



Las Audiencias Preliminares en el Sistema Penal Acusatorio

PIEDAD LUCÍA VANEGAS VILLA

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES CRIMINALÍSTICAS
Y CIENCIAS FORENSES

ISBN 978-958-8374-01-7

© *Piedad Lucía Vanegas*, 2007

© Fiscalía General de la Nación, 2007

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Nivel Central - Bogotá, D. C.

Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre)

Teléfonos: 570 20 00 - 414 90 00

www.fiscalia.gov.co

Primera edición: Diciembre de 2007

con un tiraje de 4.000 ejemplares

Diseño de Carátula: José Luis Cubillos,

Profesional Universitario II, Oficina de Prensa

Diseño Libro: Imprenta Nacional de Colombia

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

El presente material no puede ser reproducido por medio alguno sin el permiso expreso de la Fiscalía General de la Nación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Mario Germán Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Guillermo Mendoza Diago
Vicefiscal General de la Nación

Mariana Gutiérrez Dueñas
Secretaria General

Sonia Stella Romero Torres
Directora Nacional Administrativa y Financiera

Marilú Méndez Rada
Directora Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación

Luis Germán Ortega Rivero
Director Nacional de Fiscalías

Francisco Javier Echeverri Lara
Director de Asuntos Internacionales

Coordinación Editorial
Rodrigo Barrera Barinas
Jefe de la Oficina de Prensa

ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES
CRIMINALÍSTICAS Y CIENCIAS FORENSES

Jeaneth Niño Farfán
Directora (E)

EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA

Paul Vaky
Director

Programa de Reforma a la Justicia – Plan Colombia

PRESENTACIÓN

La Fiscalía General de la Nación viene desarrollando un plan de capacitación como apoyo a la actividad investigativa y acusatoria de los fiscales delegados. Este plan está estructurado por distintos módulos que son una respuesta a las necesidades que los destinatarios de las obras han detectado en talleres diseñados por la Escuela de la Fiscalía con fiscales de todo el país, en los que se plantearon los problemas más usuales de la práctica fiscal, se formularon propuestas encaminadas a lograr su solución, y se escucharon los distintos argumentos que las respaldaban. Producto de ese proceso es el presente módulo, del que podemos afirmar es un texto construido por los fiscales para los fiscales.

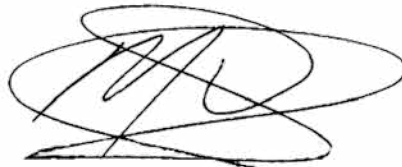
De otra parte, el plan de capacitación es una herramienta para incidir con eficacia en el fortalecimiento del sistema acusatorio penal, que nos permite pensar una administración de justicia en la que se hagan efectivos los principios de verdad, reparación, las garantías del procesado y de la víctima, para lograr, desde la perspectiva penal, la prevalencia de la justicia material que es uno de los objetivos del Estado Social y Democrático de Derecho.

El módulo de audiencias preliminares inicia con un juicioso estudio de los asuntos que se resuelven en audiencia preliminar y sus tipos de control. Con posterioridad aborda los principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional del juez y la función judicial del fiscal y con mayor profundidad analiza los criterios aplicables para resolver un conflicto entre derechos fundamentales.

El módulo también presenta el procedimiento y la técnica para realizar las intervenciones durante las audiencias preliminares

precisando su concepto, su objeto y los problemas jurídicos que se pueden resolver en cada caso.

Finalmente, el proceso de construcción de los módulos ha contado con la invaluable colaboración del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, del señor Paul Vaky, de Mike Baile y Kent Cassibry, Director y Subdirector del National Advocacy Center –NAC– de Estados Unidos de América. A ellos y al autor un agradecimiento especial.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA
Fiscal General de la Nación

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
METODOLOGÍA DE APRENDIZAJE	11
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DEL MÓDULO	13
MAPA CONCEPTUAL	15
UNIDAD 1	
I. Concepto	19
II. Asuntos que se resuelven en audiencia preliminar y los tipos de control	19
UNIDAD 2	
I. Principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional del juez y la función judicial del fiscal.....	25
A. Los principios de los que venimos hablando son	26
1. Presunción de inocencia	26
2. Principio de no autoincriminación	26
3. Principio de celeridad	26
4. Principio de proporcionalidad	27
a. Idoneidad o utilidad	27
b. Necesidad	27
c. Proporcionalidad	27
– Consecuencia jurídica de la conductas investigada	27
– Importancia de la causa que se ventila	28
– Exigencias de la política crimina	28

B.	Criterios para resolver un conflicto entre derechos fundamentales	28
1.	La ponderación de bienes.....	29
2.	El principio de proporcionalidad	29
3.	El juicio de razonabilidad.....	30
UNIDAD 3		
I.	La intervención en las audiencias preliminares.....	33
A.	Audiencia de control posterior a la captura	34
1.	Regla general es la libertad	34
2.	Determinación del objeto central de la audiencia.....	34
3.	Ubicación de los problemas jurídicos que se deben resolver frente a una captura. Propuesta de argumentos para resolverlos.....	35
a.	Primer problema jurídico.....	35
–	Análisis de los motivos de la captura.....	35
–	La tarea de calificar los hechos.....	39
b.	Segundo problema jurídico	41
c.	Tercer problema jurídico	43
4.	Propuesta para la presentación de los argumentos en la audiencia de legalización de captura	45
	ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 1	47
B.	Audiencia de formulación de imputación.....	49
1.	Concepto.....	49
2.	Objeto central de la audiencia de formulación de imputación	50
3.	Ubicación del problema jurídico de la audiencia y construcción de argumentos.....	52
	ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 2	56
4.	¿Qué hacer en los casos donde nos falta evidencia para formular imputación?.....	53
5.	La intervención del juez de control en la audiencia de imputación	55
6.	El término de formular imputación.....	58
7.	Reporte del sistema de información.....	58
8.	Fundamento jurídico	59
	ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 3	65

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 4	68
C. Audiencia de medida de aseguramiento	69
1. Concepto.....	69
2. Objeto central de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.....	78
a. Aspectos objetivos	78
b. Los presupuestos subjetivos.....	80
3. Problemas jurídicos de la audiencia de medida de aseguramiento	80
a. Inferencia de autoría o participación.....	81
b. Fines de la medida de aseguramiento.....	82
4. La carga probatoria de la Fiscalía en la medida de aseguramiento	87
5. Clases de medidas de aseguramiento	88
a. Medidas de aseguramiento privativas de la libertad.....	88
b. Medidas no privativas de la libertad.....	89
6. Sobre el descubrimiento en la audiencia de medida de aseguramiento	91
7. Informe al sistema de la Fiscalía sobre medidas impuestas	91
ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE 5.....	92
D. Audiencias para solicitar el control a la orden de allanamiento.....	95
1. Noción.....	95
2. Objeto central de la audiencia	96
3. Circunstancias que generan la expectativa razonable de intimidad.....	99
4. Los problemas jurídicos que debe resolver el fiