún para los delitos que son de competencia de los jueces especializados.

Decisión: El juez declaró la nulidad de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, por cuanto la decisión del juez de control de garantías careció de la motivación fáctica, jurídica y probatoria exigida en el artículo 162 numeral 4 del CPP, en la medida en que la juez no indicó cuál o cuáles fueron los elementos materiales probatorios o evidencia física, que la llevaron al convencimiento para adoptar la decisión (testimonios, entrevistas, documentos, informes policiales, etc.); además, no analizó el contenido de la prueba, ni señaló los motivos por los cuales se aceptaba o descalificaba.

Interrogantes y planteamientos:

1. En el presente caso, ante el juez de segunda instancia, la defensa presentó elementos materiales probatorios nuevos, ¿cuál considera que debe ser la actuación del juez frente a esta situación?
2. Durante el desarrollo de la audiencia se presentaron dos posiciones frente a la procedencia de la medida de aseguramiento de detención domiciliaria en los delitos que son de competencia de los jueces especializados. ¿Cuál de los criterios comparte, el de la Fiscalía o el del juez? ¿Cuáles son los argumentos que fundamentarían su decisión?
3. ¿Qué opina sobre la argumentación de la decisión de declarar la nulidad,

adoptada por el juez? ¿Cuál considera que debe ser el nivel de argumentación probatoria en la audiencia preliminar de imposición de medida de aseguramiento?

4. ¿Qué consideraciones le merece la manifestación del juez frente al descubrimiento de elementos materiales probatorios en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento?

CASO 2

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de Imposición de Medida de Aseguramiento

Fecha: 10 de agosto de 2005

Hechos del Caso:

El 2 de enero de 2005 el indiciado disparó con arma de fuego en dos ocasiones contra su compañera sentimental, causándole la muerte. Los hechos fueron observados por el menor de 10 años de edad, hijo de la víctima y el victimario, quien se dirigió al CAI a pedir ayuda. Los agentes de la policía acudieron al lugar de los hechos de forma inmediata pero el indiciado no se encontraba en el sitio.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Homicidio agravado.

En el presente caso, la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento en dos ocasiones anteriores, ante jueces diferentes, quienes la negaron por considerar que era improcedente cuando el imputado se hallaba vinculado al proceso mediante declaración de persona ausente, y se encontraba vigente una orden de captura en su contra.

En la tercera solicitud elevada por la Fiscalía para la imposición de medida de aseguramiento, la juez enunció los artículos 306 y 308 del CPP, para determinar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento.

Los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía fueron: la necropsia, los antecedentes penales del imputado y el informe de la policía judicial, que contiene la entrevista realizada al menor, quien manifestó que sus padres discutían por una chaqueta, cuando escuchó los disparos, de lo anterior, resultó claro para la juez que quitar la vida en esas circunstancias, configura un grave peligro para la seguridad de la comunidad.

Consideró satisfechos los requisitos del artículo 310 numerales 2 y 4, por constituir el imputado un peligro para la sociedad, por las siguientes razones: gravedad del delito, haberle quitado la vida a la madre de su hijo y la existencia de sentencias condenatorias vigentes en su contra.

La Fiscalía mencionó los artículos 308 a 313 del CPP, indicó las diferentes investigaciones y condenas que existían en contra del imputado, para concluir que por sus actuaciones constituía un peligro para la sociedad y para el menor, único testigo presencial de los hechos. De otro lado, manifestó que no era requisito necesario la presencia física del imputado en la audiencia para imponerle medida de aseguramiento.

El defensor manifestó que de acuerdo con los artículos 308 y 313 del CPP, existen requisitos de tipo fáctico, legal y constitucional para la procedencia de la medida de aseguramiento, citó la sentencia C-591 de 2005 de la Corte Constitucional, para indicar que el juzgamiento en ausencia del investigado es excepcional, y señaló a la Fiscalía su deber de protección al menor, acudiendo al artículo 114 numeral 6 del CPP.

Concluyó que no se debe imponer la medida de aseguramiento, por cuanto no se cumplirían sus fines legales y constitucionales, en la medida en que el imputado no se encuentra privado de la libertad.

Decisión: La Juez decretó medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, consagrada en el artículo 307 literal a) numeral 1°, por considerarla adecuada, necesaria y proporcional. Manifestó que para imponer la medida no es necesario que el imputado esté privado de la libertad ni presente en la audiencia, toda vez que fue vinculado al proceso mediante declaración de persona ausente, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 127 del CPP.

Interrogantes y planteamientos:

1. La defensa señaló que es necesario que el imputado se encuentre privado de la libertad para imponer medida de aseguramiento, por lo que no sería procedente cuando existe declaración de persona ausente, también sostuvo que la misma resulta innecesaria cuando está vigente una orden de captura en contra de esa persona. ¿Qué consideraciones merece este argumento?
2. ¿Qué nivel de argumentación probatoria debe desarrollarse durante la audiencia de imposición de medida de aseguramiento? ¿Existe diferencia cuando se ha presentado una declaración de persona ausente?
3. En el presente caso los agentes de policía judicial que suscribieron el informe que contiene la entrevista realizada al menor único testigo presencial de los

hechos no asistieron a la audiencia. ¿Cómo se ejerce el derecho de contradicción sobre el mismo?

4. ¿Qué valor probatorio tiene por sí sólo el informe de la policía judicial, que contiene la entrevista realizada al menor, la noche de los hechos? ¿Puede ser el fundamento para imponer medida de aseguramiento y determinar la gravedad de la conducta?

¿Es posible solicitar medida de aseguramiento en 3 ocasiones ante diferente juez con base en los mismos fundamentos, en razón a que los 2 primeros jueces consideraron que no era procedente si no estaba el imputado privado de la libertad, mientras que el fiscal sostenía lo contrario?

CASO 3

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de legalidad de la búsqueda selectiva en base de datos e interceptación de comunicaciones.

Fecha: 4 de mayo de 2005

Hechos del Caso:

A través de una llamada anónima, la DIJIN recibió información sobre el hurto de gas en la modalidad de conexión al tubo principal bajo tierra. La persona que realizó la llamada dio a conocer la identidad de las personas que presuntamente integraban la banda, y los números de los teléfonos celulares que utilizaban para comunicarse.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Hurto de Combustible.

La fiscal manifestó que con base en la llamada anónima, profirió orden a un agente de la policía judicial, de dirigirse a la empresa de telefonía celular a cargo, con el fin de establecer la propiedad de las líneas celulares y obtener el registro de llamadas entrantes y salientes a partir del mes de enero.

Lo anterior se hizo con el propósito de determinar la relación existente entre los abonados telefónicos y los hechos que se investigaban. De la información obtenida, se estableció que las líneas se encontraban activas, y una de ellas pertenecía a una de las personas que se investigaba.

La fiscal acudió a audiencia preliminar para que se impartiera legalidad a la búsqueda selectiva en base de datos, toda vez que ese día se le entregó el resultado de la petición. Citó los artículos 244 y 237 del CPP. De igual manera, dio a conocer al despacho que el investigador designado se encontraba presente, en caso de requerirse para ser interrogado. Finalmente, señaló que se cumplieron las garantías legales y constitucionales pertinentes para el caso.

La fiscal interrogó al testigo sobre su profesión, su capacitación en sistema acusatorio y en hurto de hidrocarburos y sobre la actuación adelantada dentro de la investigación.

El juez constató que se encontrara dentro del término de 36 horas, y preguntó sobre los motivos fundados de la Fiscalía para ordenar la búsqueda selectiva de datos, el investigador indicó que el fin de la búsqueda ordenada era verificar la información que proporcionó la llamada anónima.

El juez indicó que se debía verificar la información suministrada, ya que para afectar un derecho fundamental no resultaba suficiente la información proporcionada a través de una llamada anónima.

Citó el artículo 14 del CPP e indicó que consagraba el derecho a la intimidad, y los requisitos necesarios para su excepcional limitación. Indicó que su función como juez de control de garantías, era determinar la legalidad, tanto formal como material, de la búsqueda selectiva en base de datos; en ese sentido, señaló que no bastaba con que se diera cumplimiento a la orden escrita previa del fiscal, sino que era necesario, además, que existieran motivos fundados para poder realizar una afectación del derecho a la intimidad.

Enunció el artículo 244 del CPP, para señalar que en el presente caso se trataba de averiguar información confidencial, respecto de nombres, datos y llamadas, y no de un simple cotejo de información, por lo que indicó que de acuerdo a la norma enunciada, se aplicaban las normas relativas a registros y allanamientos, que requieren la existencia de motivos razonablemente fundados para su procedencia.

El juez determinó que en desarrollo de su función debe:

1. Verificar la existencia de un motivo fundado de la Fiscalía, para autorizar a la policía judicial a realizar la búsqueda selectiva en base de datos.
2. Observar la pertinencia de la medida, es decir, si la misma resulta adecuada, en desarrollo del principio de proporcionalidad.
3. Verificar el respeto de los derechos fundamentales, en el caso bajo análisis, la intimidad.

Indicó que en el presente caso no se allegó un medio de conocimiento que le permitiera verificar la existencia de la llamada anónima, pues se manifestó que fue recibida por un operador, quien no se encontraba presente en la audiencia.

Además, manifestó que así estuviera demostrada la existencia de la llamada anónima, ésta no constituye por sí sola un motivo fundado para afectar el derecho a la intimidad, ya que esa circunstancia permitiría afectar ese derecho fundamental por cualquier tipo de llamada que no establezca mayores datos, o que contenga información errónea o falsa.

De otro lado, señaló que la llamada ni siquiera mencionó el sitio donde presuntamente se cometió el delito, lo cual en principio es determinante para verificar la competencia del juez.

La fiscal retiró la solicitud de legalidad de la interceptación de comunicaciones.

Decisión: El juez declaró la ilegalidad de la búsqueda selectiva en base de datos, por no existir motivo fundado para afectar el derecho a la intimidad. Como consecuencia excluyó por ilícitos los elementos y medios de conocimientos encontrados.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Era necesario que el juez excluyera los elementos materiales probatorios encontrados en la búsqueda selectiva en base de datos, por considerarlos ilícitos, o bastaba con la declaratoria de ilegalidad de la misma?
2. La solicitud de legalidad de la interceptación de comunicaciones elevada por la Fiscalía, fue retirada. ¿Qué debe hacer este ente con los elementos materiales probatorios obtenidos de ella?
3. ¿Qué considera sobre el argumento del juez respecto de la exigibilidad de motivos fundados, para realizar una búsqueda selectiva en base de datos?
4. El juez manifestó que una llamada anónima de este tipo no constituía motivo fundado para intervenir el derecho fundamental a la intimidad. ¿Qué considera sobre esta tesis?
5. Con el fin de verificar la existencia de la llamada y su contenido, ¿era necesaria la presencia del funcionario de la DIJIN que la recibió? Por tratarse de una llamada anónima que contenía información sobre la comisión de un posible delito, ¿era necesario que hubiera sido grabada?

CASO 4

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Revisión de legalidad de prueba de ADN
Fecha: 20 de octubre de 2005

Hechos del Caso:

El 9 de abril de 2005, la víctima presentó denuncia en contra de su agresor, por el delito de acceso carnal violento. Manifestó que se encontraba al interior de su domicilio cuando el agresor ingresó allí, luego de romper una de las ventanas del sitio, procedió a amenazarla y a accederla carnalmente en contra de su voluntad.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Acceso carnal violento.

La fiscal manifestó que una vez formulada la correspondiente denuncia por parte de la víctima, las autoridades de policía dieron captura al indiciado y lo condujeron a las instalaciones de la URI. Los agentes de policía manifestaron al fiscal que conoció el caso, que la captura se realizó en situación de flagrancia. Sin embargo, el funcionario dio orden de libertad inmediata por considerar que no se reunieron los requisitos necesarios para su configuración. Ese mismo día, el indiciado proporcionó autorización por escrito a un funcionario de policía judicial, para que se le tomaran muestras corporales, con el objetivo de servir a la posterior investigación que se llevaría a cabo.

Las muestras tomadas, tanto a la víctima como al agresor, fueron llevadas al laboratorio de Biología de Medicina Legal, donde posteriormente fue solicitado un cotejo de ADN, el cual resultó positivo para las muestras de esperma encontradas en el cuerpo de la víctima, este dictamen tiene fecha de 18 de octubre de 2005.

La fiscal indicó que sometía el examen de ADN, al control posterior del juez de control de garantías, dentro del término legal de 36 horas siguientes a la realización del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 245 del CPP. Además, señaló que aún no se había efectuado la formulación de la imputación, porque se estaban adelantando otro tipo de investigaciones.

Con el fin de sustentar su petición, la fiscal exhibió la denuncia, la autorización escrita firmada por el indiciado, la solicitud de la Fiscalía al Instituto de

Medicina Legal, el dictamen realizado a la víctima al momento de presentar la denuncia, el examen médico legal, el cotejo, y la cadena de custodia de las muestras obtenidas.

El juez manifestó que la decisión que iba a proferir era una decisión eminentemente constitucional, como lo señala el artículo 250 de la CN; mencionó el artículo 15 de la CN que contempla el derecho a la intimidad, consagrado como un derecho de carácter fundamental; y el artículo 245 del CPP que hace referencia a los exámenes de ADN que involucran al indiciado.

Al analizar los aspectos formales, el juez estudió la denuncia formulada por la víctima; el informe técnico médico legal sexológico producido por el Instituto de Medicina Legal que concluye que al examinar a la víctima se encontraron lesiones que le generaron incapacidad de 15 días; además, se constató, signos de manipulación vaginal reciente. Se estudió, también, la autorización escrita firmada por el indiciado donde aceptaba voluntariamente la toma de muestras; el examen técnico médico legal sexológico realizado al indiciado para la toma de sangre, con el fin de realizar el cotejo con la víctima; el informe pericial en el que el médico concluyó que el indiciado no se excluía como el origen de las células masculinas encontradas en el cuerpo de la víctima, resultaba 13 millones más probable que esas células provinieran del indiciado.

Respecto de los aspectos de orden material, relacionados con la protección del derecho a la intimidad, una vez analizado el caso, el juez consideró que no estaba ante ninguna vulneración de derechos fundamentales, pues las muestras fueron tomadas con el consentimiento del indiciado y por médicos legalmente autorizados para ello, adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal. En razón a ello, indicó que todo el procedimiento se realizó siempre siguiendo los contenidos constitucionales.

Decisión: El juez concluyó que se respetaron tanto los aspectos formales como los materiales del procedimiento, pues no se infirió vulneración alguna de derechos fundamentales, por lo que declaró la legalidad del cotejo de las muestras de ADN.

Interrogantes y planteamientos:

1. ¿Para obtener muestras del cuerpo del indiciado, basta con su consentimiento voluntario?
2. ¿Es necesario que exista orden expresa del Fiscal? ¿El indiciado debía estar acompañado por un defensor?

CASO 5

**Caso presentado por Carlos Arturo Ramírez, magistrado auxiliar,
Consejo Superior de la Judicatura**

DESCRIPTORES GENÉRICOS

Tipo de delito:

Inasistencia Alimentaria (Artículo 233 del Código Penal)

Eventos procesales:

- Formulación de Imputación
- Formulación de Acusación
- Juicio Oral

CONTENIDO

Título del caso: La inasistencia alimentaria y su prueba en el nuevo proceso penal**Hechos relevantes:**

El 15 de septiembre de 2005 ante la URI de Usaquén, se presentó la señora CAROLINA ACEVEDO a formular denuncia contra el señor ROBERTO CANO por el delito de inasistencia alimentaria; señaló la denunciante que con el señor CANO tienen un hijo extramatrimonial de nombre ESTEBAN de 2 años de edad; el señor CANO es taxista y trabaja un vehículo de propiedad del señor ARGEMIRO VIDAL.

Aduce que hace tres (3) meses no responde con los gastos de manutención del menor y que a pesar de requerirlo en varias oportunidades, éste le responde que no tiene dinero para darle.

La Fiscalía, en cumplimiento a lo reglado en el artículo 522, citó a audiencia de conciliación preprocesal al señor CANO, sin que se lograra su comparecencia. En consecuencia, la Fiscalía adelantó algunas pesquisas estableciendo que la señora ACEVEDO es madre soltera, de 22 años de edad, desempleada, y vive en la casa de sus padres.

Igualmente, a través de entrevista recibida al señor ARGEMIRO VIDAL, señaló que efectivamente CANO trabaja un taxi de su propiedad hace más o menos un (1) año, comprometiéndose éste a entregarle \$50.000 diarios libres de gasolina y lavado del vehículo; de ahí en adelante lo que se produzca es para el conductor. No tienen contrato de trabajo, ni ningún tipo de vinculación laboral. Desconoce el promedio de ingresos del señor CANO ya que éste se limita a entregarle la suma convenida diariamente. Está dispuesto a rendir testimonio en el juicio oral.

En entrevista rendida por los padres de la señora ACEVEDO, manifestaron que conocen al señor CANO, porque es el padre del menor ESTEBAN, y que hasta más o menos tres meses visitaba asiduamente a su hija y al pequeño ESTEBAN, dejándole \$10.000 o \$20.000 en cada visita para los gastos del menor, pero últimamente no volvió por la casa.

La señora CARMEN ORTIZ rindió entrevista en la que manifestó que es comerciante informal y conoce al señor CANO, por cuanto le vendió un equipo de sonido a crédito hace 8 meses, respaldado en letras de cambio y conviniendo un pago mensual de \$120.000, cuotas que ha venido pagando cumplidamente cada mes.

Problemas jurídicos relevantes del caso:

1.- Asumiendo el rol del Fiscal, con los presupuestos probatorios reseñados, se puede inferir razonablemente que el señor CANO es autor del delito de inasistencia alimentaria y por ende procede la formulación de imputación?

2.- Asumiendo el rol del Fiscal, ¿Podría formular una acusación y construir una teoría del caso al amparo de éstos presupuestos probatorios? ¿Considera usted suficientes estos medios probatorios frente a las exigencias del nuevo sistema procesal? ¿Qué otros medios de prueba estima que podrían ser incorporados?

3.- Asumiendo el rol del Juez de conocimiento, ¿las pruebas que sustenta la acusación de la Fiscalía, generan un conocimiento más allá de toda duda para declarar responsable al señor CANO como autor del delito de inasistencia alimentaria? ¿Qué criterios de valoración asumiría frente al testimonio de la querellante y sus parientes, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos son las únicas pruebas con que se cuenta?

4.- Asumiendo el rol de la víctima, la experiencia enseña que en la mayoría de los casos de inasistencia alimentaria a la querellante sólo le interesa que el alimentante pague, sin importar para nada que sea privado de la libertad.

Partiendo de esta premisa, y de cara al tema de protección a la víctima, ¿Qué respuesta podría brindar el nuevo sistema procesal a esta problemática?

Fuentes para resolver el caso

Código Penal:

Artículo 233. Inasistencia alimentaria. (INEXEQUIBLE la omisión a compañero permanente. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005). El texto con las penas aumentadas es el siguiente: El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Código de Procedimiento Penal:

Artículo 287. Situaciones que determinan la formulación de la imputación. El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este Código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

Artículo 336. Presentación de la acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

Artículo 381. Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

TÓPICO 3: “IMPUTACIÓN, ACUERDOS Y PREACUERDOS”

Mesa de trabajo

I. IMPUTACIÓN

PONENTE: ROSA IRENE VELOZA

Jueza penal municipal con función de control de garantías

1. PRESENTACIÓN

Resulta apasionante explorar los alcances jurídicos de este acto procesal: la formulación de Imputación. Una pluralidad de controversias se han suscitado sobre su naturaleza, contenido, efectos etc. Esta novedosa figura resulta de especial trascendencia en el decurso de la acción estatal para perseguir el delito. Sus características permiten ubicarlo, precisamente, como un acto procesal de tal importancia, que en principio se constituye en el impulso de la acción penal, la iniciación del proceso en sentido estricto, pero puede llegar a convertirse en el sustento de una sentencia condenatoria, al revestirse de la naturaleza de acusación en virtud de la decisión del imputado de allanarse a los términos de la imputación. Ello presupone una congruencia entre ésta y la sentencia, como fundamento del debido proceso.

En estas condiciones, resulta indispensable, antes de precisar los problemas jurídicos que se suscitan con respecto a la aplicación del sistema previsto por la Ley 906 de 2004, en lo que alude a este acto procesal, aproximarnos a su concepto.

Para ello, partimos de la definición que el Código establece en su artículo 286:

“Artículo 286. Concepto. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.”
(Se resalta)

De manera desprevenida podría concebirse la formulación de imputación como un acto de simple comunicación, en virtud de lo cual el juez de control de garantías ante quien se formula, no tendría intervención alguna. Así se sostuvo en diversos debates académicos desarrollados previo a la iniciación del sistema, como en sus albores.

Sin embargo, las implicaciones jurídicas de este acto procesal exigen su interpretación sistemática, de cara a la estructura constitucional que implementó el Acto legislativo 03 de 2002, y en sí, la estructura procesal que desarrolló la ley 906 de 2004, para efectos de determinar su naturaleza.

Por ello, se debe considerar, en primer lugar, que la Imputación se constituye en un acto de transición entre una etapa de indagación, limitada, hasta ahora, sólo por el término de la prescripción de la acción penal, hacia una etapa ya de investigación caracterizada por un estricto límite temporal (máximo 60 días).

Implica, por demás, la formal vinculación del sujeto pasivo de la acción penal, al proceso. No obstante que el artículo 267 consagra una intervención del indiciado en la recolección de elementos materiales probatorios, no se ha precisado la obligación de la Fiscalía de informar a todo indiciado que es sujeto pasivo de una indagación por lo cual, prácticamente, dicha actividad está supeditada a que se entere o, como dice el Código, “advierta” que es investigado.

Siendo ello así, si bien es cierto la indagación posibilita el ejercicio al derecho de defensa, no lo garantiza, y tal garantía sólo surge a partir de la formulación de imputación pues deberá respetarse su ejercicio de manera permanente.

Ahora bien, los efectos que conlleva la formulación de imputación implican que se desborde su concepto de simple información.

En primer lugar, se activa la posibilidad de adoptar medidas cautelares personales y patrimoniales. Ni las medidas de aseguramiento, ni los embargos, secuestros (medidas cautelares patrimoniales de mayor agresividad que otras consagradas en el ordenamiento) pueden ser adoptados antes de la formulación de imputación.

De otra parte, implica la suspensión del término de la prescripción de la acción penal, para activar otro de menor duración.

Pero lo que es más importante, radica en que abre la posibilidad de activar una de las formas más sugestivas de terminación anticipada del proceso: el allanamiento a los cargos formulados. Evento en el cual, la imputación se transforma en acusación³³. No detendré la atención en la consideración normativa que lo caracteriza como un acuerdo, por ser objeto de otra ponencia, pero si enunciaré los problemas jurídicos que emana de esta característica, como es el que alude al contenido de la imputación, su respaldo en medios cognoscitivos, y el control judicial de la imputación.

33 Artículo 293 inciso primero Ley 906 de 2004

Previo a ello, a manera de conclusión, estos comentarios preliminares nos invitan a estimar que la formulación de imputación, no puede ser comprendido como un simple acto de información de la Fiscalía al sujeto pasivo de la acción penal, sino que posee un contenido material que trasciende la audiencia preliminar en la cual se formula, para impregnar el proceso en sí y las facultades de la defensa material y técnica, así como las potestades de los jueces tanto de control de garantías como de conocimiento.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS SUSCITADOS

CONTENIDO DE LA IMPUTACIÓN

El artículo 288 del Código establece su contenido:

“Artículo 288. Contenido. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
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.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación, y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo”. (Se resalta)

La gran discrepancia ha surgido respecto al numeral 2°, específicamente en la parte resaltada, que implica determinar si la imputación debe ser fáctica, como lo indica la norma o si ¿su relevancia jurídica implica precisarla, además, en términos jurídicos? Para responder este interrogante es necesario, se insiste, contextualizar este acto procesal.

Si lo entendemos como un acto de comunicación, para que pueda surtir los efectos esperados de toda comunicación, esto es, que el mensaje llegue a su receptor, deber ser clara, completa, expresada en términos sencillos.

Si se limita a una descripción fáctica, resulta incompleto el mensaje, pues, el imputado desconocería las consecuencias jurídicas que los hechos desplegados le generan.

Siendo ello así, ¿cómo posibilitar que manifieste de manera libre, conciente, voluntaria, informada y asesorada, su intención de allanarse o no a los cargos?³⁴

En virtud de las implicaciones que produce el allanamiento a cargos, decisión que implica la renuncia a garantías fundamentales que le asisten al imputado, como son el derecho a no auto-incriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de pruebas y sin dilaciones, debe exigirse una precisión jurídica. De lo contrario, se estarían soslayando bases propias del debido proceso inmerso en un Estado Social de Derecho, sustentado en las garantías fundamentales del individuo

Esta polémica ha venido depurándose con la evolución del sistema en estos pocos meses. En primer lugar, porque los Fiscales cuando acuden a la audiencia preliminar, se están cuidando de abarcar la imputación jurídica de la conducta, advirtiendo por demás límite punitivo que pudiese generarse. En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de casación de 20 de octubre de 2005, puso fin a las interpretaciones encontradas que se venían presentando. Por la importancia y trascendencia del aspecto, me permito transcribir el aparte correspondiente:

“Aun cuando la Comisión Constitucional Redactora del código no dejó de ocultar su inclinación por una imputación fáctica, no debe perderse de vista que la íntima conexión entre el derecho penal sustancial y el instrumental, permite afirmar que éste solo puede ocuparse de las investigaciones de conductas previamente definidas en la ley, razón por la cual la imputación jurídica resulta siendo esencial, máxime tratándose de la aceptación de cargos o de formas de terminación abreviada del proceso.

Con ello, por demás, se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, el conocimiento de los hechos que se atribuyen a sus correspondientes consecuencias jurídicas, y se permite que debido a ese conocimiento, libre y voluntariamente pueda el imputado optar entre aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar en el juicio para discutir los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra”.³⁵

No obstante el aparente consenso sobre el contenido fáctico y jurídico de la imputación, aún se escuchan voces aisladas que defiende un simple acto de comunicación fáctico.

34 Artículo 131 Ley 906 de 2004.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala penal, casación No. 24026, octubre 20 de 2005, MP. Mario Solarte Portilla.

Sin embargo, al defender el contenido jurídico de la imputación en virtud de los efectos que produce, surgen otros problemas jurídicos.

CONTROL JUDICIAL DE LA IMPUTACIÓN

¿Puede el Juez de Control de Garantías efectuar un control material sobre los términos de la imputación?

Quienes responden de forma negativa este interrogante, estiman que el sistema es de naturaleza adversarial, en virtud de lo cual el juez no puede intervenir para enderezar los errores de una parte -el fiscal- porque desborda el principio de igualdad de armas al apoyar la intervención de uno de los intervinientes, y desprotege al imputado y su defensor, en la medida en que el acto de imputación es de resorte exclusivo de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal y, si se equivoca en los términos de su formulación, acarrea con las consecuencias de ello y muy probablemente no va a poder sustentar una teoría del caso, lo cual generaría una sentencia absolutoria.

Sin embargo, ya la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera expresa sobre este aspecto afirmando categóricamente que nuestro sistema procesal no es necesariamente adversarial, al señalar:

“Además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso *adversarial* entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.”³⁶

36 Corte Constitucional, Sentencia No. C-591, 9 de junio de 2005, MP. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

En estas condiciones, sobre esta base, en lo que respecta estrictamente a la audiencia de formulación de imputación, se deben revisar las diferentes situaciones que se presentan, que obligan a que el juez adopte una postura activa, y asuma, también en esta audiencia preliminar, un control material sobre la imputación.

CARENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL

Los artículos 70 y 71 del Código, establecen cómo la querrela y la petición especial se constituyen en condiciones de procesabilidad para ciertos delitos y exigen una legitimidad que radican en determinadas personas y, adicionalmente, para delitos querellables. Por su parte, el artículo 522 consagra la conciliación como condición de la misma naturaleza.

Esto indica que no podrá formularse imputación para ciertos delitos, sin acreditar estas condiciones objetivas de procesabilidad, lo cual debe verificarse antes de dar paso a la formulación de imputación. De no acreditarse estos presupuestos, no será posible permitir la formulación de la imputación

DEFICIENTE ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS DE CONTUMACIA

El Código ha establecido la posibilidad de que el proceso penal sea adelantado sin la presencia del sujeto pasivo del mismo. Sin embargo, de conformidad con el pronunciamiento que declaró constitucional esta situación, ella debe ser excepcional.³⁷

Entre las figuras que se generan por la ausencia del inculpado está la denominada “contumacia”. Se trata de una figura novedosa en nuestro sistema. Está condicionada a una clara renuencia de aquél para asistir al proceso, concretamente a la audiencia de imputación y tiene como presupuesto que se tenga noticia veraz sobre el sitio donde puede ser citado, que recibió la citación y no obstante ello, se ha negado a acudir a la audiencia.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de este acto procesal, ya señalada, es fundamental, para no afectar con nulidad la actuación, que se acrediten claramente los mecanismos que se utilizaron para efectuar la citación, y que por consiguiente la ausencia del indiciado obedece a su decisión, por ser injustificada.

37 Íbidem.

En la práctica se han generado dificultades para asimilar la trascendencia de este aspecto, no obstante que en esta audiencia se activa el derecho a la defensa, y se establece la posibilidad de una rebaja punitiva por aceptación de la imputación. Por ello se acude ante el juez de garantías con copia de una boleta de citación o telegrama, sin acreditar si efectivamente la dirección allí plasmada corresponde a la de la residencia de la persona, o sin acreditar la idoneidad del mecanismo de citación, como por ejemplo cuando se utiliza la vía telefónica exclusivamente, dejando razón con quien contestó, pero no se complementó con otro mecanismo de citación o no se verificó que la persona citada hubiese recibido el mensaje.

Estas dificultades suelen generar pronunciamiento judicial en virtud del cual se abstiene de declarar la contumacia del imputado y por ello la audiencia no puede proseguir.

RESPALDO DE LA IMPUTACIÓN EN MEDIOS COGNOSCITIVOS

Efectivamente, la captura en situación de flagrancia ha generado un fenómeno que se ha venido convirtiendo en una práctica judicial. Consiste en que se promueven de manera simultánea y dentro del término de 36 horas posteriores a la captura, tres audiencias de naturaleza totalmente diferente. La preliminar para legalizar la captura, la audiencia para formular la imputación y, finalmente, la audiencia en la cual se solicitará la imposición de medida de aseguramiento.

Sea esta la oportunidad para señalar cómo, en mi criterio, esta costumbre puede, y de hecho ya se ha generado, afectar severamente la estructura del proceso y vulnerar el “principio de la igualdad de armas” que caracteriza el sistema acusatorio, y sin el cual se podría desnaturalizar despojándolo de su contenido democrático sustentado en la igualdad entre las partes, para adquirir visos de arbitrariedad. Veamos por qué:

Tanto la Constitución como la Ley 906 de 2004, han establecido el término de 36 horas para la legalización de la captura, término razonable teniendo en cuenta los presupuestos normativos y probatorios que deben respaldarlos.

Pero, la formulación de imputación implica un proceso de indagación que permita establecer, a través de medios cognoscitivos, que el indiciado es el autor o participe de una conducta delictiva, lo cual conlleva que tales medios demostrativos estructuren la tipicidad objetiva del correspondiente delito. Ello implica que cuando el fiscal opta por formular imputación, cuenta con un proceso de indagación que sólo resta ajustar o perfeccionar durante los escasos 30 días que se activan a partir de ese acto procesal, para presentar escrito de acusación; o que esté en condiciones de convertir esa imputación en acusación de forma automática

e inmediata, si el imputado se allana a los cargos, por lo cual, los resultados de la indagación estarán en capacidad de soportar una sentencia condenatoria.

Pero, no todos los casos de sorprendimiento en flagrancia, generan la evidencia probatoria suficiente para alcanzar los efectos señalados. Algunas conductas de especial complejidad o la misma pluralidad de capturados y de conductas desplegadas, exigen un proceso investigativo más prolongado a aquel de las 36 horas.

Lo que la práctica nos ha puesto de presente en estos meses de implementación del sistema es el sacrificio, en algunos eventos, de valores intrínsecos a los fines de la administración de justicia, como son la búsqueda de la verdad y alcanzar la justicia, en aras de lograr que los autores del delito permanezcan privados de la libertad a través de la imposición de una medida de aseguramiento.

Ante este panorama, estimo que la intervención del juez de control de garantías se hace necesaria en algunos casos específicos en los cuales la Fiscalía pretende efectuar imputaciones de manera apresurada y sin contar con el respaldo en elementos materiales probatorios, evidencias físicas o información legalmente obtenida, que respalden la inferencia razonable de autoría o participación.

Debe considerarse cómo, a través de la imputación, se afecta por primera vez el buen nombre del ciudadano que es vinculado a una investigación como posible autor de una conducta delictiva. Ello exige del Estado un acto responsable, consecuencia de un proceso investigativo serio, que descarte a todas luces un acto de arbitrariedad.

Por ello, si bien es cierto en la audiencia de formulación de imputación no hay descubrimiento probatorios, lo cual está perfectamente claro, ello no puede implicar el desconocimiento de las exigencias del artículo 287, que obliga a que la inferencia razonable de autoría o participación, se construya sobre la base del recaudo de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, por demás idóneos para acreditar la conducta delictiva atribuible.

Se trata de un presupuesto que la fiscalía debe acreditar en la audiencia, para efectos de que el juez pueda constatar que su proceder no es autoritario, sino que la afectación del derecho fundamental al buen nombre del indiciado que pretende convertirse en imputado, realmente se hace razonable atendiendo los fines que busca, como son perseguir el delito, judicializar a su posible autor, tratar de restablecer los derechos vulnerados, proteger a la víctima y a la comunidad. Pero para ello debe acreditar que se está ante una conducta delictiva y aquella persona que está presentando ante el juez, es el posible autor de la misma no a través de una argumentación, sino de los resultados de un proceso investigativo.

Si no fuera así, el acto de imputación no sería público y ante un juez constitucional, sino privado entre la Fiscalía y el sujeto pasivo de la misma.

Recapitulando, estos argumentos sustentan, en consecuencia, la razonabilidad para que se acepte que la formulación de imputación es un acto de comunicación de la Fiscalía al imputado sobre la naturaleza de la conducta delictiva que le atribuye, pero respecto del cual debe existir control judicial.

Surge otro problema jurídico y radica en determinar la naturaleza del pronunciamiento emitido por el juez, cuando no permite la formulación de imputación en las situaciones descritas.

A la luz de las providencias judiciales que establece el artículo 161 de código adjetivo, estimo que esta decisión adquiere la naturaleza de auto por cuando se está pronunciando respecto a un aspecto sustancial del proceso y, siendo ello así, en concordancia con el artículo 176, sería susceptible de recursos tanto de reposición como apelación, pero en el efecto devolutivo, pues la actuación no tiene por qué suspenderse, por el contrario, la Fiscalía puede continuar perfeccionando su proceso de indagación.

3. MODIFICACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Ésta puede ser considerada una práctica judicial adoptada durante los primeros meses del sistema, pues el ordenamiento legal no lo consagra.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del acto procesal de la imputación, respecto al cual ya me he referido, conviene revisar con detenimiento esta situación.

En primer lugar, debe precisarse que las audiencias que se han atendido con fines de modificación de la imputación, han surgido como consecuencia de dos situaciones concretas:

- El cambio de criterio entre el fiscal que inicialmente asumió el caso, generalmente de la URI, y el radicado que lo recibió luego de formulada la imputación.
- Cuando surgen nuevos elementos de convicción que permiten hacer variar los términos fácticos y/o jurídicos de la imputación.

Previo a abordar el análisis de cada uno de estos presupuestos, conviene recordar, como ya se había señalado, que la formulación de imputación solamente esta limitada por el término de la prescripción de la acción penal. Esto implica un extenso periodo en el cual la Fiscalía recauda medios de convicción para estructurar su caso, de tal suerte que cuando imputa, ya ha recorrido un camino importante en la indagación y sólo le resta incursionar en la inves-

tigación estrictamente limitada por 30 días o a más tardar 60. La flagrancia y la necesidad de dejar privado de la libertad al autor de la conducta delictiva, ha sido el fenómeno que ha producido que se formulen imputaciones de manera apresurada.

Es así cómo el caso es asumiendo en la Unidad de Reacción Inmediata y el fiscal de turno acude a la audiencia preliminar y con los medios de convicción que posee, recaudados en menos de 36 horas, formula la imputación.

Esto da paso a las situaciones que se comentan. Veamos:

El fiscal de la URI le atribuye determinada denominación jurídica a la conducta que imputa, pero cuando asume el fiscal radicado, no la comparte, caso en el cual opta por promover audiencia preliminar para efectos de modificar la primera imputación formulada.

Esta situación debe analizarse de manera ponderada a fin de establecer si, para el caso concreto, se afectan o no garantías procesales. Es así como podemos establecer:

A. Si el imputado se allanó a la imputación. En este caso deben considerarse dos variantes:

- a) si la modificación agrava los términos de la imputación.
- b) si la modificación hace menos gravosa la imputación.

En una u otra situación las soluciones pueden ser diferentes. En el primer caso, toda vez que el imputado posee el derecho a allanarse a la imputación, debe adoptar esa decisión con sustento en el acto de imputación atendiendo los términos utilizados para ello y los medios de convicción que los respaldan. Siendo ello así, el error de la Fiscalía o el cambio de criterio de sus funcionarios, no puede afectar las garantías del imputado y si aquella optó por imputar con el recaudo de evidencia que utilizó en la correspondiente audiencia, tal intervención debe tomarse como acusación y, por ello, determinará la pauta para la congruencia con la sentencia.

En el segundo evento, toda vez que se trata de atenuar la conducta imputada, bien puede advertirse ante el juez de conocimiento en la audiencia de revisión del allanamiento e individualización de pena, pues éste debe fallar con sustento en las evidencias que acompañan la acusación, por lo cual, si éstas indican una conducta menos lesiva, debe fallar con base en lo probado, degradando los efectos jurídicos de la imputación.

B. Si el imputado no se allanó a los cargos. En este evento habría que ponderar si dicha modificación se efectúa estando avanzado el término de 30 días que la Fiscalía tiene para acusar y la defensa para recaudar los elementos probatorios

para defenderse. Si ha avanzado considerablemente, el transcurso del término se vería afectado el derecho a la defensa, pues el imputado y su defensor, tendrían que variar su actividad investigativa, con base en la variación que se le sugiere. Teniendo en cuenta las características de esta situación, estimo que debería revisarse de manera espacialísima cada caso concreto para efectos de no sacrificar la estructura del proceso y afectar garantías fundamentales.

La variación surge como consecuencia de nuevos elementos de prueba recaudados. Esta alternativa también debe revisarse a la luz de las dos variantes propuestas por el numeral anterior:

- A. Si el imputado se allanó a los cargos. Es este caso no sería admisible la variación de la imputación con sustento en nuevos elementos de convicción, pues la manifestación de allanamiento por parte del imputado, convierte ese acto de imputación en acusación y siendo ello así, la tarea de indagación de la Fiscalía se debe suspender, pues de lo contrario el imputado que se allana no tendría seguridad jurídica de los términos de su imputación, de tal manera que las nuevas condiciones de imputación puede no favorecerle o no estar de acuerdo con ello, caso en el cual podría variar su determinación de allanarse y surgiría una dificultad sobre el conteo de los términos procesales, además de la inseguridad de la actuación. De hecho, estimo que una variación en estas condiciones puede ser considerada como desleal por parte del ente investigador, quien no sólo contó con la posibilidad de tomarse el tiempo necesario para formular la imputación, sino con todos los medios instrumentales para ello.
- B. El imputado no se allana a la imputación. Sería viable proceder a la variación de la imputación por el hallazgo de nuevos elementos de convicción, porque entonces la Fiscalía se encuentra desarrollando precisamente el proceso de investigación y en el curso del mismo puede encontrar nuevas evidencias que alterar el análisis fáctico o jurídico de la imputación. En este caso, el juez de control de garantías tendría que adoptar los mecanismos necesarios para garantizar la igualdad de armas en el proceso y posibilitar que la defensa pudiese atender la variación sin ver afectado el proceso de construcción de su defensa.

4. CONTROL DEL JUEZ DE GARANTÍAS SOBRE EL ALLANAMIENTO A CARGOS

Si bien es cierto que el inciso segundo del artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, radica en el juez de conocimiento la obligación de determinar si el allanamiento a cargos fue libre, voluntario, espontáneo, son varias las razones

que nos han permitido, en la práctica judicial, avalar la intervención que el juez de garantías efectúa para esa verificación. Son éstas:

La posibilidad de que los vicios de comprensión sobre los términos de imputación y los efectos de la decisión de allanarse a ella sean subsanados en la misma audiencia.

En el desarrollo de la audiencia de imputación el juez de garantías debe desarrollar un papel activo tendiente a verificar que la imputación se haya realizado en términos claros, comprensibles y completos, para de la misma forma garantizar que el imputado está comprendiendo los términos de su formulación. De no ser así deberá hacer los requerimientos necesarios para que la Fiscalía ajuste su intervención. El conocimiento pleno de las circunstancias que sustenta la imputación, determina como garantía a la renuncia a sus derechos de no auto-incriminación, que está debidamente informado y que comprende los efectos de su allanamiento.

En consecuencia, se debe posibilitar la comunicación disipada entre defensor e imputado para que se pueda generar el asesoramiento correspondiente en la audiencia.

De no ser ello así, podría viciarse la manifestación de allanamiento y, por consiguiente, se podría estar produciendo un desgaste innecesario de la administración de justicia.

La costumbre según la cual los imputados, una vez han recuperado su libertad, no retornan a los estrados judicial, lo cual haría imposible una verificación por parte del juez de conocimiento.

El respeto por la administración de justicia está bastante deteriorado en nuestro país y a ello debe sumarse el temor que le asiste a un inculcado de verse privado de la libertad si acude a los estrados judiciales.

Siendo ello así, atendiendo la proliferación de casos de flagrancia que se atienden, si el juez de control de garantías no opta por realizar una tarea de verificación sobre las condiciones que establece el artículo 131 del Código, en concordancia con aquel inciso segundo del artículo 293 ya citado, no hubiese podido emitirse en este año del sistema la cantidad importante de sentencias condenatorias en virtud del fenómeno que se analiza: allanamiento a cargos.

Recuérdese que el artículo 131 consagra como obligatoria la verificación de las condiciones de renuncia a derechos fundamentales, como la de guardar silencio o acudir al juicio oral, en virtud de lo cual, si la tarea del juez de garantías fuera eminentemente formal, no hubiera sido viable este mecanismo de terminación anticipada del proceso.

De esta manera espero haber socializado y generado las inquietudes que permitan generar un activo debate sobre los temas tratados, advirtiendo por

demás cómo la solución de los casos específicos planteados en la práctica judicial, enriquecen el panorama interpretativo de los diferentes fenómenos procesales de nuestro sistema penal con tendencia acusatoria.

II. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

PONENTES: JOSÉ REYES RODRÍGUEZ
Juez penal de Circuito especializado
CARLOS TORRES
Fiscalía General de la Nación
NÉSTOR NOVOA
Fiscalía General de la Nación
MIREYA GONZÁLEZ PRECIADO
Jueza penal del Circuito.

“El delincuente es un deudor, que no sólo no devuelve las ventajas y anticipos que se le dieron, sino que incluso atenta contra su acreedor”. Aún así, “La justicia, ‘que comenzó con todo es pagable’, todo tiene que ser pagado, acaba por hacer la vista gorda y dejar escapar el insolvente.”
(La genealogía de la moral, Tratado Segundo, Apartados 10 y 11, Friedrich Nietzsche).

1. EL DELINCUENTE COMO DEUDOR Y EL DERECHO COMO CONTRATO

Si con Friedrich Nietzsche, asumimos que la justicia, aún en su primer nivel –el de su prehistoria-, es la buena voluntad entre hombres de poder aproximadamente igual, de “entenderse”, de “ponerse de acuerdo entre sí”; si con él, entendemos que la relación fundamental del hombre con la comunidad es algo así como el vínculo “deudor-acreedor”, de suerte que el delincuente es un “deudor”; si así mismo aceptamos, que donde quiera que se ha ejercido justicia, un poder fuerte busca medios para poner fin al insensato furor del resentimiento, entre gentes más débiles situadas por debajo de él; si no hay controversia en cuanto que esa facultas suprema se consolida con el establecimiento de la ley, o sea, “la declaración imperativa acerca de lo que en general ha de aparecer a sus ojos como permitido, como justo, y lo que debe aparecer como prohibido, como injusto; si por tanto, “solo a partir del establecimiento de la ley existe lo “justo” y lo “injusto”, o por lo menos su aspiración brinda un parámetro comprensivo de lo que ha de entenderse como lo genuinamente

justo; y más sin embargo, la “justicia”, que comenzó con “todo es pagable, todo tiene que ser pagado”, por la razón que fuera, acaba por hacer la vista gorda y dejar escapar al insolvente.³⁸

Si la historia lo marca así, entonces entenderemos que en la materia de lo penal, esto del principio de disposición de la acción penal, al que hoy atañen figuras procesales como los acuerdos, las negociaciones, los allanamientos o aceptaciones de cargos, el criterio de oportunidad, que no deja de despertar sensibilidades adversas entre muchos, en contraposición al principio de la legalidad a ultranza o eso de que “todo tiene que ser pagado”, de lo que se nos viene hablando ahora con tanto énfasis, no es inventiva de éstos tiempos.

Bajo esta perspectiva, siendo que la configuración de lo justo está en la ley, y ésta es hecha por un legislador delegado del pueblo, quien fijó y firmó el acuerdo y sus alcances, “contrato” de convivencia entre la comunidad, la relación acreedor-deudor del Estado para con el infractor de sus mandatos penales, se torna legítima. Como legítimo es entonces, que en ese mismo papel, la ley haya dispuesto, que la opción de un procedimiento diverso y breve, la dimensión de la responsabilidad del infractor, la medida de la represión o consecuencia de sus desatenciones legales, como es de común uso frente a otros conflictos sociales y jurídicos, pueda hallarse a través de las negociaciones, de los diálogos, de los acuerdos, entre el depositario directo o delegado de la ofensa —El Estado— y el ofensor, en relación de acreedor-deudor, y un sino contractual del que no se pueden separar.

2. DEL SIGNIFICADO DE LOS VOCABLOS, “ACUERDO”, “PREACUERDO” Y “ALLANAMIENTO”

Así, para comprender el significado de conceptos jurídicos, como “acuerdos”, “preacuerdos”, “allanamientos” o aceptaciones de cargos, cuyo uso asistemático, por momentos indistinto, cuando no ambiguo, en la confección de la ley, aunada su desatención gramatical en la hermenéutica, ha dado para acuñar la más disímiles acepciones, en todas las jerarquías institucionales; ello, además,

38 Sea porque —en palabras de Friedrich Nietzsche en su *Genealogía de la Moral*— el poder de la comunidad se ha acrecentado al punto que la infracción del individuo, no le resulta peligrosa o subversiva para su existencia, como que el “acreedor se ha vuelto más humano en la medida en que más se ha enriquecido”, y entonces “¿Qué me importan a mí propiamente mis parásitos?, podría decirse entonces, que vivan y que prosperen: ¡soy todavía bastante fuerte para ello!, o por lo contrario, es decir, porque el poder de los Estados ha sido frágil, o por lo menos insuficiente, para hacer verdad ese “todo es pagable, todo tiene que ser pagado”.

llevando a que frente a situaciones análogas por sus hechos, se vengan dando soluciones jurídicas diversas, contra caros derechos como el de la igualdad, la seguridad jurídica, en tan puntuales temas como los que tocan las controversias planteadas en albores, que a través de este estudio se pretende resolver.

La ley 906 de 2004, en muchas de sus normas, utiliza el vocablo “acuerdos”, al que refiere el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como: “Acuerdo (De acordar): Convenio entre dos o más personas; conforme, unánime. Estar, ponerse de acuerdo. Formula para manifestar asentimiento o conformidad.” Y el Larousse lo significa como: Resolución tomada por una o varias personas: lo hicieron por común acuerdo. Unión: reinaba el acuerdo entre ellos. (Sinónimo V. Armonía y unión) / de acuerdo, m. adv., de conformidad, unánimemente: *Ponerse de acuerdo*. Pacto. Tratado”. (Sinónimo. V. Convenio).

Puede decirse, entonces, según entendimiento gramático, que acordar es “unir voluntades”, lograr el “consenso”, la “armonía”, la “unión”; acabar con la diferencia, con el conflicto; pactar.

¿Cómo conseguir la unión de voluntades? ¿Cómo lograr el consenso? ¿Cómo pactar? Eso es cuestión de método.

Los contratos civiles, que son justamente clases de pactos, de consensos, de acuerdos, consolidación genuina de la relación acreedor-deudor, de la que dimos cuenta al comienzo, dan pauta cercana a nuestro presente.

Hay contratos de *libre discusión*. La unión de voluntades, el consenso, se busca y se logra a través de la discusión, de la negociación, del diálogo, del acercamiento. La dinámica de la discusión se mueve en relativo pie de igualdad; cada cual presenta sus puntos de vista, sus pretensiones, los discuten. No hay en las partes un marcado poder, o posición dominante; por eso, se hallan en disposición de ceder y lo hacen.

Hay también contratos de *adhesión*. En ellos predomina una oferta, una presentación, de una parte, y de la otra su simple aceptación, sin más; sin fórmula de negociación, de discusión. Lo toma o lo deja. Hay predominio de una de las partes, que ostenta el poder; que tiene posición de dominio sobre la otra; que no le importa lo que la otra piense. Fija sus cláusulas, sus pautas y la otra, en posición de inferioridad, no tiene más opción que aceptarlas. El dialogo raya, sin serlo, con el monólogo. Una parte ofrece y la otra dice “sí”, o dice “no”.

En ambos casos, sin embargo, hay “acuerdo”, hay consenso, hay unión de voluntades; pues de otra suerte no habría contrato. Ese prestar el consentimiento, el acuerdo, es de la esencia de los contratos. En uno y otro caso, más allá de las “negociaciones”, se llega al “acuerdo”. Este se logra de diversas formas; uno, a través de la discusión, dos, mediante la simple aceptación de una oferta.

Igual pasa con las figuras jurídicas en comentario, halladas en el procedimiento penal; esto es, los “acuerdos”, los “preacuerdos”, la “aceptación de cargos” o “allanamientos”. Los *acuerdos* son el género. Acordar es unir voluntades, lograr el consenso. ¿Qué y como hacerlo? Es también cuestión de *método*, de estrategia; de sopesar en perspectiva, frente a sus pretensiones, quién tiene la posición dominante. Los *preacuerdos* o *negociaciones* por una parte, y las *aceptaciones de cargos* o *allanamientos* por la otra, son *especies*; ambas son métodos para unir las voluntades; para acordar, para lograr consenso. Tanto acuerdan las partes, cuando ante el Juez de control de garantías, una hace la imputación y la otra la acepta, como cuando allá, en el ámbito de sus “privados” desenvolvimientos, entran en conversaciones, acuerdan y después arriban ante el Juez de conocimiento, presentando la responsabilidad preacordada. Haciendo el símil, frente a la materia civil, la primera categoría de acuerdo sería un típico contrato de adhesión; el último, en tanto, de libre discusión.

De lo anterior, como propuesta, el exhorto para que cuando la ley 906 de 2004 en su texto refiera términos como “acuerdo”, o “acordar”, se entienda, según su gramática -que no contraría la lógica, el sistema, las finalidades normativas ni ningún otro parámetro hermenéutico-, un género de actitud procesal, demarcado en el amplio contexto de lo que significa unir las voluntades de las partes; que puede hacer de sinónimo a la palabra “preacuerdo”, como que en su naturaleza la contiene, pero también de “allanamiento” a la imputación, en tanto que siendo un declive, un plegarse de la voluntad a aquella, lo es igualmente. Entiéndase que cuando la ley utiliza la palabra “acuerdo”, puede estar refiriéndose, indistintamente, a un preacuerdo, o a un allanamiento, o a una u otra figura, con exclusión de la otra.

Es de creer que la confusión deviene del desafortunado uso del lenguaje por parte del legislador, en el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, cuando dice que “Si el imputado, por iniciativa propia o por *acuerdo* con la Fiscalía acepta la imputación ...”, entendiéndose, de manera equívoca, que si el imputado toma la iniciativa y acepta la imputación, se desnaturaliza la convergencia de voluntades y, de contera, la palabra acuerdo que sobreviene, el texto no estaría en copula sino en disyunción, siendo que el sentido natural y obvio de la acepción dice otra cosa.

Para nosotros, en esta norma el legislador, en algún trastoque de la confección legal, extravió el prefijo “*pre*” para con la palabra “*acuerdo*”, que situándolo ahí, le otorga completa congruencia. Ello, porque en efecto, bien se comprende, en sistemática perfecta con las demás normas -en especial con su propio inciso siguiente y los artículos la 351 y 447, que “... si el imputado, por iniciativa propia o por “*preacuerdo*” con la Fiscalía, acepta la imputación, se entenderá que lo

actuado es suficiente como acusación”. ¿O será que el “acuerdo”, aún si lo entenderíamos sólo como “preacuerdo”, no está sometido a las verificaciones previstas en la norma 131 del mismo Código? ¿No es acaso también una de las maneras cómo el imputado hace uso del derecho a renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral?

Bajo esta comprensión de la palabra “acuerdo”, salta a la vista que el legislador también vino mal, cuando tituló el libro III, Título II, como “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado”, sobrando por contera en esta ocasión el prefijo “pre” de la palabra “acuerdo”, que a esta confusión ha agregado su ingrediente, debiéndose leer entonces, “Acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado acusado”, al que se integran sin resistencia tanto las aceptaciones de cargos como los preacuerdos, figuras aludidas y desarrolladas en las normas que integran el Título.

Si no es entendido así el Título, o sea, como “acuerdos”, comprendidas ambas especies, la confusión se hará mayor, entre figura género o tipo y sus modalidades, dadas en cuenta por la norma 153, que intitula las “Modalidades”. La norma contempla que “La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación”, agregando que “También podrán el fiscal y el imputado llegar a preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias ...”. Se plantea la siguiente pregunta: ¿Sería lógico, acaso, que una de las modalidades de los preacuerdos fueran los propios preacuerdos, y la otra la aceptación de cargos por propia iniciativa o allanamiento?

Para hallar tales diferencias, es preciso observar también, que en cuanto hace con la oportunidad para dar curso a sus desarrollos, el Código de Procedimiento Penal otorga tratamientos disímiles, acordes con su estructura, a la aceptación de cargos o allanamiento a los mismos, que a los preacuerdos y negociaciones; con respecto a los primeros fijó *tres momentos procesales* y con ocasión de los últimos estableció *dos lapsos*.

Momentos procesales, en los que son dables los allanamientos o aceptaciones de cargos:

En la audiencia de imputación, ante el Juez de Control de Garantías; la rebaja punitiva será de hasta la mitad (Arts. 288-3 y 351 C.P.P.).

En la audiencia preparatoria, ante el Juez de conocimiento; la rebaja de pena va hasta la tercera parte (Art. 356-5).

Instalada la audiencia de juicio oral, cuando se le pregunta al acusado si se declara inocente o culpable; ante el juez de conocimiento, el descuento será de una sexta parte.

Lapsos procesales en los que es posible realizar preacuerdos y negociaciones:

Desde que se formula la imputación y hasta antes que el fiscal presente el escrito de acusación. La rebaja de pena va hasta la mitad (Arts. 350 y 351 C.P.P.).

Presentada la acusación y hasta que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral. La rebaja de pena será de una tercera parte (Art. 353 C.P.P.).

3. DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS “ACUERDOS” (PREACUERDOS Y ALLANAMIENTOS)

Si -con Nietzsche- en todos los lugares donde se haya ejercido justicia, un poder fuerte busca medios para poner fin “al insensato furor del resentimiento”, entre gentes más débiles, situadas por debajo de él (bien se trate de grupos, bien se trate de individuos), “quitándoles de la mano de la venganza el objeto del resentimiento”, colocando en el lugar de ésta la lucha contra los enemigos de la paz y el orden o, inventando, proponiendo y a veces imponiendo “acuerdos” donde, según se ha dicho, la ley es la configuración del “contrato”, las reglas del juego, dada una relación de “acreedor-deudor” -de una parte “la comunidad” y de la otra el delincuente-, alguien, teniendo como herramientas esas cláusulas y su pensamiento libre -independencia-, ha de zanjar las diferencias; será alguien ajeno a “sentimientos reactivos” -sin interés en la causa-, con “la elevada, clara, profunda y suave objetividad del ojo justo, del ojo juzgador”, que no se turbe “ni siquiera ante el asalto de ofensas, burla, imputaciones personales”, “una obra de perfección y maestría en la tierra”³⁹. Será el Juez.

Corresponde al Juez, entonces, separar lo justo de lo injusto y en ese sentido hacer sus declaraciones. Así, frente a los acuerdos, sea por la vía de los allanamientos a cargos, o a partir de preacuerdos, que constituyen renunciaciones a las garantías de guardar silencio, y de defenderse en un juicio oral y público, le corresponde verificar si fueron decisiones adoptadas en libertad, de manera consciente, voluntaria, *espontánea*, sincera, debidamente informada y *asesorada por la defensa* (Art. 131 y 293 C. de P.P.); o si por el contrario, obedecen a fuerzas extrañas, a la amenaza, a la fuerza, falta de entendimiento, de ignorancia, doblez,

39 Alguien en quien, en todo caso, no se debe creer con demasiada facilidad, pues es cierto que “... de ordinario, incluso tratándose de personas justísimas, basta ya una pequeña dosis de ataque, de maldad, de insinuación, para que la sangre se le suba a los ojos y la equidad huya ...”. (Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral*. Op. Cit., 1972, p. 85.

falacia, o carencia de asesoría jurídica, idónea y profesional; en otras palabras, si la aceptación de culpabilidad contenida en la determinación, no obedece a un consentimiento viciado, atiende a la ética, a la ley, y por sobre todo a la justicia.

¿Y cómo hacerlo? A través de la palabra, del dialogo; de un interrogatorio personal al imputado o procesado; que por demás es imprescindible.

Sobre el particular, existe consenso en torno de la necesidad y a la obligación que tiene el juez de verificar ciertamente que no se afecta ninguna garantía fundamental a propósito del acuerdo-contrato, sin embargo, no es pacífica la manera en que debe acontecer el dialogo al que se hace referencia, tal y como se verá.

La primera de las posiciones, debe concretar entonces, ¿Cómo se hace ese interrogatorio? ¿cómo lograr establecer a partir del diálogo con el imputado o procesado, que la asunción del acuerdo -del contrato-, fue espontánea, no obedeció a intereses egoístas, fue ajena al fraude, informada debidamente, asesorada, y no tuvo vicios en el consentimiento? No es tan fácil. No es simplemente decir ¿señor tal, usted fue libre cuando aceptó los cargos?; ¿usted era consciente de lo que hacía? ¿Lo hizo voluntariamente?; ¿fue espontáneo en esa decisión?; ¿fue debidamente informado?; o, ¿fue asesorado por su defensor? Eso puede ser un principio, pero no es suficiente. Ante esas escuetas preguntas, lo más probable es que el imputado o procesado, responda, sin ser consciente siquiera, como un autómatas, sí. Es preciso emprender un trabajo proactivo, en pos de verificar que se trata de un acuerdo pulquerrimo; ¿y acaso con eso, será suficiente?

Cada caso tiene su propia dinámica; sus particularidades fijan la pauta del interrogatorio. No es camisa de fuerza para el Juez hacer un determinado número de preguntas, ni un tipo u otro de ellas; pero es preciso hacer tantas, y de los estilos que sean necesarias, para estar seguros que la decisión subsiguiente, que para el Juez de conocimiento será necesariamente aprobar o desaprobar el acuerdo, sea justa. Justa en toda la dimensión de la palabra; sin reserva alguna. Que no quede en la conciencia del juez la mínima pesadez o el más ínfimo rezago, de haber condenado a un inocente. O haberle arrebatado a un culpable la oportunidad de una rebaja significativa en la represión. Ambas decisiones serán igualmente injustas. Que logre desvestir su toga y olvidar el caso; que no lo lleve a cuestras.

Se propone, en consecuencia, un orden al interrogatorio.

Lo primero es saber, frente a quién está el Juez; ¿quién es el imputado o procesado? Entonces habrá de verificarse sus nombres completos, su identificación, su lugar de origen, su grado de escolaridad, su ocupación y todo lo demás, que se halle necesario para responder tal inquietud.

Luego podrá hacerse preguntas que busquen responder un “¿esta persona es conciente, sabe lo que hace?”; entonces podrá cuestionársele sobre su sanidad

mental, presente o antecedente, adicciones a drogas, alcohol, ingestión de medicamentos que afecten la consciencia, etc.

Enseguida, procurándose saber si asintió en el acuerdo y está en ese acto porque es su voluntad, porque quiere, habrá de cuestionársele qué lo motiva a estar allí; si se siente presionado por alguien, o por algo distinto al hecho cometido, si alguien le ha hecho promesas o premoniciones desajustadas de las posibilidades legales, etc.

Para saber si el imputado o procesado fue asesorado adecuadamente por una defensa profesional e idónea, habrá de interrogársele si sabe y es conciente del derecho que tiene a un defensor; si lo tiene, cómo se llama, persona que funge como tal, desde cuándo ejerce en su caso, si ha tenido tiempo suficiente para discutir su caso con él, si lo ha hecho, qué tiempo ha invertido en ese trabajo, si está satisfecho con su gestión, si confía en él, si le ha dicho a su abogado todo lo que sabe acerca del caso, etc. Creemos, inclusive, que no estaría mal, así la ley no lo contemple, que se cuestione también al abogado sobre su trabajo, su idoneidad profesional, etc. Esto viene siendo un examen puramente formal, de la gestión del abogado.

El juez también debe hacer preguntas que conduzcan a responder, ¿qué sabe el imputado o procesado sobre el caso?, para verificar si está suficientemente informado y además si aceptó el acuerdo de manera espontánea o sincera, o por un interés ajeno a la justicia. Entonces deberá preguntarle si su abogado le ha explicado la terminología legal usada en la acusación, si la ha comprendido, si le ha explicado cada uno de los elementos de la ofensa de la cual se le acusa, si los ha comprendido, debiendo por contera verificarlo.

Para ello, debe colocarle de presente cada uno de los elementos del delito, valiéndose primero de la imputación fáctica, y si ahí no son hallados -porque la Fiscalía podría imputar conductas atípicas-, de su abstracta consideración legal, hasta establecer si los entendió y además si los acepta; si acepta la imputación, en toda su dimensión, como realización suya. Todo eso podrá concluir con un: ¿qué fue lo que usted hizo, qué lo motivó a declararse culpable? A esta respuesta deberá sobrevenir un acto de confesión, de aceptación material de los hechos imputados, de legítima extracción, tras la renuncia a guardar silencio que por su misma naturaleza, y por virtud de la ley, embargan los acuerdos (Art. 8, num. 1 C. de P.P.).⁴⁰

40 Art. 8. Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: ...
b) No auto-incriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del

Habrá de preguntarle también, sobre su conocimiento y entendimiento, acerca de la opción de ir a juicio, sus prerrogativas, los derechos que le asistirían en tal caso, si sabe de las posibilidades de condena; inclusive de su derecho a retractarse del acuerdo, hasta ese momento, etc.

Ya para terminar, el juez habrá de preguntar al imputado o procesado, si después de todo tiene alguna otra información, aclaración o advertencia, que quiera hacer o advertir, antes que se fije un veredicto frente al acuerdo presentado; ya habrá de preguntarle también si comprendió todas las preguntas del juez, si es conciente de las respuestas, si no fue así qué no comprendió, explicarlo si es preciso, si quiere corregir algo, etc.

El juez debe hacer la última pregunta, sólo cuando escuche el llamado de su fuero interno, cuando perciba esa actitud del alma, esa tranquila sensación, si se quiere, de haberlo hecho todo por acertar; y acertar es tomar la decisión correcta, y tratándose de administrar la justicia, específicamente de condenar, de imponer penas, porque la aceptación de acuerdos irredimiblemente conduce a una condena, excluir de suplicios a los inocentes; hacerlo sólo con los penalmente responsables, y en la estricta medida de su responsabilidad. El juez ha de hacer la última pregunta, cuando ya tenga clara la decisión que va a adoptar; y habrá de ser: señor tal, ¿quiere usted declararse culpable, de los cargos por éste y este delitos, que le imputó la Fiscalía? Y si la respuesta a ésta pregunta le trastoca la decisión que tenía prevista, habrá de hacer otras complementarias, para ver si la cambia o ratifica. Sólo hasta entonces habrá terminado.

Postura diversa se plantea en torno a la manera en que la verificación de que se trata debe abordarse por el juez de conocimiento y en qué medida esa comprobación o interrogatorio podría ser en exceso exhaustivo, a punto tal, que incluso pueda llegar a constituirse justamente en un mecanismo de presión más, para quien absuelve el interrogatorio, y comprometida de contera, esa disposición de libertad, voluntariedad y espontaneidad, cuando entre otras cosas, debe respetarse el rol de cada operador judicial.

cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; ... k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con mediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medio coercitivo, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate; i) *Renunciar a los derechos contemplados en los literales b) y k) siempre y cuando se trate de una manifestación libre, conciente, voluntaria, y debidamente informada. En estos eventos requerirá siempre el asesoramiento de un abogado defensor.* (Cursiva fuera de texto).

Para el caso del allanamiento, por ejemplo, se deja claridad de la actuación se ha surtido frente al juez de garantías, quien ante la manifestación de aceptación de la imputación, pasa a establecer de manera inmediata que ella corresponda a los postulados del artículo 293 del estatuto procesal, una vez ha explicado a quién pretende el mecanismo de terminación anticipada, las consecuencias, límites y alcances de la figura de que se trata, así como las renunciaciones que hace frente a un trámite normal del proceso; se deja en todo caso constancia, para cuando se adelanta la preliminar, de la intervención de defensor y su acompañamiento en la formulación de imputación y la decisión, a más por supuesto del asesoramiento debido de éste para la aceptación de cargos.

Planteadas así las cosas, se tiene entonces que para cuando la actuación llega al juez de conocimiento, dentro del marco de la ley 906 de 2004, se han sucedido varios filtros que una y otra vez apuntan a que se mantengan preservadas las garantías fundamentales de quien hace la aceptación de cargos; así, en primer término, aparece la intervención del defensor que, para la audiencia de allanamiento, ha informado necesariamente a su representado de los derechos y posibilidades que tiene frente a la imputación (artículo 125 No. 1); luego y ya por segunda vez, dentro del contexto de la audiencia, y en cumplimiento de la obligación de la fiscalía, acorde con el artículo 288 numeral 3°, procede el fiscal a señalar la posibilidad del allanamiento y a obtener una rebaja de pena, para en tercer lugar, darse la intervención del juez de garantías, que acto seguido a la imputación, recuerda a quién es objeto de la acción penal, el contenido del artículo 8°, y procede a asegurar que éste entienda claramente la actuación que se surte, los cargos que se le hacen y la significación de una aceptación de éstos, en consonancia con la situación fáctica expuesta por el fiscal y que vale la adecuación típica, concretando finalmente de viva voz del imputado, si conocido todo ello, hace manifestación de aceptación, si esta se surte sin coerción alguna, con la asesoría de su abogado, y en uso pleno de sus sentidos.

Agréguese, además, que igualmente el juez de garantías en cumplimiento del artículo 139, sobre los deberes específicos del juez, da alcance al numeral 6°, indica la obligación de dejar constancia expresa de haber cumplido con las normas referentes a los derechos y garantías del imputado o acusado, a más de las de las víctimas.

Como se observa, se cuenta con la intervención, en punto de las garantías, en una terminación anticipada, de los tres sujetos con roles determinados en la nueva sistémica procedimental, a saber: la defensa, la fiscalía, y el juez de garantías, para el caso del allanamiento; ello sin mencionar además, que se cuenta con la participación del Ministerio Público, que representa los intereses de la sociedad,

por manera que, el actuar del juez de conocimiento a efectos de aceptar o no el allanamiento, debe partir de lo acontecido ante el juez de garantías, y enmarcado en una trípode de verificación de los derechos de quien recibe el peso de la acción penal, requiriéndose sólo de un diálogo puntual.

Así, corresponde al juez de conocimiento (artículo 293 C.P.P.), luego de la intervención de la fiscalía para solicitar la aceptación, determinar que la situación fáctica expuesta que comporta la imputación jurídica, traída en términos de acusación, no en vano, lo que continua en el trámite es la emisión de la decisión de fondo, corresponde ciertamente a lo aceptado o allanado por el imputado, en pretérita oportunidad ante el juez de garantías, reseñando acto seguido, que el medio magnético soporte de la actuación ante el juez de garantías, da cuenta de las verificaciones hechas por él. Son ellas mismas las que entra a valorar el juez de conocimiento, con fundamento en lo cual, pasa a señalar si están preservadas o no las garantías fundamentales que le permiten la aceptación del allanamiento, y pasa a abordar los estadios procesales subsiguientes.

Obsérvese que, además, debe viabilizarse el principio rector de la oralidad, artículo 9°, en el que se señala el uso de medios técnicos para permitir agilidad y fidelidad en los procedimientos, de tal suerte que, no resulta pertinente, la duplicidad de funciones, y el juez de conocimiento rehaciendo la actuación surtida ya por ante el juez de garantías, máxime si, el medio técnico de que se trata, asegura la fidelidad del registro para los efectos que se estimen pertinentes; todo ello a tono con los moduladores de la actividad procesal (artículo 27 C.P.P.), que deben ser tenidos en cuenta por el juez para efectivizar los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en su actuar, justamente como lo señala la norma para evitar excesos contrarios a la justicia, entendida esta última como el sistema y procedimiento justo.

Resta abordar ahora lo atinente al actuar del juez de conocimiento frente a los preacuerdos o negociaciones, en los que sin intervención del juez de garantías, llega la actuación para la aprobación que también está atada al no quebrantamiento de garantías fundamentales (artículo 351 inciso 4°); procedimiento en el que la Fiscalía aborda la situación fáctica, con la consecuente imputación jurídica y los términos de la negociación, acuerdo-contrato, en el que necesariamente ha intervenido la defensa técnica, su representado y la Fiscalía, quienes lo suscriben. De allí que haga las veces de acusación, y contenga expresa constancia del conocimiento, de quien pretende el instituto, sobre sus derechos y contenido del artículo 8°, frente a lo cual, el operador de conocimiento efectúa el control en términos del artículo 293, para determinar la voluntariedad, libertad y espontaneidad al acceder a la figura, siendo éste quien explica los límites, consecuencias y alcances,

para proceder al pronunciamiento de aprobación o no. Es en su presencia y frente al imputado y la defensa, que se da vida y dinámica al escrito que contiene el acuerdo-contrato, y así se produce finalmente los efectos procesales subsiguientes, esto es, la emisión de decisión de fondo, que recoge los términos del preacuerdo.

Tiene el funcionario de conocimiento, además, una herramienta dada por el artículo 354 que trata de la prevalencia de la decisión del imputado o acusado cuando existe discrepancia con su defensor, que entroniza igualmente la verificación y salvaguarda de las garantías fundamentales.

Agréguese a lo anotado, que en todo caso, a propósito de la naturaleza de los preacuerdos o negociaciones y los momentos procesales en que se acontece ha tenido, quien es objeto de la acción penal, tiempo para racionalizar e interiorizar la imputación pretérita, surtida ante el juez de garantías, en asocio de su defensa y, por qué no, del Ministerio Público, siendo eso finalmente lo que lo lleva al acuerdo-contrato. De esta forma se provoca un rigorismo menor frente al contexto del diálogo propuesto en la tesis opuesta, que sin duda aparece como excesivo.

4. DE LA RETRACTACIÓN

La posibilidad de retractación de la aceptación de los cargos imputados por la Fiscalía deriva del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, que establece:

“(...) Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia (...)”.

En acápite anterior quedaron consignadas las razones para concluir que la aceptación de cargos y el preacuerdo, son especies del acuerdo, y si la naturaleza de éste es la suma de voluntades, lo jurídico es que cualquiera de las partes pueda retractarse antes de que se perfeccione la relación jurídica, lo que ocurre con la aprobación del juez de conocimiento.

Negar esta posibilidad es hacer nugatoria la prerrogativa del imputado o acusado a recuperar y hacer prevalecer sus derechos a guardar silencio, a no auto-incriminarse y, especialmente, a la presunción de inocencia (entre otros); circunstancia que además haría inoperante la norma rectora contenida en el artículo 8º, literal d, del nuevo Código de Procedimiento Penal, que establece para la defensa el derecho a que no se utilice en su contra la declaración de responsabilidad obtenida

en el marco de las conversaciones tendientes a un acuerdo entre las partes, bien sea por iniciativa propia, o fruto de un preacuerdo no perfeccionados.

5. DE LA PRUEBA MÍNIMA PARA ACORDAR

En materia de acuerdos, el inciso 3° del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, establece:

“(...) La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados y la Fiscalía, no podrán comprometer la presunción de inocencia y sólo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (...)”.

En atención a que la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía General de la Nación, y que la presunción de inocencia es un derecho irrenunciable del imputado o acusado, la sola declaración de culpabilidad no es suficiente para sustentar una sentencia condenatoria. Por lo anterior, corresponde al ente acusador acopiar y acreditar ante el juzgador un mínimo de elementos de conocimiento de la autoría o participación en el delito investigado, que sumado a la declaración de culpabilidad, genere en el mismo la convicción más allá de toda duda acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, de conformidad con lo previsto en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004.

Pensar lo contrario, sería abrir la puerta para que una persona investigada se pueda declarar culpable de un delito que no cometió, lo que puede ocurrir por motivos de diversa índole, por ejemplo, para encubrir al verdadero autor.

6. REINTEGRO COMO PRESUPUESTO NECESARIO DEL ACUERDO Y APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CUARTOS

En este punto, hay que adelantar varias precisiones:

6.1 En primer lugar, es necesaria una respuesta a la siguiente pregunta: ¿El condicionamiento del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, es también aplicable al allanamiento de cargos por iniciativa propia?

De conformidad con lo previsto en el citado artículo 349, la restitución de por lo menos el cincuenta por ciento del incremento patrimonial ilícito y el aseguramiento del recaudo del remanente, son requisitos necesarios para la aprobación del acuerdo entre Fiscalía y Defensa, y aquí se ha planteado de manera detallada por qué en el acuerdo caben las especies de la aceptación de cargos por iniciativa

propia y la declaración preacordada de culpabilidad. Si ello es así, las condiciones determinadas en la mencionada norma, son comunes para toda clase de acuerdos, bien sea por vía de allanamiento o de negociación, eventos en los cuales el juez debe exigir la acreditación de los dos presupuestos.

Lo contrario, indicaría la existencia de un trato injustificadamente diferencial para la víctima, habida consideración de que, de no exigirse el cumplimiento de las anunciadas condiciones en el allanamiento a los cargos por iniciativa propia, éste rápidamente terminaría convirtiéndose en un mecanismo para burlar los derechos de las víctimas, expresamente consagrados en los artículos 250-6, 11-C y 114-12 de la Constitución Nacional y la Ley 906 de 2004, respectivamente.

6.2 En segundo lugar, se trata de dar respuesta a este interrogante:

¿El juez debe aplicar el sistema de cuartos en la individualización de la pena cuando es resultado de la aceptación de cargos por iniciativa propia o cuando es el resultado de un preacuerdo?

Una vez más, el presupuesto básico para la respuesta del anterior interrogante es el reconocimiento, como atrás se hizo, de que la aceptación de cargos por iniciativa propia y en el marco de un preacuerdo, son especies de un mismo género: el acuerdo. Si ello es así, la prohibición contenida en el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, es común para toda clase de acuerdos, bien sea por vía de allanamiento o de negociación, eventos en los cuales el juez no puede aplicar el sistema de cuartos previsto en el artículo 61 del código penal, para determinar la pena.

Un entendimiento diverso, fundado en interpretación meramente literal, implicaría un tratamiento discriminatorio en contra de los imputados o acusados que aceptaren los cargos por iniciativa propia, toda vez que la aplicación del sistema de cuartos en estos casos produciría una sanción penal eventualmente mayor que la que le correspondería a quienes llegaren a preacordar.

Además, un desarrollo legal así entendido, conllevaría a un inevitable desestímulo y posterior inoperancia de la norma que contempla para el imputado o acusado la posibilidad de allanarse a los cargos por iniciativa propia, pues vería una mejor prerrogativa frente a la pena a imponer por la vía de un preacuerdo; el reconocimiento de la responsabilidad por iniciativa propia, en algunos casos acompañado de verdadero arrepentimiento, debe ser objeto de una mejor respuesta en el campo de la justicia premial propia del sistema acusatorio, pero no al revés.

7. ¿PUEDE UN JUEZ DECLARAR LA NULIDAD DEL ACUERDO? EN CASO CONTRARIO, ¿LA NO APROBACIÓN DEL ACUERDO PUEDE SER IMPUGNADA?

Si el acuerdo responde a la naturaleza de un acto procesal, es jurídico afirmar que frente a él cabe la declaratoria de nulidad, obviamente por las causales indicadas en los artículos 455 y ss de la Ley 906 de 2004 (principio de taxatividad), esto es, cuando esté basado en elementos de conocimiento ilícitos, salvo que concurra alguno de los criterios para evitar la nulidad derivada; que concurra alguna causal de incompetencia por razón del fuero -cuando se trata de uno de rango constitucional, por ejemplo-, o porque su conocimiento está asignado a los jueces penales del circuito especializados, como cuando el control inicial aprobatorio lo hizo un juez municipal o de circuito ordinario, caso en el cual será el competente quien declare la invalidez; o, finalmente, que se hayan violado garantías fundamentales propias del derecho de defensa o del debido proceso, en aspectos sustanciales (verbigracia, conversaciones sin la asistencia del defensor).

De acuerdo con lo previsto en el inciso 4º del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, la única razón por la cual el juez de conocimiento debe abstenerse de aprobar el acuerdo entre Fiscalía y la defensa, la constituye el desconocimiento o quebrantamiento de garantías fundamentales. Sin embargo, la sola improbación del acuerdo no resuelve de fondo la situación, como en el caso contrario no la resuelve su mera aprobación, porque en este evento se requiere de una decisión judicial adicional: la sentencia condenatoria.

Entonces, si la no aprobación del acuerdo por el juez es todavía una parte inconclusa del problema, ¿cuál es el paso siguiente del juzgador para dar solución al caso? La respuesta impone identificar, dentro del procedimiento penal, cuál es el mecanismo previsto para resolver las irregularidades derivadas de violación de garantías fundamentales, lo que nos conduce al dispositivo procesal contemplado en el artículo 457 del nuevo estatuto procesal, vale decir, la nulidad.

En conclusión, tanto la aprobación como la improbación del acuerdo por el juez, son caminos inconclusos que necesariamente permiten llegar a una decisión de fondo para solucionar el asunto, en el primer caso a través de sentencia condenatoria, en el segundo, la nulidad.

El entendimiento anterior permite, además, dilucidar el tema de los recursos frente a la decisión del juez de conocimiento -pues ni la aprobación ni la improbación del acuerdo son susceptibles de impugnación-, ella sólo es posible en relación con la decisión de fondo subsiguiente a dichos momentos, fallo condenatorio o nulidad.

8. VISIÓN JURISPRUDENCIAL

No ha sido pacífico el desarrollo del tema a nivel jurisprudencial, y mucho menos doctrinal, todo a propósito, como se ha señalado hasta ahora, del indistinto uso que se hace a lo largo de la Ley 906 de 2004, de las expresiones que pueden ser entendidas como un instituto de terminación anticipada del proceso, atado por supuesto a diversos momentos procesales, haciéndose referencia a preacuerdos, negociaciones, acuerdos, allanamientos, aceptaciones de cargo y, por qué no incluso, para el caso del juicio, manifestaciones de culpabilidad preacordadas.

Se ha determinado a través de decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que la regla general está dada por la existencia de un acuerdo, que en punto de allanamientos o preacuerdos, se da entre el fiscal y el imputado o acusado, según sea el estadio procesal, gravitando esencialmente sobre el monto de la rebaja punitiva, a propósito de ese aspecto consensual.

La decisión de la Corte, que valió, no sólo dos salvamentos de voto, sino incluso dos aclaraciones más (Agosto 23 de 2005, Radicado No. 92154), en relación con el contenido del artículo 351, denominado modalidades, e inserto en el título segundo del libro III de la Ley 906 de 2004, y que está titulado preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, Capítulo Uno, señala que en el artículo referido existen, claramente dos eventualidades atadas ambas finalmente a un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, sobre el monto punitivo a propósito de la aceptación de cargos.

Se señala que en el inciso 1º del artículo 351, de manera clara se determina un allanamiento, y que el acuerdo que se consigna en el escrito de acusación, lo es sobre la rebaja que puede ser hasta de la mitad de la pena imponible; resultando que, en ese articulado, se presentan dos modalidades de aceptación a cargos, una, la aceptación sin acuerdo previo alguno con la Fiscalía y a propósito del cumplimiento de la obligación-deber del fiscal, en el acto de imputación, de señalar a quien es objeto de la acción penal, la posibilidad que tiene de aceptarla generándose una rebaja punitiva (manifestación unilateral – allanamiento), de tal suerte, que ante la manifestación positiva, lo que se produce de inmediato, es un acuerdo entre el fiscal y el imputado para moverse dentro de ese 50% que de la pena imponible puede resultar objeto de rebaja.

El aspecto comentado, tiene entonces perfecta sincronía con el contenido del cuarto inciso del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, donde se determina la obligatoriedad e imposición del acuerdo para el juez de conocimiento en torno de la aprobación, con la única excepción frente al desconocimiento de garantías fundamentales, pues aún el extremo punitivo es objeto de acuerdo.

Esa primera parte de la decisión de la Corte, por fin logra colocar en contexto el contenido de ese artículo 351, que desde siempre generó para el operador judicial inconsistencias y confusiones, en cuanto el inciso primero hace referencia a la formulación de la imputación, que indudablemente esta reseñada a un allanamiento por ser ese su escenario natural, con todo y aparezca en el capítulo de preacuerdos y negociaciones; así se llamaba a equívocos, por cuanto, en el inciso segundo, a lo que se hace referencia es a preacuerdos, y se usa el vocablo acuerdo indistintamente a lo largo de ese articulado.

Resultaba un contrasentido para el operador judicial, al considerar que la expresión referida a la rebaja de “hasta de la mitad” (por allanamiento), estuviera adscrita al fenómeno consensual o de negociación entre fiscal e imputado, por entrañar ciertamente una distinción enorme y, por supuesto, una dificultad de aplicación, con el conocido mecanismo de sentencia anticipada anterior, en el que esa discusión punitiva la detentaba exclusivamente el juez, y entendía que la expresión “hasta” se refería a la libertad y autonomía del fallador para establecer esa rebaja ajena al fiscal, limitando la aceptación de cargos o allanamiento, a la simple manifestación de aceptación de responsabilidad, sin posibilidad de negociar, a propósito de ello, el monto punitivo a imponer.

Ahora se subsana el punto, cuando se clarifica que la aceptación de cargos supone la intervención de la Fiscalía para sucesivamente terminar de concretar el acuerdo, otorgando un monto de rebaja específico en el que ya ninguna intervención tiene el juez, por ser uno de los extremos del preacuerdo o negociación.

Es así cómo, el hecho de que esos preacuerdos obliguen el juez de conocimiento, está atado justamente a esa circunstancia de resorte exclusivo de la Fiscalía frente al imputado, como detentadora de la acción penal, en cuanto hace parte del acuerdo por la aceptación, siendo entonces posible hallar una relación directa entre el mencionado inciso cuarto y el contenido mismo del artículo 351 inciso primero.

Se desprende también, dice la Corte de la mencionada norma (artículo 351 *ibidem*), aspecto por fin dilucidado en la lectura juiciosa de la norma, que señala que entre el fiscal y quien va a ser objeto de imputación, que puede darse un preacuerdo previo a la audiencia de formulación de imputación, y en él ya determinada una rebaja, también sometida a consideración del juez, quien está atado a la misma, siempre y cuando que se respeten las garantías constitucionales y legales.

Así las cosas, en la audiencia de imputación, quien es objeto de ella, o se manifiesta unilateralmente sobre la aceptación de cargos, aborda de inmediato el acuerdo para la rebaja, o se expresa la existencia de un preacuerdo para cuando se arriba a ella, para permitir la concreción de la acción penal, pero ya convenida.

De esta forma, la negociación que comporta una aceptación de cargos, puede darse llanamente frente a la imputación hecha o pretendida, y aún sobre los hechos imputados y sus consecuencias, dentro del contexto del inciso segundo y tercero del artículo 351; no era entonces correcto, como en la práctica se venía haciendo, dejar la aplicación del inciso segundo del artículo 351, exclusivamente para los efectos del 350.

Se tiene entonces que, cuando el inciso segundo del artículo 351 habla de la posibilidad de llegar a un preacuerdo sobre los hechos imputados y sus consecuencias, lo que se trae a colación es esa posibilidad de preacordar para la audiencia de formulación de imputación, también por esos aspectos; esto como una especie de allanamiento, pues acontece en el ámbito de la audiencia de formulación de imputación, al que está referido el inciso segundo del artículo 351.

Por otro lado, y en torno del artículo 352 que la determinación en estudio trae, como un momento procesal en el que acontece allanamiento a cargos, por cuanto se pueden presentar los mismos dos tipos de preacuerdos del artículo 351, y por eso la referencia que se hace a esa norma, “el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior”, determinó la Corte que si los preacuerdos pueden recaer sobre los hechos imputados y sus consecuencias, evidentemente se da la intervención del fiscal y el acusado para acordar la pena a imponer, dentro del marco que señala el legislador puede acontecer, esto es, en una tercera parte; de tal suerte que, si lo que se preacuerda después de presentada la acusación y hasta antes de que se interrogue al acusado al inicio del juicio, no hace referencia a esos hechos imputados y sus consecuencias, sino simplemente a una manifestación unilateral, es el juez de conocimiento quien procede a la determinación de la pena, pero esta vez ya, en la porción fija señalada “una tercera parte”.

En relación con lo dispuesto en el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, señala la Corte que el fiscal y el acusado acuerdan la pena a imponer sujeta a la reducción de hasta una tercera parte, todo a propósito de la remisión que hace el numeral 5° de la referida norma, al contenido del artículo 351 del que ya se determinó, que luego de la aceptación de cargos, se procede al acuerdo sobre la pena imponible.

Finalmente y en torno a la alegación inicial de que trata el artículo 367 del nuevo Código, en relación con el juicio, se precisaron dos contingencias atadas a que la aceptación de culpabilidad esté o no referida a un acuerdo con el fiscal, frente a lo cual el juez, si no existe el mencionado acercamiento, determina la pena a imponer con una rebaja de la sexta parte y, por el contrario, obligado nuevamente por el acuerdo, cuando él existe entre fiscal y acusado, viabilizando

la existencia de manifestaciones de culpabilidad preacordadas de que trata el artículo 369, una vez por supuesto se determine su aceptación o no, es decir, se haya valorado por el juez la preservación de las garantías constitucionales y legales.

Queda claro entonces, con la sentencia en estudio, que en los eventos de los artículos 351, 352, 356 y 367, existe acuerdo en torno de la pena entre Fiscalía e imputado o acusado, según sea el estadio en el que ello acontece, y allí obligado el juez a los extremos de esa negociación con todas sus consecuencias, límites y alcances.

La práctica muestra que para el fallador, la aplicación de la rebaja de que trata el inciso primero del artículo 351, se manejaba sólo con respecto al allanamiento propiamente dicho, esto es, a la manifestación unilateral de aceptación de cargos, en donde entonces tenía cabida la primera parte del artículo 293, que se refiere al procedimiento en caso de la aceptación de la imputación, es decir, la referencia a la expresión “por iniciativa propia”. Quedaba así, con un alo de incongruencia la subsiguiente expresión “o por acuerdo”, cuando no se avistaba que el allanamiento también se podría surtir con la intervención directa de la Fiscalía para tratar de los hechos imputados y sus consecuencias (inciso segundo del artículo 351), ambos hoy entendidos como allanamiento, acorde con la decisión en análisis.

Considerada la decisión que recoge la posición mayoritaria, es necesario ahora hacer referencia a los salvamentos de voto de los honorables Magistrados, Doctores Alfredo Gómez Quintero y Marina Pulido de Barón, en los que se establece que en el Título II del Libro 3° de la preceptiva procedimental normativa, ninguna relación se hace al allanamiento propiamente tal. Así, se señaló: “el contenido de ese título II y su capítulo único, no hacen más que desarrollar con exclusividad el tema de los preacuerdos y para nada la figura del allanamiento”⁴¹. Se agrega, además, que el inciso 1° del artículo 351, sólo regula las modalidades del preacuerdo, según lo muestra la secuencia normativa, dejando en claro que la posición mayoritaria llama a confusión, e inconciliable resulta el manejo de las reducciones punitivas, pues la rebaja de hasta la porción señalada, del artículo 356.5, sólo opera para el allanamiento y lo que se fija, en esa proporción, es exclusivo para el preacuerdo.

Por otro lado, se precisó en segundo salvamento, que “aunque la nueva codificación procesal, al ocuparse de regular las consecuencias del allanamiento

41 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Casación 21954. Salvamento de voto, MP. Alfredo Gómez Quintero.

a la imputación en audiencia de tal naturaleza, efectúa una remisión directa al artículo 351 de la ley 906 de 2004, norma que versa sobre las modalidades de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado, no por ello puede concebirse que la aceptación unilateral de responsabilidad penal, quede mecánicamente asimilada a una forma preacordada de abreviación del proceso.”⁴²

Se sostiene entonces, igualmente, que los institutos de allanamiento y preacuerdos o negociaciones están manejados en la nueva codificación con regulación distinta, y con efectos también diferentes:

“sostener que la manifestación unilateral de aceptación de responsabilidad es una forma de “preacuerdo”, conlleva a que la Fiscalía quede atada, indefectiblemente, a efectuar una negociación a fin de determinar la rebaja de la pena, o eliminar cargos o agravantes con miras a su disminución y que el imputado, quede también sometido al designio del órgano de persecución penal en cuanto a los efectos de su acto voluntario, libre e informado, lo que podría llevar al absurdo de que no se verifique acuerdo posterior entre ellos sobre la proporción de la rebaja, no desencadenada como fruto del acto consensuado previo a la negociación misma y al galimatías de quien en tal evento debe definir sus términos”⁴³.

Resultado de lo anterior, en discusión abierta y con la contundencia y solidez que los distintos argumentos traídos a colación brindan, la labor del juez está enriquecida, para concretar sus decisiones, viabilizando el uso y aplicación de los institutos de terminación anticipada en la nueva preceptiva normativa procedimental, que en todo caso habrán de consultar los principios rectores y garantías procesales de que trata el título preliminar de la Ley 906 de 2004. Se debe recordar siempre, que hoy más que nunca, existen roles precisamente señalados y distinguidos para cada una de las partes intervinientes, de acuerdo con lo dispuesto en el título IV del nuevo estatuto procesal.

42 Íbidem, Salvamento de Voto, MP. Marina Pulido de Barón.

43 Íbidem.

CASOS MESA DE TRABAJO “IMPUTACION, ACUERDOS Y PREACUERDOS”

CASO 1

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de Formulación de la Imputación

Fecha: 13 de septiembre de 2005

Hechos del Caso:

El 22 de septiembre de 2005, a las 2 y 20 de la tarde, una menor de 11 años de edad, se encontraba sola en su casa; un adulto conocido en el sector, entró al inmueble y la condujo a la fuerza hasta el baño, donde tocó sus partes íntimas, luego procedió a bajarle los pantalones y a bajarse los que él tenía puestos, la niña le pegó una patada a su agresor y salió corriendo. En ese instante llegó el padre de la menor, quien después de consultar con su hija sobre lo que había sucedido, retuvo al agresor, cuando ya había salido del inmueble, minutos después, a las 3 y 20 de la tarde, el indiciado fue entregado a agentes de policía que patrullaban el lugar.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Acto sexual violento.

Durante la audiencia se evidenció que el indiciado no comprendía claramente lo manifestado por los diferentes intervinientes.

La juez indicó al indiciado que era importante que prestara mucha atención a lo que le decía el fiscal, y que en caso de que no entendiera alguna de sus afirmaciones, solicitara al despacho que se las aclarara.

El fiscal indicó que antes de formular la imputación, solicitaba al juzgado que, posteriormente se remitiera al indiciado al Instituto de Medicina Legal, con el fin de realizarle una evaluación psiquiátrica que determinara su estado mental. Lo anterior, resultaba necesario, pues tanto de los diálogos sostenidos con el indiciado, en compañía de su abogado defensor, como de lo manifestado por el padre de la víctima, se podía establecer que éste no gozaba del pleno uso de sus facultades mentales.

La juez manifestó que, como no existía hasta el momento dictamen pericial que estableciera el estado mental del indiciado, y teniendo en cuenta que éste se encontraba acompañado por su defensor, nada le permitía tomar una decisión diferente a la avalar la formulación de la imputación, siempre que la Fiscalía así lo determinara.

El Fiscal indicó que formulaba la imputación porque contaba con los elementos materiales probatorios suficientes para hacerlo; señaló que ese caso concreto, no se encontraba regulado por el Código y que sería problemático en el evento en que el imputado aceptara los cargos, toda vez que no habría lugar a realizar más pruebas, pues la siguiente audiencia es simplemente para individualización e imposición de la pena.

Al momento de formular la imputación, el fiscal individualizó a la persona de forma detallada por ser indocumentado, estableció las circunstancias de hecho en que se desarrolló la conducta delictiva y encuadró las mismas dentro del tipo penal de acto sexual violento, consagrado en el artículo 206 del CP, con circunstancia de agravación del artículo 211 numeral 4 del CP. Indicó al indiciado la pena estipulada para el delito y la posibilidad de aceptar los cargos y obtener una rebaja de hasta la mitad de la pena.

La juez concedió el uso de la palabra a la defensa para que estableciera si dentro de la narración fáctica realizada por el fiscal, advirtió hechos jurídicamente relevantes, que no se compaginaran con la adecuación jurídica formulada por la Fiscalía, para que de conformidad con sus observaciones el fiscal, si lo consideraba, adecuara la imputación, con el fin de evitar tropiezos posteriores en el desarrollo del proceso.

En la audiencia se indicó que existían dos posiciones respecto de la adecuación típica de los hechos. La primera, se trataba de la contemplada en el artículo 209 del CP, actos sexuales con menor de 14 años y, la segunda, acto sexual violento, establecida en el artículo 206; el fiscal decidió imputar la segunda, puesto que contempla una situación de violencia.

La juez solicitó al fiscal que explicara al indiciado, nuevamente y de forma clara, los motivos por los que le imputaba el delito. Enseguida, verificó si el indiciado entendió los cargos formulados y si tuvo tiempo suficiente para hablar con su defensor.

El defensor solicitó un receso de 10 minutos para hablar con su defendido y explicarle nuevamente las consecuencias de una aceptación de cargos.

La juez indicó que resultaba muy difícil continuar con la formulación de la imputación, por cuanto aunque la persona manifestaba que entendía, cuando se le pregunta sobre lo que había entendido, no sabía responder.

La juez señaló al fiscal que podía aplazar la audiencia hasta otro momento en el cual tuviera certeza sobre el estado mental del indiciado; estableció que correspondía a éste reflexionar y determinar si aplazaba o continuaba con la formulación de la imputación, ya que el despacho no podía impedir que la realizara, por no contar con examen pericial.

La defensa solicitó la suspensión de la audiencia, con el propósito de realizar la revisión psiquiátrica al indiciado. La juez indicó que esa no era la “figura” aplicable y que no estaba facultada para suspenderla, sostuvo que la única posibilidad era que el fiscal, si lo consideraba adecuado, retirara la formulación de la imputación, para realizar el examen pertinente. Otorgó diez minutos de receso, con el fin de analizar bien el caso.

El fiscal reafirmó su posición de continuar con la formulación de la imputación. La juez procedió a preguntar al indiciado si había entendido; y en dos ocasiones respondió “decido guardar silencio”.

La juez indicó que ante la situación de incomprensión del indiciado, resultaba irresponsable proceder a formular una imputación, y que de manera excepcional el despacho debía tomar la decisión de oponerse a que se formulara la imputación; toda vez que la práctica ha demostrado que la imputación no es sólo un acto de comunicación, sino que es muy trascendental, ya que inicia la acción penal y vincula a una persona al proceso, con efectos jurídicos importantes en caso de aceptación.

La defensa indicó que a pesar de los intentos por explicar el objeto de la audiencia de formulación de imputación durante los recesos, no era claro que el indiciado hubiera entendido, lo que evidenciaba la falta del requisito de comprensión de los cargos formulados, razón por la cual no era procedente la formulación de la imputación. El fiscal indicó que no podía retirar la imputación, por cuanto consideraba necesaria la imposición de una medida de aseguramiento de detención domiciliaria, la cual no podía solicitarse sin haberse formulado la imputación; además, señaló que en caso de retirarla, el indiciado quedaría en libertad. Concluyó que él cumplió con su obligación de formular la imputación y que corresponde al juez crear derecho y decidir en el presente caso que el Código no concibió.

La juez indicó a la Fiscalía que si bien no podía solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, por no haberse realizado la imputación, en caso de considerar que existía un peligro para la víctima, podía solicitar una medida de protección.

Decisión: La juez indicó que la formulación de la imputación no era procedente, pues no se contaba con un examen pericial que determinara si el indiciado era o no imputable. Manifestó que como juez constitucional, debía verificar que el

imputado entendiera los cargos que se le formulaban y las consecuencias jurídicas de la posible aceptación.

La juez consideró que debía evitarse que posteriormente se presentara una nulidad, pues una posible aceptación de cargos en esas circunstancias, estaría viciada en su consentimiento, por la falta de comprensión del indiciado. Indicó que desde ese momento la persona investigada quedaba en libertad.

Interrogantes y planteamientos:

1. ¿Qué considera usted sobre la decisión de la juez y las posiciones sostenidas tanto por la Fiscalía como por la defensa? ¿El juez podía rechazar la formulación de la imputación?
2. ¿Qué considera sobre la decisión de la juez de conceder el uso de la palabra a la defensa para que se pronunciara respecto de la adecuación jurídica formulada por la Fiscalía?
3. Respecto de la solicitud de la defensa, ¿considera que era procedente la suspensión de la audiencia?
4. Al no ser procedente la medida de aseguramiento por no haber imputación, ¿considera que el fiscal debió solicitar una medida de protección para la víctima menor de edad?

CASO 2

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Formulación de la Imputación
Fecha: 15 de junio de 2005

Hechos del Caso:

El 15 de junio de 2005, a las 2 am, agentes de las Fuerzas Armadas que prestaban seguridad a un alto oficial de los Estados Unidos, requirieron a 2 personas que pasaban por el lugar para que se detuvieran, quienes no lo hicieron e intentaron huir, por lo que los militares procedieron a retenerlos. Cuando se les hizo una requisa, se encontraron en el bolso que llevaba uno de ellos, 40 municiones calibre punto 30, de uso privativo de las Fuerzas Armadas, sin contar con el permiso de autoridad competente para su porte. Las personas fueron conducidas al batallón, y posteriormente entregadas a la policía.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

La fiscal hizo un desarrollo de los hechos y de los resultados de la experticia técnica realizada a los elementos incautados, adecuando los mismos en el artículo 366 del CP, que consagra el delito de fabricación, tráfico, porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, en modalidad dolosa, a título de autor, y por los verbos rectores infringir, portar. De igual manera, indicó que la pena para este delito era de 4 a 15 años de prisión de acuerdo con la ley 890 de 2004.

Dio a conocer al imputado, su derecho de aceptar los cargos de conformidad con el artículo 351 del CPP, y a obtener una rebaja de hasta la mitad de la pena a imponer. Solicitó al juez que se le diera a conocer al imputado el contenido de los artículos 8 y 131 del CPP, por cuanto contenían los derechos y las consecuencias, en caso de allanarse a la imputación.

Interrogó al perito sobre los resultados que arrojó el dictamen realizado a las municiones incautadas.

La defensa observó el dictamen pero decidió no hacer ninguna pregunta.

El juez interrogó sobre la idoneidad para causar daño de los cartuchos encontrados, lo que fue contestado afirmativamente por el testigo.

El juez verificó la comprensión del indiciado respecto de los cargos imputados por la Fiscalía, le explicó el significado del término “imputación”, y dio lectura a los derechos del imputado y señaló las consecuencias de la renuncia en caso de allanarse a los cargos.

El indiciado aceptó los cargos.

El juez preguntó al imputado sobre la calidad de su defensa técnica, si estaba conforme con la misma, si había tenido tiempo de ser asesorado y, además, verificó que la manifestación de aceptación de cargos fuera libre, espontánea e informada.

Decisión: El juez admitió la imputación realizada por la Fiscalía, y la aceptación de los cargos realizada por el indiciado, por cuanto consideró que se realizó bajo los lineamientos de la Constitución Política y del CPP. Informó al imputado que hasta el momento de individualización de la pena tenía la posibilidad de retractarse de los cargos aceptados.

Interrogantes y Planteamientos:

1. Dependiendo de su concepción de imputación, ¿considera que la formulación de la imputación realizada por el fiscal fue completa? ¿Agregaría o eliminaría algún elemento?
2. ¿Cuál considera que es el papel del juez, frente a los interrogatorios, en las audiencias preliminares? ¿Activo, él sólo debe intervenir ante la pasividad de la defensa o, nunca debe hacerlo?
3. En el caso concreto, el juez evidenció la pasividad de la defensora, ¿cuál considera que debe ser su actitud frente a esta circunstancia?
4. ¿Considera que es labor del juez explicarle claramente al imputado los significados de las figuras jurídicas que se debatan en la audiencia, o es ésta una tarea de la defensa? ¿Qué puede hacer el juez para verificar eficazmente la comprensión del imputado, y en caso de aceptación de cargos, su voluntad libre, espontánea e informada?

CASO 3

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de imposición de Medida de Aseguramiento.
Fecha: 23 de septiembre de 2005

Hechos del Caso:

El día 3 de septiembre de 2005, cuando miembros de la policía nacional se encontraban realizando labores de patrullaje, practicaron requisa personal al indiciado, quien en ese momento sacó del bolsillo izquierdo de su pantalón una bolsa negra y la arrojó al piso. Uno de los agentes la recogió y al interior encontró 16 papeletas que contenían una sustancia pulverulenta de color beige. El indiciado manifestó no tener domicilio y vivir en la calle.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Fabricación, tráfico y porte ilegal de estupefacientes.

El fiscal procedió a realizar la imputación de conformidad con el artículo

287 del CPP, toda vez que de los elementos materiales probatorios resultaba penalmente relevante la conducta.

El fiscal manifestó que la situación fáctica en que se produjo la captura encontraba adecuación típica en el artículo 376 del CP, que conlleva pena privativa de la libertad de prisión de condena máxima de 5 años y 4 meses; además, puso de presente que la aceptación de responsabilidad de los cargos imputados, generaba el derecho a que el juez de conocimiento, al momento de imponer la sentencia condenatoria, realizara una rebaja de la pena correspondiente hasta de la mitad. Aclaró que no se trataba de un ofrecimiento de la Fiscalía, sino del cumplimiento de un requisito legal exigido por el numeral 3 del artículo 288 del CPP.

El juez leyó los derechos que adquiere la persona con su calidad de imputado; interrogó al ahora imputado sobre su nivel de entendimiento de la diligencia, le explicó que la imputación consistía en que la Fiscalía le indicaba que estaba siendo investigado por un delito, en este caso el tráfico de estupefacientes; además, lo cuestionó sobre su entendimiento de la figura de la aceptación de cargos, a lo que respondió que no la entendía. El juez procedió a hacerle una breve explicación; también lo interrogó sobre el tiempo que había tenido para hablar con su abogado y las explicaciones que recibió de su parte. Finalmente, verificó su libre voluntad.

El imputado manifestó que aceptaba los cargos formulados por la Fiscalía, a través de un consentimiento libre, espontáneo, asesorado e informado.

El juez le puso de manifiesto los derechos a los que había renunciado con su aceptación, hizo especial énfasis en el juicio oral y público, pues le indicó que en la audiencia que seguía sería condenado, y no podría presentar pruebas.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Qué considera de la formulación de imputación realizada por la Fiscalía?
 2. ¿Qué considera de la afirmación realizada por el fiscal, respecto de que la rebaja de la pena que conllevaba la aceptación de los cargos imputados, no era un ofrecimiento de la Fiscalía sino el cumplimiento de un requisito legal?
- Ante la falta de entendimiento manifestada por el imputado, ¿cuál debe ser el papel de los diferentes intervinientes en la audiencia?

TÓPICO 4
“VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA”
Mesa de trabajo

Ponentes: *Luz Marina Beltrán, Jueza penal municipal con función de control de Garantías, Ricardo Castellanos, Juez penal municipal con función de garantías y Camilo Montoya, Procuraduría General de la Nación*

I. DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS. (ART. 11 C.P.P.)

PONENTES: LUZ MARINA BELTRÁN
Jueza penal municipal con función de control de Garantías
CAMILO MONTOYA
Procuraduría General de la Nación

1. DERECHO A RECIBIR, DURANTE TODO
EL PROCEDIMIENTO, UN TRATO HUMANO Y DIGNO

El trato humano y digno, algunas veces se ve menoscabado en la medida en que las víctimas de los delitos son sometidas a largas esperas para ser oídas y asistidas, pues la atención de las autoridades generalmente se centra en la persecución de los infractores. Al respecto, se debe recordar:

“...Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional...”
(Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985)

2. A LA PROTECCIÓN DE SU INTIMIDAD, A LA GARANTÍA
DE SU SEGURIDAD, Y A LA DE SUS FAMILIARES
Y TESTIGOS A FAVOR

Respecto a la garantía a la seguridad, la de sus familias y la de los testigos, todavía no se conocen concretamente cuáles son los planes ofrecidos y cuáles los resultados de los programas de protección ofrecidos por el Estado; en ese sentido falta más información, no sólo para la comunidad en general, sino para los servidores judiciales.

“... Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia...”

(Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985)

Muchas veces las personas se abstienen de poner en conocimiento de las autoridades la comisión de un delito por las incidencias y consecuencias que esto acarrea para la víctima y su familia, pues no sólo está en riesgo su vida, también se coloca en tela de juicio su honor y la exposición de su vida privada.

Aun cuando se ha establecido como un derecho de las víctimas a recibir un trato humano y digno, y a que se le proteja su intimidad, en varias ocasiones esta consideración no se tiene en cuenta, pues lo que interesa es la defensa del imputado, sin importar pasar por alto los derechos de la víctima que deben ser respetados por jueces, fiscales, abogados y demás intervinientes en el proceso, como se ha indicado aquí, la persona a la que se está juzgando, es al procesado y no a la víctima.

Recientemente la Corte Constitucional señaló la protección de la dignidad e intimidad de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal:

La Corte Constitucional ha establecido que el juez o el fiscal vulneran el derecho de defensa y desconocen el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales dejan de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa⁴⁴ Pero también ha reconocido que se desconoce la finalidad de establecer la verdad, cuando omite tener en cuenta los derechos de las víctimas.

Aun cuando normalmente en el ámbito del derecho penal, el cuestionamiento de la ilegalidad de las pruebas está asociado a pruebas que desconocen los derechos del procesado, tal cuestionamiento también puede surgir por afectación de los derechos de la víctima. La finalidad múltiple que cumple el proceso penal y la necesidad de asegurar los fines de la justicia y garantizar los derechos de las víctimas del delito, no excluye la posibilidad de que la parte civil pueda objetar la

44 Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 1999, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, la Corte encontró que se había vulnerado el derecho de defensa del actor porque la fiscal cuestionada había dejado de practicar pruebas pertinentes, legítimas y necesarias para la defensa. Ver también las sentencias T-055 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-442 de 1994, MP. Antonio Barrera Carbonell; T-324 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz; T-329 de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo; y T-654 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

admisión y práctica de pruebas que desconozcan el debido proceso o que vulneren sus derechos fundamentales, en particular su derecho a la intimidad”.⁴⁵

Seguridad personal y familiar:

En la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985, se señala que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, así mismo se le suministrará la información necesaria sobre los centros hospitalarios y se facilitará el acceso al servicio. Se capacitará a personal de policía de salud, de servicios sociales sobre atención y suministro de ayuda apropiada y rápida.

Pero en algunos casos las víctimas y testigos no sólo requieren de una asistencia social, médica y económica, también demandan de una especial protección en favor de sus vidas y la de su familia, y esta tarea está asignada por el constituyente al Estado a través de las autoridades públicas que deben asegurar la vida, integridad y libertad de todas las personas residentes en Colombia (artículo 2 C.N.)⁴⁶.

En la Constitución Nacional en el numeral 7° del artículo 250 reformado, se mantiene en cabeza de la Fiscalía General de la Nación la función de velar por la protección de las víctimas, los testigos y las demás personas que intervienen en el proceso.

45 Corte Constitucional, Sentencia No. T-453/05.

46 La garantía del derecho a la igualdad de los menores víctimas de abuso sexual conlleva el cumplimiento de algunos deberes positivos por parte de los funcionarios encargados de la investigación y juzgamiento de tales delitos, así como de aquellos que ejercen funciones de Ministerio Público. De manera general, los mencionados funcionarios deben ser particularmente diligentes y responsables la investigación y sanción efectiva de los culpables y restablecer plena e integralmente los derechos de niños víctimas de delitos de carácter sexual. A lo largo del proceso penal, el funcionario investigador está además ante la obligación de informar al Instituto Colombiano de Bienestar familiar sobre la existencia de un menor que se halla en situación de peligro de conformidad con el artículo 31 del Código del Menor, a fin de que el defensor de familia abra inmediatamente la investigación que corresponde, ordene la práctica de pruebas e imponga las medidas de protección de que trata el artículo 57 *ibidem*. Se trata, por tanto, de brindarle una protección estatal integral al menor en el curso del proceso penal y por supuesto al término del mismo. En otras palabras, los deberes positivos de garantía que tiene que cumplir el funcionario judicial, no se limitan a investigar la ocurrencia de los hechos y al establecimiento de responsabilidades, sino a buscar la forma de proteger integralmente al menor que ha sido abusado sexualmente, desde la *noticia criminis* (Corte Constitucional, Sentencia No. T- 554/03).

En desarrollo de los anteriores postulados el legislador estableció en el artículo 11 del C. de P.P. en su literal b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familias y testigos a favor.

El artículo 310 del C. de P. P. consagra la posibilidad de imponer una medida de aseguramiento cuando ella sea necesaria para proteger a la víctima, cuando el imputado se encuentre en libertad, ya que éste puede atentar contra la víctima su familia o sus bienes; pero hay casos en que esto no es suficiente, dada la gravedad del delito o la connotación del actor implicado, por que el simple aseguramiento no garantiza la vida del ofendido, por lo que se hace necesario tomar otras medidas, como cambio de domicilio y aun de identidad en aras de proteger la vida del agraviado o del testigo.

En cuanto a los niños, existen normas específicas que regulan la protección de los menores de edad, como el artículo 44 de la Constitución Nacional, que consagra diversos derechos en favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra *“toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”*.

De igual manera, el Código del menor Decreto 2737 de 1979, establece varias medidas de protección, así como los organismos encargados de dicha labor.

La Ley 765 de 2002, mediante la cual aprueba el *“Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía”*, adoptado en Nueva York el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000), establece que se debe prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas, proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas, y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas; asimismo, velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias; evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

El juez de garantías, el juez de conocimiento, o el Fiscal, cuando detecte una situación en la que un menor se vea en situación de riesgo, bien sea por el comportamiento desarrollado por sus padres, familiares, vecinos, amigos o desconocidos, debe entrar inmediatamente a tomar las medidas del caso en procura de la protección del menor.

En un caso específico donde un hermano mató a su propio hermano y la viuda y sus hijos residían en el mismo domicilio con el agresor, sin tener en cuenta

esta circunstancia, el Juez de garantías le concedió la detención domiciliaria en el lugar de residencia, al cabo del tiempo el imputado llegó a amenazar la vida de los dolientes del difunto para sacarlos de inmueble, por lo que debieron acudir a la fiscalía para solicitar la protección de sus vidas.

3. A UNA PRONTA E INTEGRAL REPARACIÓN DE LOS DAÑOS SUFRIDOS, A CARGO DEL AUTOR O PARTICIPE DEL INJUSTO O DE LOS TERCEROS LLAMADOS A RESPONDER EN LOS TÉRMINOS DE ESTE CÓDIGO

La reparación, cuando no sea posible ser efectuada por el autor o por el partícipe del delito, debe ser prodigada por el Estado, pues éste es el primer llamado a ser garante de toda la sociedad y la reparación debe ser pronta, eficaz y efectiva. Al respecto:

“... Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos...”

(Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985).

El gobierno ha expedido varia leyes en procura de la protección a testigos, víctimas, interviniendo en el proceso, mediante la cual se les otorga una protección y asistencia social, lo mismo que a sus familiares más próximos, cuando se encuentren en riesgo de sufrir alguna agresión o que sus vidas corran peligro por causa o con ocasión de la intervención de un proceso penal. De esta forma, se han expedido la Ley 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 de 2002. Claro está que en el nuevo sistema, esas medidas de atención y protección a víctimas, podrán ser solicitadas por medio del fiscal al juez de garantías, o bien directamente, si es en la etapa del juicio puede hacerlo a través de su abogado.

4. A SER OÍDAS Y A QUE SE LES FACILITE EL APOORTE DE PRUEBAS

Las víctimas deben ser oídas en cualquier momento de la actuación, por cuanto como son los primeros afectados con la comisión de un delito, en determinado momento pueden aportar datos importantes para el desarrollo de la investi-

gación y, cuando consideren necesario el aportar alguna prueba, puedan hacerlo con libertad, ya que con ello buscan reestablecer el equilibrio alterado por el delito, es decir, un restablecimiento del bien jurídico que les fue lesionado. Se dice, entonces:

“...Y para que el ejercicio de tales derechos no se traduzca en un simple enunciado teórico, el mismo ordenamiento autoriza su intervención sin hacerla depender de que se constituya en ‘parte a través de la presentación de una demanda, ni le restringe esa participación a determinadas etapas de la actuación, o a que persiga la reparación material de los daños causados con la comisión del delito, pues su presencia en el proceso puede estar impulsada por sus aspiraciones de verdad y justicia, sin que resulte forzoso que, finalmente, en caso de fallo de responsabilidad, promueva incidente de reparación”.

En esa dirección, se despoja la intervención de la víctima de todo formalismo, bastando con que acredite sumariamente su calidad de perjudicada directa con el delito y se reivindica su derecho a hacerse presente, aun en las fases más primarias de la actuación, cuando ni siquiera ella se ha judicializado, a fin de obtener información sobre el estado de las investigaciones, o para solicitar protección, o para que se les oriente sobre sus derechos - artículos 133 a 136.⁴⁷

5. A RECIBIR, DESDE EL PRIMER CONTACTO CON LAS AUTORIDADES Y EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS EN ESTE CÓDIGO, INFORMACIÓN PERTINENTE PARA LA PROTECCIÓN DE SUS INTERESES Y A CONOCER LA VERDAD DE LOS HECHOS QUE CONFORMAN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL INJUSTO DEL CUAL HAN SIDO VÍCTIMAS

La información sobre la protección de los derechos es insuficiente, por cuanto los servidores judiciales en la actualidad desconocen muchos campos de aplicación del tema y, a consecuencia de ello, transmiten una información a medias al interesado que en forma alguna colma las expectativas de los usuarios de la justicia.

Las circunstancias de la verdad, se ven reflejadas en la medida en que la sentencia, apoyándose en la labor probatoria e investigativa, represente lo más cercano a la realidad la comisión de los hechos.

“... El Estatuto contiene además disposiciones relacionadas con la participación de las víctimas en las fases del juicio, la protección de éstas y el derecho a la reparación. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la

47 Sala Penal, Corte Suprema de justicia, Sentencia de mayo 25 de 2005, M.P. MARINA PULIDO DE BARÓN.

seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños (Art. 68)...”

(Seminario Internacional “Corte Penal Internacional, Justicia de Género y Proceso de Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina”-2004-10-20)

De lo anterior se colige, que la víctima y los perjudicados por un delito, tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991, y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

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

2. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

3. El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito.⁴⁸

6. A QUE SE CONSIDEREN SUS INTERESES AL ADOPTAR UNA DECISIÓN DISCRECIONAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA PERSECUCIÓN DEL INJUSTO

Algunas veces la persecución del injusto termina por decisión unánime del fiscal de conocimiento y éste, por el volumen de trabajo, prefiere terminar un caso que a su parecer no representa mucha trascendencia social, pero olvida la agresión que sufrió la víctima en ese momento, y la decisión adoptada no consulta

48 Corte Constitucional, Sentencia No. C-282 de 2002, MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 4.4.

el verdadero interés de la persona; es por ello que algunas veces el abandono del ejercicio de la acción penal, resulta lejano de la justicia como tal y se convierte para la víctima en una verdadera injusticia, entendiéndose como si la víctima sufriera al final de dos agresiones (una el delito y la otra la pérdida de interés del Estado en el cual aquel confía).

“... Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información...”

(Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985)

7. A SER INFORMADAS SOBRE LA DECISIÓN DEFINITIVA RELATIVA A LA PERSECUCIÓN PENAL; A ACUDIR, EN LO PERTINENTE, ANTE EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, Y A INTERPONER LOS RECURSOS ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO, CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR

La facultad con la que cuentan los ciudadanos para poder acudir ante un juez de garantías, no se hace saber a las víctimas por parte de los funcionarios que los atienden en primera instancia y, es por ello que, en la realidad judicial, las víctimas muy pocas veces acuden al juez de garantías en aras de salvaguardar sus intereses, pues los que lo hacen, es por que son personas con cierta solvencia económica y están representadas judicialmente, pero las personas que se denominan “del común”, no cuentan con tal herramienta o con la mencionada solvencia, y por ello muchas veces ven cercenadas sus oportunidades de acudir al juez en busca de soluciones.

“...De allí que a la víctima le asiste el derecho a estar informada en todo tiempo sobre el resultado de las investigaciones a que se le escuche y se le facilite la labor de aportar pruebas a que se le ilustre y asista para ejercer sus derechos, con mayor énfasis ha de concluirse que tiene derecho de hacerse presente y ser escuchada en aquellas audiencias en que la Fiscalía pone en consideración del Juez su intención de declinar su obligación de presentar acusación contra el imputado, bien porque pretenda la aplicación del principio de oportunidad, o bien porque ha llegado al convencimiento de que concurre una causal de preclusión de la investigación, eventos ambos en que la presencia de la víctima se torna indispensable, pues en firme una de tales decisiones, cesa con efectos de cosa juzgada material la persecución penal en contra el imputado por los hechos que la han originado” –artículos 329 y 334.

8. A SER ASISTIDAS DURANTE EL JUICIO Y EL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL, SI EL INTERÉS DE LA JUSTICIA LO EXIGIERE, POR UN ABOGADO QUE PODRÁ SER DESIGNADO DE OFICIO

La representación durante el juicio y el incidente de reparación, se da efectivamente en la medida en que quien lo solicita cuente con medios económicos para ello, pues de lo contrario, debe acudir a la Defensoría Pública y es bien sabido que, por el escaso número de profesionales que allí prestan sus servicios, todos se reservan para casos generalmente con detenido y caso de flagrancia, quedando de tal forma desplazados.

9. A RECIBIR ASISTENCIA INTEGRAL PARA SU RECUPERACIÓN EN LOS TÉRMINOS QUE SEÑALE LA LEY

Realmente las víctimas desconocen qué tipo de asistencia pueden recibir, ya que no existen avisos, ni publicaciones sobre cuáles son sus derechos, y a qué organismos acudir para recuperar, bien sea su salud tanto física o mental; ellas, en una gran mayoría de casos tienen que pagar de su bolsillo para atender sus lesiones o daños sufridos con la infracción.

Tal vez en el único sitio donde cuenta con una asistencia integral es la Unidad de delitos sexuales de la Fiscalía donde se cuenta con un equipo interdisciplinario para ayudar en la recuperación, tanto física como mental, de las víctimas como de sus familiares.

“... Asimismo, el Estatuto dispone la creación de una Unidad de Víctimas y Testigos en la Secretaría de la Corte Penal Internacional. Esta Unidad proporcionará medidas de protección y dispositivos de seguridad, consejería y otras formas de asistencia para los testigos y las víctimas. Para ello contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual (art.43)...”

(Seminario Internacional “Corte Penal Internacional, Justicia de Género y Proceso de Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina”- 2004-10-20)

10. A SER ASISTIDAS GRATUITAMENTE POR UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE EN EL EVENTO DE NO PODER CONOCER EL IDIOMA OFICIAL, O DE NO PODER PERCIBIR EL LENGUAJE POR LOS ÓRGANOS DE LOS SENTIDOS

La asistencia de un traductor o intérprete para la representación de las víctimas, es evidentemente obligatoria, y debe correr a cargo del Estado, pues con ello garantiza el debido proceso y, consecuente con ello, buscar la verdad de lo ocurrido.

Si en el artículo 74 del C. de P.P. se indica qué delitos requieren querrela y se exceptúa de esta enumeración a los delitos en los que esté involucrado un menor, entonces se entiende que éstos se pueden iniciar de oficio, por lo que se pregunta si le es exigible el requisito de procedibilidad señalado en el artículo 522 del C. de P.P., que es la realización de la audiencia de conciliación preprocesal y la querrela. Algunos consideran que sí, pues si existe la querrela, desde luego hay que efectuar la conciliación preprocesal, pues el imputado también tiene derecho a que antes de iniciar cualquier proceso, se le de la oportunidad de realizar una conciliación con el representante legal de menor, pues de no hacerlo se estaría violando el debido proceso.

Para otros quienes consideran que por tratarse de un menor de edad, cuya investigación se inicia de oficio y en aras de su protección inmediata como ordena la Constitución Nacional en su artículo 44, no es exigible tal requisito de procedibilidad; consideran que debe realizarse la imputación, si se tienen los elementos probatorios necesarios para hacerlo y hace llegar a un juicio rápido en aras de su protección, pues una conciliación demoraría mucho tiempo.

Otra de las inquietudes que afecta a las víctimas, es aquella en donde se realizan conciliaciones preprocesales y con el simple acuerdo se archiva las diligencias sin esperar a que se cumplan las promesas allí acordadas, dejando a la víctima con una acta que consigna ciertas obligaciones, la mayoría de veces pecuniarias de muy poca cuantía, que no les permite acudir a otra instancia para su cobro ejecutivo, precisamente por es de mínima cuantía, y cubro cobro resultaría más costoso que lo que se pretende cobrar.

Es lamentable, dicen algunos, que se den estas situaciones, pero el proceso penal no se puede convertir en una amenaza para quienes no cumplen con obligaciones pecuniarias, pues así lo prohíbe la Constitución Nacional; por esta razón, las personas afectadas tendrán que recurrir a nuevas querrelas, o instaurar demandas ante la jurisdicción civil para su cobro ejecutivo.

Pero: ¿Que pasa con las víctimas no aceptan la reparación que se ha consignado en el preacuerdo. Artículo 315 del C.P.?

Si las víctimas tienen derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, resultaría inequitativo que se les fijara cualquier monto, sin tener en cuenta en realidad cuáles son los perjuicios ocasionados, a pesar de haber presentado los soportes correspondientes, pues de rehusarlos tendría que recurrir a otras instancias para establecer el monto de sus verdaderos perjuicios, lo que desnaturaliza una pronta e integral reparación de perjuicios a cargos del autor tal como lo establece el artículo 11 del C. de P.P.

II. JUSTICIA RESTAURATIVA

PONENTE: RICARDO CASTELLANOS ROMERO
Juez penal municipal con función de control de garantías

1. MECANISMOS DE REPARACIÓN

En sistemas penales anteriores, el delincuente debía ser castigado por haber infringido la ley penal, sin que tuviese otra alternativa fuera de la sanción. Hoy, con la evolución de la política criminal, se revaloraron las situaciones interpersonales entre agresor y víctima, y se instituyeron mecanismos que permiten evitar la solución penal como única opción para el procesado, incorporando nuevas figuras que permiten al infractor cesar la acción en algunos delitos, o bien obtener algunos beneficios por resarcimiento de perjuicios. Hoy en día los dispositivos de reparación se han ampliado a otros comportamientos, inclusive en aquellos comportamientos considerados como graves cometidos por grupos armados y cuyos integrantes han decidido desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional en la perspectiva de la paz (Ley 975 de 2005).

La justicia restaurativa busca principalmente la resolución de conflictos que el delito genera, entre la víctima y el victimario, y aun dentro de la comunidad. En ese sentido, a través de procesos de conciliación o mediación, las partes involucradas discuten sus diferencias con profesionales que los orientan en la solución del conflicto, obteniendo satisfacción monetaria, la restitución de lo perdido, pedimento de disculpas o perdón, la realización o abstención de una determinada conducta.⁴⁹ (Artículo 523 C. de P.P.). También, la reparación simbólica, el

49 Nos referimos aquí a toda la dinámica de la actividad Conciliatoria. Sobre ello, lo siguiente:

• El conciliador entra en contacto con las partes, les informa sobre el procedimiento conciliatorio, su naturaleza, características, ventajas y consecuencias.

derecho a la verdad, la rehabilitación y, quizá lo más importante, la reconciliación entre el agresor, el afectado y la sociedad.⁵⁰

Para lograr los objetivos de la justicia restaurativa, el legislador ha señalado, como mecanismos efectivos de implementación de la misma, la conciliación que se puede dar: antes del proceso (artículo 522 del C.P.), durante el desarrollo del proceso o en el trámite de incidente de reparación (artículo 103) y la mediación (artículo 523).⁵¹

2. LA CONCILIACIÓN

Es una estrategia de solución de conflictos que, entendida como medio alternativo al proceso judicial y gracias a la intervención de un conciliador, permite que las partes consideren sus necesidades, intereses, y todo aquello que es verdaderamente relevante del problema, para fomentar y favorecer una solución justa por encima de los hechos manifiestos, o de basarse fielmente en lo que estipula la ley para solucionar el conflicto. Así, entonces, la conciliación es aquel mecanismo mediante el cual las partes envueltas en un conflicto, previa la actuación de un conciliador, buscan una solución racional, lógica y satisfactoria que ponga fin a la controversia.⁵²

Los rasgos que caracterizan la conciliación han sido recogidos sistemáticamente así por la Corte: “De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por la Corte, la conciliación se caracteriza por ser (i) un instrumento de **auto composición** de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes; (ii) una **actividad preventiva**, en la medida en que busca la solución

• Basándose el conciliador en la versión de las partes, identificará las causas del conflicto, los antecedentes, sus repercusiones y efectos y los obstáculos para una viabilidad de solución.

• Cuando el conciliador considere oportuna la realización de una charla de sensibilización previa a la audiencia de conciliación, ésta podrá surtirse con el apoyo de profesionales en ciencias de la salud y humanas.

• La sensibilización podrá abordar temas tales como: los beneficios de la conciliación, aspectos legales y formales, los valores de la sociedad y la familia e importancia de la convivencia pacífica. (Fiscalía General de la Nación, *Manual de Justicia Restaurativa*, Bogotá septiembre de 2004).

50 En la resolución No. 40/34 del 29 de Noviembre de 1985, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se consagra dentro de los derechos de las víctimas, en su numeral 5o., la implementación de mecanismos judiciales y administrativos, que permitan a la víctima obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos, para obtener reparación mediante esos mecanismos.

51 Fiscalía General de la Nación, *Manual de Justicia Restaurativa*, Bogotá septiembre de 2004

52 Ob. cit., Fiscalía General de la Nación.

del conflicto antes de acudir a la vía procesal o durante el trámite del proceso, en cuyo caso no se llega al resultado final normal de aquél, que es la sentencia; (iii) **no tiene en estricto sentido el carácter de actividad judicial**, ni da lugar a un proceso jurisdiccional, porque el conciliador, autoridad administrativa o judicial, o particular, no intervienen para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; (iv) es un mecanismo **útil** para la solución de los conflictos, porque ofrece a las partes involucradas en un conflicto la posibilidad de llegar a un acuerdo, sin necesidad de acudir a la vía del proceso judicial que implica demora, costos para las partes y congestión para el aparato judicial; (v) constituye un mecanismo alternativo de administración de justicia que se inspira en el **criterio pacifista** que debe regir la solución de los conflictos en una sociedad; (vi) es un instrumento que busca lograr la **descongestión de los despachos judiciales**, asegurando la mayor eficiencia y eficacia de la administración de justicia, pues éstas se aseguran en mayor medida cuando a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente y sin dilaciones; (vii) tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos **conflictos susceptibles**, en principio, **de ser negociados**, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico; (viii) es el resultado de una **actuación** que se encuentra **reglada** por el legislador; (ix) no debe ser interpretada solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia, sino también, y principalmente, como una forma de **participación** de la sociedad civil en los asuntos que los afectan; (x) se trata de un mecanismo de estirpe **democrática**, en la medida en que generan espacios de intervención de la comunidad en el desarrollo de la función jurisdiccional evitando la conflictivización de la sociedad y logrando, por ende, el fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal en la medida en que éste puede dedicarse a resolver aquellos asuntos que son de verdadera trascendencia social; (xi) se enmarca dentro del movimiento de reformas para garantizar el acceso a la justicia; (xii) puede ser judicial o extrajudicial; y (xiii) el legislador ha optado por regular en norma especial la conciliación en **materia penal**, dada la naturaleza de la acción penal, el tipo de conflictos que dan lugar a la investigación penal, las consecuencias frente al derecho a la libertad personal que conlleva este tipo de responsabilidad y el interés público en ella involucrado, entre otros factores.⁵³

53 Corte Constitucional, Sentencia No. C-1257 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. De otra parte, en la sentencia C-591 de 2005, MP Clara Inés Vargas Hernández se hizo un completo seguimiento a las líneas jurisprudenciales trazadas por la Corte en materia de conciliación.

El artículo 522 del C. P. P., establece la conciliación en los delitos querellables, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la cual se surtirá bien ante el fiscal que corresponda, en un centro de conciliación, o ante un conciliador reconocido como tal; también, en ausencia de los anteriores, podrá realizarla el personero municipal o un notario (artículo 5º Ley 640 de 2001 y artículo 522 inciso 6º del C.P.P.).

Surge aquí una pregunta: ¿Si esta conciliación se efectúa entre el querellado y el quejoso y se consigna a través de un documento debidamente autenticado, será que no es válido para considerarse como conciliación?

R/ Consideramos que sí, pues el mismo artículo 518 del C.P, establece que “... la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca del resultado restaurativo con o sin la participación de un facilitador...”. Es decir, que no requiere la intervención de un tercero que medie en la solución del conflicto, pues básicamente lo que se busca es que la partes lleguen a un acuerdo donde se satisfagan las expectativas de la víctima que consagren obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con la conducta ilícita, de cumplirse los parámetros señalados en el artículo 519 del C. de P. P., debe tenerse como válida esa conciliación para archivar el proceso.

La conciliación también puede llevarse a cabo durante el proceso, es decir, después de que se haya hecho la formulación de imputación y hasta antes de anunciarse el sentido del fallo y por solicitud del imputado o de la víctima en aquellos comportamientos querellables y en los delitos investigables de oficio, podrá conciliarse en lo relacionado a los perjuicios. Aquí es bueno aclarar el por qué es posible antes del incidente de reparación, porque daría lugar a la concesión de ciertos beneficios al momento de individualizar la pena, la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad, o posibilitar el pago de la indemnización una vez discutidas la pretensiones de la víctima.

3. LA MEDIACIÓN

Es un “mecanismo por el cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, promueve y estimula el intercambio de opiniones entre víctima, imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta”. (Artículo 523 del C.P.P.)

Este procedimiento es el más utilizado en los Estados Unidos, para aplicar efectivamente la justicia. Se denomina *Voms: Victim – offender – mediation*. El mediador

es un facilitador, y su labor es interactuar entre la víctima y el imputado, propiciando el diálogo y que las partes encuentren la salida al conflicto sin llegar imponer soluciones, pues lo que se trata es que los actores propongan los diferentes dispositivos de compensación: la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados por el delito; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad o pedimento y ofrecimiento de disculpas o solicitud y otorgamiento de perdón.

Este mecanismo opera para los delitos perseguibles de oficio. En el caso de delitos querellables, las partes pueden acudir a voluntariamente a este mecanismo.

4. LA REPARACIÓN O RESTITUCIÓN

La restitución consiste en el pago de una suma de dinero por parte del imputado por los posibles perjuicios causados o la infracción o la devolución del bien echado de menos.

Realización o abstención de determinada conducta

En algunos casos el imputado se compromete a hacer algo, como por ejemplo firmar una escritura, pagar lo debido y en la abstención de volver a agredir a su grupo familiar en el delito de violencia intrafamiliar.

5. EL SERVICIO A LA COMUNIDAD

Como en algunos casos la afectada es la comunidad, una forma de compensación o muestra de arrepentimiento, es la prestación de servicios a la comunidad. Ella misma entrará a determinar qué trabajos debe realizar el infractor en beneficio de esta.

6. PEDIMENTO Y OFRECIMIENTO DE DISCULPAS O SOLICITUD Y OTORGAMIENTO DE PERDÓN

En muchas ocasiones nos hemos encontrado con que las personas no quieren ningún dinero, lo que desean es que la persona reconozca haber realizado la conducta punible, y pida disculpas, no sólo a la víctima, sino también a la comunidad y que, además, lo reconozca públicamente.

7. ¿QUIÉNES PUEDEN SER MEDIADORES?

La Fiscalía, a través de su Manual de justicia restaurativa, ha señalado quienes pueden ser mediadores y cómo se adelanta la escogencia de los mismos:

“El Jefe de Unidad de Fiscalías conformará la lista de mediadores, de acuerdo con las necesidades del servicio y la disponibilidad del recurso humano. Las mismas se mantendrán actualizadas.

- Las listas serán elaboradas cada dos años, en el mes de enero y estarán integradas por servidores públicos, aun pertenecientes a la FGN, salvo los fiscales. Al igual por particulares pertenecientes a centros de conciliación, consultorios jurídicos, practicantes universitarios, colegios de abogados, ONG's, entre otros.
- La FGN examinará constantemente la forma como se cumple la labor de mediación, la calidad, eficiencia y acierto de quienes actúan en este campo, así como la disminución de mediadores disponibles, para introducir de inmediato los correctivos pertinentes, bien amonestándoles o excluyéndoles o reconfigurando las listas.
- La lista de mediadores, según las circunstancias, puede servir a todos los despachos de los funcionarios que actúan en un municipio o en un circuito. Cuando por circunstancias excepcionales, en el respectivo despacho faltare la lista, se acudirá a la de otro del mismo lugar y en su defecto se hará la designación en persona debidamente calificada para el oficio.⁵⁴

54 Manual de Justicia Restaurativa, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, 2004.

CASOS MESA DE TRABAJO: “VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA”

CASO 1

Distrito Judicial de Bogotá

Audiencia de Protección de víctima menor de edad

Fecha: 13 de septiembre de 2005

Hechos del Caso:

El día 12 de septiembre de 2005 en horas de la noche, comparecieron a la Unidad de Reacción Inmediata, los tíos de un menor de dos años de edad y en presencia del mismo, informaron el maltrato del cual es víctima por parte de sus padres.

Aspectos relevantes:

Las conductas delictivas materia de discusión fueron: Maltrato infantil y lesiones personales.

La Fiscalía solicitó que se librara medida de atención y protección a favor del menor de 2 años de edad, con base en los siguientes fundamentos:

El representante del Ministerio Público recibió la información por parte de los tíos del menor, sobre el maltrato al que se encontraba expuesto; inmediatamente solicitó el apoyo de la Fiscalía, donde se determinó realizar el respectivo examen de medicina legal, que estableció que el menor presentaba síndrome del niño maltratado, en atención a que la perito médico legista, encontró lesiones en el cuerpo del menor, concluyendo que el mecanismo causal fue contundente y la incapacidad definitiva de 16 días; además, se evidenció su aspecto sucio y descuidado, y cicatrices antiguas y recientes en su cuerpo.

De la información legalmente obtenida, a través de entrevista realizada a la tía del menor, se estableció que éste no sólo ha sido maltratado psicológica y físicamente por sus padres, que son personas adictas a los estupefacientes, sino que además está siendo utilizado para la actividad de la mendicidad, la entrevistada afirmó que el menor era expuesto en una esquina de la ciudad junto con su hermano de 1 año, con el fin de pedir dinero a los transeúntes.

Según información de la misma testigo, el menor en dos ocasiones fue puesto a disposición de la Defensoría de Familia y del Bienestar Familiar del Centro de Atención de Villa Javier. No obstante, a pesar de que se informó en

varias oportunidades a dichas entidades sobre la situación irregular de indefensión en que se encontraba el menor, siempre se lo entregaba a su madre; lo que indica que ninguno de estos entes cumplió el mandato legal establecido por el art. 277 del Código del Menor, en atención a la mendicidad art. 263 y el maltrato infantil 272 del mismo, que estaba sufriendo el menor.

La Fiscalía inició indagación por la conducta punible de lesiones personales establecida en el art. 112 CP, en contra de los padres del menor, por ser presuntamente responsables de la situación de maltrato en que se encuentra el mismo, de acuerdo al reconocimiento médico- legal realizado.

La solicitud de la medida de protección se formuló en atención a los derechos fundamentales del menor, contemplados en el art. 44 de la CN y a las garantías de integridad personal, salud, cuidado y respeto que merecen los menores.

Finalmente, con base en los anteriores argumentos la Fiscalía solicitó que el menor sea recluido en el Centro Único de Recepción de Menores del Bienestar Social del Distrito, para su protección como medida indispensable, y mientras se determina la responsabilidad penal de sus padres en las lesiones, el maltrato y la mendicidad sufridos por el menor.

La juez le preguntó a la fiscal, si la Fiscalía había indagado respecto de la viabilidad de ubicar al menor con alguno de sus tíos, teniendo en cuenta que ellos formularon la denuncia. La fiscal respondió que de las entrevistas recibidas y de los informes de investigadores del CTI, se determinó que los tíos del menor no tienen la capacidad económica para cuidar y mantener al menor, pues además éste sufre de problemas de corazón.

El Ministerio Público manifestó que la medida de protección solicitada por la Fiscalía resultaba urgente, necesaria y proporcionada, teniendo en cuenta los artículos 132, 133 y 134 del CPP, con el fin de proteger al menor del maltrato que recibe por parte de sus padres, de quienes se ha podido establecer a través de indagaciones, se dedican a la drogadicción. También señala que los tíos del menor no tienen documentación, ni ofrecen credibilidad ni posibilidad de encargarse de su cuidado.

La juez valoró cada uno de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida aportados por la Fiscalía y mencionó la normatividad que rige el caso: el artículo 44 de la CN que obliga a la protección de los derechos fundamentales de los menores; el art. 8 del Código del Menor, que desarrolla principios protectores de los derechos fundamentales de los mismos; además, señaló que la conducta desplegada por los padres podría estar adecuada en las conductas punibles determinadas por los artículos 263 y 272 del Código del Menor, en concordancia con lesiones personales.

La juez consideró que el menor se hacía merecedor de una medida de protección por parte del Estado, situación respaldada constitucionalmente, teniendo en cuenta la indefensión que caracteriza a esta víctima y los daños evidentes, físicos y psicológicos, además, de la existencia de adecuación, necesidad y proporcionalidad de la misma.

La juez consideró que se entendía y justificaba la solicitud de la Fiscalía de remitir al menor a una entidad de carácter distrital, en atención a que el Instituto Nacional de Bienestar Familiar no adoptó las medidas necesarias para protegerlo, pues a pesar de que la situación se puso en conocimiento del mismo, el menor continuó siendo maltratado, e incluso su situación se agravó con la circunstancia de mendicidad.

La juez advirtió al director del centro de recepción del menor, que en atención a la situación de salud del mismo, mencionada por la Fiscalía -que aunque no se encuentra respaldada se la considera cierta en razón al principio de buena fe-, deberá tomar las medidas necesarias en cuanto a cuidado y mantenimiento del menor; y también deberá garantizar los mecanismos idóneos y adecuados para que el menor empiece a recibir la atención médica especializada que garantice la protección de su derecho fundamental a la salud.

Decisión: La juez dispuso proteger al menor a través de la medida de protección, consistente en la ubicación en el Centro Único de Recepción de Menores del Bienestar Social del Distrito, conminando a su director para que a partir del momento en que reciba al menor, adopte las medidas necesarias para salvaguardar su salud y lo someta a tratamiento médico especializado.

Interrogantes y Planteamientos:

1. En atención al desarrollo del caso, ¿qué opinión le merece la decisión adoptada por el juez de control de garantías?
2. Durante la audiencia se mencionó la situación de mendicidad, en la que también se encontraba el hermano de 1 año de edad de la víctima, ¿cuál debió ser la actitud de cada uno de los intervinientes frente a este hecho?
3. ¿El juez de control de garantías estaba facultado para extender la medida de protección al hermano de la víctima? ¿Era necesario que la Fiscalía solicitara expresamente la medida?

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Formulación de la Imputación
Fecha: 11 de julio de 2005

Hechos del Caso:

El 2 de enero de 2005 el indiciado disparó con arma de fuego en dos ocasiones contra su compañera sentimental, causándole la muerte. Los hechos fueron observados por el menor de 10 años de edad, hijo de la víctima y el victimario, quien se dirigió al CAI a pedir ayuda. Los agentes de la policía acudieron al lugar de los hechos de forma inmediata, pero el indiciado no se encontraba en el sitio.

Aspectos Relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Homicidio agravado.

El juez desarrolló una argumentación fáctica y legal. Además, solicitó a la Fiscalía que pusiera de presente los elementos materiales probatorios sobre la existencia del presunto delito.

La Fiscalía señaló los hechos base de la imputación y los elementos materiales probatorios de los que se infiere razonablemente la autoría de la conducta punible investigada.

La principal evidencia en la que se basó la argumentación desarrollada por la Fiscalía, fue la entrevista realizada al menor de 10 años de edad, hijo de la víctima y el victimario, quien fue el único que presencié los hechos. Dicha entrevista fue realizada por parte de los agentes de policía, que acudieron al lugar, instantes después de la ocurrencia de los hechos.

La fiscal adecuó los hechos del caso en los artículos: 103, 104 No. 1 y 365 del CP, con el incremento del artículo 14 de la ley 890 de 2004. Además, indicó que como el indiciado fue declarado persona ausente, no era posible que manifestara si aceptaba o no la imputación por ella formulada. Posteriormente, enunció como evidencia, las diferentes investigaciones y condenas, por los delitos de hurto y fabricación y tráfico de armas de fuego, que existían en contra del investigado.

El defensor público no presentó ninguna objeción a la imputación formulada.

Decisión: El juez entiende realizada la imputación de manera fáctica y jurídica, manifiesta que no es posible dar a conocer el derecho a aceptar la imputación ni a imponer medida de aseguramiento por existir sustracción de materia toda vez que no existe persona privada de la libertad.

Interrogantes y Planteamientos:

1. Con base en los hechos del caso, ¿el menor constituye una víctima dentro del proceso penal? En caso positivo, ¿qué medidas se debían adoptar para protegerlo?
2. Desde una lectura constitucional y atendiendo a normas del bloque de constitucionalidad, ¿respetó la policía judicial los derechos prevalentes del menor?
3. Teniendo en cuenta que en el caso, el único testigo presencial de los hechos fue el menor, ¿los agentes de policía judicial estaban facultados para hacer la entrevista, en el lugar de los hechos e instantes después de su ocurrencia?, ¿era necesaria la presencia de personal especializado para realizarla?

CASO 3

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Imposición de Medida de Aseguramiento
Fecha: 26 de octubre de 2005

Hechos del Caso:

El día 5 de octubre de 2005, en un inmueble ubicado en el barrio Barrancas de la ciudad de Bogotá, en el dormitorio de la abuela de una menor de 5 años de edad, se encontraba el indiciado viendo televisión. La menor estaba haciendo tareas en el comedor, y entró a dicho lugar con el fin de indicarle su trabajo al indiciado, quien le dijo que era una niña muy linda y metió la mano entre su ropa y empezó a acariciarle los genitales; la acostó sobre sus piernas y le dio besos en la boca, esto sucedió en 4 oportunidades, la menor no dijo nada, pues estaba muy asustada. En la noche del mismo día le contó a su madre lo que había sucedido, y ésta al día siguiente presentó denuncia penal en contra del indiciado.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Acto sexual con menor de 14 años.

La fiscal solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión; con base en el cumplimiento del requisito objetivo consistente en pena mayor a 4 años, y del subjetivo, fundamentado en el reconocimiento médico legal, médico psiquiátrico y entrevistas, de los cuales se desprende que el indiciado es autor de la conducta investigada.

Manifestó que el artículo 44 de la CN, establece un mandato de protección integral de los niños. Indicó que el investigado constituye un peligro para la comunidad, de conformidad con el contenido del artículo 310 del CPP, toda vez que la víctima es una menor de 5 años de edad, que no cuenta con la posibilidad de entender el significado de libertad sexual como un derecho del ser humano de autorregularse.

Se trata de un hecho grave, por la eventual continuidad de la actividad delictiva, ya que el indiciado es un conocido de la familia de la víctima; además, la madre manifestó en la denuncia, que la menor corría peligro, pues el indiciado conocía el lugar donde ésta estudia, y en ese sitio lo reconocen como amigo de la familia.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 312 del CPP, además de la modalidad y gravedad del hecho, el numeral 2 señala que se debe tener en cuenta la gravedad del daño causado. El informe de psiquiatría indicó que el hecho sí ocurrió en la realidad, que no se trata de fantasías ni ilusiones de una niña, además, anotó que la menor presentaba síntomas de ansiedad y estrés, y que cambió su normal desempeño.

Además, señaló que el imputado era docente de un colegio, situación que podía generar un peligro para la sociedad.

El defensor en cumplimiento del numeral 1 del artículo 314, solicitó la detención preventiva en el domicilio del imputado. En relación con el peligro del imputado para la comunidad, indicó que éste actuó como profesor durante 6 años, de los cuales se da fe de excelente conducta con los estudiantes, entre los cuales había menores de 14 años.

La juez consideró que la medida resultaba necesaria y proporcional, atendiendo a la naturaleza y características de los hechos investigados, que la gravedad era máxima, pues se trataba de una víctima menor de 5 años de edad, sujeto especial de protección constitucional; además, el imputado se aprovechó de la ingenuidad y nula capacidad de reaccionar de la menor para atentar contra

su libertad e integridad sexual, causándole daños físicos y emocionales, reflejados en el comportamiento señalado en el dictamen psiquiátrico.

Respecto del artículo 310 del CPP, la juez manifestó que la Fiscalía no aportó argumentos suficientes que le permitieran al juzgado inferir razonablemente la posible continuidad de la conducta punible, pues su único argumento fue que el imputado se desempeñaba como docente de un centro educativo público, pero actualmente esa no es su condición laboral. En ese sentido, el imputado no mantiene contacto permanente con menores de edad, por lo que no se puede predicar la continuidad de la comisión de una conducta derivada de esa condición.

Por otro lado, señaló que del contenido del examen psiquiátrico realizado a la menor, se evidencia claramente que se le produjo un daño derivado de la comisión de los hechos, y que lo anterior, agrava la situación particular de la víctima, pero no genera un peligro para la comunidad en los términos de la ley.

La juez consideró que, de acuerdo con el artículo 311 del CPP, existe peligro cierto para la víctima, derivado de la libertad del imputado, en la medida en que éste conoce su lugar de estudio, sus horarios escolares, su núcleo familiar con el que tenía relación de confianza; por lo anterior, encontró que resultaba necesaria y urgente la imposición de la medida de aseguramiento, en razón a la protección de la víctima y con el fin de impedir el daño concreto y particular; sin embargo, señaló que era suficiente la detención del imputado en su lugar de residencia.

Decisión: La juez impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria al imputado.

La Fiscalía interpuso recurso de reposición, solicitando detención preventiva en centro carcelario, ya que tenía conocimiento de que el imputado había vendido su panadería, por lo que para ese momento se encontraba desempleado. Adujo que existía peligro de huida, pues no había garantía de su permanencia en el domicilio.

La defensa manifestó que la situación de desempleo, no fundamentaba el peligro de fuga.

Al resolver el recurso, la juez indicó que la situación de desempleo no significaba necesariamente que el imputado tuviera la idea clara de sustraerse de la actividad procesal o de una eventual sentencia condenatoria, por lo que reiteraba que era suficiente la detención domiciliaria. Además, el compromiso suscrito por el imputado, lo obliga a permanecer en su residencia y a concurrir a todas las diligencias, en caso de incumplimiento, el juez podrá revocar la medida y ordenar su reclusión en centro carcelario.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Considera que en este caso la medida de aseguramiento de detención domiciliaria era suficiente para proteger a la víctima?
2. Teniendo en cuenta que el peligro para la víctima fue el argumento central de la fiscal para solicitar la detención preventiva en centro carcelario, ¿era procedente que hubiera solicitado una medida de protección para la menor?
3. ¿Qué opina del argumento con el que la fiscal sustentó el recurso de reposición, respecto de la posibilidad de huida del imputado, con base en su situación de desempleo? ¿Qué considera sobre la decisión de la juez?

CASO 4

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Legalización de captura
Fecha: 30 de junio de 2005

Hechos del Caso:

El 27 de junio de 2005, una joven de 17 años de edad, salió de su casa a las 9 pm, se dirigió a un asadero donde se encontró con varios señores. Uno de ellos, socio de trabajo de su novio, la invitó a tomar cerveza en el taller mecánico donde trabajaba. En el lugar se encontraba la mujer con los tres indiciados, estuvieron bailando y cantando, cuando de un momento a otro la empezaron a molestar y a empujar, uno de ellos la golpeó en un ojo y quedó en estado de inconciencia; sólo despertó en el hospital donde fue llevada por su papá en una patrulla policial, tras haberla encontrado hacia las 4 am, tirada en el andén del taller, desnuda. Los tres indiciados fueron arrestados por un término de 24 horas, por escándalo público; una vez transcurrido este término, fueron capturados por la policía judicial a la salida del CAI, por la conducta de acceso carnal violento, investigada por la Fiscalía.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Acceso carnal violento.

La fiscal solicitó la legalización de la captura, la cual fue realizada el 29 de junio de 2005, con fundamento en una orden excepcional del fiscal que conoció el caso, de conformidad con el artículo 300 del CPP, por existir motivos fundados,

ante la imposibilidad de acudir ante un juez de control de garantías y por el riesgo de evasión de la justicia por parte de los indiciados.

Los elementos materiales probatorios sustento de la solicitud fueron: la denuncia presentada por la víctima; el dictamen de Medicina Legal, que indica que la joven presentaba manipulación vaginal, que había sido lesionada y que tenía una incapacidad de 10 días; el acta suscrita por miembros de la Policía Nacional, del 28 junio de 2005, que estableció que en aplicación del Código Nacional de Policía, se impuso medida de retención transitoria por 24 horas a los tres indiciados, por la causal primera, de escándalo público. En cumplimiento de la orden de captura, la policía judicial se dirigió al CAI, donde hizo efectiva la misma.

La defensora manifestó que la captura había sido ilegal con base en los siguientes argumentos:

1. El término legal máximo de 36 horas, había sido cumplido el día anterior a la 1 pm, pues no existía diferencia entre los hechos que dieron lugar al arresto, y los de la captura.
2. La captura excepcional sin orden judicial, resultaba arbitraria, porque no se evidenciaba la imposibilidad del fiscal de haber acudido ante un juez de control de garantías.

La fiscal manifestó que no tenía ninguna otra solicitud para el juez, toda vez que se encontraba investigando.

Decisión: La juez declaró ilegal la captura realizada, por cuanto no se demostró la excepcionalidad de la situación que llevó al fiscal a expedir la orden de captura.

Dispuso la libertad inmediata de los indiciados.

Interrogantes y Planteamientos:

1. En el caso, la víctima es una menor de edad, que tiene derechos prevalentes, frente al régimen constitucional y al bloque de constitucionalidad, ¿era necesario ejercer algún procedimiento especial para su recuperación física y psicológica?
2. La captura fue declarada ilegal por parte de la juez de control de garantías, por lo que se dispuso la libertad inmediata de los indiciados, con base en los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía ¿considera que era procedente realizar la formulación de la imputación?
3. El dictamen de Medicina Legal indicó que la víctima sufrió manipulación vaginal y recibió lesiones, además, teniendo en cuenta que los indiciados

UNIDAD 1

trabajaban con su novio y existía cercanía con ella, ¿el fiscal debió solicitar una medida de atención y protección a su favor?

TÓPICO 5
“RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES”
Mesa de trabajo

I. RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES

PONENTE: JUAN PABLO LOZANO
Juez Cuarto Penal Municipal con función de Control de Garantías.

**1. CONCEPTUALIZACIÓN: DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN GENERAL**

Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de contenido preventivo y provisional, que se adoptan de oficio o a solicitud de parte sobre personas, bienes y medios de prueba, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria y evitando que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin. Ante la imposibilidad real de contar con una justicia inmediata, se ha implantado en la mayoría de los estatutos procesales del mundo, incluido el Colombiano, las llamadas medidas cautelares o preventivas que tienden a mantener el equilibrio procesal y a salvaguardar la efectividad de la acción judicial, garantizando con ello, los derechos de igualdad y de acceso a la administración de justicia⁵⁵.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 431 de 1995, puntualizó sobre este tema:

“En relación con las medidas cautelares, se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tiene entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional, en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional, respecto del acto del juez conductor del proceso”.

55 Corte Constitucional, Sentencia No. C-634 del 31 de mayo del 2000. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

2. MARCO CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Nuestra Constitución Política se ocupa con profunda claridad sobre el tema de las medidas cautelares, en el artículo 250 Num 1°, el cual faculta a la Fiscalía para solicitar al juez que ejerce las funciones de control de garantías “las medidas necesarias” que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”; en el artículo 2 ibidem, se establece la vigencia de un orden justo, el cual se obtiene si los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y la ley son respetados, y en caso de su vulneración, desconocimiento o amenaza, podrán ser restablecidos utilizando los mecanismos jurídicos legales que sean necesarios para remover los obstáculos que impiden el disfrute de los derechos.

De otra parte, el concepto de pronta y cumplida justicia, debe estar ligado a la indispensable seguridad material y jurídica, y a la efectividad de las determinaciones del órgano jurisdiccional, por lo cual se hace necesario la implementación de unas medidas encaminadas a impedir que las sentencias resulten ilusorias en sus efectos, y que se constituyan en una burla para la justicia.

3. CLASIFICACIÓN

Las medidas cautelares en general, pueden ser: reales o patrimoniales, cautelares o probatorias⁵⁶:

Medidas Cautelares Reales o Patrimoniales. Son las que afectan los bienes del imputado y se usan en tutela de los derechos de las víctimas o perjudicados por el delito. Por ser garantes de la pretensión resarcitoria, generada en la responsabilidad derivada del delito, su tramitación se da en sede civil o con las regulaciones propias del proceso civil. El fundamento de las medidas cautelares reales es el *periculum in mora* que para la mayoría de los autores es el peligro de menoscabo que sufre el bien jurídico tutelado por la demora del trámite procesal, su objetivo es garantizar los derechos de los afectados o víctimas del delito ante una eventual insolvencia patrimonial del acusado, que hiciere nugatoria su condena a la indemnización de los daños y perjuicios. Ejms: la fianza, la inscripción de la demanda, el embargo y secuestro.

Medidas Cautelares Probatorias. Algunos autores rebaten el carácter cautelar de las medidas de aseguramiento de pruebas al considerar que sólo facilitan la

56 Jorge Fabrega P. *Medidas Cautelares*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

cognición, sin embargo, en el proceso penal estas medidas se asocian de manera directa a la pretensión punitiva, pues permiten encontrar la verdad material del hecho delictivo motivo de la investigación criminal y asegura la fructuosidad de la resolución definitiva.

Entre estas medidas cautelares probatorias cabe mencionar el allanamiento y el comiso; en relación con los delitos relativos a los estupefacientes, la ley autoriza la compra simulada con dinero marcado y la operación de agentes encubiertos con escuchas telefónicas programadas, que no tienen otra finalidad que la de obtener un medio de prueba vinculante. En estos casos opera una excepción, a pesar de la ilicitud del medio utilizado para obtenerla.

Se discute si se trata de medidas cautelares probatorias o de diligencias propias de la fase de instrucción para establecer la existencia del delito y el descubrimiento de los autores y partícipes.

Medidas Cautelares Personales. Según Cafferata Nores, las medidas de coerción procesal son aquellas que restringen o limitan la libertad del imputado para asegurar los fines del proceso.⁵⁷ Al igual que las cautelares reales, se caracterizan por su *instrumentalidad, provisionalidad y revocabilidad*, pero al afectar directamente la libertad personal y a quien goza de la presunción de inocencia, reconocida como garantía constitucional, su imposición sólo puede darse cuando sea necesaria, proporcionada a los peligros que se tratan de eludir y aplicada restrictivamente.

Entre las medidas cautelares más conocidas se encuentran la detención preventiva, la incomunicación (que difícil de creer, opera de manera legal en algunos países), la orden de comparecencia y conducción a los tribunales, la citación, la libertad provisional o la libertad bajo caución.

3.1 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES O PATRIMONIALES O CONTRA LOS BIENES

Estas medidas generalmente se aplican contra los bienes de los sindicados o partícipes en un ilícito o contra terceros como sucede con el tercero civilmente responsable. Las medidas contra los bienes, además de tener fines asociados al derecho penal, a la pena y al proceso, también tienen objetivos de protección de las víctimas, en el sentido de asegurarles una indemnización. Estas medidas, son las siguientes:

57 Cafferata Nores José, *Medidas de Coerción en el Proceso Penal*, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1983.

a) El comiso: Es la aprehensión, ocupación o incautación judicial de bienes relacionados con la conducta punible. Para la disposición de los bienes objeto del comiso se tendrá en cuenta si son bienes que están dentro del libre comercio o por fuera de él. Si se trata de una medida cautelar, ya que si bien el comiso se ordena en la sentencia, sus efectos pueden regir antes de que se dicte, se ejerce a través de la incautación, la ocupación o la suspensión del poder dispositivo.

De manera anti-técnica y hasta contradictoria, se regula por nuestra legislación penal el Comiso, en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal. Al respecto, el artículo 100 del Código Penal (Ley 599 del 2000, establece que):

“Art. 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción.

Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido dieciocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien”.

Entre tanto, el Código de Procedimiento Penal establece en el artículo 82, lo siguiente:

“Art. 82. Procedencia. El comiso procederá sobre los bienes y recursos del penalmente responsable que provengan o sean producto directo o indirecto del delito, o sobre aquellos utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumentos para la ejecución del mismo, sin perjuicio del derecho que tengan sobre ellos los sujetos pasivos o los terceros de buena fe.

Cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de ilícita procedencia, el comiso procederá hasta el valor estimado del producto ilícito, salvo que con la conducta se configure otro delito, pues en este último evento procederá sobre la totalidad de los bienes comprometidos en ella.

Sin perjuicio también de los derechos de las víctimas y terceros de buena fe, el comiso procederá sobre los bienes del penalmente responsable cuyo valor corresponda, o sea, equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, cuando de éstos no sea posible su localización, identificación o afectación

material, o no resulte procedente el comiso en los términos previstos en los incisos precedentes.

Decretado el comiso, los bienes pasarán en forma definitiva a la Fiscalía General de la Nación a través del Fondo para Administración de Bienes, a menos que la ley disponga su destrucción o destinación diferentes.

Parágrafo. Para efectos del comiso se entenderán por bienes todos los que sean susceptibles de valoración económica o sobre los cuales pueda recaer derecho de dominio corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que pongan de manifiesto el derecho de los mismos”.

De otra parte, el artículo 100 del CPP, establece de manera incompleta el comiso en los delitos culposos, ya que no dice qué se debe hacer luego de terminado el proceso:

“Art. 100. Afectación de bienes en delitos culposos. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves o cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, una vez cumplidas dentro de los diez (10) días siguientes las previsiones de este código sobre la cadena de custodia, se entregarán provisionalmente al propietario, poseedor o tenedor legítimo, salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro.

Tratándose de vehículos de servicio público colectivo, podrán ser entregados a título de depósito provisional al representante legal de la empresa a la cual se encuentra afiliado con la obligación de rendir cuentas sobre lo producido en el término que el funcionario judicial determine y la devolución cuando así lo disponga. En tal caso, no procederá la entrega hasta tanto no se tome la decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, o se hayan embargado bienes del imputado o acusado en cuantía para proteger el derecho de la indemnización de los perjuicios causados con el delito”.

De acuerdo con lo anterior, las modalidades del comiso, son las siguientes:

1. El comiso procederá sobre los bienes que *no tengan libre comercio*. En este caso, aunque las legislaciones suelen establecer que el bien objeto del comiso pertenezca al implicado o partícipes en la conducta ilícita, no es importante ni necesario, que se vincule el bien con el imputado, esto es, que se deba establecer que su propiedad sea del penalmente responsable, de suerte que la medida no implica relación con persona alguna. Sin embargo, sí se tiene que haber establecido la existencia naturalística o jurídica de la conducta ilícita, y la relación del objeto con la conducta. Sólo en ese sentido, es que se contempla el comiso como una medida cautelar, para que se le permita al Estado disponer de los bienes que no están dentro del comercio o realizar el procedimiento para los que tienen libertad legal de ser comercializados.

Los bienes fuera del comercio a que se refiere esta clase de comiso, lo están por motivos de orden público, pues no pueden estar en manos de particulares. Se puede citar al respecto: las armas de fuego, municiones y explosivos (Decreto 2535 de 1993), uniformes privativos de las fuerzas militares y de policía, las divisas extranjeras las cuales deben depositarse en el Banco de la República (Decreto 2272 de 1991), estupefacientes (Ley 30 de 1986), los elementos utilizados en la elaboración de éstos; la maquinaria y elementos utilizados para la emisión de moneda falsa (Ley 793 del 2002), los artículos fabricados con violación de patentes y las máquinas utilizadas (artículo 568 del Código del Comercio).

Aunque en Colombia se prohíbe la pena de confiscación, sí existen bienes objeto de comiso, los cuales *son bienes en sentido económico*, pero que para el delincuente no tienen carácter de bienes *en sentido jurídico*, como por ejemplo cuando el delincuente hurta una suma de dinero a una persona y con aquella adquiere una casa, de manera que como la propiedad de ese delincuente sobre la casa proviene de la ejecución de un delito, a dicho sujeto se le puede decomisar la casa. Ésta pasa a ser propiedad del Estado Colombiano y, así, dicho bien pierde la calidad de bien en sentido jurídico, para la persona que cometió el delito.

2. El comiso se aplica *en los delitos dolosos, cuando los bienes tengan libre comercio, pertenezcan al responsable penalmente* y sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.

En este caso, los bienes pasan a poder del Estado. Con esta medida se busca darle herramientas al juez para evitar que bienes lícitos involucrados en delitos dolosos, puedan después volver a ser utilizados en actividades delictivas, como sería el caso de la falsificación de moneda en la que se utiliza una máquina de impresión.

3. El comiso para bienes de *libre comercio en actividades de responsabilidad culposa*. En este caso el comiso no opera como una sanción penal, sino como un medio para lograr la indemnización de perjuicios, ya que se ordena que el juez decrete el comiso sobre el bien con el cual se cometió la conducta culposa punible, para respaldar una futura indemnización de perjuicios (en caso de una sentencia condenatoria), salvo que haya medidas cautelares que no hagan necesario operar el comiso o en su defecto el pago de perjuicios esté garantizado por otros medios idóneos.

Sobre esta clase de comiso, como se verá más adelante, se ha generado un problema con la entrega de vehículos, especialmente los de servicio público, los cuales generalmente son conducidos por una persona diferente al propietario y, no obstante ello, se están haciendo entregas provisionales, afectándose el derecho del dueño del vehículo, quien podría fungir como tercero civilmente responsable,

pero a quien en el sistema acusatorio no se le permite actuar sino hasta cuando hay sentencia condenatoria. Se deduciría entonces, que si contra sus bienes no se puede decretar medidas de embargo y secuestro, tampoco se podrá decretar la entrega provisional, sino que esta debe ser *definitiva*, ya que por tener fines de comiso, solamente procede sobre bienes del imputado. Para mayor comprensión, se cita la sentencia de tutela T-799 del 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alvaro Tafur Galvis, dijo:

“De tal manera que el formato (de entrega provisional) que el 8 de enero de 1997 suscribió el accionante no podía comprometerlo con la no-enajenación del vehículo, porque hasta esa fecha el automotor no había ido objeto de tal medida y la restricción genérica de no enajenar bienes sujetos a registro como se dijo, le compete al sindicado...”

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de junio de 1993, con ponencia del Magistrado Edgar Saavedra Rojas estableció, en cuanto al comiso con fines indemnizatorios, que:

“...Si bien, la norma es terminante al disponer el comiso de los automotores con los cuales se ha consumado el delito culposos, sin discriminar si su propietario es o no el procesado, una interpretación conduce a entender que la disposición está dirigida a aquellos bienes cuyo titular es el procesado, por cuanto, solamente a éste pueden alcanzar todos los efectos tanto civiles como penales que desencadenen su responsabilidad penal...”

Es cuestionable el comiso con fines de indemnización en los delitos culposos cuando el bien no pertenece al procesado y se exija, además, rendición de cuentas si se trata de un vehículo de servicio público, si el tercero civilmente responsable no puede participar en el proceso penal, sino después del fallo, lo cual equivale a un embargo muy diplomático. Lo ideal es que esa actividad de rendición de cuentas se lleve a cabo por el representante legal de la empresa de transporte al secuestro, en el interregno de la medida cautelar de embargo sobre el producido del vehículo y el rodante mismo (pero sólo si pertenece al indiciado), situación esta que desnaturaliza la figura del comiso, ya que lo que debe buscar el comiso en estos casos es reservar el vehículo con el cual se cometió el delito para garantizar, en el evento de una sentencia condenatoria, el pago de los perjuicios y esa es la razón para que la entrega se haga de manera provisional al indiciado propietario del automotor.

4. *El comiso del valor sustitutivo*, como lo llama el Código Alemán (74c). En el Código de Procedimiento Penal Colombiano se estableció, en los siguientes casos: (i) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de ilícita procedencia, el comiso procederá

hasta el valor estimado del producto ilícito (ii) el comiso procede sobre los bienes del penalmente responsable cuando su valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto del delito, si no es posible la localización de éstos, su identificación o afectación material.⁵⁸

Sobre estas clases de comiso, advertimos que la ley no establece cómo se deben avaluar esos bienes objeto de comiso del valor sustituto.

b) Medidas cautelares de orden material sobre bienes susceptibles de comiso:

a. *La incautación:* Es la toma de posesión que la autoridad hace de algunos elementos (muebles) que tienen relación con la realización del delito o que pertenecen al autor del ilícito.

b. *La ocupación:* La ocupación es la toma de posesión de un lugar o cosa, es llenar un punto estratégico, un espacio, y se refiere a predios, inmuebles, edificios.

La incautación u ocupación por ser medidas materiales, se realizan por orden de la Fiscalía General de la Nación, pudiendo ser ejecutadas por la Policía Judicial; se pueden hacer en cualquier momento y deben legalizarse dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes ante el juez de control de garantías.

Esta audiencia de legalización de la incautación ha sido confundida por algunos fiscales y jueces del sistema acusatorio, al creer que la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia físicas recaudados, dependen de la celebración de una audiencia de legalización de incautación; ello no es así, pues se trata de dos aspectos diferentes. La legalización de la incautación, es procedente cuando el bien tenga relación con la realización del delito o pertenece al autor del ilícito y su incautación tenga *finés de comiso*.

En cambio, la legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, depende de que en su recolección se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes (276 del CPP); la autenticidad hace referencia al cumplimiento de la cadena de custodia, todo lo cual (legalidad y autenticidad) se puede demostrar con los testimonios de las personas que recolectaron el elemento y con el registro de la cadena de custodia.

La incautación y la ocupación proceden cuando se tengan *motivos fundados* para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o

58 Art. 82 del CPP.

estén siendo utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.

c) Medidas de orden jurídico con fines de comiso:

La *suspensión del poder dispositivo*, la cual se puede hacer a partir de la *formulación de imputación*, procede cuando igualmente exista un *motivo fundado* para inferir que los bienes o recursos son producto directo o indirecto de un delito doloso, que su valor equivale a dicho producto, que han sido utilizados o estén siendo utilizados como medio o instrumento de un delito doloso, o que constituyen el objeto material del mismo, salvo que deban ser devueltos al sujeto pasivo, a las víctimas o a terceros.⁵⁹

Esta medida se mantiene hasta la sentencia, o hasta cuando se ordene su devolución; es una medida que decreta el juez de control de garantías a solicitud del Fiscal, quien deberá tener en cuenta, en su solicitud, el interés de la justicia, el valor del bien y la viabilidad económica de su administración.

3.2 OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

a) Suspensión y cancelación de la personería jurídica:

Procede en cualquier tiempo y hasta antes de presentarse la acusación, a petición del Fiscal; se aplica independientemente del sujeto que se investiga, es decretada por el juez de control de garantías cuando se ha establecido la vinculación del objeto social de la empresa o sociedad con actividades delictivas, sin que se exija como requisito necesario la vinculación de las personas que dirijan esa empresa con la actividad delictiva, y consiste en ordenar a la autoridad competente, que previo el cumplimiento de los requisitos legales para ello, proceda a: la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan *motivos fundados* que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

En la sentencia se adoptará la misma decisión, pero ya con carácter definitivo, cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que la originaron⁶⁰.

59 Art. 85 del CPP.

60 Art. 91 del CPP

b) Prohibición de enajenar:

Es una medida cautelar que se impone al vinculado (dígase al imputado) en el proceso penal, cuando se le hace saber que no puede disponer de sus bienes *susceptibles de registro* (Ejs: vehículos, inmuebles, establecimientos comerciales y títulos valores sujetos a registro) dentro de un tiempo determinado, so pena de dejar sin efectos por vía administrativa o judicial cualquier enajenación o negociación que se realice sobre los bienes dentro de la fecha de la prohibición. Se trata de una medida oficiosa⁶¹, a cargo del juez de control de garantías que se debe hacer registrar en las oficinas del Estado correspondientes, esto es, darle la publicidad debida a fin de evitar perjuicios a terceros que adquieran los bienes de buena fe.

Es obligación del juez de conocimiento, pronunciarse sobre esta medida cuando dicte la sentencia, o del juez de control de garantías, cuando dé aplicación al principio de oportunidad, si ello implica extinción de la acción penal y hubo formulación de imputación.

c) Suspensión y cancelación de registro obtenidos fraudulentamente:

Se puede ordenar en cualquier momento y hasta antes de presentarse la acusación⁶²; no procede de oficio, sino a petición de la Fiscalía, ante lo cual la ley solamente faculta al juez de control de garantías a “*suspender* el poder dispositivo de los bienes sujetos a registro (incluidos títulos valores sujetos a esa formalidad) cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad ha sido obtenido fraudulentamente”; esta medida se ordena para proteger a la víctima, por haber sido despojada de su propiedad sujeta a registro de manera *fraudulenta*. Debe diferenciarse esta medida de suspensión del poder dispositivo que busca resguardar el bien, para que vuelva a quedar bajo el dominio de la víctima, de la suspensión del poder dispositivo con fines de comiso, ya que en este último caso, el bien va a quedar al final a disposición del Estado.

En la sentencia condenatoria se ordenará la *cancelación* de los títulos y registro respectivo cuando exista conocimiento, más allá de toda duda razonable, sobre las circunstancias que originaron la medida.

3.3 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOBRE BIENES

El Código de Procedimiento Penal diferencia las medidas cautelares con fines de comiso, de las medidas cautelares sobre bienes. Las primeras, como ya

61 Art. 97 del CPP.

62 Art. 101 del CPP

se dijo, son materiales: incautación y ocupación, y jurídica: suspensión del poder dispositivo. Mientras que las medidas cautelares sobre bienes son el embargo y secuestro; medidas que ya no pueden decretarse de oficio, sino a petición del Fiscal o de las víctimas directas, o del Ministerio Público cuando las víctimas sean menores de edad o incapaces; solamente pueden ser decretadas a partir, inclusive, de la audiencia de imputación, y su finalidad es garantizar el pago de la indemnización de perjuicios causados con el delito, mediante la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o movilizar bienes, así como la custodia y el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad judicial competente, con lo cual se busca sacar los bienes del comercio.

En la práctica de estas medidas se debe aplicar el Código de Procedimiento Civil, lo que implica la prestación de caución, salvo que la solicitud sea formulada por el fiscal, o por el Ministerio Público si pretende proteger a la víctima menor de edad o incapaz, o que exista motivo fundado para eximir de ella al peticionario. Respecto de esta caución, surge el interrogante acerca de si ¿es obligatorio prestarla cuando ya se ha dictado sentencia condenatoria y se pide el embargo y secuestro durante el trámite del incidente de reparación integral?

La doctrina extranjera y nacional ha aceptado que las medidas cautelares tienen aspectos que la caracterizan, como son:

1°. *Jurisdiccionalidad*: Lo que indica que sólo el órgano judicial competente las puede ordenar.

2°. *Instrumentalidad*: Se someten a un proceso penal en marcha y culminarán por ende con dicho proceso.

3°. *Provisionalidad*: Durante el tiempo que dure el proceso y que estén vigentes los requisitos que las han propiciado.

4°. *Taxatividad*: La ley se encarga de indicar cuáles son y en qué procesos se pueden ordenar.

a) Del embargo y secuestro:

En los bienes sujetos a registro, primero procede el embargo y solamente cuando está en firme, se impone el secuestro. En cambio en los bienes muebles, el secuestro es necesario para perfeccionar el embargo.

Finalidad: Con estas medidas se busca sacar los bienes del comercio, sin que para nada importe si el bien tiene algo que ver con la realización de la conducta, y su finalidad es evitar la destrucción, enajenación u ocultación de los bienes; además, garantizar el derecho de las víctimas a la reparación.

Estas medidas se decretan en audiencia reservada, se cumplen inmediatamente han sido decretadas y una vez cumplidas, se notifican a la parte afectada. De allí queda el interrogante sobre la oportunidad para interponer los recursos.

Las medidas se pueden solicitar a partir de la audiencia de imputación e inclusive, luego de la condena (artículo 93, inciso 2°), sin que en el Código de Procedimiento Penal, establezca hasta cuándo se pueden solicitar.

El imputado podrá solicitar el desembargo prestando caución en dinero en efectivo, mediante póliza de compañía de seguros o garantía bancaria, por el monto que el juez de control de garantías le señale, para garantizar el pago de los perjuicios que llegaren a establecerse. El Juez debe indicar que el imputado debe prestar la caución dentro de los veinte días siguientes a la fecha que se impuso.

Es obligación del juez de conocimiento, cuando así se lo solicite la parte afectada, tramitar el incidente de reparación de perjuicios ocasionados al imputado con las medidas cautelares, *cuando se profiera preclusión o sentencia absolutoria, si el peticionario ha actuado con temeridad*. Este asunto no está regulado en el Código de Procedimiento Penal, por lo tanto el trámite de este incidente se debe hacer conforme lo establece el Código de Procedimiento Civil.

Debe tenerse en cuenta que para lograr la concreción de las medidas cautelares de embargo y secuestro, es necesario mantener la reserva de las diligencias, lo cual hace necesario que se tramite en cuaderno separado (artículo 125 del CPC).

4. DIFERENCIA ENTRE CONFISCACIÓN, COMISO Y EXTINCIÓN DE DOMINIO

Consideramos que para facilitar la labor de interpretación de estas figuras, es pertinente mostrar sus diferencias de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

4.1 COMISO Y CONFISCACIÓN

Opera como una sanción penal ya sea principal o accesoria, en virtud de la cual el autor o copartícipe de un hecho punible pierde, en favor del Estado, los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito, exceptuándose, como es obvio, los derechos que tengan sobre los mismos sujetos pasivos o terceros. La confiscación recae sobre bienes sin ninguna vinculación con las actividades ilícitas, mientras que el comiso o decomiso contempla la pérdida de los bienes vinculados directa o indirectamente con el hecho punible. La confiscación está prohibida por la Constitución de 1991 en su artículo 34. El comiso o

decomiso se autoriza como sanción penal limitada a los bienes producto del ilícito como a los efectos que provengan de su ejecución⁶³.

4.2 CONFISCACIÓN

Dispone el artículo 34 de la Constitución Nacional: “No se podrá imponer pena de confiscación”. Lo lacónico de esta norma dificulta concluir si se viola por la disposición fundamental del decreto 1856 bajo examen. Es menester, entonces acudir a sus antecedentes, a la jurisprudencia y a la doctrina.

En cuanto a los antecedentes, el más completo es el de Academia Colombiana de Historia “Antecedentes de la Constitución de 1886” (Editorial Plaza Janés, Bogotá, 1983, pág. 117), a la cual se refiere el colaborador fiscal en los siguientes términos:

“La norma inicial que fue propuesta al Consejo Nacional de Delegatarios (artículo 32), era del siguiente tenor: ‘No podrá imponerse pena de confiscación, salvo la que decreta el legislador sobre la aplicación proporcional de los bienes de los cabecillas de rebeldes para la indemnización de actos de guerra’.

“El origen de la disposición vigente, como es bien conocido, está en la intención que tuvo el Constituyente de 1886 de frenar los abusos que se cometieron en el curso de las llamadas ‘guerras civiles’ del siglo pasado que terminaban no sólo con la aniquilación física o la prisión del vencido, sino con el despojo absoluto y arbitrario de sus bienes.

“Vale la pena transcribir las opiniones de uno de los constituyentes, en cuanto ilustran sobre el verdadero origen de la disposición. Decía el delegatario por Boyacá, Carlos Calderón.

... Si creyéramos nosotros que las constituciones tienen la virtud de cerrar las guerras civiles; si nuestro país, como casi todos los de Suramérica, no estuviera aún atravesando por la edad de la discordia intestina, pudiera consagrarse este artículo en la esperanza de que jamás llegará el caso durísimo de emplearlo’. Desgraciadamente no es así: son acaso condiciones de raza las que nos hacen confiar el resultado de todas las diferencias al azar de las armas, y una disposición como ésta tendrá seguramente aplicación frecuente⁶⁴.

4.3 EXTINCIÓN DE DOMINIO

Es claro que la Constitución protege la propiedad sólo en la medida en que ella haya sido adquirida “con arreglo a las leyes civiles” y cumpla con las obliga-

63 Corte Constitucional, Sentencia No. C-176-94.

64 Corte Constitucional, Sentencia C-677 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

ciones que derivan de las funciones social y ecológica que le son inherentes (CP art 58). Es perfectamente lógico entonces que nuestro ordenamiento admita la extinción del dominio, en beneficio del Estado, de bienes que hayan sido adquiridos de manera ilícita o que hayan sido utilizados para la comisión de delitos, como se desprende del inciso segundo del artículo 34 superior.

La Constitución, en este inciso, amplió el campo específico de las formas de decomiso, ya que esta extinción de dominio puede recaer no sólo sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito sino también sobre aquellos que sean obtenidos “en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”. Esto significa que, conforme al ordenamiento colombiano, la Constitución autoriza tres formas de extinción de dominio, que desbordan el campo tradicional del decomiso, a saber: primero, de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito; segundo, de los bienes adquiridos en perjuicio del Tesoro Público; y, finalmente, de aquellos bienes adquiridos con grave deterioro de la moral social.

Sin embargo, destaca la Corte, que para que esta extinción de dominio opere se requiere de un motivo previamente definido en la ley (CP art 29) y que ella sea declarada mediante sentencia judicial, como consecuencia de un debido proceso en el cual se haya observado la plenitud de las formas del juicio.

5. CARGA DE LA PRUEBA. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El sistema penal y procesal penal colombiano se encuentra edificado sobre el principio de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. La carga de la prueba corresponde al Estado, claro está, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos.

La presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas, y la definición de responsabilidades y sanciones. Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba.

6. DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INTEGRACIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

El Código de Procedimiento Penal establece que se debe tener en cuenta el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD cuando se deba decretar medidas cautelares sobre bienes del imputado, y para ello impone que el juez de control de garantías pondere la necesidad de la medida con la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral o de tasación de perjuicios, teniendo presente la presunción de inocencia, de tal manera que aplicando el *Test* de proporcionalidad podrá sustituirla por otra menos gravosa o reducirla cuando sea excesiva.

Recordemos que el juez de control de garantías debe en aplicación del principio de proporcionalidad, tener en cuenta las subreglas del mismo: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

Aplicando este principio, el juez de garantías podrá, por ejemplo, en los casos de embargo y secuestro de *inmuebles*, ordenar solamente el embargo, ya que esa medida es suficiente para sacar el bien del comercio y garantizar el pago de perjuicios, sin que haya necesidad de que se practique el secuestro del bien.

En cuanto al principio de integración, se debe tener en cuenta que las materias que no estén expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal, se debe aplicar por integración el Código de Procedimiento Civil y otros ordenamientos procesales, en cuanto no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal.

7. MEDIDAS PATRIMONIALES A CARGO DEL FISCAL A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS

Esas medidas, son las siguientes⁶⁵:

1. Ordenar la restitución *inmediata* a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieran sido recuperados.

Actualmente, algunos Fiscales solicitan, con fundamento en el artículo 84 del CPP, a los jueces de garantías, la legalización de la incautación de los bienes hurtados en los supermercados, cuando se considera que lo pertinente es devolverlos *inmediatamente* al perjudicado, sin que se requiera la legalización de su incautación. Si lo que se pretende es demostrar que el procedimiento de su incautación

65 Art. 99 del CPP

fue legal, debe comparecer al juicio la persona que hizo la incautación, para que declare sobre el procedimiento realizado.

2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.

3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al Fondo de Compensación para las Víctimas.

Estas medidas pretenden cumplir Convenios y Tratados Internacionales suscritos por Colombia, con claros fundamentos victimológicos, para que la víctima no se vea envuelta en trámites interminables.

7.1 LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL DERECHO COMPARADO

a) En el Código Mexicano:

1. Se hace constar en el registro público que corresponda, el “aseguramiento de bienes” susceptible de registro y el nombre del depositario; y su cancelación se hace por oficio de autoridad judicial o del Ministerio Público.

2. Se regula de manera expresa cómo debe hacerse el aseguramiento de moneda nacional extranjera, títulos de crédito, la flora y fauna, las obras de arte, y existe una Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público.

3. Se permite que los bienes asegurados queden en posesión del propietario o de alguno de sus ocupantes siempre que no se afecte el interés social o el orden público, les queda prohibido enajenar o gravar los inmuebles a su cargo y se garantizan los derechos legítimos de terceros.

4. Cuando se determine por la autoridad competente la devolución de los bienes previamente enajenados, de conformidad con la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, o exista la imposibilidad de devolverlos, dicha devolución se tendrá por cumplida entregando el valor de los bienes al realizarse el aseguramiento y sus rendimientos.

b) En el Código Chileno:

1. Las medidas cautelares reales pueden ser solicitadas *por escrito* al Juez de Garantías, durante la investigación, por el ministerio público, o la víctima; las medidas que se pueden solicitar son las previstas en el Código de Procedimiento Civil y su práctica se regula por lo que establece dicho Código. Concedida la medida, la víctima está obligada a presentar demanda civil.

2. Se regula las reclamaciones o tercerías que hagan los intervinientes o terceros, ante el juez de garantías, para obtener la restitución de objetos recogidos

o incautados, ante lo cual se dicta una resolución que se limita a *declarar el derecho del reclamante* sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el Juez considere innecesaria su conservación. En cuanto a las cosas hurtadas, se devolverán al dueño en cualquier estado del procedimiento una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor, debiendo dejarse constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas.

c) En el Código Alemán:

1. El comiso con carácter de indemnización se consagra cuando se ha cometido un hecho antijurídico y el autor o partícipe ha obtenido para sí una ventaja patrimonial por el hecho punible; ello es aplicable cuando al “lesionado” le resulte del hecho una pretensión, cuyo cumplimiento disminuiría el valor de lo logrado por el hecho al autor o partícipe. La orden de comiso se aplica también a los frutos obtenidos.

También se establece el “comiso del valor sustitutivo”, en la medida que el comiso de un determinado objeto no sea posible por la naturaleza de lo obtenido, el Tribunal puede ordenar el comiso de una suma de dinero que corresponda al valor de lo obtenido; estableciéndose el avalúo de lo logrado, así como de la magnitud de la pretensión.

Establecido el comiso, la propiedad de la cosa o del derecho pasa al Estado si para el tiempo pertenece al afectado con la orden, garantizándose los derechos de terceros sobre el objeto.

2. Se establece la confiscación cuando se ha cometido un hecho punible doloso y recae sobre los objetos que se obtuvieron o los que se hubieran utilizado para su comisión o preparación, siempre que pertenezcan al autor o partícipe; y, respecto de los objetos que según su clase y circunstancia, pongan en peligro a la comunidad o exista el peligro de que sirvan para la comisión de hechos antijurídicos.

3. Se establece la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad cuando la confiscación no guarde relación con el significado del hecho cometido y con el reproche que recae sobre el autor o partícipe afectado por la confiscación, pudiendo entonces el Tribunal ordenar la suspensión de la confiscación o imponer una medida menos gravosa.

La confiscación implica que la propiedad de la cosa o del derecho confiscado pasa al Estado.

8. DE LOS RECURSOS

El artículo 177, numeral 2, efecto devolutivo del Código de Procedimiento Penal establece que procede la apelación en el efecto devolutivo, contra “*El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado*”. Recurso que de acuerdo con lo previsto en el artículo 178, ibidem, debe interponerse en la misma audiencia y se concederá de inmediato en el efecto previsto en el artículo 177 del CPP.

De otra parte el artículo 20 del CPP, establece como uno de los principios rectores, la doble instancia, y se indica que los autos que “*tengan efectos patrimoniales*”, salvo las excepciones previstas en ese Código, serán susceptibles de apelación, por lo cual se debe incluir como susceptibles de doble instancia, el auto que resuelve sobre la incautación y la ocupación.

El artículo 95 del CPP, establece que las medidas cautelares de embargo y secuestro, se cumplirán en forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte a quien afecten, una vez cumplidas.

El problema que se presenta es que de acuerdo con el artículo 178 del CPP, la apelación se interpone en la respectiva audiencia y se concede de inmediato. ¿Qué pasa entonces cuando el juez al decretar el embargo y secuestro, aplicando el principio de proporcionalidad, *lo limita, y la parte que pidió la medida cautelar no está conforme*, porque considera que se debían embargar y secuestrar más bienes? ¿Podrá la parte que solicitó la medida cautelar, interponer el recurso de apelación en la audiencia? Si la parte afectada con las medidas cautelares, debe ser notificada después de concretadas las medidas, la pregunta es: ¿cuándo puede interponer los recursos?

Consideramos que, como se trata de una notificación mixta, porque una de ellas se hace en audiencia y la otra no, de acuerdo con el artículo 178 del CPP, se pueden interponer los recursos en la misma audiencia, debiendo resolverse o concederse de inmediato. Pero como después de concretada la medida cautelar se debe notificar al afectado con la misma (imputado, acusado o condenado), éste podrá interponer los recursos de ley, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 352 del CPC. Si se interpone solamente el de reposición, se debe dar el trámite del artículo 349 del CPC, y si se interpone solamente apelación, se debe mirar por el juez que se interpuso en tiempo y si es así concederlo, para que el apelante lo sustente en segunda instancia.

Obviamente que el problema no se presentaría si simplemente se niega la medida cautelar, ya que al no haber parte afectada, no se requiere notificar

por aparte, sino que basta con la notificación en estrados. En el mismo sentido, sucedería si decretada la medida cautelar, la parte que la solicitó está conforme y no apela en la audiencia, entonces se debe entender que queda a salvo el derecho del afectado de interponer los recursos luego de concretada las medidas y dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

8.1 DE LOS RECURSOS CONTRA LA DECISIÓN QUE FIJA LA CAUCIÓN PREVIA AL EMBARGO Y SECUESTRO

En el Código de Procedimiento Penal, no se establece si contra la decisión del Juez de control de garantías de fijar la caución para el embargo y secuestro, se pueden interponer recursos contra el auto que fije la caución o la que la acepte o rechace, razón por la cual se debe aplicar el principio rector de la integración (artículo 25 del CPP), y remitirnos al artículo 680 del Código de Procedimiento Civil. Éste permite la interposición de la apelación contra esta clase de decisiones.

Lo anterior es importante tenerlo en cuenta, ya que ante una solicitud de medida cautelar, salvo en el caso que se indicará en los problemas jurídicos a desarrollar, el juez de control de garantías debe examinar primero la fijación de la caución, estableciendo en el auto la cuantía y el plazo (artículos 158 y 159 del CPP) en que se debe constituir (artículo 678 del CPC).

9. ENTREGA DE VEHÍCULOS

El tema relacionado con la entrega de vehículos, ha generado en el Conversatorio de Bogotá, dos posiciones encontradas: la primera dice que *la entrega provisional* debe ser ordenada por el Fiscal y la segunda señala que la orden debe ser del Juez. Los argumentos son los siguientes:

9.1 LA ENTREGA LA DEBE ORDENAR EL FISCAL

1. De acuerdo con la Constitución Nacional (artículo 116, reformado por el acto legislativo 03 del 2002), los fiscales son funcionarios judiciales y, como tales, aplicando el principio rector del artículo 22 del C.P.P, están facultados para ordenar el restablecimiento del derecho, hasta antes de que se formule la imputación, pues una vez formulada la imputación, ese restablecimiento del derecho lo debe hacer el juez. Se considera ésta la interpretación razonable de dicha norma, la cual autoriza a la Fiscalía General de la Nación y al juez restablecer el derecho, o volver las cosas a su estado anterior.

2. La entrega provisional de un vehículo no involucra ni afecta derechos fundamentales, ya que el derecho a la propiedad no es un derecho fundamental; dicha entrega no es una medida cautelar. Además, se debe entender que para ordenar la entrega provisional de un vehículo, no se requiere hacerlo mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir, no se requiere una ponderación entre el interés legítimamente perseguido por la administración de Justicia y el valor o derecho sacrificado al investigado, pues la vinculación de un vehículo a una investigación penal, no es ordenada por ningún funcionario judicial; tampoco lo es su desafectación.

Ello, habida cuenta que tanto la una como la otra, son dispuestas por la ley (artículos 100 y 256 y s.s. del C.P.P.), y por esa razón la entrega provisional de un vehículo es un acto de mero trámite, que puede ser *ordenada* por un fiscal, el cual está facultado para ello, de acuerdo con el párrafo del artículo 161 del C.P.P.

3. Las solicitudes de los fiscales ante los jueces de garantías, en favor de terceros, podrían adolecer de *falta de legitimación*, habida cuenta que dentro de sus funciones legales y constitucionales, ellos solamente están facultados para hacer peticiones a nombre de la Fiscalía General de la Nación, y en favor de la víctima.

3. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 88 y 99 del C.P.P., el fiscal tiene facultades para la devolución de bienes incautados, y se le permite ordenar la restitución de bienes a la víctima.

4. Finalmente, los vehículos involucrados en accidentes de tránsito, se convierten por ese hecho en elementos materiales de prueba, objeto de cadena de custodia (macroelemento) y, por tal razón, la custodia del mismo es de competencia de la Fiscalía General de la Nación, y en ese carácter de custodio, le compete definir la solicitud que hagan los terceros sobre la entrega provisional del mismo (artículo 257 del C.P.P.)

9.2 LA ENTREGA LA DEBE ORDENAR EL JUEZ

Para abordar el interrogante, acerca del funcionario a quien le compete, dentro de los trámites penales, adoptar la decisión de entregar bienes, es preciso plantear diversas categorías de situaciones, cuya resolución entre ellas debe ser coherente, en función de los propósitos de cada evento.

Categoría uno: Bienes que son aprehendidos por organismos de seguridad a propósito de actos delictivos, que no están llamados al comiso y que tampoco están comprometidos en delitos culposos (Inc.1 Art. 100 C.P.P.); también, serían bienes que a la Fiscalía no le resulten útiles como elementos materiales probatorios. La devolución tendrá que hacerla, de plano e inmediatamente, la Fiscalía.

Categoría dos: Bienes de los cuales razonablemente pueda inferirse que son productos directo o indirecto del delito, o utilizados o destinados a ser utilizados en comisión de delitos dolosos, mezclados o encubiertos (Art. 82 C.P.P.) Una vez incautados u ocupados éstos, la Fiscalía tendrá que pedir al juez de garantías que legalice lo actuado y adopte medida de suspensión del poder dispositivo sobre los mismos y, sólo en caso de que así proceda, el debate que surja en torno a su entrega, reconocimiento de tercero de buena fe, etc., habrá de darse ante el juez. Esta competencia subsistirá provisoriamente, hasta que el Juez de conocimiento decida de manera definitiva.

Categoría tres: Bienes que tengan carácter de elementos materiales probatorios, que no están llamados al comiso ni a extinción de dominio. En un término que no puede superar los seis meses, serán devueltos por el fiscal a quien tenga derecho a recibirlos. Si fueron cubiertos con medidas de suspensión del poder dispositivo, la decisión habrá de adoptarla el juez de control de garantías.

Categoría cuatro: Bienes afectados con medidas cautelares, a petición del Fiscal o de las víctimas, en pos de proteger el derecho a indemnización de perjuicios. El levantamiento de las medidas, también a petición de la Fiscalía o de las víctimas, será decisión del juez de control de garantías.

Categoría cinco: Bienes sujetos a registro, sobre los cuales obra restricción al derecho de propiedad, durante los seis meses siguientes a la formulación de la imputación. En razón a que esta limitación encuentra su razón de ser también en la protección de derechos indemnizatorios y en razón a que es impuesta por el juez a petición del fiscal -comportando comunicación a la oficina de registro correspondiente que materialmente significa sacarlo del comercio- la controversia que se suscite a partir de dicha afectación, deberá resolverla el juez de control de garantías.

Categoría seis: Afectación de bienes en delitos culposos. Al igual que en las dos categorías anteriores que hacen parte del capítulo III- medidas cautelares, si los bienes están comprometidos en delitos culposos y la limitación al derecho de propiedad bajo el modo de entrega provisoria tiene su razón de ser en el afán de garantizar derechos indemnizatorios, pero causa efectos nocivos de mayor intervención –embargo o secuestro, frente a la permanente productividad de estos bienes; la Fiscalía o la víctima tendrán que solicitar al juez que los afecte con dicho propósito, lo que no significa embargarlos ni secuestrarlos, sino que se intervenga en el derecho de propiedad, disponiendo que la devolución sea sólo provisoria, hasta que el juez de conocimiento adopte la definitiva.

En este caso, la competencia del juez de garantías sólo podría activarse por la petición de afectación sobre el derecho de propiedad que haga la Fiscalía

o la víctima, en tal caso y sólo en ese, podrá ordenar la devolución provisoria. Si la Fiscalía o la víctima guardan silencio, bien sea porque no existe querrela, o porque ésta declina su interés indemnizatorio, el juez no cuenta con la facultad para resolver un conflicto que ha presentado la dinámica de partes. Tampoco podría, unilateralmente, sin fundamentos de necesidad, ponderación, legalidad e interés de la parte afectada con el hecho, disminuir o afectar el derecho a la propiedad. Se considera imperativo que se requiera al juez la afectación del derecho de propiedad y sólo a partir de la limitación sobre el mismo, entrar a resolver la provisionalidad de la entrega. De lo contrario, el fiscal tendrá que entregar el bien definitivamente.

Se sostiene la primera tesis, esto es, que la entrega provisional debe ser ordenada por el Fiscal, por lo menos hasta que se formule la imputación, si se trata de un delito culposos, ya que se debe entender que el principio rector que ordena el restablecimiento del derecho le encarga esa labor al fiscal, por lo menos hasta cuando se haya formulado la imputación. Y respecto de los delitos dolosos, el artículo 88 del CPP, dispone que el fiscal devuelva los bienes hasta antes de formularse la acusación.

10. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Lo que se plantea son problemas que se advierten en la práctica y que, pese a que algunos no tratan directamente sobre las medidas cautelares, sí son temas transversales desde el punto de vista de la finalidad de las mismas, como es el caso de las que tienen fines indemnizatorios para proteger a la víctima:

1. ¿Puede el juez de control de garantías *comisionar* para la práctica de la diligencia de secuestro?

2. ¿El principio de gratuidad previsto en el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, implica que los secuestres no puedan cobrar sus honorarios en el proceso penal?

3. ¿Por cuánto tiempo se deben mantener las medidas cautelares y cuál es el trámite posterior que se debe seguir cuando queda ejecutoriado el auto que resuelve el incidente de reparación integral?

4. ¿Qué pasa con el bien de la víctima que le ha sido despojado de manera fraudulenta mediante un registro fraudulento, si el Estado no puede individualizar al autor del hecho, dado que solamente hasta la sentencia condenatoria se puede cancelar dicho registro fraudulento?

5. ¿El juez de conocimiento solamente puede condenar a pagar perjuicios económicos en el incidente de reparación integral?

6. ¿El incidente de reparación integral se puede tramitar después de ejecutoriada la sentencia condenatoria o cuándo ha habido aceptación voluntaria o por acuerdo, de los cargos?

7. ¿Se puede condenar al tercero civilmente responsable a pagar perjuicios económicos en el incidente de reparación integral?

10.1 PROPUESTA DE SOLUCIONES A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

¿Puede el Juez de Control de Garantías Comisionar para la práctica de la diligencia de secuestro?

En primer lugar, antes de responder directamente el interrogante que, a su vez, representa el problema jurídico planteado, se debe indicar que ante la tensión existente entre los fines victimológicos que busca la medida y la presunción de inocencia, al aplicarse el principio de proporcionalidad en los casos de bienes *inmuebles*, para evitar causar un perjuicio desproporcionado, el juez debe limitar al máximo el secuestro, pues si lo que se pretende es sacar el bien del comercio para garantizar la indemnización a que tienen derecho la víctima o sus familiares, es suficiente con el registro del embargo en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente. Nótese que tanto el procedimiento penal (artículo 92 CPP) como el procedimiento civil, permiten que el inmueble embargado se deje en depósito gratuito a su propietario, y concretamente en el proceso penal sería al imputado o acusado.

En cuanto al problema jurídico planteado, se observa la imposibilidad para el Juez de Garantías de realizar directamente el secuestro de un bien, por lo siguiente:

1. La imposibilidad logística, ya que los jueces de garantías carecen de medios de transporte facilitados por el Estado, para trasladarse al sitio de la diligencia y si le pide a alguna de las partes que le facilite el transporte, ya se vería afectada su objetividad.

Además de ello, en Bogotá, dichos jueces no cuentan con cámaras filmadoras portátiles para registrar, siguiendo la oralidad, la práctica de la diligencia.

2. Consideramos que el juez de control de garantías puede y debe, por la falta de medios adecuados y para no desatender asuntos de mayor trascendencia, *comisionar* a los inspectores de policía del lugar para llevar a cabo la diligencia de secuestro, pues el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil, así se lo permite:

“Art. 31. Reglas Generales. La comisión sólo podrá conferirse para la práctica de pruebas en los casos que se autorizan en el artículo 181 y para las otras

diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento, y para secuestro y entrega de bienes en dicha sede, en cuanto fuere menester...”.

El comisionar para la práctica del secuestro no pugna con el sistema acusatorio, porque el artículo 16 (principio rector de inmediación) lo que prohíbe es la comisión para la *práctica de pruebas*.

Piénsese en una medida cautelar, en que los bienes se encuentren en varias ciudades, y que en esas ciudades no exista jueces de garantía, será entonces que el juez de garantías debe trasladarse con sus empleados a esas ciudades para practicar el secuestro del bien? La respuesta a ese interrogante es que ello resultaría desproporcionado y entonces surge viable la posibilidad de comisionar. Para la comisión no es necesaria la presencia del fiscal, del Ministerio Público o del defensor, basta que el comisionado notifique la resolución por medio de la cual fija la fecha de la diligencia, para que las partes ejerzan su facultad de asistir o no la diligencia.

¿El principio de gratuidad previsto en el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal, implica que los secuestres no puedan cobrar sus honorarios en el proceso penal?

Consideramos que el artículo 13 del CPP, tal y como está redactado, no le impone a los secuestres la obligación de cumplir su función, sin derecho a cobrar sus honorarios, ya que la gratuidad que predica esa norma, se refiere a los servicios que la administración presta y ello se refiere al trámite de los procesos por el juez, sus empleados, elaboración de actas de diligencias, notificaciones, etc. Véase cómo por ejemplo, el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil, también consagra la “gratuidad de la justicia civil”, y posteriormente en el artículo 8 del CPC, se dice respecto de los honorarios de los *auxiliares de la justicia* (concepto que abarca la función del secuestre), “constituyen una equitativa retribución del servicio”; máxime que el artículo 9º *ibidem*, permite que las partes nombren y reemplacen de consuno a los secuestres; que los secuestres deben disponer de una bodega de su propiedad o en arrendamiento para depositar los bienes secuestrados, con las debidas seguridades; deben también presentar pólizas de seguro de incendio, hurto y cumplimiento que se establezcan en el auto de su designación; y, deben también presentar un informe mensual de su gestión.

Téngase en cuenta que si se dijera que los secuestres no pueden cobrar honorarios cuando actúan como tales en un proceso penal, se le estaría violando su derecho al trabajo, en la medida en que teniendo que hacer erogaciones económicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones; además, se les estaría impidiendo cobrar de manera equitativa por su labor.

Consideramos que el secuestre puede cobrar sus honorarios a la parte que solicitó la medida cautelar (salvo que demuestre no tener recursos para ello), pero hasta cuando haya finalizado su cometido, o una vez aprobadas las cuentas mediante el trámite correspondiente (artículo 388 del CPC). Pero cuando la medida cautelar fue solicitada por la Fiscalía (en representación de las víctimas, sobre todo de aquellas que no tienen cómo pagar los honorarios del secuestre) o por el Ministerio Público, los honorarios del secuestre deben ser cancelados por el Estado y, para ello, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, debe expedir un acuerdo regulando la materia. Este pago podría hacerse con cargo al Fondo de Compensación de las Víctimas.

De afirmarse que los secuestres no tienen en ningún caso derecho al pago de sus honorarios, además de imponérsele una carga que legal y constitucionalmente no están obligados a soportar, sería imposible lograr que un secuestre acepte la designación, quedando en entredicho, el derecho de la víctima a la reparación.

¿Por cuánto tiempo se deben mantener las medidas cautelares y cuál es el trámite posterior que se debe seguir cuando queda ejecutoriado el auto que resuelve el incidente de reparación integral?

En primer lugar, debe indicarse que cuando las medidas cautelares tienen como fin el comiso, es hasta la sentencia, pues en ella el juez de conocimiento resolverá de fondo acerca de si decreta o no el comiso. Se aclara que dentro del trámite de la actuación, siempre se mantiene a salvo el derecho de los terceros de buena fe, quienes pueden solicitar al fiscal la devolución de los bienes incautados (artículo 88 del CPP), del imputado o el tercero que tenga interés legítimo en la pretensión, quienes podrán solicitar el levantamiento de la medida de suspensión del poder dispositivo, si pueden desvirtuar el motivo fundado que se tuvo en cuenta para decretar esta medida cautelar.

El problema jurídico que se plantea, es el de hasta cuándo se deben mantener las medidas cautelares de embargo y secuestro, pues éstas se pueden decretar a partir de la formulación de imputación y, aunque el Código de Procedimiento Penal no dice expresamente hasta cuándo se pueden solicitar las medidas cautelares, consideramos que es posible hasta antes de la ejecutoria de la sentencia en la que se incorporó la condena en perjuicios o la ejecutoria del auto que resolvió el incidente de reparación integral.

Hay que aclarar que no se puede afirmar que en la sentencia se adopta la decisión definitiva sobre los perjuicios, pues en la sentencia no hay obligación de la condena en perjuicios, ya que el incidente de reparación integral, como lo veremos más adelante, se puede iniciar después de dictada la sentencia; máxime que en este incidente, lo que se hace es condenar en perjuicios al acusado, y no hay

obligación del juez penal de iniciar seguidamente (dentro del proceso penal) un proceso ejecutivo o un remate de los bienes, de manera que los bienes embargados y secuestrados, deben mantener en esa situación. El problema jurídico que surge es: ¿hasta cuándo?

Para resolver el problema jurídico, se debe indagar cuál es el paso siguiente luego de quedar en firme la condena dictada en el incidente de reparación integral, independientemente que se pueda resolver antes de dictar sentencia y quede incorporada esa decisión en el texto del fallo condenatorio, o bien sea que el incidente se resuelva con posterioridad al proferimiento (no confundir con el sentido de la decisión) de la sentencia:

La ley 906 de 2004 no regula la materia, esto es, no dice qué se debe hacer con los bienes embargados y secuestrados, una vez el auto que resuelve el incidente está en firme.

Al respecto, se pueden plantear dos soluciones:

1°. Una vez ejecutoriada la decisión (bien sea que esté en el texto de la sentencia o que se resuelva mediante auto proferido con posterioridad), se podría afirmar que le corresponde al apoderado de la víctima, solicitar copia de la decisión, con constancia de ejecutoria, para iniciar el respectivo proceso ejecutivo, y en la demanda informará que ya existen bienes embargados y secuestrados.

2°. La otra solución puede ser, aplicar el Código Procedimiento Penal, que regula la Ley 600 del 2000, el cual todavía está vigente, por cuanto en el aspecto objeto de este punto no pugna con la oralidad del sistema acusatorio.

En efecto, el artículo 58 de la Ley 600 del 2000 (la cual todavía está vigente y se aplica a los procesos por delitos cometidos antes del 1° de enero del 2005), establece que:

“La sentencia que condene al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles. Estos informarán al juez penal la emisión del mandamiento de pago, deber que le será advertido por el juez penal en la sentencia. Recibida tal información si hubiere bienes embargados o secuestrados, se dejarán a disposición del juez civil sin levantar las medidas.

“Si dentro de los tres meses siguientes a la ejecución de la sentencia condenatoria, el juez penal no es informado de la emisión del mandamiento de pago, levantará las medidas de embargo y secuestro que hubiere decretado”.

De acuerdo con la norma citada, se requería que el juez civil librara mandamiento de pago, lo cual indica que se debía presentar una demanda ejecutiva, y el término para presentarla era de tres meses, pues de lo contrario, el juez penal ordenaba el levantamiento de la medida cautelar.

Si la anterior norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, por vicios de forma, el problema que entonces se presenta, es cuál norma quedó regulando el asunto?⁶⁶

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico son la conveniencia político social, mientras que la inexecutableidad es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Mientras la derogatoria de una norma no revive automáticamente los contenidos normativos que habían sido expulsados del ordenamiento, la declaratoria de inexecutableidad implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la carta.

La Corte Suprema de Justicia comparte la tesis de la Corte Constitucional, en el sentido en que declarada la inexecutableidad de una norma, recobran vigencia la norma que la disposición inconstitucional derogaba, salvo que éstas, al compararse con la Carta, resulten contrarias a ella.

En ese orden de ideas, declarado inexecutable el artículo 58 de la Ley 600 del 2000, revive el artículo 58 del Decreto 2700 de 1991, el cual establece:

“La providencia que condene al pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles, cuando no hubiere bienes embargados o secuestrados.

Si hubiere bienes embargados o secuestrados, de oficio se remitirá al juez civil competente copia autentica de la providencia y de las demás piezas procesales, para que éste, previas las formalidades previstas en la ley procesal civil, decrete y proceda al remate de bienes. El juez civil procederá a decretar y practicar nuevos embargos y secuestros de otros bienes, si así le fuere solicitado, sin necesidad de caución, a efectos de que con el producto del remate se atienda el pago de la indemnización de los perjuicios. En los eventos a que se refiere lo dispuesto en este inciso, no se admitirán excepciones ni será necesario proferir sentencia.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los bienes afectados por comiso que deban destinarse a la cancelación de perjuicios”.

De acuerdo con la norma en cita, si no existen bienes embargados y secuestrados, la parte favorecida debe presentar la demanda ejecutiva ante el juez civil, en esta hipótesis no existe problema acerca de hasta cuando pueden mantenerse las medidas cautelares, porque en el proceso penal, no se pidieron.

66 Corte Constitucional, Sentencia No. C-760 del 2001.

Pero si existen bienes embargados y secuestrados, de acuerdo con el artículo 58 del Decreto 2700 de 1991, no es necesario presentar demanda ejecutiva, sino que se debe proceder al remate de los bienes, por parte del juez civil, ya que no proceden excepciones previas ni se requiere dictar sentencia.

El problema que surge es que en el sistema acusatorio, las facultades oficiosas del juez quedaron restringidas, de manera que consideramos que si no existe petición de la parte interesada, para que el juez de conocimiento remita al juez civil competente, copia auténtica de la providencia que condenó al pago de perjuicios, la parte afectada podrá acudir ante el juez de garantías, solicitando el levantamiento de la medida cautelar, siendo necesario entonces que el juez de conocimiento, establezca en su decisión cuánto tiempo tiene la parte para solicitar las copias con destino al juez civil. Si no lo hace, consideramos que por interpretación de los artículos 307 último inciso y 308-2 del CPC., ese término no puede superar sesenta días (se entienden hábiles), los cuales una vez transcurridos, le dan derecho a la parte afectada para solicitar el desembargo de los bienes.

De no colocarse un término máximo para iniciar las acciones antes los jueces civiles, quedarían indefinidamente embargados y secuestrados los bienes, lo cual va en contravía de la Constitución Nacional, del derecho a la defensa y del debido proceso, razón por la cual se acude por remisión al Código de Procedimiento Civil, y concretamente al trámite de los procesos ordinarios, en el cual se regula el tiempo que tiene la parte favorecida para iniciar el ejecutivo.

Con la interpretación anterior, salvo mejor criterio, consideramos que se solucionan los problemas jurídicos planteados, acerca de qué y hasta cuándo se pueden solicitar medidas cautelares; qué se debe hacer con los bienes embargados y secuestrados; y, hasta cuándo deben durar embargados y secuestrados; y, qué se debe hacer con los bienes que fueron objeto de comiso con fines indemnizatorios del artículo 100 del Código Penal, máxime que la Ley 906 del 2004, no derogó el procedimiento penal anterior, ya que esos temas no están claros en la ley.

¿Qué pasa con el bien de la víctima sujeto a registro, que le ha sido despojado de manera fraudulenta mediante un registro fraudulento, si el Estado no puede individualizar al autor del hecho, dado que solamente hasta la sentencia condenatoria se puede *cancelar* dicho registro fraudulento?

El artículo 101 del CPP, establece: “En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente”. Y solamente “En la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento

más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida”.

El problema que se presenta es cuando un bien sujeto a registro ha salido del dominio de su propietario (la víctima), mediante una falsificación del título, y demostrada esa falsificación le resulta difícil o imposible para la Fiscalía individualizar al autor o autores del delito, situación que deja en el limbo el derecho de la víctima a la reparación, que en este caso consiste en que se vuelvan las cosas al estado anterior en que se encontraban antes de cometer el delito, ya que solamente en la sentencia condenatoria se va a poder adoptar la decisión definitiva de cancelar ese registro fraudulento. Mientras ello no se produzca, la víctima no podrá disponer del bien.

Consideramos que dentro de un malentendido garantismo, se produjo un retroceso en la materia, pues el artículo 61 del Decreto 2700 de 1991 (reproducida casi igual por el artículo 66 de la Ley 600 del 2000), establecía lo siguiente:

“Art. 61. Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente. En cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y del registro respectivo.

“También se ordenará la cancelación de la inscripción de los títulos-valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se estén (sic) adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que finalicen las actuaciones correspondientes”.

Consideramos que la norma protege un malentendido garantismo, en la medida en que ata la cancelación del registro fraudulento a la responsabilidad del imputado, cuando la lógica reclama que esa cancelación se haga por estar demostrado que el registro es falso, independientemente de quién lo cometió.

No predicamos que la cancelación deba hacerse inmediatamente, sino que le corresponde al fiscal demostrar ante el juez de garantías, lo siguiente: (i) mediante el informe pericial o el testimonio del perito grafólogo en la audiencia preliminar de lo fraudulento del registro (ii) llevar como testigo al dueño del inmueble, para que informe al juez si el es el dueño o no del inmueble y, sobre todo, para que diga si existen terceros que tengan derechos sobre el predio, con el fin de no violar los derechos de los terceros de buena fe (iii) el Fiscal deberá llevar como testigo al policía judicial, para que declare de acuerdo con su conocimiento personal, quién o quiénes residen en el inmueble en cuestión y para que diga la imposibilidad de individualizar al autor o autores del ilícito y (iv) a esa audiencia se debe citar, al ministerio público, como representante de la sociedad.

Solamente en esas condiciones sería viable por un juez de garantías, decretar la cancelación del registro obtenido fraudulentamente, *siendo necesaria una reforma legislativa al respecto*. Aun cuando, sin dicha reforma, en la actualidad podría auscultarse la posibilidad de aplicar el principio rector del restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004), aplicando los parámetros antes mencionados, “para que sea el juez de garantías quien pueda hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior”; además, se pueden ofrecer argumentos victimológicos del derecho de las víctimas a la reparación.

¿El Juez de conocimiento solamente puede condenar a pagar perjuicios económicos en el incidente de reparación integral?

La reparación integral ya no se puede entender como el pago de unos perjuicios económicos. Para ello, debemos tener en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho comparado, en cuanto a cómo se protege la reparación integral:

- a. La Declaración Americana de derechos del hombre (Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre OAS RES XXX, aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana de 1948), establece que toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos.
- b. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 8°, estipula que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales nacionales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o por la ley.
- c. La Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, en el artículo 14, establece que todos los Estados deben velar porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a una indemnización.
- d. En el Sistema de Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por consenso “la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder”, y en su artículo 8°, estableció que los delincuentes o los terceros responsables de la conducta, resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago de los daños o pérdidas sufridas. Por su parte, el reembolso de los gastos realizados como consecuencias de la victimización, la prestación de servicios y restitución de derechos.

En los casos que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exige comprenderá en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de gastos de reubicación, cuando esos daños causen la disgregación de la comunidad. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización según la cual las víctimas tendrán derecho al acceso de los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido.

- e. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó el informe final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos, adoptado mediante Resolución No. 1996/119 donde se señaló que el derecho de las víctimas, a obtener reparación de los daños, ocasionados por el delito, entrañaba tanto medidas individuales como colectivas. Dentro de las medidas individuales se incluyeron medidas de restitución – cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación la situación en la que se encontraba antes; medidas de indemnización - que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica y medidas de rehabilitación – atención médica y psicológica o psiquiátrica; como parte de las medidas de carácter colectivo, se señalaron las reparaciones simbólicas.

El Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 326 del CPP, lo que podrían ser otras medidas, en los casos de suspensión del proceso a prueba, por razón del principio de oportunidad: realización de actividades (las cuales no se especifican) a favor de la recuperación de las víctimas; la colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento; la manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.

¿El incidente de reparación integral se puede tramitar después de ejecutoriada la sentencia condenatoria o cuándo ha habido aceptación voluntaria o por acuerdo, de los cargos?

En la sentencia de tutela 22491 del 22 de octubre del 2005, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla, se resuelve este problema jurídico, y en esa sentencia se dice:

1. El incidente de reparación integral se debe tramitar, inclusive cuando el proceso termina por aceptación de cargos o por acuerdo.

2. Se recomienda que en la misma audiencia en que el juez imparte aprobación al acuerdo o al allanamiento, expresamente anuncie el sentido del fallo.

3. El término de caducidad para iniciar la acción penal, es el de treinta (30) días, previsto en el artículo 106 del CPP; días que se deben contar hábiles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 70 del Código Civil.

4. El incidente de reparación integral no necesariamente debe estar incluido en el texto de la sentencia, debiéndose entender que *incorporar* es unir dos o más cosas que hagan cuerpo entre sí, de manera que desde el punto de vista jurídico, la decisión del incidente está llamada a ser parte de la sentencia de responsabilidad penal, con independencia de que se decida antes o después de que aquella se profiera, con la única carga para las víctimas de promoverlo antes de que se produzca la caducidad.

¿Se puede condenar al tercero civilmente responsable a pagar perjuicios económicos en el incidente de reparación integral?

Este problema jurídico lo planteamos, a sabiendas de que cuando elaboramos este trabajo, se encuentra pendiente la decisión de una demanda de inconstitucionalidad sobre este aspecto, ya que el sistema acusatorio no permite la vinculación del tercero civilmente responsable, mientras que el artículo 96 del Código Penal, establece, que: “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, *en forma solidaria*, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder”. A su vez, el actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 del 2004) en el artículo 107, no es claro acerca de si se puede o no condenar solidariamente al tercero civilmente responsable al pago de los perjuicios:

“Art. 107. Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado.

El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente”.

De otra parte, el último inciso del artículo 104 del CPP, dice que “... *Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente*”, lo cual deja a entrever, que si la víctima, el condenado o su

defensor, solicitan la citación del tercero civilmente responsable, éste podrá ser condenado al pago de perjuicios, así no comparezca.

Creemos que constitucionalmente no es posible condenar al tercero civilmente responsable, en el incidente de reparación integral, por lo siguiente:

A nivel del derecho comparado se observa que países que tienen sistema acusatorio, al tercero civilmente responsable se le permite actuar en el proceso desde antes de la sentencia:⁶⁷

Italia: El procedimiento penal italiano concibe la figura del tercero civilmente responsable, básicamente a partir de lo dispuesto en el artículo 185 del Código Procesal Penal Italiano, él puede comparecer al proceso bien sea porque sea citado por la parte civil o por el ministerio público, o porque decida voluntariamente concurrir. El Código Penal Italiano, establece múltiples disposiciones con respecto al tercero civilmente responsable: desde la obligación de ser notificado (artículo 154 # 1, 2 y 4 en armonía con el 157 y 419 A); intervenir oralmente en las audiencias y solicitar pruebas (artículo 421.2, 493.2, 503.1 y 523.1), pasando por la de impugnar la providencia a través del Ministerio Público (art, 572.1).

España: La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, contempla la figura del civilmente responsable, que es esa persona natural o jurídica, que sin conjugar responsabilidad penal sobre el hecho, sí tiene la obligación, con fundamento legal o convencional, de asumir las cargas o responsabilidades civiles derivadas del mismo, por el hecho de un tercero, estimado lo dispuesto en los artículos 116 a 122 del Código Penal Español (Ley orgánica No. 10 de 1995).

En la instrucción del sumario, se permite embargar los bienes del civilmente responsable; y el civilmente responsable podrá manifestar por escrito las razones que tenga para que no se le considere civilmente responsable, y pedir las pruebas que pretende hacer valer para tal efecto, para lo cual se debe formar “pieza separada” para que no se entorpezca el curso de la instrucción (artículo 619 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El civilmente responsable puede también presentar escrito de calificaciones, previa comunicación de la causa; y puede intervenir en el juicio oral.

Volviendo a nuestro caso, para saber por qué es necesario que se le permita al tercero civilmente participar en el proceso penal, y no después de la condena, con el fin de que se le pueda condenar en perjuicios de manera solidaria con

67 Carlos Mario Molina Arrubla, *Principio de protección a las víctimas*, Biblioteca jurídica DIKE, Bogotá, 1ª edición, 1995.

el autor o autores del hecho, se debe establecer qué formas de defensa tiene el tercero civilmente responsable en el proceso penal.⁶⁸

1. El tercero civilmente responsable puede “... entrar a demostrar que el sindicado vinculado no es el autor o partícipe del hecho, por lo cual le cabe todo el derecho de ejercer dinámica probatoria y solicitar que se vincule a determinada persona en la cual converjan los antecedentes y circunstancias probatorias para que entre a responder penalmente por el hecho motivo de averiguación...”.

2. “El tercero civil, quien tiene una responsabilidad patrimonial y dentro del proceso penal su carácter es subsidiario y solidario, puede y es de recibo que al momento o en el segmento procesal de la situación jurídica, presente los alegatos respectivos, donde lógicamente de conformidad con el conjunto probatorio que le favorezca solicitaría que el funcionario fiscal se abstenga de dictar una medida de aseguramiento contra el procesado... El tercero civil está en la facultad de interponer los recursos contra la resolución donde se profiera la medida...”

3. En la etapa de juzgamiento “... el tercero civilmente responsable tiene intromisión en el acto de la audiencia pública y por lo tanto puede interrogar al sindicado, como también a los diferentes testigos e intervenir directamente en la práctica de las demás pruebas que hayan sido señaladas para practicarse en la audiencia, esto se avala con mayor firmeza por lo dispuesto en el artículo 141 (Ley 600) que trata de las facultades del tercero civilmente responsable: “tiene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal”.

4°. Finalmente, frente a la sentencia, se dice por el autor citado que: “Si el fallo resulta condenatorio, con mayor amplitud y fundamento debe el tercero civil, impugnar en alzada la decisión sancionatoria, ya que su función vinculativa al proceso está revestida de solidaridad para que se realice el pago de los perjuicios que se han solicitado.

10.2 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional, en la tutela T-799 del 2001, con ponencia del doctor Alvaro Tafur Galvis, declaró una vía de hecho, porque se decretó el comiso con fines indemnizatorios de un bien del tercero civilmente responsable, sin que se hubiera vinculado al proceso y lo relevante es que allí se dice que el comiso con fines indemnizatorios se entiende que procede es sobre bienes del procesado y no de terceros:

68 Antonio Luis González Navarro, *El tercero civilmente responsable*, Editorial Leyer, Bogotá, 2ª edición.

“Acción de tutela contra juzgado penal-Condena de reparación de perjuicios a persona que no fue vinculada al proceso”

“El actor no estaba legitimado para intervenir ante las autoridades de tránsito a fin de evitar el registro de la medida que le impide enajenar libremente el automotor, como tampoco podría solicitar su cancelación -en cumplimiento de lo previsto en los artículos 52 y 681 del Código de Procedimiento Civil-, porque ante dichas autoridades quienes figuran como afectados con la restricción. Y tampoco se le presentó la oportunidad de intervenir como tercero incidental, debido a que después de la entrega provisional que se le hiciera, nunca se solicitó la retención del automotor”

“Vía de hecho en proceso penal-Orden de remate del vehículo causante de accidente”

“Sin lugar a dudas la Sentencia proferida por el Juez Treinta Penal del Circuito de Bogotá en cuanto relacionó un bien de propiedad del actor con la indemnización de los perjuicios causados por el condenado y ordenó al juez civil que proceda, con tal fin al remate del bien, quebrantó las garantías constitucionales del actor, porque le hizo extensivos los efectos patrimoniales de *la Sentencia proferida contra un tercero, sin haberlo oído previamente, sin haberle reconocido el derecho de oponerse a su vinculación, de pedir pruebas, de contradecir las contrarias y de alegar en su defensa*. Lo anterior porque, así no se haya rematado el vehículo el demandante nada dijo al respecto- la Sentencia modificó sustancialmente la situación patrimonial del accionante al suprimirle la facultad de disponer libremente de un bien de su propiedad. Y, aunque existan claras disposiciones legales con fundamento en las cuales el actor podría haber sido conminado a reparar el perjuicio, como no fue vinculado al proceso, la Sentencia quebrantó su derecho de defensa y de igualdad procesal...”

11. FUNDAMENTO LEGAL QUE PERMITE QUE EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE SEA VINCULADO AL PROCESO PENAL, PREVIO A LA SENTENCIA

Ese fundamento surge de las obligaciones de (i) *vigilancia* (artículo 2346 del Código Civil) en el caso de los menores de diez (10) años y los dementes, serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a *tales personas puede imputársele negligencia*; (ii) *supervisión* (artículo 2348 del Código Civil) el cual establece que los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores y *que conocidamente provengan de la mala educación, o de hábitos viciosos que le han dejado adquirir*; (iii) *de cuidado* (artículo 2347 del Código Civil), ya que toda persona es responsable no-solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellas que estuvieren bajo su cuidado, norma que hace relación a los padres de familia sobre

sus hijos menores, a los tutores o curadores sobre la conducta de sus pupilos, a los directores de colegio por sus discípulos mientras estén bajo su cuidado y los artesanos y empresarios por el hecho de sus aprendices o dependientes, pero cesará la responsabilidad de tales personas, *si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no hubieren podido impedir el hecho*; (iv) *o de la relación de subordinación* (artículo 2349 del Código Civil), el cual establece que los amos responderán por los daños causados por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos, *pero no responderán* si se probare o apreciare que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente, en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes; (v) en algunos casos puede concurrir como fuente de responsabilidad el riesgo creado por el guardián de la cosa (artículos 2350, 2351 y 2354 del CC).

En síntesis, se considera que en el incidente de reparación integral que regula el sistema acusatorio (incorpórese o no al texto de la sentencia, ya que el incidente se puede tramitar luego de dictada la sentencia, con la condición que se inicie ante de vencerse los treinta (30) días de caducidad de que habla el artículo 106 de la Ley 906 del 2004), *no se puede condenar a pagar los perjuicios de manera solidaria al tercero civilmente responsable*, porque al no permitírsele participar en el proceso penal previo al fallo para demostrar que no faltó a cualquiera de sus deberes de vigilancia, supervisión, cuidado, relación de subordinación, ni de guardián de la cosa, ello constituiría violación a su derecho de defensa, el cual tiene carácter constitucional.

CASOS MESA DE TRABAJO “RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES”

CASO 1

*Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de formulación de la Imputación
Fecha: 30 de marzo de 2005*

Hechos del Caso:

El 30 de marzo de 2005, la indiciada fue capturada en un establecimiento público donde funcionaba un billar, y del que ella manifestó ser la administradora.

Agentes de la policía judicial, se encontraban realizando labores de patrullaje en el lugar, cuando salió una persona del billar, a quien le solicitaron realizar una requisa, y se le encontraron dos papeletas que contenían una sustancia blanca que al parecer era bazuco; esta persona manifestó habérsela comprado a la indiciada, al interior del establecimiento.

Los agentes entraron al billar, y solicitaron a la indiciada realizar una requisa al lugar, solicitud a la cual ella accedió voluntariamente. Después de revisar el sitio, observaron que la indiciada tenía un tumulto en la parte de la ingle, fue requisada por una mujer, agente de la policía, y entregó una bolsa que contenía 30 papeletas de una sustancia blanca. Acto seguido, ofreció la suma de \$ 300.000 a uno de los agentes de la policía, con el fin de que no la llevaran ante la administración de justicia, y le permitieran continuar vendiendo el material en el establecimiento.

Aspectos relevantes:

Las conductas delictivas materia de discusión fueron: Tráfico, fabricación y porte ilegal de estupefacientes, destinación ilícita de mueble o inmueble y cohecho por dar u ofrecer.

La fiscal formuló imputación por los punibles de tráfico, fabricación y porte ilegal de estupefacientes, contemplado en el artículo 306 del CP, por haberse encontrado en poder de la indiciada una cantidad considerable de estupefacientes, que tras la experticia técnica, resultó ser 4.9 gramos positivo para la cocaína; destinación ilícita de mueble o inmueble señalada en el artículo 377 del CP, pues fue capturada cuando se encontraba vendiendo droga en un establecimiento abierto al público; y cohecho por dar u ofrecer, toda vez que ofreció \$300.000 al agente de la policía para que no la llevara ante las autoridades. Le manifestó a la imputada que la aceptación de los cargos conllevaría una rebaja de hasta la mitad de la pena.

El juez dio la palabra al defensor y al Ministerio Público, con el fin de que se pronunciaran sobre el contenido de la formulación de la imputación realizada por la Fiscalía.

El defensor manifestó que no compartía la imputación realizada por la conducta de destinación ilícita de inmueble del artículo 377 del CP, por no existir identificación plena del inmueble, ni allegarse el registro de instrumentos públicos del mismo, además, indicó que no existía claridad sobre la destinación exclusiva del bien para esa actividad, pues funcionaba como billar y allí se vendían algunos productos alimenticios. Señaló que no tenía ninguna objeción frente a la imputación de las otras dos conductas, fabricación, tráfico y porte de estupefacientes y cohecho por dar u ofrecer.

El Ministerio Público afirmó que la destinación ilícita se tipifica cuando el inmueble es destinado “exclusivamente” para almacenar, vender o para el uso de sustancias estupefacientes. La imputación excede la tipificación establecida para el hecho punible.

El juez otorgó la palabra a la fiscal para que reconsiderara sus argumentos una vez escuchadas las intervenciones de la defensa y del Ministerio Público. La fiscal manifestó que no cambiaba su posición, de conformidad con el artículo 377 del CP, teniendo en cuenta la declaración rendida por el agente que realizó la captura, quien afirmó que no era la primera vez que capturaban a alguien allá, y se sabía que siempre han vendido drogas en el lugar.

El juez manifestó que atendiendo al contenido de los artículos 286-288 del CPP, su papel frente a la imputación es ser un notario, por lo que el despacho aceptó la imputación formulada, por los delitos indicados por el fiscal.

Dio lectura al contenido del artículo 8 del CPP, que contempla los derechos que se adquieren con la calidad de imputado, también señaló el artículo 131, que consagra las consecuencias de la aceptación de cargos, e indicó que ésta debía ser libre, voluntaria e informada. Concedió un breve receso, con el fin de que la imputada tuviera la oportunidad de hablar privadamente con su defensor.

La imputada manifestó que había entendido todo lo que se discutió en la audiencia, y aceptó los cargos de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y cohecho por dar y ofrecer, pero no el de destinación ilícita de inmueble. A causa del allanamiento parcial que manifestó la imputada, el juez rompió la unidad procesal, por lo que se continúa investigando el delito de destinación ilícita de mueble o inmueble.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Considera que es necesaria la destinación ilícita exclusiva del bien para que se configure el tipo penal, como lo manifestó el defensor y el Ministerio Público?
2. ¿Cuál considera que debe ser el papel del juez en la imputación? ¿Que opina sobre el argumento de que es un notario?
3. ¿Considera que faltaron elementos materiales probatorios para que la fiscalía fundamentara el delito de destinación ilícita de inmueble?
4. ¿Qué opina de la decisión tomada por el juez?

CASO 2

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Entrega de Vehículo
Fecha: 4 de enero de 2005

Hechos del Caso:

El 3 de enero de 2005, se presentó un choque entre dos vehículos, del cual resultó lesionada una persona que fue trasladada a la Clínica “El Campín”. El agente de tránsito, que se encontraba en el sitio, capturó a los conductores de los mismos.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Lesiones Personales culposas.

El fiscal sustentó su solicitud de entrega en depósito provisional de vehículo, toda vez que fueron presentadas la tarjeta de propiedad, el seguro obligatorio y cédula de ciudadanía del apoderado, además se allegó una autorización debidamente autenticada por parte del hermano que es el propietario del vehículo, para que éste lo pudiera recibir.

El juez revisó los documentos aportados por la Fiscalía. Decidió que era procedente ordenar la entrega provisional del vehículo, argumentó que se trataba del delito de lesiones personales culposas, y se dio cumplimiento a las reglas de la cadena de custodia y del peritazgo respectivo para efectos investigación. Además, explicó a la persona autorizada para recibir el vehículo, que el carácter de entrega provisional implicaba la imposibilidad de enajenar el mismo, y puso de manifiesto que debía suscribir una diligencia de compromiso hasta que se produjera la entrega definitiva del mismo.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Cuál es el funcionario competente para realizar la entrega de vehículos?
2. ¿Cuáles son los requisitos que deben ser analizados por el funcionario competente, para que sea procedente la entrega provisional de vehículos?
3. ¿Qué tipo de argumentación debe desarrollar el funcionario competente al momento de sustentar su decisión?

TÓPICO 6 "PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL"

Mesa de trabajo

Ponentes: *Eduardo Castellanos Roso, juez penal del circuito y Henry Calderón, Defensor Público.*

I. POLÍTICA CRIMINAL Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

PONENTE: HENRY CALDERÓN
Defensor Público

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende abordar el estudio del interesante instituto jurídico-político conocido como principio de oportunidad, con el propósito de indicar cómo las transformaciones económico-políticas hacen, no solo posibles, sino necesarios los cambios en los procedimientos judiciales.

Este punto de vista está enfocado a intentar señalar, dentro de nuestras competencias, en primer lugar, una ruta histórica para indagar el posible origen de la justicia privada, dispositiva o discrecional. Para ello nos valemos de Michel Foucault, quien en su texto "La Verdad y las Formas Jurídicas", cuenta los resultados de sus investigaciones profundas sobre este tema.

Se describirá después la manera como se ha intensificado la criminalidad en nuestra región tercermundista, para poder explicar que una nueva política criminal es necesaria para hacer frente a la delincuencia contemporánea. Esto, con la ayuda de las ideas de Susan George traídas de su texto "¿Globalización de los Derechos?"

En este contexto encuentra su total justificación la aparición en el derecho colombiano del principio de oportunidad, el cual abordamos acompañados de los juristas Óscar Julián Guerrero Peralta, Alejandro Aponte y Silvia Barona Vilar.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

En el derecho griego arcaico no había ni sentencia, ni verdad y tampoco indagación que permitiera saber quién de los involucrados en un conflicto interpersonal decía la verdad. Será en el derecho romano en donde las figuras de sentencia y verdad en el proceso penal adoptan alguna importancia.

Luego de la invasión “bárbara” (se llamó así a todas las tribus que venían del norte de Europa, que tenían una cultura muy diferente a la griega), y más precisamente cuando se desmorona el imperio carolingio en el siglo X de nuestra era, se impone en la práctica judicial ese derecho que se denominó “germánico” y que fue la base de lo que posteriormente se conoce como derecho anglosajón o sistema acusatorio puro.

En el derecho germánico antiguo, que se extiende hasta las puertas del imperio romano, y se consolida posteriormente en toda Europa, como lo dijimos, los litigios se regían de una manera diferente a la conocida hasta entonces en Grecia y Roma. Se trataba de unos litigios que se regulaban por el juego de la prueba, no había acción pública, entendida esta como la puesta en dinámica del aparato estatal por las autoridades encargadas de la persecución penal. Para que se formase un proceso penal se requería solo la existencia de dos personas, aquella que afirmaba haber sufrido un daño y el designado por esta víctima como su adversario, como aquél a quien le reclamaba reparación.

En la liquidación judicial de esta disputa se podía llegar a un acuerdo o transacción con el fin de evitar una posible venganza, es decir para salvar la integridad personal o la vida.

Como no hay un tercero neutral que busque la verdad en la disputa (juez), tampoco hay una indagación o investigación. Lo que se observa, entonces, es toda una disposición privada (lo que se conoció como la institución jurídica de la *dispositio*) de la reclamación por la lesión sufrida.

Cuando se desmorona el imperio carolingio en el siglo X, triunfa el derecho germánico y el derecho romano cae en el olvido hasta que renace en el siglo XII.

El derecho feudal es, entonces, esencialmente germánico y los litigios se reglamentan por el sistema o juego de la prueba (ordalías). Pero se trataba de una prueba que no significaba la demostración de la verdad, sino de la fuerza, el peso o la importancia de quien ganaba en ese juego. La prueba no tiene una función apofántica, no designaba ni manifestaba, ni hacía aparecer la verdad, sino que se trataba de un juego en donde los jugadores arriesgaban la vida o la totalidad de sus bienes.

Aquí la autoridad intervenía sólo como testigo de la regularidad del proceso litigioso.

Este sistema de práctica judicial desaparece a finales del siglo XII y durante el siglo XIII. Toda la segunda mitad de la edad media asistirá a la invención de nuevas formas de justicia, de prácticas y procedimientos judiciales novedosos.

En la alta edad media aparecen una serie de fenómenos nuevos. Una justicia que ahora se impone a los individuos. Éstos no tendrán ya el derecho de resolver sus

litigios; aparece la figura del procurador, quien como representante del soberano y del orden que éste dispensa viene a doblar, a sustituir a la víctima, pues con la lesión ocasionada también se causa un daño a ese orden social. Aparece también la noción de infracción penal como lesión al orden, al Estado, a la sociedad, a la ley, a la soberanía y ya no solo a otro individuo. Aparece sobre todo, el soberano, el rey, quien ahora es no solo la parte lesionada con la infracción, la principal víctima, sino quien exige reparación.

Se comprende, entonces, que la liquidación del asunto en litigio no pueda ser ahora obtenida a través de los mecanismos de la prueba, pues el rey y el procurador no pueden arriesgar sus vidas o sus bienes cada vez que se comete un crimen. Se requirió un nuevo mecanismo de solución judicial diferente de la prueba o de la lucha entre adversarios para saber si alguien, el ganador, tenía la razón.

El modelo que se siguió aquí fue el del delito flagrante. El sorprendido en el momento del delito era llevado ante el soberano o su delegado para obtener castigo y exigirle recompensa. El problema se presentó con los delitos no-flagrantes. La pregunta fue ¿cómo generalizar el modelo del delito flagrante?

Se utilizó, entonces, el modelo de la indagación o de la investigación que había sido abandonado en Grecia, pero que había vuelto a resurgir con las prácticas de la Iglesia en la edad media. El procurador del rey tendrá entre sus tareas las de establecer por indagación, por *inquisitio*, si hubo crimen, cuál fue y quién lo cometió.

Nótese cómo se trató de toda una transformación política, una nueva estructura política y económica, la que hizo posible y necesaria la utilización de este procedimiento en el dominio judicial. Un procedimiento que se presenta claramente como una modalidad de gestión estatal, de ejercicio de poder. No será diferente en los sustanciales cambios de las sociedades industriales de los siglos XIX y XX.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Con la presencia en la historia de las revoluciones estadounidense y francesa, nacen nuevas e importantes categorías para el derecho procesal penal, como las garantías penales y procesales y el principio de legalidad procesal (entendido como el deber del Estado de perseguir y sancionar todo hecho punible).

Estas categorías se constituirán como leyes y serán llevadas a un código o estatuto jurídico legal que las recoge, en los países europeos continentales (sistema de justicia continental europeo o inquisitivo o acusatorio mixto); por su parte, en

Inglaterra y Estados Unidos de América (derecho anglosajón o sistema acusatorio), las garantías se constitucionalizan, pero el principio de legalidad sigue sin formar parte de su cultura jurídica, dejando completamente abierta la posibilidad de seguir utilizando su regla principal de gestión judicial: el principio de disposición de la acción penal, convertido ahora en principio de discrecionalidad o de oportunidad

El principio de legalidad, en el sistema de justicia continental europeo, se expresa con el *apoteagma nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, y se manifiesta en dos etapas del proceso. La primera como obligación del Estado de perseguir los delitos que lleguen a su conocimiento por cualquier medio, a través del ejercicio de la acción penal, investigando y acusando; la segunda se presenta como la imposibilidad de interrumpir, suspender o renunciar a que el presunto autor o partícipe sea llevado a juicio. El juez asume el papel de defensor de la sociedad y le corresponde, igualmente, la dirección del proceso y la presentación de las pruebas.

Por ser el principio de legalidad una exigencia emanada de la ley es de obligatorio cumplimiento y su desobediencia por las autoridades castigada jurídicamente.

En el sistema de derecho anglosajón, en Estados Unidos en particular, no hay consagración legal ni constitucional expresa del principio de legalidad o de obligatoriedad de la acción penal. Son las partes las encargadas de la iniciativa procesal y probatoria, de tal manera que va a recaer íntegramente sobre la acusación el papel de defensa de la sociedad y por tanto la represión de los hechos delictivos.

Sin embargo, esta pretensión de la acusación es totalmente discrecional, es decir, la acción y la persecución penal, devienen potestad exclusiva de estas autoridades. Esta discrecionalidad obedece a unos específicos criterios de selectividad en el ejercicio de la acción y la persecución, que se traducen en lo que se conoce como *plea bargaining* y *guilty plea* que, en su conjunto, forman el principio de oportunidad norteamericano.

Como se trata de un sistema de partes, éstas van a poder disponer del objeto del proceso: el Ministerio Fiscal (*prosecutor*) va a poder renunciar a la acción penal o revocarla, lejos de cualquier control judicial, por lo cual responderá únicamente ante el pueblo que lo eligió para ese cargo; el imputado puede declararse culpable (*guilty plea*) de manera voluntaria, inducida o negociada y exonerar, con ello, a la acusación de tener que probar el fundamento de la imputación. En los EE.UU, la mayor parte de los procesos penales se resuelven mediante la solución negociada (*plea bargaining*), que consiste en el acuerdo que llegan las partes.

3. LA SITUACIÓN ACTUAL EN LOS PAÍSES DE NUESTRA REGIÓN

A partir de la mitad del siglo XX muchos países constitucionalizan las garantías procesales y plasman en sus normas superiores las finalidades, principios y normas específicas que caracterizan el proceso penal en un Estado Social de Derecho. Esto, a raíz de la incorporación en las Constituciones Nacionales de los pactos de derechos humanos, especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante esta nueva normatividad, ha sido difícil para nuestros países contener los problemas de desempleo, pobreza, hambre, violencia, corrupción, criminalidad.

Es un hecho innegable que existe hoy en Colombia, un aumento desmesurado de la delincuencia en todos sus niveles, ya se trate de delincuencia organizada o no, que ha permitido demostrar con claridad la dificultad de las autoridades para perseguir en su totalidad el delito.

El aumento de la delincuencia es objeto de múltiples explicaciones desde la teoría política, la penal, y hasta la teoría económica. Por ejemplo, puede indicarse que partir de la guerra fría, Occidente tuvo que mantener el estado de bienestar de la postguerra, empero, tras la caída del Muro de Berlín, que dio por finalizada la guerra fría, en 1989, la situación cambió radicalmente. Muchos países de tercer mundo han profundizado su situación de pobreza y miseria. Valga comentar que los informes anuales sobre el desarrollo humano del Programa para el Desarrollo de las Naciones Unidas, dan fe que año tras año han aumentado las desigualdades entre ricos y pobres; lo cual se evidenció con la “gráfica de la copa de champán”, que muestra que el 20% más favorecido de la humanidad posee actualmente un 86% de toda la riqueza, mientras el 20% menos favorecido ha visto como su ya precaria porción de la riqueza se ha reducido a solo el 1.3%.

Esto obedece, entre otras causas, a los cambios ocasionados por las nuevas estructuras sociales, económicas y políticas, adoptadas desde diversos modelos de poder, que generan nuevos tipos de conducta delictiva que van desde las desatadas por las condiciones de violencia y conflictos políticos aún sin resolver, hasta las conductas relacionadas con las nuevas condiciones tecnológicas, científicas y de evolución en las comunicaciones, por nombrar sólo algunas. Valga mencionar a manera de ejemplo, que el Estado dentro de su nuevo rol, dirigido a crear un clima favorable para la adecuada operación de los mercados y a ejercer las funciones judiciales, policiales y de defensa de ese mercado, o neoliberal como lo denominan muchos teóricos, representa cambios en las estructuras tradicionales de producción y en la tenencia de los factores, quiebre en el cual se generan climas

de corrupción, violencia terrorista y pobreza extrema difíciles de enfrentar con el derecho penal tradicional.

Esta situación muestra que ninguna estructura burocrática establecida para la investigación penal, incluido el principio de legalidad, es capaz de dar salida efectiva a toda *notitia criminis*.

Es por ello que el principio de legalidad debe permitir una flexibilización o una disminución de su intensidad formal ligadas a consideraciones sobre la necesidad y conveniencia en la persecución penal, todo con el fin de constituir herramientas jurídicas y de política criminal eficaces para combatir las expresiones delictivas que más daño causan a los grupos sociales, sobretodo a los más débiles de la sociedad. Una de esas herramientas en el nuevo sistema de justicia penal en Colombia es el llamado principio de oportunidad, el cual se diferencia del establecido en el derecho anglosajón.

4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN COLOMBIA

4.1 GENERALIDADES

El acto legislativo 02 de 2.003 elevó a canon constitucional el principio de oportunidad para Colombia, al modificar el contenido del artículo 250 de la constitución de 1.991.

En efecto, los cambios a esta norma pueden registrarse de la siguiente manera:

1. El actual artículo 250 constitucional señala para la Fiscalía General de la Nación la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal y de la realización de la investigación de los hechos que revistan características de delito. La aplicación del principio de oportunidad es, por tanto, excepcional.

2. Dice también la norma constitucional que la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad. Se trata, entonces, de un principio de oportunidad reglado, en tanto que es la ley la que define en que casos debe darse su aplicación.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la causal 16 del artículo 324 CPP mediante la sentencia C-673 de 2.005, por falta de claridad en la definición legislativa de esta causal.

3. Continúa la norma superior diciendo que la aplicación del principio de oportunidad ha de estar en marcado en unas decisiones de política criminal. Esto se corresponde con la flexibilización del principio de legalidad ya mencionada, que permita dar paso a la realización de una justicia material. El concepto de política criminal se entiende aquí como ese conjunto de respuestas y estrategias normativas (procesales o sustanciales) o no normativas (económicas, sociales, administrativas, culturales, etc), que el Estado diseña para enfrentar conductas que se consideran perjudiciales para el grupo social, con el fin de garantizar la protección de los fines e intereses del Estado y de los derechos y garantías de los residentes en el territorio nacional(preámbulo y artículos 2 y 5 de la constitución política, y artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otras normas).

Habría que promover lo establecido en la ley 888 de 2.004, en su numeral décimo, en el sentido de auspiciar la participación de la comunidad entera en el diseño y construcción de política criminal y penitenciaria, pero sobre todo en decisiones de política-criminal que tengan que ver con salidas alternativas a la prisión y al excesivo control judicial, y a la posibilidad de que las cargas de responsabilidad por los delitos cometidos corran a cargo, de manera proporcional en los grupos sociales, pues la responsabilidad personal está en decadencia.

Es decir, que el principio de oportunidad se entiende como una alternativa de realización de los fines constitucionales del proceso penal a un menor costo politico-criminal.

4.2 CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 324 CPP DESDE LA POLÍTICA CRIMINAL

Las causales que permiten a la Fiscalía la aplicación del principio de oportunidad pueden reunirse desde un punto de vista político –criminal de la siguiente manera:

- a) Ausencia del interés del Estado en la persecución del delito. Causales 1 y 4
- b) Razones de interés Nacional. Causales 2,3,9.

En el tema de extradiciones habría que demostrarse que la Corte Suprema de Justicia rindió concepto o que la Corte Penal Internacional no ha aprehendido al justiciable, pues de lo contrario no habría fundamento para aplicar la causal.

- c) Colaboración con la justicia. Causales 5 y 6

Ésta debe aplicarse sin perjuicio de la prohibición de no auto-incriminación. Al respecto, vale anotar que ya la Corte Constitucional se pronunció sobre la

declaración del coacusado en este mismo sentido, en la sentencia C- 782 de 2.005, declarando exequible el artículo 394 CPP.

- d) Principios de no necesidad de la pena y mínima culpabilidad. Causales 7, 1 a 13,17.
- e) Reparación a la víctima. Causales 1,8,14,15.
- f) Interés público prevalente. Causal 15.

A partir de la sentencia C- 979 de 2.005, se ha dado claridad acerca de la naturaleza y el alcance del principio de oportunidad establecido en el acto legislativo 03 de 2.002.

En efecto, para la Corte Constitucional, el principio de oportunidad en Colombia, significa, por una parte, una excepción al ejercicio obligatorio de la acción penal, y por otra, desarrollo del principio de legalidad.

Igualmente, esta sentencia declara exequible lo relacionado con las facultades de reglamentación dadas a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 330 CPP, en razón a que el establecimiento de criterios uniformes propicia homogeneidad en el trato, restringe los espacios de arbitrariedad y excluye la posibilidad de tratos discriminatorios, dice la Corte.

Creemos que desde este contexto teórico puede afirmarse, ya que el principio de oportunidad es reglado, que la Fiscalía no tiene una potestad discrecional para ordenar o no su aplicación. De esta manera, la figura se distingue de la forma en la que el derecho anglosajón interpreta y aplica este modelo de organización e implementación de la acción o persecución penales.

4.3 LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Además de lo anteriormente dicho acerca de las finalidades constitucionales en el diseño legislativo de la política criminal, esta tiene límites constitucionales.

Estos pueden mencionarse de la siguiente manera:

En primer lugar, el deber de armonizar, en el proceso penal, los intereses de todos los intervinientes, especialmente los derechos de las víctimas, el interés de eficacia de la justicia y los propios derechos de los acusados. Ello, ya que la Constitución Política establece que a la Fiscalía le corresponde investigar y que la política criminal del Estado tiene que contar con un sistema que le permita a la dicha institución cumplir su rol bajo parámetros de constitucionalidad.

Este límite constitucional implica la participación judicial en el control de legalidad previsto en el artículo 327 CPP (debe recordarse que la expresión

“siempre que con ésta se extinga la acción penal” fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-979 de 2.005). Este control judicial, siendo automático y obligatorio, exige la presentación de la prueba de la causal invocada y la participación del Ministerio Público y la defensa. Esto significa que puede presentarse controversia en la audiencia respecto a lo pertinente de la aplicación del principio de oportunidad.

Si el juez observa que los derechos de la víctima no están siendo defendidos, puede indagar sobre los perjuicios ocasionados e incluso ordenar pruebas de oficio para demostrarlos, pues la prohibición contenida en el artículo 361 CPP, “prohibición de pruebas de oficio”, se refiere a la etapa de la acusación y a pruebas que tengan relación con la existencia del hecho y con la responsabilidad penal.

En segundo lugar, la aplicación del principio de oportunidad está sujeta a que se haya establecido la verdad de lo ocurrido y se disponga de mecanismos para hacer justicia y garantizar la reparación.

Finalmente, los delitos de lesa humanidad deben perseguirse en virtud de los compromisos nacionales ante el derecho internacional de los derechos humanos.

5. CONCLUSIONES

La forma de concebir en el derecho colombiano la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, se enmarca dentro de la nueva concepción acerca del papel de la administración de justicia penal en las sociedades contemporáneas. Se trata de una administración de justicia que:

1. Ha reconceptualizado sus premisas de funcionamiento, a saber, i) el principio de legalidad, entendido como irrevocabilidad de la acción penal y, en consecuencia, el mito de la no-impunidad (se trata ahora de mostrar la ineficacia histórica del principio de legalidad así entendido), ii) la responsabilidad penal por la falta, en donde lo importante es la naturaleza anímica y volitiva del agente del delito (se trata ahora de tener como punto de referencia para una idea de justicia penal, no a la naturaleza, sino al grupo social).

2. Atiende más el interés por la resolución del conflicto social que genera la presencia de la conducta delictiva que la condena o castigo del delincuente. Este interés por el conflicto se constituye en función de la situación específica de la víctima.

3. Le interesa la efectividad en la persecución del delito, por lo que los esfuerzos de investigación se dirigirán a perseguir las conductas que causan más daño al grupo social; los delitos de poca significación social, podrían ser autogestionados por la comunidad.

4. Actúa dentro del respeto a las garantías fundamentales de los involucrados. El papel del juez muestra aquí su inmensa importancia.

Así las cosas, la aplicación del principio de oportunidad reglado puede ser la ocasión para alcanzar los siguientes logros:

a) Re-plantear los temas de la criminología crítica, a saber, descriminalización (si la conducta es de poca o nula significación social, o contiene mínima culpabilidad, se le podría quitar su carácter de delito); desjudicialización, despenalización (si la retribución penal se da de manera natural o la pena típica o judicial es mínima no se deben permitir sus efectos criminógenos y velar, mejor, por la pronta resocialización y no privación de libertad de algunas conductas delictivas que, no obstante su carácter de bagatelas, tradicionalmente se han visto como muy perjudiciales para la comunidad).

b) Lograr objetivos de eficiencia en la administración de justicia. Ello, en los casos de delaciones, arrepentimientos activos, extradiciones.

c) Por la re-aparición de otros intereses, como el reconocimiento a la víctima y su papel en la resolución del conflicto.

Esta manera de entender el fenómeno delincencial exige una política criminal inscrita dentro de una política general del Estado que no sólo pretenda “luchar contra el crimen”, sino que atienda las posibilidades de resolución del conflicto que este genera. Esto implica la posibilidad de la participación de la comunidad entera en el diseño de esas políticas, tal como lo prevé la ley 888 de 2004.

6. La aplicación del principio de oportunidad tiene unos intereses, valores, finalidades o referentes específicamente constitucionales, a saber, los previstos en los artículos 1 y 2 de la Constitución política, los cuales encuentran su desarrollo en el CPP.

7. La comunidad tiene un papel que jugar en el diseño, tanto de la política criminal, como de las motivaciones de las decisiones judiciales.

8. El principio de oportunidad se juega su esencia dentro de unas políticas de solidaridad y de eficiencia en la persecución del delito. El derecho penal fundado sólo en la responsabilidad, no es suficiente.

9. Siempre ha habido selectividad en la tipificación y persecución del delito. Hoy, el problema es definir qué criterios dan lugar a esa selectividad; cuánta selectividad soporta el sistema; cómo regularla y cómo controlarla.

6. PROBLEMAS FINALES

Algunos de los problemas que plantea la aplicación del principio de oportunidad pueden ser formulados de la siguiente manera.

1. El principio de oportunidad previsto en la Constitución Política permite, en su aplicación reglamentaria, cierta discrecionalidad por parte de la Fiscalía. En relación con ello, ¿cómo tendría lugar esa discrecionalidad?

2. ¿Cómo se diferencia la aplicación del principio de oportunidad con los preacuerdos y con la preclusión?

3. ¿La reincidencia delictiva, de presentarse, inhibe la aplicación del principio de oportunidad?

4. El derecho fundamental a la segunda instancia opera para el control judicial del principio de oportunidad ¿dentro de qué límites tendría lugar tal derecho?

5. El Ministerio Público y la defensa están facultados o tienen derecho a solicitar la aplicación del principio de oportunidad con base en el derecho constitucional de la igualdad, ¿cómo se justifica este derecho?

6. ¿En qué tiempo de la actuación procesal puede tener lugar la aplicación del principio de oportunidad?

7. ¿Qué alcances tiene el papel del juez en el control de legalidad del principio de oportunidad frente a la prueba presentada por la Fiscalía?

8. ¿Las causales previstas en el artículo 324 del CPP son taxativas? ¿Son ellas suficientes?

9. ¿Las causales de aplicación previstas en el artículo 324 CPP contienen de manera tácita o implícita una determinada concepción de política criminal?

10. Si las causales del artículo 324 CPP están reguladas dentro del ámbito general de la política criminal, ¿es correcta, suficiente y es constitucional dicha concepción general de política criminal?

11. ¿Alguna causal amerita aplicar la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo cuarto superior?

12. Conforme al artículo 329 del CPP, de proceder la renuncia por la causal fundamentada en “falta de interés del Estado en la persecución del hecho”, la extinción de la acción penal se extiende a todos los autores o partícipes en la conducta punible. ¿Al no tenerse en cuenta otras causales se desconoce el derecho fundamental de la igualdad? ¿La libertad de configuración legislativa se ciñe aquí a los requisitos constitucionales exigidos?

II. LA OPORTUNIDAD

PONENTE: EDUARDO CASTELLANOS
Juez penal del circuito

1. CONCEPTUALIZACIÓN

El problema de su Conceptualización determina en gran medida del sistema jurídico procesal en el cual nos encontremos. Si se trata de un sistema de corte o tendencia anglosajona, se hablará de la oportunidad como principio y se entenderá que la constituyen las reglas o los criterios que ha de tener en cuenta el fiscal para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Si se trata de un sistema jurídico acusatorio continental, no se hablará de la oportunidad como principio, sino que se entenderá ésta como una prolongación del principio de legalidad en donde por razones de estricta política criminal se autoriza a la Fiscalía para introducir excepciones al principio de legalidad y suspender, abstenerse de ejercer o renunciar al ejercicio de la acción penal. En síntesis, podemos decir que a través de la oportunidad, el ente acusador adelanta un juicio de selección de los asuntos que teniendo la calidad de delitos se abstendrá de ponerlos en conocimiento de un juez con miras a ser sentenciados.

El Prof. José Cafferata Nores en su obra *Derecho Procesal Penal, Consensos y nuevas ideas*, concibe el principio de oportunidad, como la posibilidad que la ley acuerde a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar. Esto se conoce como “oportunidad reglada”. Significa que, sobre la base de la vigencia general del principio de legalidad, readmiten excepciones por las razones de oportunidad que se encuentren previstas como tales en la ley penal, tanto en sus motivos como en sus alcances.

2. OPORTUNIDAD COMO REGLA

Aplicado en los EE.UU., el sistema de enjuiciamiento descansa sobre el principio de oportunidad y se desconoce el de legalidad. El Ministerio Público posee amplias facultades discrecionales que se aplican desde el punto de partida de su actuación. En consecuencia, puede decidir qué delito perseguir, desistir

de la acusación, reducir los cargos en los que basó su acusación, negociar con el imputado, conferir inmunidad por colaboración con la investigación, poderes, éstos que, nos indica Guariglia, no fueron conferidos expresamente pero si admitidos jurisprudencialmente y que en la actualidad están siendo criticados a la vez que se pretende una mayor participación de la víctima en el proceso.

3. LA OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Darío Bazzani Montoya, sobre el tema, ha señalado lo siguiente:

“Es indudable que a partir de la lectura del acto legislativo 03 de 2002 se concluye que si bien el constituyente optó por un esquema acusatorio lo hizo apuntando al sistema procesal acusatorio de tendencia europeo continental. Veamos:

A. El fundamento del ejercicio de la acción penal es jurídico y radica en el principio de legalidad. Por esa razón la aplicación de la oportunidad es excepcional y está condicionada al desarrollo que de ella haga el legislador, quedando sometido cada caso al control de legalidad que ejerza el juez de garantías.

B. Los controles al ejercicio de la acción penal se realizan por parte de un juez. Si se trata de la acusación, el control natural se ejerce en el juicio ante un juez que falla en derecho. El establecimiento de jurados populares se consagró simplemente como una posibilidad excepcional para que el legislador, si lo tiene a bien, la desarrolle en el futuro de manera excepcional, pero no constituye un requisito de la esencia del sistema.

Si se opta por la preclusión, la decisión no es de la órbita del fiscal. Sólo se le reconoce iniciativa para solicitarla al juez de conocimiento, en los casos en que considere que no existe mérito para acusar. De esta forma se establece un filtro que pretende evitar que el fiscal aplique vedadamente la oportunidad como si se tratara de una hipótesis de falta de mérito para acusar y de esa manera obvie el control que corresponde ejercer al juez de garantías. En definitiva, tanto la preclusión por falta de mérito como aquella que se fundamenta en la aplicación excepcional de la oportunidad, están sujetas a control judicial respecto de su legalidad.

C. El fiscal continúa perteneciendo a la rama judicial. De esta forma se reafirma que su función se ejerce con fundamento en la ley y no en consideraciones políticas. El Fiscal representa los intereses de la sociedad como parte en el proceso, pero no puede disponer libremente del interés que representa, puesto que esa consideración la ha hecho previamente el legislador. Todas sus actuaciones, incluso la aplicación de la oportunidad, deben someterse al principio de legalidad.

D. El fiscal responde judicialmente por sus actuaciones con fundamento en el principio de legalidad. No existe responsabilidad política directa de los fiscales por sus actuaciones ni control político de sus decisiones.”

Por su parte, la Corte Constitucional al estudiar el tema de la oportunidad adelantó estas apreciaciones pertinentes:

“No obstante lo anterior, el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo como novedad, y con carácter excepcional, el principio de oportunidad, el cual ha sido fuente de numerosas discusiones dogmáticas.

Así, de conformidad con una primera concepción, el principio de oportunidad resultaría ser la *antítesis del principio de legalidad*, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002.

Una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. También se le conoce como *principio de oportunidad reglada*, y consiste en que el legislador establece directamente las causales de aplicación de dicho principio, y por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley⁶⁹.

Ahora bien, la doctrina especializada ha acuñado diversos argumentos a favor de la aplicación del principio de oportunidad, entre los cuales sobresalen (i) permite reaccionar de forma proporcional a la falta de interés público en la persecución de ciertos delitos con escasa lesión social; (ii) estimula la pronta reparación de las víctimas; (iii) evita los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de la libertad; (iv) favorece el derecho a ser juzgado en un plazo razonable; (v) permite tratar de forma diferenciada los hechos punibles que deben ser perseguidos en todo caso, de aquellos que son considerados de mínima lesión social⁷⁰.

El Acto Legislativo 03 de 2002 acogió la fórmula del principio de *oportunidad reglada*, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, es decir, que al momento de aplicarlo para suspender, interrumpir o renunciar al

69 Tal es el caso, por ejemplo, de Alemania, donde la normatividad procesal penal establece las siguientes causales (i) cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; (ii) cuando se opongan intereses estatales prioritarios; (iii) en los delitos de acción privada y (iv) cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 90

En otros países, como en Francia, la regla general es la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, usualmente conocida como “*opportunité de poursuites*”, pero sujeta a ciertas limitaciones, tales como la imposibilidad de desistir libremente una vez ejercida la acción penal, o la obligación de ejercer la acción penal siempre que el perjudicado por el delito se constituya en parte civil. Luis María Díez-Picazo, *El poder de acusar*. Ministerio Fiscal y constitucionalismo, Madrid, 2000, p.14.

En el sistema acusatorio americano, por su parte, el fiscal goza de una cierta discrecionalidad para sustraerse de la acusación, mediante la figura del plea bargaining por razones tales como la ausencia de causa probable⁷⁰, la insuficiencia de la prueba o la victimización innecesaria del ofendido. Ernesto Chiesa Aponte, *Derecho procesal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 1995. Claudio Vitalote, *La función de acusar. Entre obligación y discrecionalidad*, Nápoles, 1991, citado por O.J. Guerrero, *Fundamentos Teóricos Constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2005, p. 143.

70 Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 2004; Faustino Córdón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2003.

ejercicio de la acción penal, lo podrá ser solo con fundamento en alguna de las causales expresamente señaladas por el legislador, con el debido control de la legalidad ante un juez de control de garantías.”

En nuestro concepto, la oportunidad no aparece absolutamente como ejercicio discrecional de la Fiscalía, como sí ocurre en el caso de los Estados Unidos; el legislador colombiano en el artículo 324 del C. de P. P. dijo que “*El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos...*”, es decir, que inicialmente no se contempla en el Código como una potestad de la Fiscalía General de la Nación, sino que constituye un imperativo reglado para cuando quiera que se presenten las hipótesis previstas en el citado artículo. Aunque el artículo 323 del C. de P. P. indica que la Fiscalía *podrá* suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, si se observan las causales que dan motivo a la aplicación del principio de oportunidad, de ellas no emerge que corresponda a un acto totalmente potestativo, sino que, en contrario, nos parece se ha establecido también como obligación para el ente acusador y, en otros casos, también se erige como un derecho para el procesado.

Pareciera, por ejemplo, que la causal segunda del artículo 324 del Código, referida a la entrega en extradición de una persona a causa de la misma conducta punible por la cual se le pretende juzgar en Colombia, generara una obligación para la Fiscalía General de la Nación de aplicar el principio de oportunidad, pues, de lo contrario podría violarse el principio de doble incriminación sobre el procesado. Ahora bien, las causales quinta, sexta y octava, entre otras, otorgan un derecho al procesado para demandar de la Fiscalía General de la Nación el principio de oportunidad y véase que en relación con la suspensión del procedimiento a prueba el artículo 325 del C. de P. P. faculta al imputado para solicitar esta medida ante el instructor. De modo que en nuestro concepto la oportunidad no sólo es una excepción al principio de legalidad, sino que está debidamente precisada por el legislador y, además, en algunos casos es una obligación para la Fiscalía así como un derecho del procesado.

En apoyo de nuestro planteamiento de que la oportunidad como institución procesal puede comportar en muchos casos un derecho del procesado, nótese que la resolución 6657 de diciembre de 2004, expedida por la Fiscalía General de la Nación, indica en el artículo 3º la posibilidad de que el procesado pida la aplicación del principio de oportunidad y la obligación de dar respuesta a su demanda.

4. LEGALIDAD

En el tema de la oportunidad, gobierno de nuestro sistema penal es, en consecuencia, el principio de legalidad que describe con toda precisión el artículo 250 constitucional:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”

La Corte Constitucional en sentencia C-673 de 2005 precisó al respecto:

El Acto Legislativo 03 de 2002 consagra como principio general el de legalidad en su acepción procesal, que responde a una concepción de retribución absoluta, en el sentido de que el Estado, para la consecución de sus fines, tiene el deber de investigar y castigar cualquier violación que se produzca a la ley penal⁷¹. Dicho principio, de estirpe liberal, apunta a garantizar que todos los ciudadanos sean tratados por igual, el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, a que exista seguridad jurídica⁷², y a que en últimas, no quede en manos de las autoridades encargadas de adelantar la persecución penal, la decisión de quien debe ser castigado en cada caso concreto. De allí que el proceso penal no sólo sea considerado un instrumento para la aplicación de la ley sustantiva, sino que aquél se torna irrenunciable cuando se produce en la realidad el supuesto de hecho previsto en la ley. Así pues, el inicio del proceso, o la continuación del mismo, no es asunto del que puedan disponer libremente el fiscal, el juez o la víctima⁷³.

De tal suerte que, el Estado realiza su pretensión penal sin consideración a la voluntad del ofendido, salvo en los delitos querrellables, interviniendo en la investigación de todos los hechos punibles de que tenga noticia “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, le está vedado a la Fiscalía suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal.

71 Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, 2004, p. 39.

72 Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 89.

73 Faustino Córdón Moreno, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Navarra, 2002, p. 20.

Reiteración de la afirmación del constituyente en el artículo 250 son los artículos 66, 200 y 322 del C. de P. P. donde se impone a la Fiscalía la obligación de perseguir a los autores y partícipes de hechos que revistan las características de un delito. Por su parte, como ya se dijo, la oportunidad constituye una excepción reglada a esta obligación.

5. POLÍTICA CRIMINAL

Es innegable que la aplicación del principio de oportunidad está ligada a la política criminal del Estado, tal como indica el artículo 321 del C. de P. P.; se trata de pautas que no están determinadas por la resolución 6657 de 2004 de la Fiscalía General de la Nación, sino por el legislador al disponer cada una de las causales de procedencia de la oportunidad.

La exposición de motivos del acto legislativo que finalmente introdujo el principio de oportunidad en Colombia, dijo:

“(i) se trata de un principio que se viene aplicando *“en forma larvada”*, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándolo en la sentencia anticipada o audiencia especial; (ii) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (iii) constituye *“una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal”*; (iv) ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, en tanto que el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del *plea guilty* o confesión dirigida a evitar el juicio, y del *plea bargaining*, es decir, negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o mutar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado; (v) es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y (vi) bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.”⁷⁴

Y con posterioridad, en otro de los debates a que fue sometido el proyecto de acto legislativo, reformador de la carta política se precisó:

74 Gaceta del Congreso No. 134 de 2002

“(i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bien jurídicos lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial, en delitos de contenido económico.”⁷⁵

El estudio de las causales del artículo 324 del C. de P. P. nos brinda, *grosso modo*, la posibilidad de descubrir algunas de esas tendencias político-criminales, veamos:

1. *Decadencia del interés estatal para ejercer la acción penal.* Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años, debiendo mediar reparación previa a la víctima.

2. *En personas objeto de extradición.* Implica, en primer lugar, coincidencia entre el delito por el cual se extradita y el delito investigado en Colombia; en segundo lugar, puede que se trate de otra conducta punible que en Colombia tenga una pena de menor importancia en comparación con la que le sería aplicada en el extranjero.

3. *Entrega del procesado a la Corte Penal Internacional para juzgamiento a causa de la misma conducta.* Aquí cabe preguntarse sobre la procedencia del principio de oportunidad por cuanto frente a delitos que ocasionen grave violación al derecho internacional humanitario, crímenes contra la humanidad o genocidio, no procede esta institución.

4. *Colaboración con la justicia.* Para evitar que se continúe el delito o se realicen otros, o para incentivar que se aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Cuando la persona sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial.

5. *Delitos culposos.* Cuando el imputado haya sufrido daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique descono-

75 Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.

cimiento del principio de humanización de la sanción punitiva y cuando la imputación del delito sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de merma significativa jurídica social.

6. *Respuesta penal innecesaria.* Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social; o cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa.

7. *Suspensión del procedimiento a prueba.* Cuando exista la posibilidad de suspender el proceso para someter a prueba al imputado, en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de éste se cumple con las condiciones impuestas.

8. *Amenaza a la seguridad del estado.* Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado; o cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas.

9. *Insignificancia.* Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios; cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio; o cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

6. PROBLEMAS QUE SURGEN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

1. ¿El principio de oportunidad previsto en la Constitución Política es un principio de discrecionalidad?

En términos generales, la doctrina procesal acepta que oportunidad es sinónimo de discrecionalidad. Lo que no puede aceptarse es que en el caso colombiano, como ya se indicó, se entienda que la oportunidad constituye la regla general de la actividad de la Fiscalía en su ejercicio de la acción penal y que esta discrecionalidad se ejerza sin el apego al principio de legalidad, como actividad reglada que es, porque posibilitaría caer en la arbitrariedad.

2. ¿El principio de oportunidad previsto en el C. de P. P. es desarrollo del consagrado en la Constitución o se trata de una extensión del principio de legalidad?

En sentencia C-673 de 2005, dice la Corte lo siguiente:

“Pues bien, un examen atento de los antecedentes legislativos⁷⁶ del nuevo C.P.P., en materia de principio de oportunidad, evidencia que partiendo del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, fue la voluntad del legislador (i) diseñar un modelo acusatorio propio con aplicación del principio de oportunidad reglado; (ii) antes que ser concebido como un simple mecanismo de descongestión de la justicia penal, se buscó con aquél racionalizar la ejecución de la política criminal del Estado; (iii) se establecieron diversos *límites normativos y controles materiales judiciales* concretos y efectivos al ejercicio de dicho principio, en el sentido de que no quedase su aplicación al completo arbitrio de la Fiscalía General de la Nación; (iv) fue la voluntad del Congreso de la República que el principio de oportunidad se aplicase no solo para los delitos “*bagatela*” sino que también se constituyó un instrumento para combatir el crimen organizado; y (vi) las víctimas fuesen tenidas en cuenta al momento de adoptar una decisión en la materia”.

Consideramos que formalmente el principio de oportunidad responde a unas pautas constitucionales, dadas en el acto legislativo 3 de 2002, pero es una extensión del principio de legalidad en los términos que se concibe en un sistema procesal acusatorio continental.

3. ¿El principio de oportunidad cumple su función esencial si se aplica a delitos graves o bagatelares?

De acuerdo con la exposición de motivos del acto legislativo 03 de 2002, la intención del legislador fue que la oportunidad tuviera aplicación frente a cualquier clase de conducta punible, es decir, no sólo a bagatelares, salvo las excepciones que contemplan los parágrafos 1 y 3 del artículo 324 del C. de P. P.

4. ¿Se confunde la aplicación del principio de oportunidad con los preacuerdos?

La complejidad del punto es notable, el tema de los preacuerdos involucra varios puntos de aplicación del principio de oportunidad. Cuando en un preacuerdo el fiscal deja de lado la imputación por una conducta punible o no atribuye una causal de agravación o de calificación, estimamos que está aplicando oportunidad, puesto que la constitución y la ley le obligan a investigar en su integridad el hecho constitutivo de delito.

76 Gaceta del Congreso núm. 564 de 2003; Gaceta del Congreso núm. 89 del 25 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 104 del 26 de marzo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 44 del 26 de febrero de 2004; Gaceta del Congreso número 167 del 4 de mayo de 2004; Gaceta del Congreso núm. 200 de 2004; Gaceta del Congreso núm. 378 del 23 de julio de 2004.

Muchos de los casos que componen el instituto del preacuerdo son en realidad aplicación del principio de oportunidad. Miremos cómo la hipótesis del inciso segundo del artículo 350 es veladamente oportunidad, cuando el Código dice: *o de uno relacionado de pena menor... elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o algún cargo específico...tipifique la conducta dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena*, está reconociendo la posibilidad de no aplicar integralmente el principio de legalidad, igual situación ocurre con las hipótesis del inciso segundo del artículo 351 del citado estatuto adjetivo.

5. ¿La reincidencia delictiva, por sí misma, inhibe la aplicación del principio de oportunidad?

No está prevista en la ley como una excepción a la aplicación de la oportunidad, por lo tanto, estimamos que el fenómeno de reincidencia no puede ser invocado como una imposibilidad para aplicar la oportunidad. La Fiscalía únicamente podrá hacer uso de las excepciones previstas en la ley para abstenerse de aplicar la oportunidad; ello resulta totalmente compatible con lo que debe entenderse por actividad reglada.

6. ¿El recurso de apelación contra la decisión del juez de garantía en un control de legalidad sobre el principio de oportunidad, es un derecho constitucional? ¿Dentro de qué límites estaría situado un tal derecho?

La Corte Constitucional en sentencia C-1091 de 2003, reiterando la jurisprudencia de la corporación sobre el derecho de configuración que asiste al legislador, dijo:

“Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación contra las decisiones judiciales. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 31 Fundamental se concluye que la doble instancia mediante el reconocimiento del recurso de alzada no es obligatoria en todos los asuntos que son de decisión judicial, puesto que la ley está autorizada para establecer excepciones siempre y cuando se respeten el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y no se niegue el acceso a la administración de justicia.

Lo anterior significa que el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, *‘pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad’*.⁷⁷

77 Corte Constitucional, Sentencia No. C-153 de 1995.

Así, pues, es facultad del legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y cuáles no, salvo en los casos en que la Constitución haya dispuesto expresamente lo contrario, como es el caso de la impugnación de la sentencia condenatoria y de las decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela.

Sobre este tópico, la Corte ha expresado que *‘la doble instancia, cuya especial trascendencia en el campo penal es evidente, no es sin embargo, forzosa en todos los asuntos que son materia de decisión judicial, pues el legislador, dentro de la facultad que tiene de regular su trámite, bien puede decidir en cuáles procede la segunda instancia y en cuáles no, siempre y cuando con esa determinación no vulnere normas constitucionales, especialmente, las que consagran derechos fundamentales de las partes procesales’.*”

En este orden de cosas, dado que el legislador estableció que la determinación de control de legalidad en la oportunidad no tiene recursos; en ese sentido no podría hablarse, en los términos que ha precisado la Corte, de un derecho constitucional a la apelación.

7. La reparación integral de que habla el título V del CPP, se entiende en el marco de la sentencia C-228 de 2.002. ¿Cómo se justifica esta interpretación?

La Corte Constitucional, en la citada sentencia C-228 de 2002, determinó frente a los derechos de las víctimas lo siguiente:

“De lo anterior surge que la concepción constitucional de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por un delito no está circunscrita a la reparación material. Esta es más amplia. Comprende exigir de las autoridades y de los instrumentos judiciales desarrollados por el legislador para lograr el goce efectivo de los derechos, que éstos sean orientados a su restablecimiento integral y ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos, a lo menos.”⁷⁸

Siguiendo las anteriores pautas, no podría concluirse que la reparación integral de que habla el título V, sea cabalmente en los términos de la sentencia C-228 de 2002 puesto que, como se puede observar, las víctimas y perjudicados tienen derecho a *“verdad, justicia y reparación”* y, nos parece que la reparación a la que aluden las normas procesales incluidas en el capítulo de la oportunidad, se refieren sólo al aspecto puramente material o económico, quedando por fuera el derecho a verdad y justicia, que también pueden ser un fin o un objetivo en el

78 No aborda la Corte en la presente sentencia otros derechos de las víctimas, como el derecho a la protección de su vida e integridad física, así como el derecho a ser tratados dignamente y a que su intimidad sea protegida. Tan sólo se alude tangencialmente a ellos.

actual de la parte civil. Parece que de alguna manera el legislador para amparar este tipo de situaciones, previó la intervención de las víctimas en la audiencia de control de garantía para la aplicación del principio de oportunidad.

8. La defensa tiene derecho a solicitar la aplicación del principio de oportunidad con base en el derecho constitucional de igualdad. ¿Cómo se justifica este derecho?

La Fiscalía General de la Nación, en cada caso de aplicación de la oportunidad, tendrá que concurrir ante el juez de garantías con la prueba que demuestre la causal respectiva que funda la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal. En el caso de procesos con pluralidad de sujetos activos, podrá examinarse si la aplicación del beneficio contiene criterios discriminatorios, que no correspondan con los parámetros fijados por la Constitución y que quebranten el derecho a la igualdad.

Si la Fiscalía General se niega a aplicar a un procesado la oportunidad cuando en las mismas circunstancias lo ha hecho para otros casos, deberá probar el trato discriminante de conformidad con los *tests* desarrollados por la jurisprudencia constitucional. Sí puede invocarse, en nuestro criterio, el derecho de la igualdad como fundamento para solicitar la oportunidad. Valga mencionar que en términos del derecho público, el ejercicio de una facultad discrecional no corresponde a ejercicio voluntarioso o arbitrario; lo discrecional implica que el actuar de la autoridad está regido por unas pautas, que de cumplirse generan una obligación para la administración. De esta forma entonces, se reitera, el principio de igualdad puede vulnerarse por actuaciones selectivas en la aplicación de la oportunidad por la Fiscalía.

7. CONCLUSIONES

1. El constituyente y el legislador colombiano, al reglar la oportunidad, tomaron como modelo el sistema acusatorio europeo continental y no el modelo anglosajón.
2. La Fiscalía General de la Nación no puede, en forma discrecional disponer de la oportunidad, sino que al hacerlo debe actuar al amparo de las causales previstas en el artículo 324 del C. de P. P.
3. La oportunidad contemplada en la legislación colombiana es totalmente reglada y prospera en cuanto tenga la aprobación por parte del juez de control de garantías.
4. Existen en el artículo 324 del C. de P. P. algunas tendencias político criminales que deben ser acatadas por la Fiscalía al aplicar la oportunidad, de los

cuales ha dado cuenta la Corte Constitucional en su sentencia C-673 de 2005.

5. El ejercicio de la acción penal en Colombia está guiado eminentemente por el principio de legalidad y la oportunidad es excepcional, de conformidad con las causales legales del Código de Procedimiento Penal.
6. Existen numerosos temas problemáticos frente a la oportunidad, como aquellos relacionados con los preacuerdos, sobre los cuales las decisiones judiciales irán decantando sus contenidos en la medida que los fenómenos aparezcan.

CASOS MESA DE TRABAJO “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL”

CASO 1

Distrito Judicial de Bogotá
Audiencia de Control de Legalidad sobre la Aplicación del Principio de Oportunidad
Fecha: 3 de noviembre de 2005

Hechos del Caso:

El 28 de agosto de 2005, la indiciada se encontraba lavando ropa en la terraza de una edificación ubicada en el barrio Tunjuelito. En un momento dado decidió bajar a su habitación con el fin de alimentar a un hijo menor de 15 meses de edad, dejando sólo en la terraza a su otro hijo de 2 años de edad, quien tras quedar sólo, se subió en una caneca y accedió a la alberca, donde cayó y luego falleció ahogado.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Homicidio Culposo.

El fiscal manifestó que el fundamento de la audiencia de control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, son los numerales 1 y 2 del art. 327 del CPP, que establecen el control de legalidad obligatorio y automático por parte del juez de control de garantías, para que pueda extinguirse el ejercicio de la acción penal, por aplicación de dicha figura procesal.

La Fiscalía consideró que existieron elementos materiales probatorios que le permitieron inferir razonablemente, que la imputada era la autora del delito de homicidio culposo, por cuanto se configuró la situación contemplada en los artículos 23, 25 numeral 2 y 109 del Código Penal.

Una vez adelantada la correspondiente investigación y recaudada la prueba pertinente, la Fiscalía decidió que resultaba aplicable el principio de oportunidad, con base en el numeral 7 del artículo 324 del CPP, por lo que se dio cumplimiento al párrafo 2 del mismo articulado, en la medida en que el caso fue puesto en conocimiento del funcionario competente.

Respecto de la prueba de los hechos, tanto en su materialidad como en la presunta responsabilidad de la imputada, el fiscal manifestó que se dio cabal cumplimiento a la exigencia contemplada en el inciso final del artículo 327 del CPP, pues se cuenta con: diligencia de inspección técnica al cadáver del menor hijo de la imputada, realizada por el personal del laboratorio Coral 8 del CTI; protocolo de la necropsia practicada al cadáver; identificación indiciaria del menor; registro civil de nacimiento del menor que demuestra el parentesco con la imputada; y declaraciones que relatan las circunstancias en que ocurrieran los hechos; así como una entrevista a la imputada.

Además, señaló el fiscal que de conformidad con el artículo 3 del CP, que contempla los principios de la imposición de la pena: necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; en este caso, la sanción resultaría totalmente desproporcionada frente al daño ocasionado por la muerte del menor, toda vez que terminaría repercutiendo en el núcleo familiar.

La defensa coadyuvó la decisión de la Fiscalía, pues consideró que no existía necesidad de la pena, en la medida en que se estarían deshumanizando los fines de la sanción penal, toda vez que la imputada ya está pagando una pena moral.

El juez precisó que con la aplicación del principio de oportunidad, se pretende flexibilizar el rigor de la ley penal. Además, indicó, que el propósito de esa audiencia era que el juez revisara la legalidad material y formal de la decisión de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, cuando implica renuncia del ejercicio de la acción penal, todo esto, en desarrollo de la política criminal del Estado. A juicio del juez, las tendencias político-criminales quedaron establecidas en las causales consagradas en el artículo 324 del CPP.

El juez señaló que en desarrollo del control formal, se deben revisar los términos legalmente establecidos para los procedimientos, el primero, es de 5 días para acudir ante el juez de control de garantías, para que efectúe el respectivo control de legalidad, como establece el artículo 327; y el segundo, es de 30 días

contados a partir del día siguiente a la formulación de la imputación, según el artículo 175, en concordancia con el 294 del CPP.

Para dar aplicación al principio de oportunidad, desde el punto de vista material, se deben cumplir las siguientes condiciones: 1. Debe estar demostrada la tipicidad, así como la participación del imputado en la realización de la conducta, con el fin de preservar la presunción de inocencia; 2. No se aplica a la persona que no haya cometido un delito, porque en esta situación lo procedente es la preclusión; 3. Se aplica a quien cometió un delito, pero el Estado renunció a continuar la investigación; 4. La Fiscalía tiene la obligación de escuchar a las víctimas, en este caso el fiscal señaló que la imputada además poseía simultáneamente la calidad de víctima, por ser la madre del menor fallecido; y, 5. En los delitos sancionados con pena mayor a 6 años, la aplicación debe ser aprobada por el fiscal general o su delegado especial, en cumplimiento del parágrafo 2 del artículo 324 del CPP.

El juez verificó los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida aportados por la Fiscalía, que demostraron la autoría de la imputada en el hecho punible; se dio especial importancia a las entrevistas realizadas por la policía judicial a la imputada y a un vecino que la auxilió, toda vez que de lo allí relatado se evidenciaba el esfuerzo realizado ella para salvar a su hijo, excluyendo el dolo de la conducta, además, según medicina legal, el menor no poseía ninguna lesión en su cuerpo; por lo que se concluye que lo ocurrido fue un accidente. De esta forma, encontró el funcionario que el requisito de la prueba mínima y también el de competencia del fiscal delegado, fueron satisfechos.

Luego, el juez revisó la causal invocada, establecida en el numeral 7 del artículo 324 del CPP, que señala la existencia de daño físico o moral grave para el imputado, a consecuencia de la conducta culposa, que haga desproporcionada la aplicación de una sanción, o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva; consideró que para una madre la muerte de su hijo de 2 años de edad, significa un daño moral grave que va a repercutir en el desarrollo de su vida, por los sentimientos de culpa de lo que pudo haber hecho y no hizo, pues por su descuido sucedió el accidente.

Decisión: El juez consideró que fueron cumplidos los requisitos legales y constitucionales, por lo que impartió legalidad a la aplicación del principio de oportunidad, y de conformidad con el artículo 329 del CPP, ordenó la extinción de la acción penal.

Interrogantes y Planteamientos:

1. El término legal de 30 días establecido en el artículo 175 del CPP, al que hace referencia el juez en desarrollo del control formal, ¿es preclusivo para la aplicación del principio de oportunidad?
2. ¿Qué considera sobre las condiciones señaladas por el juez, respecto de la aplicación del principio de oportunidad?
3. ¿Qué considera en relación con la aplicación del principio de oportunidad incluso para casos de homicidio culposo?
4. ¿Qué aspectos de política criminal se consideran relevantes para la aplicación del principio de oportunidad para este tipo de conductas?
5. Teniendo en cuenta los principios de la sanción penal, establecidos en el artículo 3 del CP, ¿cuál o cuáles considera que se relacionan con las circunstancias señaladas en el caso?
6. ¿Qué considera sobre la causal escogida por el fiscal, los argumentos desarrollados para aplicarla y la decisión tomada por el juez?

CASO 2*Distrito Judicial de Bogotá**Audiencia de Control de Legalidad de la Aplicación del Principio de Oportunidad**Fecha: 24 de junio de 2005***Hechos del Caso:**

El día 25 de febrero de 2005, un auxiliar de seguridad del almacén Éxito, entregó a la policía a dos personas que habían sido retenidas por el presunto delito de hurto. Al momento en que los indiciados se disponían a salir del almacén, el personal de seguridad encontró prendas de vestir escondidas bajo su ropa, las cuales no habían sido pagadas y que ascendían a doscientos mil pesos.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Hurto Agravado en modalidad de tentativa.

El juez solicitó al fiscal que indicara el fundamento fáctico y jurídico de su solicitud.

El fiscal adecuó los hechos en el delito de hurto agravado en tentativa, de conformidad con los artículos 239, 241 numeral 11, 268, 269 y 27 del Código Penal. Indicó los elementos materiales probatorios que tenía en su poder (denuncia e informe de policía).

Sustentó la causal primera del artículo 324 del CPP, indicando las razones de orden jurídico y procesal que motivaban la aplicación del principio de oportunidad, para concluir que resultaba excesivo el ejercicio de la acción penal.

Argumentó que su decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, se fundamentaba en la inconveniencia que generaba para los fines perseguidos por el ente acusador, toda vez que era la primera vez que los imputados realizaban este tipo de actos, no se causó perjuicio a la empresa ofendida, y se indemnizó con dos salarios mínimos diarios.

El juez verificó el cumplimiento de los 3 requisitos del artículo 324 numeral primero del CPP:

- El requisito objetivo, que se refiere a que el *quantum* de la pena no exceda en su máximo de 6 años.
- La reparación integral de la víctima, es decir, en el caso sub examine, el pago de la indemnización en la tentativa.
- La ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal, fundamentada en el presente caso en el desgaste e inconveniencia de la administración de justicia, por la baja lesividad, pues no se causó mayor perjuicio; también, la no existencia de antecedentes penales y haberse indemnizado a la víctima.

Decisión: El juez aprobó la aplicación del principio de oportunidad.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Qué considera respecto de la argumentación que fundamentó la decisión del juez?
2. ¿Considera necesario que el fiscal haga alusión a la política criminal del Estado al momento de solicitar la revisión de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad?
3. ¿En este tipo de audiencias, es necesario que el fiscal realice un desarrollo del derecho penal sustancial que se encuentre inmerso en la causal aplicada?

CASO 3

*Distrito Judicial de Bogotá**Audiencia de control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad**Fecha: 15 de marzo de 2005***Hechos del Caso:**

El 23 de febrero de 2005, los dos indiciados se apoderaron de las pertenencias de la víctima, bolso y celular. A una cuadra del lugar de la ocurrencia de los hechos, fueron capturados por voces de auxilio y persecución de la autoridad policiva.

Aspectos relevantes:

La conducta delictiva materia de discusión fue: Hurto agravado.

La fiscal solicitó que se declarara la legalidad de la decisión adoptada por la Fiscalía, consistente en extinguir la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, con base en lo establecido en el artículo 324 numeral 1 del CPP, la cual resultó viable teniendo en cuenta que se cumplieron los siguientes requisitos legales:

1. El tipo penal investigado era Hurto, regulado por el artículo 239 del CP, agravado por el numeral 10 del artículo 241, cuya pena máxima a imponer sería menor a 6 años.

2. Existencia de manifestación libre y voluntaria, realizada por la afectada que afirma que ha sido indemnizada integralmente en los daños y perjuicios ocasionados con la ocurrencia de los hechos ilícitos cometidos por los imputados.

Además, se puso de presente la existencia de un informe, suscrito por un investigador de la Fiscalía, quien entrevistó a la afectada con el fin de interrogarla sobre la ratificación de su voluntad de dar por terminada la investigación penal, en la medida en que se le devolvieron los elementos hurtados y fue indemnizada. El memorial contó con presentación personal en Notaría y consagró el desistimiento de ejercer toda acción penal y civil, por parte de la afectada.

La fiscal argumentó que con base en el artículo 322 del CPP, la Fiscalía se encuentra en la obligación de perseguir a los autores o partícipes de las conductas punibles, salvo ante la aplicación del principio de oportunidad. En el caso concreto, el Estado como titular del poder punitivo, toda vez que la ofendida fue

indemnizada, cedió el poder de ejercer la acción penal, con el fin de favorecer a los imputados.

La juez impartió legalidad a la aplicación del principio de oportunidad, pues una vez revisados los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, en los que fundamentó su decisión, se desprendió que estos se ajustaban al contenido del artículo 324 numeral 1 del CPP y, además, existió prueba sobre la reparación real de los perjuicios sufridos por la víctima con ocasión del delito.

Teniendo en cuenta que los derechos de la víctima han sido reparados objetivamente, a pesar de su inasistencia a la audiencia, ésta no se vicia, pues el documento aportado por la Fiscalía es auténtico y claro. Por lo anteriormente señalado, la juez consideró que no existía ningún obstáculo legal ni constitucional que impidiera la aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente, la juez señaló que de conformidad con el artículo 329 del CPP, que consagra la extinción de la acción penal, el paso a seguir era cumplir con la obligación legalmente establecida de acudir, como indica el artículo 78 del CPP, ante el juez de conocimiento con el fin que se declare la preclusión.

El juez de conocimiento señaló que la celebración de esa diligencia era improcedente, por considerar que las figuras de principio de oportunidad y preclusión, eran diferentes; además, se vulneraría el principio de cosa juzgada, toda vez que el juez de control de garantías ya se había pronunciado sobre su legalidad. Concluyó que una vez verificada la legalidad de la aplicación del principio de oportunidad, la extinción de la acción penal operaba desde el punto de vista legal y, por lo tanto, no requería declaración judicial.

Interrogantes y Planteamientos:

1. ¿Es necesaria la asistencia de la víctima a la audiencia de control de legalidad de la aplicación del principio de oportunidad? En el caso concreto, ¿era necesario comprobar si ésta había sido citada a la diligencia, o bastaba con el documento presentado por la Fiscalía?
2. ¿Qué consideraciones tiene respecto de la decisión adoptada por la juez de control de garantías?
3. ¿Qué opina sobre el argumento de improcedencia de la audiencia, planteado por el juez de conocimiento?

UNIDAD 2

PONENCIAS MAGISTRADOS

Nota aclaratoria:

En el segundo día del Conversatorio Nacional, se llevó a cabo una jornada en la cual intervinieron cuatro magistrados de diferentes distritos judiciales. Con ello se pretendió compartir y socializar, tanto experiencias como inquietudes de los funcionarios, en relación con su trabajo y con el distrito al cual corresponden. Estos mismos magistrados, se desempeñaron como coordinadores de algunas de las mesas de trabajo en las que se abordaron los diferentes tópicos. A continuación, se reseñan las ponencias de los magistrados.

PONENCIA NO. 1

Patricia Rodríguez Torres

Presidenta Sala Penal.

Tribunal Superior de Bogotá

1. SALUDO DE BIENVENIDA

En nombre de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá presento un cordial saludo al doctor Jose Alfredo Escobar Araujo, Presidente, Vicepresidente y Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, a la Doctora Marina Pulido De Barón, Presidente y Magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, igualmente al doctor Carlos Arturo Gomez Pavajeau, Viceprocurador General de la Nación, a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, a mis colegas Presidente y Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá y a los Jueces, Fiscales y demás invitados especiales presentes en este interesante conversatorio nacional del sistema penal acusatorio.

En verdad la implementación del sistema en nuestro país, constituye un reto histórico para los operadores judiciales, pues será precisamente la historia la que juzgue a quienes tuvimos la responsabilidad de su implementación, de manera que no nos queda camino diferente al de asumir dicho reto con compromiso, concientes que todo cambio genera tensiones y que se trata de un cambio no sólo de paradigma, sino también cultural, que sólo funcionará en la medida en que exista coherencia entre el discurso jurídico acusatorio y las practicas procesales concretas.

2. FUNCIONAMIENTO DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Se nos ha invitado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Presidencia de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia a participar en este panel, sobre los nuevos paradigmas del sistema penal acusatorio, de manera que empezaré por señalar que la Sala Penal del Tribunal de Bogotá ha realizado del 13 de enero al 1 de diciembre del presente año, un total de 2.113 audiencias y proferido en sus Salas de Decisión 795 sentencias y 361 autos, al igual que se realiza un promedio diario de 25 audiencias.

Es de anotar que todos los magistrados conocemos de los procesos del nuevo sistema y, adicionalmente, de los que se tramitan por la ley 600 de 2000.

Como innovación en cuanto a la competencia, se tiene que en el nuevo sistema, la Sala Penal del Tribunal de Bogotá conoce, además de las apelaciones de las sentencias y autos proferidos por los jueces penales del circuito especializados y del circuito, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los jueces penales municipales, lo cual sin duda ha originado congestión de la corporación en casos de menor gravedad.

Es importante anotar que los recursos instaurados en el nuevo sistema se han resuelto dentro del término legal por los magistrados del tribunal, empero existen inconvenientes con los procesos que se están tramitando por la ley 600 de 2000, en cuanto al cumplimiento de los términos, máxime la gran cantidad de acciones de tutela que se reparten semanalmente.

3. EL ROL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

La definición del papel, trámite y objeto de la segunda instancia, no ha sido un tema pacífico en los países que tiene sistema acusatorio, máxime las diferentes tendencias, anglosajonas y continentales que plantean ostensibles diferencias filosóficas, argumentativas y prácticas del sistema.

Consideramos luego de transcurrido un año de experiencia y arduo trabajo con el nuevo sistema que sin duda, el juez de segunda instancia debe asumir un rol diferente al que tradicionalmente ha ostentado, pues así se deduce de una interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad, la Constitución Política y la ley 906 de 2004.

Así, ya el papel del juez de segunda instancia no es pasivo y no se circunscribe a escuchar las alegaciones de las partes e intervinientes, toda vez que en las audiencias debe limitar no solo temporal, sino también temáticamente, las intervenciones de las partes, cuando ello sea necesario y obviamente respetando las garantías y en ello, nuestra corporación ha avanzado en el presente año.

De otro lado, el juez de segunda instancia está llamado a interactuar e intervenir para aclarar puntos o peticiones confusas presentadas en las intervenciones y ejercer los poderes y medidas correccionales, en especial en lo relacionado con la temeridad y vulneración del principio de lealtad de las partes.

Otro aspecto importante se refiere al trámite de la segunda instancia y en especial a la inadecuada regulación que no permite que al momento de realizar la audiencia de debate o argumentación oral, según se trate de auto o sentencia, los jueces o magistrados conozcamos, los motivos, o por lo menos el tema de la apelación, por lo que nos vemos obligados, en especial cuando se interpone recurso de apelación contra los autos, a adivinar tales puntos y presentar una

ponencia, enfrentando en muchos casos un discurso diferente de parte del impugnante.

Este problema sin duda alguna se agravará, cuando el sistema se aplique en localidades y municipios apartados de la capital del departamento, donde normalmente se encuentran los Tribunales superiores, dados los evidentes problemas de desplazamiento y económicos de las partes e intervinientes.

Lo anterior implica que se debería, en nuestro sentir, reformar la Ley 906 de 2004, para establecer que la apelación sea sustentada (o por lo menos expuesto el tema) en la primera instancia, lo cual además permitiría establecer el interés para recurrir.

De otro lado, en relación con la competencia, se debería excluir de las Salas Penales de los Tribunales, la relacionada con la segunda instancia de las sentencias de los Jueces Penales Municipales de Conocimiento, a efectos que las Corporaciones realmente se ocupen de los procesos adelantados por delitos de mayor gravedad o lesividad.

Igualmente, no consideramos necesario que deben estar presentes los tres magistrados en las lecturas de fallo, cuando perfectamente dicha audiencia puede realizarla el ponente.

4. EVALUACIÓN DEL SISTEMA

Este es sin duda uno de los aspectos más importantes del presente Conversatorio, de manera que consideramos pertinente hacer alusión a los aspectos positivos y aquellos que presentan problemas para el buen funcionamiento del sistema.

4.1 LO POSITIVO

- Es innegable que la implementación del sistema acusatorio en nuestro país implica una mayor eficiencia de la administración de justicia, por la ostensible reducción de los términos, de manera que se observa menor dilación en las decisiones de fondo.
- De otro lado, existe la posibilidad de un mayor control, fiscalización y conocimiento del resultado y decisiones de la administración de justicia, por parte de la comunidad, dada la publicidad, oralidad, e inmediación que se erigen como principios básicos del sistema.
- Es importante resaltar la adecuación de nuestro proceso penal a los estándares internacionales, a través de la aplicación del denominado bloque de constitu-

cionalidad; el Código, además, muestra una tendencia a ampliar garantías que se relacionan con la aplicación de los principios anteriormente mencionados, al igual que el derecho a la libertad.

- Igualmente se muestra una tendencia en la ley 906 de 2004, a una mayor tecnificación de la investigación, lo que implica necesariamente mayor certeza a la hora de decidir y mas seguridad jurídica.

4.2 PRINCIPALES INCONVENIENTES DEL SISTEMA

Al lado de las anteriores bondades, se evidencian aspectos que inciden en el buen funcionamiento del sistema.

a) Preparación y capacitación

No existió una adecuada preparación de los actores para asumir el impacto del sistema, en especial de la policía judicial y la policía en general, que conoce del 99% de los casos de flagrancia.

Si no existió tal preparación, para asumir la transformación radical de sistema, es lógico que ello genere una serie de trastornos y tensiones, que se deben aceptar como un costo necesario del cambio y pensar más bien en las medidas pertinentes para aliviar dicha situación.

La capacitación ha sido dispersa, de manera que mientras los fiscales recibieron la mayor parte de la capacitación con un modelo mas eficientista y pragmático, los jueces, especialmente aquellos que cumplen funciones de control de garantías, recibieron una capacitación más orientada hacia el sistema continental, con énfasis en la verdad y la justicia frente al eficientismo, situación que ha generado tensiones en la interpretación de las normas.

Sugerimos incentivar y ampliar la participación en el Conversatorio, para discutir temas de ostensible discusión, en el cual sin duda debe participar activamente el Tribunal, para tratar en lo posible de unificar criterios sobre algunos puntos de ostensible importancia para el funcionamiento del sistema.

b) Problemas operacionales y logísticos

En el Tribunal de Bogotá existen para el momento únicamente acondicionadas cuatro salas de audiencias para 28 magistrados, las cuales para el momento ya resultan insuficientes.

Han existido igualmente deficiencias en los registros de las audiencias y divergencia entre la Fiscalía y el centro de servicios administrativos que se encarga del trámite y reparto de los procesos del nuevo sistema, entre otros aspectos, sobre la forma cómo deben conformarse las carpetas.

Insistimos en la necesidad de estructurar el record o catalogar las audiencias para facilitar nuestra labor, al igual que elaborar formatos con los datos mínimos que deben contener las actas para unificar su realización.

Igualmente, es importante anotar que contamos con un solo auxiliar para evacuar nuestro trabajo y el personal de la secretaría es insuficiente para atender los requerimientos del sistema.

c) Problemas de asunción de roles

Existen serias divergencias en el cumplimiento de los roles de cada actor del sistema, por la diferente óptica con la que se aborda el mismo.

Sobre este inconveniente consideramos que lo importante es que no se asuma de forma extrema una postura pragmática o ideológica, pues lo que se requiere es el equilibrio entre las mismas que asegure, de un lado, la eficiencia del sistema y, del otro, la verdad y la justicia como valores supremos.

No existe policía judicial preparada y eficiente que coadyuve el funcionamiento del sistema, se evidencia el temor de los servidores, por su falta de capacitación, de vulnerar normas de cadena de custodia, entrevistas y demás actos de investigación para luego comparecer al juicio oral, lo que incide en el aumento de la criminalidad, que puede ser momentáneo, pero en manera alguna se puede descuidar.

d) Problemas jurídicos

Como era de esperarse se han observado interpretaciones de toda índole de la ley 906 de 2004, lo cual responde obviamente al cambio estructural.

- Entre las principales discusiones tenemos aquella que versa sobre la naturaleza del control del juez con funciones de control de garantías, pues los jueces aducen que su rol no es el de ser notarios de los fiscales, pero de otro lado, no puede extenderse dicho control al punto que ello represente un desequilibrio para las partes.

Con relación a este aspecto, la sentencia de la Corte Constitucional 1092 de 2003, al decidir sobre la constitucionalidad del acto legislativo 003 de 2002,

señaló que el control que ejerce el juez con funciones de control de garantías, fue concebido como de naturaleza material por el legislador desde las primeras discusiones al interior del Congreso, de manera que lo importante es diferenciar los alcances del control de acuerdo con la figura jurídica que se analice.

- Otro punto de preocupación se centra en los derechos de las víctimas y su preservación, pues hasta el momento lo que se ha observado es total desprotección; la Fiscalía no se ha preocupado por establecer los datos de las víctimas, ni se les entera adecuadamente a efectos que puedan comparecer al proceso para hacer valer sus derechos, que si bien tienen amplia protección en el Código, no ocurre lo mismo en la práctica.

- Igualmente el tema de la evaluación e imposición de medidas de aseguramiento ha sido muy discutido y se ha cuestionado por algunas decisiones la legitimidad de los jueces y del sistema, por lo que es un tema de suma importancia para el conversatorio liderado por el Consejo Superior de la Judicatura.

Obviamente sería interminable la enumeración de las discusiones que se han generado en la aplicación del sistema, por lo que finalmente reiteramos nuestra complacencia por la oportunidad de intercambiar algunas impresiones sobre la visión del sistema acusatorio a un año de su iniciación y sólo nos resta decir que estamos convencidos que ningún sistema procesal puede merecer el respeto y la legitimidad del conglomerado social y sus intervinientes, si no puede esperarse de él lo siguiente:

- en primer lugar un alto nivel de confiabilidad en la condena de los culpables y la absolución de los inocentes;
- en segundo lugar, si no consigue hacer un uso racional de los recursos humanos y materiales con que cuenta y,
- finalmente, si no consigue tratar con dignidad y respeto por las garantías y derechos fundamentales a todas las personas que entran en contacto con el.

Muchas Gracias.

PONENCIA NO. 2

Jorge Arturo Castaño Duque

Magistrado Sala Penal

Tribunal Superior de Pereira

Propuestas expuestas en el panel realizado en el Conversatorio Nacional efectuado los días 5 y 6 de diciembre en Paipa, Boyacá

1. EN PROCURA DEL EQUILIBRIO PROCESAL ENTRE LAS PARTES:

- 1.1 Un mejor apoyo logístico a funcionarios de Policía Judicial
- 1.2 Obtener efectividad en los delitos de mayor impacto colectivo, muy especialmente en los delitos contra la Administración Pública, pues no llegan al conocimiento de los estrados judiciales a diferencia de los delitos menores y en flagrancia.
- 1.3 Que la proporción recomendada Fiscal-Investigadores, sea una realidad, pues en el momento es insuficiente el número de investigadores disponibles para cada Fiscal.

2. PARA SUPERAR PROBLEMAS DE TIPO NORMATIVO:

- 2.1 El tema de los mecanismos de terminación anticipada del proceso (adaptación o allanamiento a cargos, acuerdos o preacuerdos y negociaciones), no obstante ser una de las alternativas más importantes para obtener la descongestión, quedó pésimamente diseñado en la codificación y la falta de una adecuada técnica en esa materia es evidente (normas contradictorias y además dispersas en varios capítulos del nuevo estatuto e incluso en varias leyes —la 906/04 y la 890/04), como lo demuestran las variadas interpretaciones que se han dado de estos institutos en la judicatura, incluso una cerrada votación sobre el tema en el interior de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Se hace inaplazable entonces, la intervención del legislador para corregir a tiempo sus graves inconsistencias en esta materia, como quedó decantado y fue el común denominador en las conclusiones de la mesa de estudio.
- 2.2 Existe una mala regulación de la segunda instancia, porque:
 - En la apelación de los autos interlocutorios, el legislador consagró un solo trámite (decisión dentro de las dos horas siguientes a la sustentación en

Audiencia), tanto para jueces unipersonales como colegiados, olvidando la necesidad de dar traslado de la respectiva ponencia en las Salas de Decisión.

- Se consagró una competencia difusa para la segunda instancia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medias de Seguridad, porque se diseñó una apelación atípica en el artículo 478, al fijar el conocimiento del recurso en los casos de mecanismos sustitutos y rehabilitación, al Juez que profirió la sentencia, con lo cual, un Juez de igual jerarquía (Circuito) o incluso uno de menor jerarquía (Municipal) revisa la actuación del Juez de Ejecución de Penas.

3. DE ORDEN ESTRUCTURAL U OPERATIVO:

- 3.1 Es necesario reglamentar la actuación oral en la fase ejecutiva, pues hasta el momento lo rituado ante los señores Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, corre como rueda suelta en el nuevo sistema.
- 3.2 Debe ponerse atención al manejo interno del INPEC, porque, en atención a la reducción esperada en la población reclusa, habida consideración a la mayor aplicación de los mecanismos sustitutos de la detención y de la pena, se requiere un mejor aprovechamiento del personal penitenciario para atender la vigilancia de las medidas domiciliarias.
- 3.3 Preocupa la pésima infraestructura y los precarios medios operativos en los restantes Municipios diferentes a la cabecera Distrital para asumir los retos del nuevo sistema acusatorio, con la dignidad requerida.

José Fernando Reyes

Magistrado Sala Penal

Tribunal Superior de Manizales

Una presentación de la cuestión podría empezar preguntando acerca de lo que teníamos antes de la Ley 906 de 2004:

Un sistema lento, sin intermediación, atrasado, sin defensa del acusado.

Hoy tenemos un Nuevo Código de Procedimiento Penal. Normativamente mejor concebido, pero además con una mejor estructura procesal.

Sin embargo, un sistema no es mejor ni peor que otro, sino en perspectiva de la gente encargada de sacarlo adelante.

Hoy lo que se evidencia son hondos problemas de gestión. Véase:

1. El eje del nuevo sistema se funda en una capacitada y muy científica Policía. Gran parte del éxito de ese sistema se funda en una policía capacitada y bien dotada. Empero, por lo visto en Manizales, donde a la fecha se cuentan más de 150 homicidios, se ve la imposibilidad de ser eficientes: son tres fiscales y acaso 20 policías judiciales para elucidarlos. En materia de delitos contra la Administración Pública, no se ha dado la primera imputación por hechos que materialicen atentados contra tan importante bien jurídico.

Asimismo, acaece que algunas audiencias fracasan a veces porque personal científico de sede diferente a Manizales (donde no existe laboratorio de criminalística) no asiste a las audiencias por carencia de medios (por ejemplo, de viáticos).

Se ha evidenciado el nacimiento de algunos casos de impunidad patente, por yerros de policía judicial en la actuación.

2. Existe al lado de ello, algunos problemas serios de ética, en los cuales se ha observado la insistencia de pretender finiquitar procesos a toda costa, por la vía de los allanamientos y acuerdos.
3. Punto especial merece el cuestionamiento de ciertas decisiones que pretenden decir “adiós a la dogmática penal”, erigiendo fallos inmotivados, fundados en argumentos tópicos o en lugares comunes, como si no existiera el deber de motivar suficientemente los fallos.

Existe entonces, una gran cantidad de tareas y discusiones pendientes. Por ejemplo:

- a. El logro de que el sistema sea eficaz contra la corrupción.
- b. Un sistema que aplique la oportunidad y la justicia restaurativa.

- c. El logro de una policía que sea científica (una realidad a muchos años vista).
 - d. Que el sistema acusatorio en los pequeños poblados sea mucho más que una toga y una pequeña grabadora.
 - e. La ideación de una capacitación sobre bases reales (el como funciona en la realidad el sistema).
 - f. Un sistema que haga real la preocupación por las víctimas.
4. Los escollos últimos (y no tan últimos), serían los siguientes:
- a. La imaginación de cómo poner al día el atraso de los procesos de la Ley 600 y las exigencias de la Ley.
 - b. El cómo lograr que la acción de tutela no se convierta en un auténtico escollo para que los términos procesales de la Ley 906 se cumplan y se logre el anhelado fin de un proceso sin indebidas dilaciones.
 - c. Cómo hallar los límites al trabajo del juez de segunda instancia en la valoración probatoria a la vista de los problemas de intermediación.
 - d. Cómo lograr que la investigación de la conducta de los jueces, no la haga un sujeto procesal (¿la Fiscalía en este caso?)

Pero también hay razones de contento y para enaltecer:

- a. Nuestra capacidad para aprender y asumir grandes retos. Que el sistema lleve un año funcionando y desarrollándose, así lo prueba.
- b. Somos creativos y capaces de superar problemas
- c. El gran papel de la Procuraduría General de la Nación en la vida del nuevo sistema, a pesar de ciertas opiniones en su contra de su presencia.
- d. El trabajo del Honorable Magistrado H. Torres Corredor del Consejo Superior de la Judicatura y su capacidad de oír y actuar para que el sistema fuera una realidad actuante.

Jhon Jairo Cardona Castaño

*Magistrado Sala penal
Tribunal Superior de Armenia*

Algunas reflexiones sobre los nuevos paradigmas en el ejercicio jurisdiccional en el sistema penal acusatorio.

Hace un año, por esta época, los jueces del Eje Cafetero y Bogotá, afrontábamos con gran expectativa, con ansiedad y muchas inquietudes, el advenimiento de la gran empresa cuyo objetivo era ser los pioneros en Colombia en la aplicación de las nuevas reglas procesales del sistema penal acusatorio.

Hoy, un año después, tenemos el principio del camino recorrido; continuamos con expectativas e inquietudes, pero contamos ya con una experiencia enriquecedora.

El aplicar justicia de cara al pueblo es una de las mayores bondades de este sistema. La práctica de las pruebas, la presentación de los argumentos de las partes y del juez frente al público, constituyen un medio eficaz para legitimar la actividad judicial, siempre y cuando --claro está— cada uno asuma su papel con responsabilidad. El pueblo juzgará a sus jueces, valorará la seriedad y justicia de sus decisiones, el apoyo que las mismas tengan en lo probado. Por ello, necesitamos prepararnos muy bien todos los días, fundamentar razonadamente las providencias en los hechos, las pruebas y el derecho, utilizar un lenguaje claro, sencillo, que sea entendible por el común de las personas.

Las discusiones sobre los nuevos temas procesales han enriquecido nuestros conocimientos y nos han permitido tomar determinaciones con las que pretendemos innovar, marcar pautas para el trabajo futuro, no exentas, eso sí, de posibles errores y siempre abiertas a la crítica.

Una experiencia nueva, no alejada de algunas complicaciones, es el trámite de la segunda instancia para el conocimiento de los autos, en el cual la Sala tiene que resolver, en la misma audiencia. Esta forma de trabajar ha hecho más constante nuestra comunicación, pero ha aumentado el esfuerzo, ya que debemos presentarnos varias hipótesis sobre los motivos de impugnación y varias tesis sobre las probables soluciones, lo que constituye un desgaste innecesario de tiempo y talento humano que puede evitarse si se establece que en primera instancia se delimite el tema de la apelación que se va a sustentar en segundo grado.

Aquí es bueno anotar que cuando se trate de apelaciones de sentencia, en la audiencia en la que se da lectura al fallo de segunda instancia, es innecesaria la

presencia de todos los integrantes de la Sala, pues, la decisión ya ha sido acordada y aprobada. Bastaría con que a ella asistiera el Magistrado Ponente o el designado por la Sala para hacer la lectura pertinente, mientras los otros Magistrados permanecen en sus despachos cumpliendo sus otras actividades y disponibles para concurrir al salón de audiencias, si ello fuere eventualmente indispensable.

Para nuestra Sala penal, el conocimiento de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los señores jueces penales municipales es un importante instrumento para unificar la jurisprudencia a nivel regional y para permitir que, por medio del recurso extraordinario de casación, la Honorable Corte Suprema de Justicia emita su jurisprudencia en torno a delitos en relación con los cuales hay escasos pronunciamientos a ese nivel. El control por parte de un juez colegiado, reviste de mayor seguridad a la decisión revisada. Independientemente de la clase de conductas punibles de las que tratan esos procesos, los problemas jurídicos planteados han sido importantes.

Un hecho muy importante para destacar es el resurgir de la solidaridad de gremio de los Jueces. La implementación del nuevo sistema nos ha obligado a comunicarnos más, a estar atentos a colaborar con nuestros compañeros, a dialogar con otras instituciones, en constante búsqueda del mejoramiento de nuestra actividad. Los Conversatorios, que en nuestro Distrito se adelantan desde el segundo semestre del año 2004, bajo la orientación de la Sala penal del Tribunal Superior, han permitido conocer interesantes argumentos que permiten que cada juez asuma su propia posición, con absoluto respeto por la independencia y autonomía que la Constitución Política nos reconoce.

Frente al cambio, hemos mantenido una mentalidad abierta, pero no sumisa. Siempre debe existir una posición crítica, para que las instituciones y el derecho puedan evolucionar.

Hemos tenido que luchar contra el mito de la novedad. Algunos, atropellados por las nuevas instituciones, han olvidado que el derecho sustancial, el derecho procesal, los principios que los orientan, no han dejado de existir. Por esta razón se han presentado casos en los que las partes y los funcionarios han perdido tiempo, esfuerzo y la posibilidad de decidir acertadamente, al olvidar la aplicación del derecho sustantivo, de los principios generales de la prueba, o de métodos de investigación aceptados desde hace varios años y que han sido útiles.

Una dificultad ha surgido con el manejo del tiempo para poder atender los procesos que deben tramitarse en los dos regímenes actualmente vigentes (ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004). En no pocas oportunidades, ha sido necesario dejar de lado las actuaciones escritas de casos anteriores para poder realizar las audiencias y tomar las decisiones en los casos del sistema acusatorio.

En cuanto a lo logístico, en nuestro Distrito, sólo uno de los 12 municipios no cuenta con sala de audiencias, pero los equipos de grabación de las poblaciones diferentes a la capital no son adecuados.

Pero los problemas son serios en la investigación. No hay investigadores capacitados, ni medios para su trabajo adecuado en la mayoría de las poblaciones diferentes a la cabecera de Distrito. En la capital, los investigadores sí están capacitados, pero son pocos frente a la gran demanda para su actividad. Todos ellos carecen de muchos medios técnicos y científicos para poder adelantar con éxito sus labores. Algunos laboratorios están ubicados en otros Departamentos (Risaralda y Valle del cauca), lo que implica enormes dificultades para los traslados de evidencias y cadena de custodia, situaciones que en muchas ocasiones son salvadas por la buena voluntad de los servidores judiciales, quienes gastan su propio tiempo y dinero para tratar de sacar adelante su trabajo, pero de la cual no se puede abusar.

En casi todos nuestros municipios la Policía debe trasladar a los detenidos hasta otras cabeceras para dejarlos a disposición de los Fiscales. Luego, para efectos del control de garantías, deben regresar con los aprehendidos a sus sitios de origen y, en caso que se les imponga detención, tienen que traerlos hasta Armenia o hasta Calarcá.

Las soluciones a estos problemas, lo sabemos, son de carácter presupuestal, pero, si no se toman a tiempo los correctivos, la buena marcha del sistema será sólo una ilusión.

Sugerencias de ajustes normativos:

Es indispensable una regulación coherente a los términos de trámite del *incidente de reparación integral*, con el fin que los mismos sean armónicos con los que se tienen para proferir el fallo (artículos 102 ss., 447).

El trámite de la *definición de competencias* podría reglamentarse de manera diferente, pues, en los Distritos Judiciales donde las distancias a las cabeceras de Circuito o de Distritos son grandes, la demora en el envío de las actuaciones a los competentes para decidir, puede causar serias consecuencias en el control de términos, especialmente en aquéllos casos en los que haya detenidos (artículo 54).

En cuanto a los *recursos*, varias anotaciones deben hacerse:

Sería importante establecer de manera expresa la taxatividad de la procedencia de la *apelación* y fijar los efectos respectivos, ya que en el artículo 177 no se encuentran todas las hipótesis contempladas en el Código de Procedimiento

Penal (por ejemplo, artículo 284). Esto acabaría con discusiones al respecto y evitaría el desgaste de los jueces de segunda instancia. Se beneficiaría la agilidad del proceso.

No está muy claro en qué consiste en recurso de *reconsideración* consagrado en el artículo 284 como una alternativa más frente a las decisiones sobre prueba anticipada, en relación con las cuales están consagradas la reposición y la apelación (artículo 176).

No se sabe qué es el recurso de *impugnación* consagrado en el canon 103, inciso 2, para la decisión de reconocimiento de la víctima en el incidente de reparación.

La *lectura del fallo*, en segunda instancia, debería estar a cargo sólo de un Magistrado y no de la Sala.

No hay regulación legal de la forma cómo se debe desarrollar la *actuación posprocesal* (artículos 459 ss), concretamente la fase de ejecución de la pena. Existen posiciones serias, pero divergentes sobre el trámite oral o escrito en esta fase. La Sala penal del Tribunal Superior de Armenia, hasta ahora, ha considerado que se trata de un trámite escrito y así lo ha plasmado en algunas decisiones.

UNIDAD 3

RELATORÍAS MESAS DE TRABAJO

Aclaración metodológica:

Tal como se aclaró previamente, en cada una de las mesas de trabajo en las cuales se discutieron los tópicos seleccionados, se nombró un relator del grupo. Éste fue el encargado de dar cuenta de manera general de la discusión y de reseñar las recomendaciones y conclusiones que se hubiesen originado en dicha discusión. Los relatores presentaron oralmente y en plenaria, en el segundo día del Conversatorio, las relatorías elaboradas. Como se estableció también, éstas dan cuenta de manera general de la discusión, recogen posiciones o tendencias mayoritarias, o posiciones más o menos consensuadas, pero no pueden desde luego, dar cuenta de cada una de las posiciones individuales; tanto más si las mesas de trabajo fueron numerosas y en ellas tuvieron asiento funcionarios de todas las instituciones comprometidas con el sistema.

Sea este el espacio para agradecer el compromiso de trabajo de los relatores, quienes adelantaron esta labor luego de un día entero de trabajo en grupo; asimismo, la oportunidad para agradecer a todo el grupo de ponentes, quienes han trabajado varios meses en la elaboración de las ponencias, y a los magistrados que coordinaron con el mayor rigor y la mayor disposición las mesas de trabajo.

TÓPICO 1: CAPTURA Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Mesa de trabajo

RELATOR: CARLOS ALBERTO MORENO
Juez 20 Penal Municipal con función de control de garantías.

1. CAPTURA

1. Tratándose de los términos para resolver sobre la legalidad de la captura, se concluyó de manera categórica, sin dubitaciones y sin posiciones diversas, que de conformidad con el acto legislativo 03 de 2002, el término es de 36 horas, el cual es improrrogable, tanto para Policía (Judicial o uniformada), Fiscalía o Jueces de Garantías, so pena de proceder la acción constitucional de HABEAS CORPUS. Ello, toda vez que el derecho aquí involucrado es el de la libertad y la filosofía del C. de P.P., que estatuyó el sistema acusatorio y las normas constitucionales, en especial el artículo 1º, tiene como base fundamental la dignidad y, dentro de ésta, la libertad como derecho nuclear; en consecuencia, se hace indispensable que los diferentes agentes del Estado respeten integralmente estas manifestaciones de la voluntad del constituyente primario, derivado y el legislador. Además, prorrogar las 36 horas o flexibilizarlas, como se pide por parte de algunos observadores del sistema acusatorio —una minoría por cierto—, sería sacrificar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Política y toda la teoría del bloque de constitucionalidad que privilegia la libertad y obliga al Estado a que se resuelva dentro de un término razonable la situación jurídica de una persona, siendo el mismo las 36 horas consagradas en el acto legislativo 03 de 2002 y el artículo 302 del C. de P.P.

2. Se estableció, dentro de la discusión, que es básico que la Fiscalía precise el tipo de delito por el cual una persona ha sido capturada en circunstancias de flagrancia, pues de estar en presencia de un punible que no comporta medida de aseguramiento privativa de la libertad, el Fiscal se convierte en un garante de los derechos fundamentales de este individuo y, por ende, la consecuencia jurídica es que el mismo proceda a concederle la libertad. Igualmente podría suceder que al fiscal se le llevara una persona retenida por una conducta no punible, evento en el cual debe optar por decretar de manera inmediata su libertad.

3. La persona que es capturada en circunstancias de flagrancia, pero también la que lo es producto de una orden de autoridad judicial, adquiere desde ese mismo momento, en el primero de los eventos la calidad de imputado y, en

el segundo, ésta misma o puede ser que ya haya sido objeto de la correspondiente imputación; en todo caso ambos tienen derechos fundamentales que deben de ser respetados de manera integral por parte de las diferentes autoridades que se ven involucradas en la captura. Esto refuerza la tesis de considerarse a la retención material como un acto complejo y, como tal, en todos y cada uno de los pasos de la misma, se deben respetar los derechos fundamentales y en ese sentido cuando quiera que alguno de ellos ha sido transgredido flagrantemente en las diversas etapas de la captura, el juez de control de garantías, debe declarar ilegal la misma, pues su misión fundamental, de conformidad con el acto reformativo de la constitución 03 de 2002, es la guarda de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

4. El grupo que estudio el problema de la captura opinó mayoritariamente que no es suficiente por parte del juez de garantías la compulsación de copias disciplinarias y/o penales, pues este mecanismo no es suficiente para restablecer material y jurídicamente los derechos fundamentales del aprehendido, pues no habría ninguna consecuencia jurídica con la actividad abiertamente ilegal e inconstitucional por parte del funcionario que negara o restringiera el ejercicio de un derecho fundamental del capturado, léase derecho de defensa, debido proceso, etc.

5. En relación nuevamente con el problema de los términos, las 36 horas, éstas son de obligatorio cumplimiento, vale decir, dentro de ellas se debe ejercer rigurosamente el control de garantías sobre la legalidad de la captura y so pretexto de las dificultades operativas y logísticas no se puede sacrificar un derecho fundamental como es el de la libertad por deficiencias estatales, pues como ya lo hemos observado, en el actual Estado social de derecho el Estado está al servicio del individuo y no viceversa.

6. La consecuencia de ilegalizar la captura, sea porque se hayan violado derechos fundamentales, no se haya capturado en flagrancia, o se haya excedido el término de las 36 horas, es la libertad inmediata y, mayoritariamente en la ciudad de Bogotá, sólo se continúa con la diligencia de imputación si es el deseo voluntario de la persona liberada, mas no se hace o no se realiza la audiencia de medida de aseguramiento, cuando ella comporta privación de la libertad. Ello, pues los jueces de garantías consideran que es esa la única manera de restablecer material y jurídicamente la libertad. Se dijo que en la ciudad de Manizales, si la persona permanece en el recinto de la audiencia, se hace la diligencia de medida de aseguramiento, así esta sea restrictiva de la libertad, previo haberle mencionado que puede ejercer su derecho a la libertad y, por ende, a retirarse de la sala.

7. El otro tema de discusión, dentro de la captura, es si está vigente o no la captura administrativa. Al respecto hubo las siguientes consideraciones: tanto

la ponencia, como la discusión suscitada en el grupo, concluyó que de conformidad con la jurisprudencia constitucional hasta la fecha proferida, dicha captura ha sido abolida; sin embargo, desde el punto de vista de la técnica jurisprudencial, vale decir, cosa juzgada constitucional, el hecho de no haberse referido la sentencia C-237 de 2005 a la C-024 de 1994, plantea el interrogante sobre si ha habido o no una ruptura a la línea jurisprudencial, pues algunos consideran que al no haber una referencia expresa, está vigente en su integridad esta última decisión constitucional. Mucho más aún, cuando se dicta la C-850 de 2005, en donde si se hace una alusión directa a aquella. La postura más radical, considera que la captura administrativa no está vigente en Colombia hoy, pues desde el punto de vista material sí se ha producido un quiebre de la jurisprudencia sobre este tópico. Este punto se reforzaría, cuando la Corte Constitucional, en sentencias C-730 de 2005 y 1001 del mismo año, no admitió la captura por parte de la Fiscalía General de la Nación tal y como estaba concebida en los artículos 2º y 300 de la ley 906 de 2004. En este caso sería posible deducir que ni aún la Fiscalía hoy puede capturar toda vez que el legislador no ha interpretado lealmente la hipótesis de la captura excepcional de la que habla el acto legislativo 03 de 2002, pues no ha dicho cuáles son esas circunstancias excepcionales en que se pueda retener por parte del ente acusador. En consecuencia, valorado lo anterior y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha considerado por esta Corporación que en materia de restricción de la libertad, la misma sólo es posible bajo estricta reserva judicial.

8. En lo atinente a la no lectura de los derechos del capturado, los del artículo 303 del C. de P.P., observa un vasto sector de los miembros del grupo, que su consecuencia es la ilegalidad de la captura; sin embargo otros miembros de la mesa de trabajo, entienden que se debe establecer si hubo o no disfrute material de estos derechos fundamentales para proceder a la ilegalidad. El primer grupo se plantea la siguiente pregunta respecto a esta segunda opción: ¿Cómo podría ejercer el capturado sus derechos fundamentales si los desconoce? Ello, en razón a que no fueron informados.

9. Esta comisión propone que ante la dificultad de poner a disposición del juez de control de garantías del Municipio donde ocurre el hecho punible dentro de las 36 horas, por problemas de distancia o de imposibilidad logística de hacerlo en ese término, se debe reformar el artículo 39 del C. de P.P. para que la audiencia de control de garantías se ejerza en el lugar más próximo. Ello, incluso si dentro del territorio de este juez no se ha cometido el punible, sin sobrepasar en todo caso las 36 horas. Dentro de la discusión de la captura se planteó, por parte de los representantes de la Defensoría Pública, que se debían de aplicar las

normas de las reglas del juicio oral, para cumplir el artículo 29 de la constitución nacional y preservarse los derecho de contradicción e inmediatez previstos en la norma superior, igualmente en lo referente a lo que se ha denominado la prueba de referencia. Otra postura, sostiene que el juicio oral tiene estas reglas, porque allí se discute sobre la responsabilidad, mientras que en las audiencias preliminares, en especial captura y medidas de aseguramiento, el Juez lo que hace es un control constitucional y, en consecuencia, no se hacen necesarias las técnicas del juicio oral. Se agregó, además, que ello sería así, pues el juez de garantías, como juez constitucional, puede intervenir de manera directa, pues en ese estadio procesal no es un árbitro, sino un guardián de la Constitución Nacional, en especial, un defensor de los derechos fundamentales del imputado. Aceptar la tesis de la Defensoría Pública, observan estos últimos, es convertir estas audiencias preliminares en un mini juicio, peligroso incluso para el ejercicio de la acción defensiva y por ende para todo el conjunto del debido proceso.

10. En lo atinente a los recursos, en Bogotá los jueces de garantías mayoritariamente vienen concediendo el recurso de apelación en el efecto devolutivo y los jueces de circuito así lo están tramitando, pues consideran que el artículo 20 del C. de P.P. así lo autoriza, ya que dicha norma que es de carácter rector; en este caso, se establece que procede este recurso cuando se ha restringido el derecho a la libertad, como sucede en el caso de la captura.

Otro sector de la comisión considera que al no estar previsto en los artículos 176 y 177 del C. de P.P., no es procedente la apelación, pues esa fue la voluntad del legislador.

La comisión, ante la importancia de esta audiencia de la legalidad de la captura, evaluó que se hace necesario incluir expresamente el recurso de apelación a la decisión judicial sobre legalidad o no de la captura, para lo que se hace necesario una reforma legislativa en ese sentido de los artículos 176 y 177 del C. de P.P.

2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

1. Se entendió por parte del grupo que cuando quiera que la Fiscalía promueva la audiencia preliminar de imposición de una medida de aseguramiento, debe hacerlo bajo los requisitos de: solicitar, argumentar y acreditar probatoriamente, tanto en lo relativo a la inferencia razonable de autoría o participación, como sobre la necesidad de la medida de aseguramiento. Asimismo, el juez de garantías, en los eventos de petición de medidas de aseguramiento, debe hacer un triple análisis, vale decir, uno **fáctico**, uno **jurídico** y uno **constitucional** y,

en este ultimo, deberá hacer un severo *test* de proporcionalidad, a fin de establecer la procedencia o no de la medida correspondiente.

Esto último, por cuanto no es cierto, como lo sostiene la Fiscalía a través de sus delegados en los Conversatorios y en la diversas audiencias preliminares, que basta la gravedad del hecho para imponer la medida, pues ni los artículos 310, 312 del C. de P.P., ni la Constitución Nacional, cuando hace referencia al proceso penal, en especial el acto legislativo 03 de 2002, reduce el análisis valorativo del juez de control de garantías, a la gravedad del hecho y, por el contrario, lo que prima en ambas normativas es el principio de libertad. Cuando quiera que se haga necesario la restricción de la misma, sólo se puede hacer bajo los criterios y supuestos de las necesidades constitucionales referidas a la preservación de la prueba, a la protección de la comunidad, en especial de las víctimas, y a la no eventual comparecencia del imputado al proceso.

2. El otro tópico de controversia, es el de la graduación de las medidas de aseguramiento por parte del juez de control de garantías. Esta figura consiste en que el juez puede y debe en el caso de un delito que comporte medida de aseguramiento privativa de la libertad, degradarla a una no privativa de la libertad, cuando quiera que considere que es suficiente para efectos de los objetivos de la necesidad de la medida, la no privativa de la libertad, pues puede ponderar que la privativa de la libertad es excesiva para esos fines constitucionales de la necesidad.

Es importante resaltar, cómo éste es un punto álgido de la discusión, pues algunos plantean que aceptar esta gradualidad, es ir en contravía del principio de legalidad, que es muy caro a nuestras tradiciones jurídicas y que además sería convertir al juez de control de garantías en un Juez oficioso, cuando quiera que estamos hoy ante una justicia penal esencialmente rogada. Sin embargo quienes plantean, mayoritariamente, la tesis de que es válida la graduación de las medidas de aseguramiento, vale decir, de privativa de la libertad a no privativa, más no al contrario, consideran que el juez de control de garantías no es un juez arbitro, tal y como lo expone la Corte Constitucional en la sentencia C-591. Éste es, ante todo un funcionario judicial que tiene como misión fundamental la guarda de los derechos fundamentales y, cuando quiera que se pueda estar ante una decisión legal pero arbitraria e irrazonable, como sería la de imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad cuando es suficiente una no privativa, se debe acudir no solamente a la legislación interior, que es el único argumento de quienes se oponen a la gradualidad de las medidas de aseguramiento, sino que se debe invocar el bloque de constitucionalidad de conformidad con los artículos 3° y 26 del C. de P.P., que le conceden prelación a los tratados internacionales que traten sobre derechos humanos y que son prevalentes por disposición misma del artículo

26 ya mencionado; en estos tratados se han abolido las penas y las medidas arbitrarias e irrazonables, y ese es el mandato que debe seguir el juez de control de garantías en su ejercicio, pues como se ha dicho en la discusión de este grupo, éste juez es ante todo, un juez constitucional.

3. Se argumentó de manera mayoritaria que cada vez que la Fiscalía solicite una medida de aseguramiento dentro de un mismo proceso para un mismo imputado, debe presentar los nuevos elementos materiales probatorios, evidencia física o informe legalmente obtenido, que sustentan su solicitud, ya que, de lo contrario, dicha petición no es procedente y habrá de negarse por parte del juez de control de garantías; ello significa, que no es posible que la Fiscalía promueva varias audiencias preliminares de imposición de medida de aseguramiento buscando el juez que se ajuste a su criterio jurídico, pues la base legal para ese nuevo pedimento siempre deberán ser los nuevos elementos materiales probatorios, evidencia física o informe legalmente obtenidos y no la coincidencia de criterios jurídicos con el Juez de Garantías. Ya se han detectado estos casos en el Observatorio de jurisprudencia de la Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4. En concordancia con el anterior punto, considera el grupo que la defensa igualmente debe tener estas mismas posibilidades jurídico procesales, vale decir, cada vez que obtenga elementos materiales probatorio o evidencia física que sustente la revocatoria o la sustitución de una medida de aseguramiento de su defendido, puede solicitar sin limitación en el número de audiencias estas peticiones y, en ese sentido, el juez de control de garantías podría invocar la inaplicación constitucional del artículo 318 en lo referente a que no se puede hacer más de una vez la solicitud de revocatoria o sustitución de medida de aseguramiento, por ir esta limitante en contravía del derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Nacional. Ya hay un caso detectado por el Observatorio de jurisprudencia, en el cual el juez aplicó la excepción de inconstitucionalidad de esta norma. Sin embargo, es importante precisar cómo el juez de garantías, lo que debe analizar son esos nuevos elementos materiales probatorios, evidencias física o informes legalmente obtenidos, estándole vedado hacer un análisis jurídico de lo decidido por su par, pues aquí no hace las veces de juez de segunda instancia.

La comisión, de acuerdo a lo antes anotado, considera que se debe hacer una propuesta legislativa en el sentido de reformar el artículo 318, para no limitar a una sola vez la solicitud de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento, siempre y cuando se presenten por la defensa nuevos elementos materiales probatorios y evidencia física que sustenten su pedimento.

5. Por último, se estudió y discutió lo que viene sucediendo en la ciudad de Bogotá en lo concerniente a que los jueces penales del circuito no revisan la decisión de primera instancia tomadas en las audiencias preliminares, pues ellos consideran que para no contaminarse, sólo deben escuchar lo que dice la parte que va a la audiencia de segunda instancia, no importando que no vaya una de las partes intervinientes.

Los jueces de control de garantías de la ciudad de Bogotá, consideramos que es una posición errada, toda vez que la no contaminación se predica del juez del juicio oral y, en este caso, como conocen de una decisión de un juez de garantías en audiencias preliminares, se convierten los circuitos en jueces de control de garantías en segunda instancia. Además, no es posible hacer un verdadero análisis juicioso sin que se conozca cuál es la decisión tomada en primera instancia, pues lo que se impugna es dicha decisión y la única manera procesal para revocar, modificar, adicionar o confirmarla es conocerla; son éstas las razones por las cuales creemos que los jueces penales del circuito sí deben escuchar el audio y que por supuesto la consecuencia procesal es que no podrán ser los jueces de conocimiento en ese caso específico, tal y como lo establece el nuevo C. de P.P., evento en el cual deberán declararse impedidos.

TÓPICO 2: PRUEBAS Y ARGUMENTACIÓN PROBATORIA Mesa de trabajo

RELATORA: MIRIAN MÉNDEZ

Agente del Ministerio Público, frente al nuevo sistema penal acusatorio.

1. PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En segunda instancia no pueden practicarse pruebas, por cuanto la discusión allí versa sobre el acierto y la legalidad de la decisión, que comprende tanto lo fáctico como lo probatorio -más en relación con los elementos aportados en la primera instancia-, de suerte que si surgen nuevas pruebas que controviertan la decisión de primera grado, debe solicitarse, para el caso concreto, la sustitución o revocatoria de la medida de aseguramiento, ante el juez de control de garantías.

La revisión en segundo grado debe abarcar la actuación desplegada por el juez de primera instancia y no sólo las posiciones expresadas por las partes, pues así lo exige el artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, tratando de establecer los fundamentos fácticos y probatorios de la decisión allí tomada.

2. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN DOMICILIARIA EN LOS PROCESOS DE COMPETENCIA DE LOS JUECES DE CIRCUITO ESPECIALIZADOS

Las normas pertinentes (arts. 27, 295, 306 y 314 del nuevo estatuto procesal), no impiden la posibilidad de imponer detención preventiva domiciliaria en procesos de competencia de los jueces del circuito especializados, siempre y cuando el juez del caso llegue al convencimiento de que para que se cumplan los fines de la medida es suficiente la reclusión domiciliaria del imputado.

Junto a lo anterior, debe precisarse que quien toma la decisión de si se impone o no la medida de aseguramiento y qué medida se impone, es el juez de control de garantías, en aplicación del principio de gradualidad.

3. ¿QUE DECISIÓN DEBE TOMARSE EN SEGUNDA INSTANCIA FRENTE A UNA RESOLUCIÓN CARENTE DE MOTIVACIÓN?

Si la decisión de la primera instancia carece de motivación, el juez de segunda instancia declara la nulidad de la misma, por constituir una violación del debido proceso (arts 162, 4 y 306).

4. NIVEL DE ARGUMENTACIÓN PROBATORIA FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Son las partes quienes deben fundamentar probatoriamente sus posiciones y peticiones procesales, correspondiendo al juez evaluar o valorar los elementos probatorios allegados por aquellas (art. 306). En Todo caso, la decisión sobre presentación de elementos probatorios en que la Fiscalía fundamente sus solicitudes de imposición de medidas de aseguramiento, corresponde al fiscal, sin qua sea dable al juez exigirle que descubra o aporte otros elementos de convicción.

5. DECLARADA LA ILEGALIDAD DE UNA BÚSQUEDA SELECTIVA DE BASE DE DATOS, DEBEN EXCLUIRSE, POR ILÍCITOS, LOS ELEMENTOS PROBATORIOS EN ESTA ENCONTRADOS

Aunque el momento para la exclusión probatoria es la audiencia preparatoria, nada impide que un juez de garantías excluya elementos probatorios cuando hayan sido ilícitamente obtenidos, sin que esto obste para que en la audiencia preparatoria se discuta la probable existencia de una de las excepciones para inaplicar la cláusula de exclusión (art, 455).

Así se resuelve el problema que se plantea ante el hecho de que la decisión del juez de control de garantías, consistente en declarar ilícito el material probatorio encontrado, es inimpugnable; decisión que por demás tiene simplemente ejecutoria formal.

6. ¿QUÉ DEBE HACER LA FISCALÍA CON ELEMENTOS MATERIALES OBTENIDOS SI RETIRA LA SOLICITUD DE LEGALIDAD DE LA BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS?

Puede usarlas en otros programas metodológicos o para replantear el de la investigación correspondiente, así como solicitar su inclusión en la audiencia

preparatoria. Ahora bien, la discusión sobre admisibilidad o no de elementos materiales probatorios, se realiza de forma definitiva en la audiencia preparatoria, donde al juez de conocimiento deberá realizar el correspondiente control constitucional.

7. ¿DEBE EL JUEZ EXIGIR LA DEMOSTRACIÓN DE MOTIVOS FUNDADOS PARA REALIZAR UNA BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASE DATOS?

Sí, en cuanto la actividad de policía judicial representa una afectación, así sea mínima, del derecho fundamental a la intimidad; además, la norma procesal lo exige expresamente (inc. 3 art. 244). Sin embargo, la ponderación entre el interés general de persecución penal y el interés particular del afectado con la misma, lleva a concluir que en este caso concreto no es necesario realizarse una exigencia tan estricta sobre la existencia de dichos motivos, máxime cuando se trata de bases de acceso público (listados de números telefónicos).

8. ¿CONSTITUYE UNA LLAMADA ANÓNIMA MOTIVO FUNDADO PARA AFECTAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD?

Depende del contenido de la misma, el cual debe verificarse, en cuanto a credibilidad y confiabilidad se refiere, con otros elementos probatorios (art. 69, Inc. 3°).

9. ¿CÓMO SE VERIFICA, PROBATORIAMENTE HABLANDO, LA EXISTENCIA DE DICHA LLAMADA?

Si no se puede allegar a la diligencia el registro de la llamada, como tampoco escuchar en declaración al agente de policía judicial que la interfirió, deben allegarse otros elementos probatorios que corroboren la existencia y el contenido de ésta.

10. ALGUNOS ASPECTOS REFERENTES A LOS PROCESOS DE INASISTENCIA ALIMENTARIA

El conflicto inicial de fijación de la competencia, en materia de inasistencia alimentaria, queda supeditado a la persistencia de la omisión que bien pudo presentarse desde antes de entrar en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio,

pero de persistir después de la misma, será este último el trámite aplicable a cada caso, es decir, que aun siendo un caso con antecedente en el sistema anterior y demostrada su persistencia en el nuevo sistema, serán aplicables las normas de la última reforma.

En los términos del artículo 44 de la Constitución Nacional, no admite discusión alguna la oficiosidad de la acción en estos casos y en todos, donde los derechos de los niños son vulnerados con efecto procesal penal, razón por la cual no es posible seguir hablando de la exigencia de querellas, según lo expresado la misma Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en sentencia C-459 del 12 de octubre de 1995.

Sin embargo, la práctica judicial se ha acendrado, aceptando la posibilidad anticipada de los procesos, acudiendo a los mecanismos extraordinarios como la conciliación y, hoy, la mediación y el desistimiento, que habilitan proferir una preclusión en favor del imputado, siempre y cuando se atienda a la protección del máximo interés del menor, según lo ordena la Convención de los Derechos del Niño, aprobada y vigente en Colombia mediante Ley 012 de 1991. Ello pretender situar, como premisa mayor en la defensa de sus derechos fundamentales y prevalentes, la materialización de los mismos, el imperio de lo sustancial sobre lo formal.

Ahora bien, del otro lado se presenta la necesidad de ponderación, el ejercicio axiológico del fiscal y del juez sobre el ingrediente normativo del artículo 233 del Código Penal, que exige la falta de justificación en la conducta omisiva para proclamarla como penalmente relevante. Ello, por cuanto la Ley 906 de 2004, ha constitucionalizado la ritualidad penal y, por ende, ha de ser requisito fundamental, demostrar la solvencia económica del indiciado, imputado o sentenciado, para emitir en derecho el reproche de responsabilidad. Es en este punto donde la Fiscalía General de la Nación parece haber encontrado un tropiezo mayor para el adelantamiento judicial de estos casos, derivado especialmente de la falta de personal de apoyo investigador, que evidentemente se convierte en un asunto de falta de voluntad política para la provisión del recurso humano requerido.

Aun así, se puede realizar una labor eficiente y garantizadora de los derechos de los menores especialmente, si se llegare a aplicar como debe de aplicarse por principio de legalidad el sometimiento de principio de oportunidad a prueba. Este principio indica que el inasistente alimentario que no estuviere en capacidad inmediata de realizar una indemnización integral, durante un tiempo, que debe establecer el fiscal del caso, puede hacer las aportaciones mensuales ante su despacho, luego de lo cual y en presencia de un cumplimiento efectivo, puede adelantar una petición ante el juez de garantías, para pretender el reconocimiento

al aludido principio de oportunidad, sin que se le pueda endilgar al Fiscal competente tener en sus anaqueles un proceso inactivo.

Ello, además, porque le representa a la Fiscalía General de la Nación, predicar su vigencia institucional actuante y garante, en los mismos términos constitucionales de perseguir la violación de la ley penal sin detrimento de aplicar los mecanismos de restauración de los derechos, que son aportes de la reforma procedimental. Pero lo que no puede hacer tránsito, es la terminación anticipada de un proceso, sin en el cumplimiento efectivo debido al menor, lo cual estará atento a velar el Ministerio Público.

TÓPICO 3: IMPUTACIÓN, ACUERDOS Y PREACUERDOS Mesa de trabajo

RELATORA: GLORIA PATRICIA LOAIZA GUERRA
Jueza Tercera Penal Municipal de Medellín.

A partir del análisis y discusión de los casos, se concretaron tres grandes temas:

1. El requerimiento de medios de convicción en la imputación.
2. El menor como víctima y como testigo.
3. Preacuerdos.

A continuación, se desarrollará la discusión planteada en cada uno de esos temas.

1. REQUERIMIENTO DE MEDIOS DE MEDIOS DE CONVICCIÓN EN LA IMPUTACIÓN

Primera tesis. Sí son necesarios esos medios y el juez debe requerir a la Fiscalía para que los presente.

De los artículos 287 y 288 no se desprende esa exigencia, pero entendiendo la formulación de imputación como posibilidad del derecho de defensa, debe respaldarse en EMP, elementos materiales probatorios, o EF, evidencia física, para formalizarla.

Las disposiciones citadas sí exigen un respaldo que debe presentarse ante el juez, lo que no debe confundirse con un descubrimiento.

Son necesarios esos medios, pero en un grado mínimo que no implique descubrimiento, porque esa audiencia preliminar no comporta un debate probatorio, un mini juicio.

Debe ser lo que considera el fiscal como elementos suficiente para imputar y sustentar la inferencia y sostener la solicitud de medida de aseguramiento. Frente a ese mínimo ejerce la defensa su actuación, porque frente a esta significa el conocimiento de la situación que debe asumir el imputado.

La EF o EMP que sustenta la imputación, no está determinado como tarifa; puede ser cualquiera, igual la cantidad que se presenta.

En el entendido que no es un mero acto de comunicación, el juez ante una falta de sustento o una mera afirmación de hechos, debe requerir al fiscal; éste

debe en todo caso estar preparado para esa situación, teniendo a mano los EMP o EF con que cuenta en el momento de la imputación para cumplir los requerimientos.

El acto de formulación de imputación no puede ser arbitrario frente al ciudadano y para verificar el control sobre ésta, debe enunciarse el sustento. De otra forma se continúa con la mala práctica de formular imputaciones en casos como la inasistencia alimentaria, con la afirmación de la mera omisión, sin tomar en consideración la no justificación de la conducta, pero debe mirarse cuidadosamente que esta enunciación de EF o EMP, no es un descubrimiento, porque esto implica controversia y en esa audiencia ella no puede darse, entre otras cosas, porque se llegaría a un mini juicio con debate probatorio. Basta la enunciación y el juez hace una consideración de pertinencia y conducencia simplemente. No puede confundirse la imputación con la solicitud de medida de aseguramiento, porque la imputación no tiene término para efectuarse, pero la costumbre ha llevado a imponer un término perentorio de 36 horas, al ir unida a la legalización de captura y solicitud a continuación de medida de aseguramiento.

Se acota sobre el problema que se presenta en la práctica con la inasistencia alimentaria, que no deben exigirse que se pruebe elementos normativos y subjetivos del tipo, por encima de los mínimos, lo que implica retornar a una tarifa legal; simplemente deben tomarse unos niveles mínimos que establezcan la hipótesis típica en lo objeto y la viabilidad de la existencia de la conducta. La determinación en el caso de la inasistencia de la no justificación en la omisión de prestación alimentaria, es motivo del juicio.

La imputación no puede ser escueta y debe prevalecer el derecho del imputado a conocerla adecuadamente (Art. 8 CPP), si bien el juez no tiene ingerencia en ese acto propio de la Fiscalía, ello no significa que pueda hacerse sin el cumplimiento de los requisitos previstos, pero no requiere de probar lo afirmado.

Si bien la imputación es un acto propio de la Fiscalía, incluido entre aquellos que no vulneran derechos fundamentales, la posición del juez debe ser preactiva respecto a la verificación de respeto por las garantías. El acto en sí no comporta descubrimiento, pero sí debe informarse sobre los elementos cognitivos que llevan a concluir que sí se tienen fundamentos. Debe tomarse en consideración las consecuencias que ese acto tiene para el imputado, máxime cuando es la oportunidad para darse un allanamiento a cargos. El juez de garantías debe verificar que no se haga una imputación sin sustento. Pero debe tenerse siempre presente que no puede llegarse al extremo de retornar a una tarifa probatoria; debe entenderse que son niveles de evidencia según la complejidad del momento.

Segunda tesis. No son necesarios porque la formulación de imputación es un mero acto de comunicación, no se requiere invocar EMP o EF, prescindiendo del soporte con elementos cognitivos.

La inferencia razonable es del fiscal y no se traslada la juez ni a la defensa. El contenido del artículo 448 CPP, relega el problema a los alegatos de conclusión. Respecto al derecho a la defensa, éste se inicia con la imputación y va creciendo en forma progresiva a medida que avanza la investigación y puede ser exagerado pensar que debe darse en forma plena desde la imputación, porque este momento no toca con la responsabilidad, sino aspectos relacionados con bienes, medida de aseguramiento y sin necesidad de invocar EMP o EF, existe la posibilidad del derecho a la defensa.

El papel del Juez de control de garantías como juez constitucional, tiene una gran dimensión en el sistema, pero no debe exceder en esa función y, por lo tanto, siendo la imputación un mero acto de comunicación, no puede en modo alguno obligar a que se haga un descubrimiento. Debe creerse la palabra del fiscal contenida en las afirmaciones que sustentan la formulación de imputación, de otra forma se estaría cayendo en el error actual de llevar a esa audiencia un sinnúmero de testigos que al ser escuchados, desvirtúan la esencia de la audiencia, para convertirla en otra especie de juicio (en este punto se aclara que el caso propuesto como ejemplo de la situación irregular fue el denominado del aeropirata y que la situación se presentó frente a la solicitud de medida de aseguramiento, donde se tiene unos condicionamientos diferentes a los de la imputación).

Concluye. Se mantienen dos posiciones, pero debe tenerse claridad que no se trata de un descubrimiento, sino de una enunciación de la EF o EMP con que se cuenta, suficientes para sustentar la formulación de imputación. El Juez no tiene facultad de requerir para que se haga un descubrimiento.

2. EL MENOR COMO VÍCTIMA Y COMO TESTIGO

1. En los eventos en que un menor ha sido testigo de un delito, si bien existe facultad en la policía judicial de realizar entrevistas, debe atenderse los derechos que nuestro ordenamiento y los estándares internacionales de derechos humanos contempla para esos menores, no pudiendo sacrificarlos en aras a ejercer la acción de investigación del Estado; esto significa que debe contar con la presencia de su representante legal o un adulto, en su defecto, el defensor de familia.

2. En los eventos que el menor es testigo y víctima, prevalece esta última situación, y del contenido del artículo 383 CPP, se deduce que debe garantizarse

el acompañamiento al menor, porque de otra forma se vulneran sus derechos fundamentales, los cuales deben ser efectivamente garantizados.

3. Igualmente es necesario atender en esa situación, lo preceptuado por el artículo 206 CPP sobre las reglas que deben cumplirse en los supuestos de la entrevista. La disposición lo dice muy claro al determinar el derecho de protección de las víctimas y frente a un menor, esos derechos prevalecen

De no advertirse el cumplimiento de los requisitos legales y respetar los derechos de un menor al escuchar su versión desde una diligencia de entrevista, incluso puede generar circunstancias de ilicitud que finalmente permiten hacer uso de la regla de exclusión

4. Debe considerarse hasta dónde puede llegar el juez frente la consideración de la licitud de los medios de convicción, para la cual se cuenta con un apoyo jurisprudencial en la Sentencia C-591 de 2005, que precisa claramente que el juez de control de garantías debe ejercer control sobre los medios de convicción, aplicando la regla de exclusión

5. Otra posición contraria indica que basta poner de presente el contenido del artículo 33 de la Constitución, señalando que las situaciones en que no está obligado a declarar, sin necesidad de juramentarlo, en los términos del artículo 386 CPP, donde se indica incluso que la asistencia de un adulto es optativa; la exigencia no es para dar validez a la diligencia.

6. La entrevista es una mera información y sólo adquiere valor al constituirse en testimonio y la legalidad de la misma, deviene de quien la obtuvo, y al haberse dado en el caso propuesto en la misma escena del delito, debe afirmarse que se actuó adecuadamente en el entendido que no es una prueba. Es imponible el sustento de una información

3. ACUERDOS, PREACUERDOS Y ALLANAMIENTO A CARGOS

1. El allanamiento y los acuerdos son figuras jurídicas diferentes en virtud de los momentos en que se puede presentar cada uno. En el allanamiento no hay limitante, procede frente a todos los delitos. En los acuerdos hay límites y condicionamientos: el fiscal frente al primero no tiene actividad y, por el contrario, de acuerdo con el artículo 350, inciso 2°, ello sí se presenta con los preacuerdos. En lo referente a la aplicación de los cuartos, procede frente al allanamiento únicamente. Si la pena hace parte del acuerdo, lo cual no se presenta siempre, porque puede comprender otros aspectos como la supresión de agravantes, se aplica la pena acordada sin acudir a los cuartos.

2. El allanamiento es puro y simple, mientras tanto, el acuerdo no. No debe darse la oportunidad de hacerse manifestaciones previas ante el juez de conocimiento, porque la verificación de las exigencias propias del allanamiento, debió darse ante el juez de garantías y puede ocurrir que se de una retractación, lo cual no es admisible. En el acuerdo como no hay juez de garantías de por medio, quien debe hacer ese control es el juez de conocimiento

3. El Art. 293 no es claro sobre la retractación, porque allí se manejan de igual forma las figuras, pero sólo para hablar que las actas son iguales a la acusación. La Corte ya hizo un pronunciamiento frente a la retractación, estableciendo que procede en los acuerdos pero no en los allanamientos. Frente a ambas figuras se hace indispensable revisar el respeto por los derechos y garantías fundamentales, colocándose al juez de conocimiento en dos posiciones, invalidar o dictar sentencia.

4. El juez de garantías y conocimiento, según su rol, hace un control, de esta manera, atendiendo los límites del operador jurídico sobre las garantías del allanamiento. Por ser las etapas conclusivas, aunque no en forma absoluta, al verificar el juez de garantías el cumplimiento de los requisitos y garantías del imputado, el juez de conocimiento sólo debe establecer que en esa audiencia se cumplió con la verificación

5. La discusión que genera la errada ubicación del inciso 2º, del artículo 293, que involucra los acuerdos, ha llevado a imprecisiones, como considerar que el allanamiento es una forma de negociación, lo cual no es cierto, porque tal inciso debe interpretarse dentro del capítulo correspondiente al tema.

6. Las figuras de acuerdos y preacuerdos son ejemplo de cómo la autonomía privada tiene ingerencia dentro del proceso penal. En materia civil se parte de dos contraposiciones y trasladada esta expresión de los intereses en el proceso al tema penal; debe entenderse que el allanamiento es un acto dispositivo y surge de la iniciativa del imputado. Es un negocio procesal que se fundamenta en que el sujeto pasivo abandona la pretensión y acepta. El Juez de garantías debe homologar, si se dio en libertad, si se dio información, consentimiento sin vicios y si para el caso puede haber disposición. El acuerdo es una forma de solución de conflictos por decisión mutua, en este sentido es una transacción. Puede darse la aceptación no en todo sino en parte. La Corte Suprema en Sala de Casación Civil ha indicado que el negocio jurídico puede tomar cualquier forma. Separar el allanamiento y los acuerdos tiene respaldo en la teoría tradicional del proceso de demanda.

7. Es posible preacordar los términos de la imputación, lo cual puede deducirse del Art. 351, pudiéndose presentar a continuación un allanamiento.

Respecto a esta afirmación, se plantea que esa norma lo que permitir es preacordar los términos de la acusación y los alegatos conclusivos.

Sobre esta propuesta debe aclararse en punto a la verificación que debe hacer el Juez de garantías y por parte del fiscal, que se trato de una negociación y en que términos se hizo. Se indica, sin embargo, por otros participantes, que no es viable aplicar las dos figuras al tiempo, por que se favorece por partida doble y ello no es posible, siendo suficiente para los efectos, la variación punitiva, con este aspecto ya se da una favorabilidad.

Se plantea la posibilidad que de no haberse dado un allanamiento a continuación de la imputación, se pueda solicitar una nueva audiencia con ese fin, se indica que se están dando en la práctica esas audiencias, para materializar el allanamiento

A continuación, se entró en la presentación de las dos ponencias diseñadas para la mesa de trabajo del tópico tres y su posterior discusión, que es fundamentalmente lo que consta en esta relatoría.

4. DEBATE SOBRE LA PONENCIA DE IMPUTACIÓN

1. Respecto del planteamiento que hace relación a la modificación de la imputación se consideró que no está contemplado en la normatividad e incluso está alejado del sistema. En el entendido que las fases son preclusivas una vez efectuada la audiencia de imputación, sólo queda la opción de los preacuerdos o negociaciones. Posición que se apoya en el contenido del Art. 351, que consagra que no es factible otra audiencia para modificar la información.

2. Respecto a la oportunidad de la defensa para recaudar pruebas que inicialmente es de 30 días, no puede considerarse que haya una afectación, porque en la formulación de acusación debe el fiscal descubrir las pruebas y la defensa sólo lo hace en la preparatoria, por lo cual, hay un lapso mayor a los 30 días y, en ese orden de ideas, no se afectan los derechos de la defensa.

3. Con respecto a los términos que se activan a partir de la formulación de imputación, se afirmó que éstos son improrrogables. Por regla general todo término es improrrogable y la excepción sólo está contemplada a partir de la acusación, pues si se prorrogan en la etapa de investigación, se afecta el derecho del imputado a que se decrete la preclusión.

Se precisó que los términos en la indagación e investigación son calendario y sólo a partir de la presentación del escrito de acusación son hábiles.

4. Se debatió la competencia para decretar la libertad por vencimiento de términos en la etapa del juicio. Se propuso que radicara en el juez de conocimien-

to, puesto que éste tenía acceso a toda la información requerida y podría determinar si los términos fueron dilatados por la defensa con el propósito de obtener este beneficio. Sin embargo, se rebatió para determinar que es una labor exclusiva del juez de control de garantías, porque el artículo 317 le asigna la competencia sin determinar el momento; además, deberían entenderse que el detenido no está a disposición del juez de conocimiento. El reparo sobre la información a la que accede el juez, se supera con la intervención del fiscal que es el mismo que asiste al juicio y debe atender su rol.

5. En lo que alude al respaldo de la imputación en medios cognoscitivos, se propuso un mínimo de referencia probatoria sin descubrimiento, En los eventos de flagrancia no habría lugar a ello, por que la flagrancia por sí misma prueba la comisión del delito y de quien lo cometió. Se generó una postura en contrario según la cual, apoyada en un aso concreto, el análisis de la flagrancia inicial no fue suficiente para probar estos presupuestos y lo que se generó una vulneración de derechos, porque en ese momento procesal se contaba sólo con elementos probatorios mínimos y de muy baja convicción, por lo cual la flagrancia no puede ser sinónimo de autoría o participación, al menos en el aspecto objetivo. Entonces, debe existir una recuperación de elementos materiales probatorios porque debe sustentarse esa flagrancia a efectos de una futura sentencia.

6. Ante la variación de la imputación por hechos sobrevivientes, se cuestionó la posibilidad de ello, invocando nuevamente el efecto preclusivo del acto procesal. Si ha habido aceptación de imputación, se rechaza esa posibilidad. Al trasladarnos al derecho comparado, se precisó que en EE.UU, a fin de evitar situaciones in equitativas, especialmente frente a la víctima, se opta por suspender la diligencia hasta verificar el resultado final de la conducta, posición que no fue avalada frente nuestro sistema, en virtud de la diferencia de presupuestos para la imputación y su aceptación. Se advirtió, entonces, que la audiencia no podría suspenderse.

En virtud del principio de la inalterabilidad del contenido de causa, que se asimila a la congruencia, no surgiría la dificultad, por cuanto la imputación sería fáctica y los efectos jurídicos posteriores no la afectaría.

Esta discusión nos remite a la verdad que interesa al proceso, ¿es *material* o es una verdad *acordada*? En cualquier caso, la solución no puede darse acercándose a la verdad material, sino que debe darse acorde con la verdad histórica revelada, o sea la que se lleva al proceso.

Se planteó que la problemática surge ante la prevalencia que se le ha dado a la imposición de una medida de aseguramiento, sacrificando con ello los fines de la administración de justicia, entre los cuales están los derechos de la víctima, invitándose a que se revise el cambio paradigmático que el principio de afirma-

ción de la libertad imprimió a la imposición de las medidas de aseguramiento, y se ponderen los fines de la administración de justicia frente a los de las medidas de aseguramiento, ante lo cual deberá prevalecer aquellos.

5. ACUERDOS Y PREACUERDOS

1. La discusión se centró, inicialmente, en la verificación de los presupuestos para el allanamiento, frente a lo cual se fijaron dos posiciones, que incluso se derivaron de los mismos ponentes. De un lado, se indicó que esa verificación debe ser exhaustiva y por parte del juez de conocimiento, lo cual en todo caso, sería favorable para la dinámica del sistema, en tanto permitiría que se profieran sentencias cortas; ello, dado que la sustentación de los supuestos sería ofrecida por el mismo interrogatorio efectuado al imputado a efecto de verificar los presupuestos. La otra posición mayoritaria estableció que la verificación es competencia del juez de garantías, y el conocimiento sólo debe verificar que en esa instancia si se agoto, sin generar interrogatorio al imputado.

2. El tema mas álgido giro en torno a la identidad de conceptos entre allanamiento a cargos y acuerdos, los ponentes planteaban que el allanamiento a cargo conforma una modalidad de acuerdos y por ello se remitían a la exigencia del 349 CPP sobre necesidad de la restitución del 50% patrimonial para su viabilidad, posición rebatida por la mesa, puntualizando en que son conceptos totalmente independientes, en tanto el allanamiento a cargos no es un tipo de negociación, sino una mera aceptación unilateral por parte del imputado, de los términos que presenta o contiene la imputación.

La postura de los ponentes fue respaldada en la posición mayoritaria de la Corte Suprema, que fue rebatida por la mesa, en tanto se considera que lleva a confusiones conceptuales y, por ende estructurales, sobre la aplicación de las figuras que se analizan.

En este sentido, se estableció, como recomendación general, la necesidad de promover una reforma legislativa que permita la definición conceptual a partir de la misma sobre el tema de preacuerdos.

TÓPICO 4:

VÍCTIMAS, MENORES Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Mesa de trabajo

RELATORA: OLGA PATRICIA CÁCERES LOAIZA

Jueza Promiscuo Municipal, Finlandia, Quindío

con el apoyo de

RICARDO CASTELLANOS

Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías en Bogotá.

1. El análisis de este tópico se orientó al examen crítico y comparativo de la de la posición de la víctima en el proceso penal y a la formulación de hipótesis hermenéuticas tendientes al rescate del papel protagónico del sujeto pasivo del delito y de la implementación de eficaces medidas para garantizar, además del restablecimiento del derecho quebrantado con la conducta punible, los derechos a la justicia y a la verdad, en el marco del Sistema Penal Acusatorio. Interpretación acorde con la llamada justicia restaurativa, que perfila, entre los objetivos de la investigación, además del establecimiento de la verdad procesal, que implica la individualización de autores y partícipes, la reparación del daño ocasionado con la conducta punible, lo que se erige en principio orientador del diario trasegar del operador judicial.

2. Para el efecto se plantearon tres (3) casos en los que los sujetos pasivos eran menores de edad, de quienes se predica poseen derecho prevalentes. La hipótesis de cada caso se orientó al análisis de la actuación del juez de control de garantía, a su facultad para hacer extensiva su decisión a otros aspectos que fueran planteados durante la correspondiente audiencia, pese a no haber sido solicitado pronunciamiento al respecto por parte de la Fiscalía, o del Ministerio Público, así como la potestad para la aplicación de medidas de protección para los menores víctimas de la actuación, como de las víctimas menores de cuya situación se tuvo conocimiento, pero no fueron incluidos en la solicitud. Para mayor claridad, se preguntó si el juez de garantías al percatarse en la exposición de los hechos que podía existir maltrato hacia otros menores con relación a los cuales no se dirigía el pedimento del ente acusador, tenía facultad para dictar medidas de protección su favor, o no.

Frente a los interrogantes formulados los participantes en la mayoría de los casos adoptaron dos posiciones:

1. ADOPCIÓN DE MEDIDAS NO SOLICITADAS

1. Tesis:

El juez de Control de Garantías debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de las víctimas menores, en procura de salvaguardar su salud, para garantizar su asistencia y tratamiento especializado, teniendo como fundamento la estipulación Constitucional del artículo 44, y el hecho de ser el juez de control de garantías, un juez Constitucional. Esta característica esencial lo faculta para adoptar medidas de protección en favor de los menores, respecto de los cuales se evidencia peligro y éste se ha conocido durante la actuación, pese a no haber solicitud de la Fiscalía ni del Ministerio Público.

2. Tesis:

El juez de control de garantías, no posee la competencia por este solo hecho, para adoptar medidas de protección a favor de los menores, respecto de los cuales la Fiscalía o el Ministerio Público no han realizado ningún tipo de intervención, so pena de invadir competencias que la Ley ha previsto para otras autoridades y otras jurisdicciones. En concreto esta fue postura de quien intervino en el grupo en representación del ente acusador.

2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

La adopción de las medidas de aseguramiento a ser aplicables a los investigados por la comisión de delitos en los cuales son víctimas los menores, no conlleva *per se* la procedencia única y exclusiva de la detención en establecimiento carcelario. Cada caso debe ser analizado de forma particular y atendiendo a los elementos probatorios presentados para su solicitud. El hecho de que la medida de aseguramiento sea sustituida, no significa que se sea condescendiente con el autor o partícipe de esta modalidad delictiva, ni que con esta decisión necesariamente se ponga en peligro la víctima.

La decisión sobre la medida de aseguramiento a imponer o la sustitución de la misma, debe siempre consultar a los criterios previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, analizado de forma concordante con el artículo 314 del mismo estatuto, y consultando siempre los derechos de la víctima sin menoscabo de los derechos del imputado.

En el grupo se plantearon las siguientes recomendaciones, que surgen a partir de las conclusiones adelantadas

1. La víctima tiene derecho a intervenir por sí misma o a través de apoderado a lo largo del proceso, debiéndose garantizar su comparecencia al proceso; su vinculación puede darse incluso luego de dictada la correspondiente sentencia, y dentro de los treinta días siguientes.

2. La confusión a que llevan las normas en cuanto a los términos establecidos para que sea dictada la correspondiente sentencia, con aquellos previstos para su lectura y la armonización de éstos cuando en el proceso se presente el incidente de reparación integral, da lugar a que para su aplicación se esbochen dos tesis:

2.1. Quienes apoyan la que indica que se debe resolver primero el incidente para luego proceder a dictar y leer el fallo.

2.2. Quienes plantean la posibilidad de que el fallo sea dictado dentro del término establecido en la norma, sin que se resuelva aun el incidente de reparación integral, dando lectura y otorgando los recursos correspondientes, para luego continuar con el trámite del incidente; al finalizar el trámite incidental se integra a la sentencia inicialmente dictada, concediendo aquí recursos, pero únicamente frente a este aspecto incidental.

3. RECOMENDACIÓN

Se hace necesaria y con carácter urgente, una regulación que permita dilucidar la confusión a la que lleva la normatividad existente, en concreto a plantear desde el ámbito legislativo la necesidad de que el incidente de reparación integral únicamente se inicie cuando se encuentre en firme la sentencia condenatoria.

3. La tensión que puede presentarse entre los derechos de las víctimas y el imputado, cuando la víctima se opone al pago de la reparación integral a través de incidente, o no esté de acuerdo con el monto que en forma voluntaria desee pagar el acusado -para impedir que el procesado acceda a los beneficios de la rebaja- debe ser resuelta de forma justa, permitiendo tasar su valor real, decretando a solicitud de la defensa o del Ministerio Público la prueba pericial que indique cual es un justo valor para el perjuicio a indemnizar. Este valor debe ser consignado para garantizar un real resarcimiento del perjuicio, permitiendo, de manera simultánea, que el procesado acceda al beneficio de la rebaja que la Ley contempla para el caso de la reparación integral.

Se recomienda que se adelante una regulación normativa que prevea esta situación.

4. Finalmente y dejando en claro que ésta apenas constituye una síntesis de los temas planteados y trabajados en el conversatorio, y que el sustento e inquietudes aquí señaladas, surgieron como consecuencia de la ponencia escrita, a la cual habría de remitirse para cualquier valoración, se llegó a la conclusión que nuestro sistema no es eminentemente adversarial, y de allí la necesidad de efectivizar los derechos de los demás intervinientes, no sólo la víctima, sino también del tercero incidental, cuando sea necesario vincularlos, etc.

Se considera que la víctima puede y debe intervenir desde el comienzo de la actuación, existiendo la obligación para la Fiscalía, *prima facie*, y luego para el juzgador, de enterarlos de todos sus derechos; se permite así una participación activa en oposición a peticiones del ente acusador frente a posibles preclusiones, aplicación del principio de oportunidad, preacuerdos etc., derechos y facultades que podrían llegar a la petición de pruebas, a la posibilidad de interrogar, etc.

TÓPICO 5:
RÉGIMEN DE BIENES Y MEDIDAS CAUTELARES
Mesa de trabajo

RELATOR: JUAN PABLO LOZANO
Juez 4to. Penal Municipal con función de control de garantías.

1. ENTREGA DE VEHÍCULOS. LESIONES PERSONALES CULPOSAS

- **Hechos relevantes del problema planteado:**
 - No hay formulación de imputación
 - No hay medida de aseguramiento
 - Está a disposición de la fiscalía.
 - El vehículo es de un tercero.
 - La fiscalía solicita al Juez de Garantías la entrega del vehículo
- **Interrogantes y Planteamientos**
 - a. ¿Cuál es el funcionario competente para realizar la entrega de vehículos?
 - b. ¿Cuáles son los requisitos que deben ser analizados por el funcionario competente, para que sea procedente la entrega provisional de vehículos?
 - c. ¿Qué tipo de argumentación debe desarrollar el funcionario competente al momento de sustentar la Posición?
- **Discusión. Pregunta número 1**
 - Se planteó por algunos el que la orientación sobre si se deja o no a la entrega de los bienes a la Fiscalía depende del instructivo dado por la Dirección Seccional de Fiscalía del lugar.
 - Otros dicen que conforme al artículo 100 del C de P P, puede ser interpretado, en el sentido en que si se solicita antes de la formulación de imputación lo hace el fiscal, y si es después la ordena el Juez.
 - Si es medida cautelar, la ordena el Juez, si no lo es, lo puede hacer el fiscal.
 - Si es delito querellable el de lesiones, no podría limitarse a afectarse los bienes pues no podría hablarse de actuación oficiosa.
 - El competente es el fiscal, ya que la entrega provisional no es medida cautelar, es delito querellable, además el bien es del tercero y no del sindicado.
 - La entrega es sin condicionamientos y la hace la Fiscalía.

- Hay que tener en cuenta los derechos de las víctimas y testigos; desde esta perspectiva, procede la limitación de los bienes con los que se haya causado el delito para garantizar el pago de los perjuicios.

Discusión y conclusiones:

El fiscal es el competente, porque no es medida cautelar, no hay querrela (en el caso del ejemplo, de lesiones personales culposas), no pueden afectarse bienes de terceros que no han sido vinculados al proceso y quienes lo serían con posterioridad a la sentencia. La entrega debe ser incondicional. Además, la limitación de bienes en este tipo de delitos, es para la protección a la víctima y si esta no lo ha solicitado en delitos que son enteramente querellables, no tiene por qué haber intervención del juez.

Cuando se trate de bienes del indiciado la entrega debe ser provisional, porque se trata de una entrega de bienes objeto de comiso, que busca lograr la indemnización del la víctima.

En los delitos culposos la entrega de vehículos es un trámite legal (artículo 100 C P P, en concordancia con el parágrafo artículo 161), por cuanto es la ley, la que ordena la retención del vehículo y la misma ley ordena que después de haberse realizado los experticios técnicos y establecida la cadena de custodia.

El juez de garantías actúa cuando se afectan derechos fundamentales y para ello tiene que realizar un *test* de proporcionalidad. Por tratarse de un trámite legal, no se debe hacer ese *test* de proporcionalidad, por ende no requiere la intervención de un juez de control de garantías.

Hubo unanimidad en la mesa de trabajo, en cuanto al hecho de que los requisitos son los enunciados en la norma. Se trata de demostrar ser propietario, poseedor o tenedor, relación con la detentación material del bien al momento de la inmovilización del mismo, la realización del experticio técnico y la cadena de custodia, referida al trato como macro-elemento.

Se resaltó que no se puede confundir la diligencia de legalización de la incautación de bienes con fines de comiso con la legalidad y autenticidad de un elemento material probatorio para introducirse al juicio. Sólo se legaliza la incautación de bienes con fines de comiso

Se introdujo la siguiente pregunta: ¿Que pasa con los bienes de la víctima sujetos a registro, que le han sido despojados de manera fraudulenta, si el Estado no puede individualizar al autor del hecho, dado que solamente hasta la sentencia condenatoria se puede cancelar dicho registro fraudulento?

Discusión. Se plantearon tres soluciones:

- Que se haga una reforma de la norma para que puedan cancelarse los registros fraudulentos, con la sola comprobación de la tipicidad de la conducta y no se ate a la responsabilidad; máxime que la Ley 600 del 2000, permite al Fiscal, la cual aun está vigente, que ordene la cancelación de los registros en cualquier momento en que se demuestre la tipicidad.
- Que la víctima recurra a la jurisdicción civil a solicitar el inicio de un proceso ordinario de nulidad de la escritura y la cancelación de su registro.
- Inaplicar, por inconstitucional, el artículo 101, inciso 2º, el cual ata la cancelación a la responsabilidad, y aplicar el principio rector del artículo 22 (restablecimiento del derecho) que dice que la Fiscalía General de la Nación y los jueces, deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior si fuere posible, de manera que se restablezcan los derechos quebrantados, función ésta del juez de control de garantías.

2. DE LOS RECURSOS EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Contra el auto que resuelve la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado, se tiene que el artículo 177 del C de P P, establece que procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo. Éste deberá interponerse conforme al artículo 178, ibidem, en la misma audiencia y se concederá de inmediato.

El artículo 95 del C de P P, establece que las medidas cautelares de embargo y secuestro, se cumplirán en forma inmediata después de haber sido decretadas, y se notificarán a la parte quien afecten, una vez cumplidas.

El problema jurídico es el siguiente: ¿Podrá la parte que solicitó la medida cautelar interponer el recurso de apelación en la audiencia, y si la parte afectada con la medida cautelar debe notificarse después de concretadas las medidas cautelares, debe ser notificada después de concretadas las medidas, la pregunta es, cuando se pueden interponer los recursos?

Discusión:

Aquí encontramos que existen dos notificaciones (Notificación mixta o notificación individual):

1ª. Una realizada en estrados (ARTÍCULO 178 DEL CPP) ya que la solicitud se realiza en una audiencia oral y reservada, de manera que quien solicitó la medida, queda notificado en estrados y si interpone el recurso de apelación se concede en estrados.

2ª. Respecto de la parte afectada, como en el Código de Procedimiento Penal no se regulan los términos de notificación por fuera de la audiencia, nos debemos remitir (principio de remisión) al artículo 352 del C de P C, que concede un término de tres (3) días siguientes a la notificación, para interponer los respectivos recursos. Si se repone sólo el de reposición, se sigue el procedimiento del artículo 349 del C de P C; y si se interpone solamente apelación, se debe constatar por parte del juez, que se interpuso en término y, si es así concederlo, para que el apelante lo sustente en segunda instancia.

4. ¿Se puede condenar al tercero civilmente responsable en el incidente de reparación integral al pago de perjuicios cuando no se le ha permitido debatir la responsabilidad penal del imputado como medio de defensa?

Discusión:

En este punto, el grupo tuvo dos posiciones

- a. Unos fueron del criterio que sí se le puede condenar, pues el debate de la responsabilidad civil es diferente de la del penalmente responsable, lo que puede rebatir es que sí efectuó lo necesario para que el evento no se produjera, es decir, que ejerció la vigilancia, supervisión, o cuidado de la actividad desarrollada por esa persona que estaba bajo su subordinación o cuidado. En otras palabras, lo que podría hacerse en el proceso civil ordinario de responsabilidad civil extracontractual, perfectamente se puede hacer en el incidente de reparación integral.
- b. Otros consideraron que existen aspectos de la responsabilidad penal del imputado, que inciden directamente en la responsabilidad civil del tercero, derivada de la conducta ejecutada por el autor, como son la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, que rompen el vínculo de conexidad entre el hecho dañoso y su resultado. En este caso, el tercero civilmente responsable no tendría oportunidad de discutir, si solamente se le puede vincular después de dictada la sentencia condenatoria, coartándosele de esa manera su derecho a la defensa, lo cual va en contra del debido proceso; al no permitírsele al tercero civilmente responsable actuar desde antes de la sentencia, no se le puede condenar, porque se le violaría su derecho a la defensa, entre otros.

5° ¿El juez de control de garantías puede eximir de prestar caución al apoderado de las víctimas, cuando ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada?

El grupo mayoritariamente consideró que sí se puede eximir de prestar la caución, porque el juez al aplicar el principio de proporcionalidad, debe revisar lo siguiente, para decretar la medida: la gravedad del daño y la probable sentencia sobre la pretensión de reparación integral (artículo 94 del CPP). De otra parte, el perjuicio que se pretende cubrir con la caución, de conformidad con lo previsto en el artículo 96, último inciso del CPP, es cuando se ha obrado con temeridad y se dicta sentencia absolutoria o sentencia de preclusión, lo cual le causa perjuicio al imputado. Pero en este caso ningún perjuicio se le puede causar, si ya existe sentencia condenatoria ejecutoriada y, de antemano se sabe por los soportes probatorios, que los bienes objeto de la medida cautelar, sí son del condenado.

De otra parte se puso de presente, que en el proceso civil la figura de la caución, es para cuando se solicita la medida cautelar antes de dictarse el mandamiento de pago, porque cuando ya se ha dictado dicho mandamiento, no se debe prestar caución.

3. PROBLEMAS OPERATIVOS

1°. La comisión para la diligencia de secuestro en materia civil:

Se dilucidaron los siguientes problemas: en municipios donde existe un solo juez de garantías, y las distancias son largas, el juez podría ausentarse hasta más de medio día practicando la diligencia de secuestro.

De otra parte, no se cuenta con la logística: vehículos para el transporte y un medio tecnológico adecuado para registrar la diligencia (filmadora).

Soluciones posibles:

El artículo 31 del Código de Procedimiento Civil, permite al juez comisionar para la práctica del secuestro cuando sea ello necesario. De esta forma, si existe más de un juez en la localidad, le corresponderá al Consejo Superior de la Judicatura facilitar los medios de transporte y el medio tecnológico para la realización de la diligencia.

Y si no existe un juez en la localidad, y la práctica de la diligencia de secuestro, por la lejanía, la va a ocupar más de medio día, dejando de estar disponible para las audiencias de control de garantías, lo recomendable es que comisione al inspector de policía del lugar y le fije un término perentorio para la práctica de la diligencia.

2°. ¿El principio de gratuidad previsto en el artículo 13 del cpp, implica que los secuestres no puedan cobrar por sus honorarios en el proceso penal?

El grupo consideró mayoritariamente que los secuestres tienen derecho a cobrar honorarios como una justa retribución de su labor, porque en el proceso civil donde también existe el principio de gratuidad, se le permite cobrar honorarios, habida cuenta de que él incurre en gastos propios de su función como bodegaje, pólizas de seguro, gastos de transporte y cauciones; además de ello, debe rendir cuentas mensualmente.

Se plantea que si no se le reconocen los honorarios al secuestre, resulta imposible conseguir un secuestre de la lista de auxiliares de la justicia que cumpla gratuitamente con su función, y ello va a repercutir en perjuicio de las víctimas. De manera que se propone que el Consejo Superior de la Judicatura, pague los honorarios del secuestre, cuando la víctima no tenga cómo pagarla. Ese dinero puede salir del Fondo de Compensación para las víctimas.

TÓPICO 6: PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Mesa de trabajo

RELATOR: HENRY CALDERÓN MONTENEGRO
Coordinador de Gestión- Defensoría Pública.

1.- El advenimiento de la norma constitucional que prevé el principio de oportunidad tiene un transfondo social y jurídico-político. En la mayoría de los países del mundo occidental, ha hecho presencia un aumento inusitado, desmesurado y preocupante de la delincuencia en todos sus niveles, que ha permitido demostrar, igualmente, la imposibilidad de las autoridades para perseguir con alguna efectividad el delito. De esta manera, se han generado climas de corrupción, violencia terrorista y pobreza extrema difíciles de enfrentar con el derecho penal tradicional. Es por ello que los conceptos fundamentales del derecho penal y procesal penal deben permitir una flexibilización y un ajuste ligados a consideraciones de necesidad y conveniencia en la persecución penal, todo con el fin de constituir herramientas jurídicas y de política criminal eficaces para combatir las expresiones delictivas que más daño causan a los grupos sociales, sobretudo a los más débiles de la sociedad.

Una de las maneras a través de las cuales las sociedades hacen frente al delito hoy, es restringiendo la solidez secular del principio de legalidad en la persecución del delito, por ejemplo, para permitir excepciones en su puesta en práctica. Una de esas excepciones consagrada en el nuevo sistema de justicia penal en Colombia es el llamado principio de oportunidad, establecido en el art. 250 de la Constitución Política y regulado en el nuevo estatuto procesal penal.

2.- A partir de la sentencia C- 979 de 2.005, el principio de oportunidad en el derecho colombiano tiene un sentido y un significado precisos, a saber, el de constituir, por una parte, una excepción al ejercicio obligatorio de la acción penal y, por otra, un desarrollo del principio de legalidad. Se trata entonces, para la Corte Constitucional, de un principio de oportunidad reglado, es decir que su concepción, desarrollo y aplicación está sujeto a lo que establezca la ley; por ejemplo, lo que hace relación al papel a jugar por la política criminal, la competencia de la Fiscalía, la configuración de las causales por las cuales procede aplicar el principio de oportunidad, etc. No obstante, el carácter de reglado del principio de oportunidad no es absoluto. Hay que permitir un sentido, una hermenéutica a la expresión “excepción a la obligatoriedad de iniciar la acción penal y realizar la persecución”. Este sentido es el que proponemos, a saber, que no puede convertirse al fiscal en un

simple aplicador de la ley; debe permitírsele cierta discrecionalidad en la definición de los casos en los que, en su criterio, procede el principio de oportunidad. De lo contrario, se perderá la esencia filosófica, política y jurídica de la figura y con ello la posibilidad de que la Fiscalía persiga las conductas que realmente causan daño (la corrupción, los delitos financieros, el ataque a los recursos naturales, el tráfico de armas y de personas, el lavado de dinero...). La Fiscalía está en mora de hacer realidad éste, uno de los cometidos y propósitos más importantes que justificaron la incorporación del principio de oportunidad en el país, el de perseguir delitos como los mencionados. Si no se logra ese cometido, el principio perderá una parte importante de su razón de ser, se le habrán cortado las alas.

3.- La política criminal ayudará a determinar el sentido y alcance del instituto, pero lo debe hacer permitiendo una real participación de la comunidad en su diseño. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que en el ejercicio del principio de oportunidad existe el deber de armonizar en el proceso penal los intereses de todos, especialmente los derechos de las víctimas, el interés de eficacia de la justicia, y los propios derechos de los acusados.

4.- En este sentido, la reincidencia, por sí misma, no debe inhibir la aplicación del principio de oportunidad, pues como establece la Corte Constitucional, en la sentencia No. C-062/05, quien determina la culpabilidad no es el legislador de manera genérica, sino el juez de manera específica frente al caso en concreto.

5.- La hermenéutica de la institución que comentamos, requiere de un nuevo juez, con una nueva mentalidad y unas nuevas prácticas, más acorde con el sistema acusatorio y con la necesidad de descongestionar la justicia sin descuidar las garantías judiciales. Es decir, que los cambios no serán sólo al nivel del principio de legalidad, como lo dijimos, sino que deben afectar a la manera de administrar justicia.

Por lo tanto, se trataría de lo siguiente: interpretar el párrafo segundo del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de entender el término “pena” como aglutinante de las causales de agravación y de atenuación; o que aplique el principio de igualdad constitucional en el artículo 329 del mismo estatuto, en el sentido de extender los efectos del principio de oportunidad (en su modalidad de renuncia y consecuente extinción de la acción penal) respecto de todos autores o partícipes en el delito cuando sobrevenga cualquier causal y no solo la de “falta de interés del Estado en la persecución del hecho”; o que acepte que el término del artículo 175 ibídem no es preclusivo, es decir, que el principio de oportunidad puede ser aplicado en la etapa del juicio; o que puede aplicarse, también, en la misma audiencia de formulación de imputación; o que el defensor pueda solicitar, y ser oído, la aplicación del precedente judicial, tal como

está establecido en nuestro país, es decir, respetando, a la vez, los principios de autonomía e independencia judicial, en los casos en que la Fiscalía ha decidido aplicar el principio de oportunidad en un caso y ni aplicarlo en otro caso cuyas circunstancias fácticas son similares, etc. Se trataría de eso, sí, pero también de algo más.

6.- Nuevamente, se trata de un juez que aspire a que su decisión no consista solamente en la conformidad con lo dicho por su superior, sin más; ni en la actividad meramente conservadora y reproductora del derecho. Se trata de un juez cuya sentencia, además de conservar del derecho lo que hay que conservar -lo justo-, sea lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para permitir re-inventarla o re-justificarla en cada caso que se le presente “al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio”. Se trata de un nuevo derecho, de una nueva práctica del derecho, la única que le permitirá al principio de oportunidad crecer, desarrollarse. De lo contrario, a este nuevo instituto del derecho colombiano, se le quitará, demasiado pronto, lo que tiene de vida, de vital, de fuente de respiración frente a prácticas judiciales caducas.

7.- Para la Defensa Pública es muy importante la conservación del principio de oportunidad en la forma como fue creado, como excepción al carácter macizo del principio de legalidad o, si se quiere, del principio de obligatoriedad de la acción penal. Creemos que las causales del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal reflejan, en su mayoría, el sentido dado por el legislador constitucional al principio; que el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, al emitir concepto con base en el numeral 11 de la ley 888 de 2.004, indicando el tipo de delitos a los cuales se le puede aplicar el principio de oportunidad, no debe quitarle su fuerza ni su sentido, sino velar por que su esencia se mantenga y amplíe.

8.- Se tratará, entonces, de una política criminal y de una práctica judicial acordes con los nuevos valores que inspiran la nueva administración de justicia: la resolución pronta y justa del conflicto que genera el delito; la persecución seria, pronta y efectiva de los delitos que más dañan a la sociedad; el respeto por la víctima y por las garantías penales y procesales, la intervención de un juez más libre y responsable de su sentencia frente a la comunidad.

PARTICIPANTES

Consejo Superior de la Judicatura:

Dr. José Fernando Gómez Posada, Magistrado auxiliar Consejo Superior de la Judicatura.

Dra. Deyly Duarte Cárdenas, Unidad de Desarrollo Consejo Superior de la Judicatura

Consejos Seccionales de la Judicatura:

Sala Administrativa

Cundinamarca

Dra. María Leonor Villamizar Corzo, Presidenta Sala Administrativa, Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca.

Risaralda

Dr. Jaime Robledo Toro, Presidente Sala Administrativa, Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda.

Boyacá

Dr. Fabio Piraquive Sierra, Presidente Sala Administrativa, Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá.

Antioquia

Dr. Alberto Ceballos Velásquez, Presidente Sala Administrativa, Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia.

Valle

Dr. Olmer García Rodríguez, Presidente Sala Administrativa, Consejo Seccional de la Judicatura del Valle.

Dra. Gloria Stella Caraval Erazo, Magistrada, Sala Administrativa Consejo Seccional de la Judicatura del Valle.

Magistrados Salas Penales de Tribunal:

Tribunal Superior de Bogotá

Dr. Fernando Castro Caballero.

Dr. Fernando Pareja Reinemer.

Dr. Marco Antonio Rueda Soto.

Tribunal Superior de Bucaramanga

Dr. Juan Carlos Diettes Luna.

Dr. Jaime González Ardila.

Tribunal Superior de San Gil

Dra. María Teresa García Santamaría.

Tribunal Superior de Tunja

Dr. Felix María Urriago Medina

Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo

Dr. Eurípides Montoya Sepúlveda

Dra. Gloria Rosa Martínez Oseda

Tribunal Superior de Medellín

Dr. Pío Nicolás Jaramillo

Tribunal Superior de Cali

Dr. Orlando Echeverry Salazar

Tribunal Superior de Buga

Dr. Jaime Humberto Moreno Acero

Jueces Penales Municipales:

Dra. Turena Tamara López, Jueza penal municipal Beteitiva.
 Dra. Ana Lucelly Murcia Parrado, Jueza coordinadora del Centro de Servicios Judiciales, Paloquemao, Bogotá.
 Dra. Esperanza Uribe Arguello, Jueza penal municipal Bucaramanga.
 Dra. Claudia García Gómez, Jueza penal municipal Bucaramanga.
 Dr. César Elpidio Blandón Jaramillo, Juez penal municipal Cali.
 Dra. Luisa Fernanda Hernández Ávila, Jueza penal municipal Cali.
 Dra. Miryam de la Merced Guevara Chávez, Jueza penal municipal Charalá.
 Dra. Luisa del Pilar Leguizamón Vaca, Jueza penal Covarachía.
 Dra. Flor Ángela Gutiérrez Avella, Jueza penal municipal de Duitama.
 Dr. Edgar Fernández, Juez penal municipal de La Salina.
 Dr. César Julio Zapata Zuleta, Juez penal municipal Manizales.
 Dr. César Castillo Taborda, Juez penal municipal con función de control de garantías Manizales.
 Dra. Gloria Patricia Loaiza Guerra, Jueza 3 penal municipal Medellín.
 Dra. María Antonieta Peláez, Jueza 34 penal municipal Medellín.
 Dra. María Cecilia Valenzuela Rodríguez, Jueza 1 penal municipal Palmira.
 Dra. Nubia Esperanza Cepeda Ibáñez, Jueza penal municipal Sacama.
 Dra. Amparo del Rosario Bohórquez Córdoba, Jueza penal municipal Sativa Norte.
 Dra. Ruth Alcira Combariza, Jueza penal municipal de Sogamoso.
 Dra. Yamel del Pilar Forero, Jueza penal municipal de Sogamoso.
 Dra. Gladys Constanza Medina Brando, Jueza 3 penal municipal Tunja.

Jueces de circuito:

Dr. Fernando Ramírez Contreras, Juez 18 penal del circuito de Bogotá.
 Dr. Jerónimo Sarmiento Acelas, Juez penal del circuito de Bucaramanga.
 Dra. Alexandra Patricia Correa, Jueza penal del circuito de Cali.
 Dr. Germán Arturo Gómez, Juez penal del circuito de Chiquirí.
 Dra. Stella Beltrán Cristancho, Jueza promiscuo del circuito de Cocuy.
 Dr. José Huber Herrera Rodríguez, Juez penal del circuito de Duitama.
 Dr. Juan Fernando Toloza Suárez, Juez penal del circuito de Duitama.
 Dr. Óscar Albeiro Cardona Trujillo, Juez 6 penal del circuito de Manizales.
 Dr. Rodrigo Echeverry Jiménez, Juez 5 penal del circuito de Medellín.
 Dra. Ana María Hincapié Flórez, Jueza penal del circuito de Pereira.

Dr. Jaime Raúl Alvarado, Juez penal del circuito de San Gil.

Dra. Margarita Rosa Perea Albarracin, Jueza 1 del Circuito de Santa Rosa de Viterbo.

Dr. Gabriel Salamanca Roa, Juez penal de Tunja.

Dra. Melba Lucía Baez González, Juez penal del circuito de Sogamoso.

Dr. Pablo G. Eslava Camargo, Juez penal del circuito de Tunja.

Jueces de conocimiento:

Dra. Amparo Gómez de Restrepo, Jueza 1 penal de conocimiento Armenia.

Dra. Luz Mary Henao Salgado, Jueza 6 penal de conocimiento Pereira.

Dr. Carlos Eduardo González Rangel, Juez 7 penal de conocimiento Pereira.

Dr. Leonidas Rodríguez Cortés, Juez 1 penal de conocimiento de Socorro.

Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad:

Dra. Uldi Teresa Jiménez López, Jueza 2 de ejecución de penas y medidas de seguridad Bogotá.

Jueces promiscuos

Dr. Jair Triana Luna, Juez promiscuo municipal de Aquitania.

Dr. Héctor Bastidas Barajas, Juez 1 promiscuo municipal de Belén.

Dr. Teofilo Mojica Blanco, Juez promiscuo municipal de Boavita

Dr. Luis Mariano Zabal Esquivel, Juez 1 promiscuo de Buga.

Dr. Joselín Gómez Pico, Juez promiscuo municipal de Cerinza.

Dra. Victoria González, Jueza promiscuo municipal de Chiscas.

Dr. Luis Enrique Angarita Ramírez, Juez promiscuo municipal de Cocuy.

Dra. Diana Marcela García Pacheco, Jueza promiscuo municipal de Combita.

Dra. Lucía Mireya Ortega, Jueza promiscuo municipal de Corrales.

Dr. Armando David Ruiz Domínguez, Juez promiscuo municipal El Cerrito.

Dra. Rosa Milena Robles, Jueza promiscuo municipal de Espino.

Dra. Olga Patricia Cáceres Loaiza, Jueza promiscuo de Finlandia.

Dr. Jaime Medina Pérez, Juez promiscuo municipal de Gameza.

Dra. Gloria Yasmín Covaleta, Jueza promiscuo municipal de Guicán.

Dr. Eurípides Angarita Vivas, Juez promiscuo municipal de Jericó.

Dra. Elda Lucía Acosta, Jueza promiscuo municipal de Iza.
 Dra. Nancy Estella Gómez Gáfaró, Jueza promiscuo municipal de Mengua.
 Dr. Carlos Julio Camacho Benítez, Juez promiscuo del circuito de Miraflores.
 Dr. Lino Artemio Rodríguez Rodríguez, Juez 1 promiscuo municipal de Nobsa.
 Dr. Jairo Angarita, Juez promiscuo municipal de Nobsa.
 Dra. Maritza Liliana Carvajal, Jueza promiscuo municipal de Panqueba.
 Dr. Carlos Leonidas Carrero G., Juez promiscuo del circuito de Paz del Río.
 Dra. Sonia Patricia Figueredo Vivas, Jueza promiscuo municipal de Paz del Río.
 Dra. Alba Luz Russi, Jueza promiscuo municipal de Pesca.
 Dra. Aida Luz Ocampo Giraldo, Jueza promiscuo municipal de Pijao.
 Dr. José Samuel Cristancho, Juez promiscuo municipal de Santa Rosa de Viterbo.
 Dr. Jairo A. Barrera, Juez promiscuo municipal de Soatá.
 Dra. Eulalia Guiza Herreño, Jueza promiscuo del circuito de Soatá.
 Dr. Fabio Rafael Contreras, Juez promiscuo del circuito de Socha.
 Dr. Augusto César Rincón Chaparro, Juez promiscuo municipal de Socotá.
 Dr. Alfredo Hernando Torres, Juez promiscuo municipal de Tasco.
 Dr. Miguel Hernando Rodríguez, Juez promiscuo municipal de Tibasosa.
 Dr. Alejandro Patiño Vargas, Juez promiscuo municipal de Tipacoque.

Fiscalía General de la Nación

Dr. Darío Garzón Garzón, Fiscal Delegado.
 Dr. Néstor Armando Novoa Velásquez, Fiscal Delegado.
 Dr. Carlos Torres, Fiscal Delegado.
 Dra. Ángela Buitrago, Fiscal Delegada.
 Dr. Ricardo Mesamell, Fiscal Delegado.
 Dr. Omar Zarabanda, Fiscal Delegado.
 Dr. Edgar Collazos Aguado, Fiscal Delegado.
 Dra. Martha Luz Hurtado de Osorio, Fiscal Delegada.
 Dr. Guillermo Mendoza Diago, Fiscal Delegado.
 Dra. Lida Virginia Mendivelso V., Fiscal 35 local de Duitama.
 Dr. Jaime Humberto Santoyo Ávila, Fiscal 7 seccional Santa Rosa de Viterbo.
 Dr. Rodolfo Hernando Guarín Rojas, Fiscal 24 seccional de Sogamoso.

Defensoría del Pueblo

Dr. Hernán Sandoval, Defensor Regional de Valle del Cauca.
Dr. Sandra Rojas, Defensoría del Pueblo, Antioquia.
Dra. Ana Felicia Barajas, Defensora Regional de Santander.
Dr. Gustavo Tobo, Defensor Regional de Boyacá.
Dr. Gloria Dávila, Coordinadora Administradora.
Dr. Juan Carlos Arias, Coordinador Plan Piloto.
Dra. Carmenza Sosa de Araque, Asesora de Boyacá.
Dra. Carmen Adriana Blanco, Defensoría Pública de Boyacá.

Procuraduría General de la Nación

Dra. Gloria Esperanza Flórez Bueno, Procurador 65 judicial penal de Cali.
Dr. Camilo Montoya Reyes, Procurador judicial.
Dra. Rocío del Socorro Madrid Velásquez, Procuradora 74 judicial penal.
Dr. Reinaldo Bastidas, Procurador 56 judicial penal de San Gil.
Dra. Blanca Salomé Pimiento, Procuradora 54 judicial penal de Bucaramanga.
Dra. Rosemery Velásquez Herrera, Procuradora 114 judicial penal de Medellín.
Dr. Jesús Villabona Baratas, Procurador 166 judicial penal.
Dr. Héctor José Hoyos, Procurador judicial de Santa Rosa de Viterbo.
Dr. Raúl Alberto Galarza Arévalo, Procurador 172 judicial penal de Tunja.
Dr. Jaime Augusto Gómez, Procurador 216 judicial penal de Tunja.
Dr. Miguel Díaz Palacio, Procurador judicial de Tunja.

Personería Distrital de Bogotá

Dra. Erika Cruz. Asesora penal, Personería Distrital de Bogotá.
Dra. Miryam Méndez Gil, Asesora penal.

Policía Nacional

TC. Eduardo Cárdenas Vélez (Dijin), Jefe oficina Sistema Penal Acusatorio.
TC. Jesús Alberto Castro Saldaña, Policía Nacional.
S.I. José Gustavo Gil Santana, Dirección Central Policía Nacional.
TC. Jorge Alberto Gómez Duque, Dirección Central Policía Nacional.
CT. Mabel Rocío Hernández, Dirección Central Policía Nacional.

MY. Norberto Mujica Jaimes, Dirección Central Policía Nacional.

IT. Luis Antonio Ramos Cortés, Dirección Central Policía Nacional.

CT(A). Alexander Useche, Dirección Central Policía Nacional.

MY(A). Elba Lucía Granados León, Dirección Central Policía Nacional.

Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

Coronel Félix Antonio Mayorga, Director Nacional INPEC

Dra. Marcelita Molano Urueña, Asesora Director INPEC

Departamento Nacional de Planeación

Dr. Andrés Dávila Ladrón de Guevara, Jefe sector justicia.

Dra. Mariana Martínez, sector justicia.

Ministerio del Interior y de Justicia

Dr. Juan Carlos Forero, asesor del despacho de la Viceministra de Justicia.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN MAYO DE 2006
EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
UNIBIBLOS, dirunibblo_bog@unal.edu.co
BOGOTÁ, D.C., COLOMBIA

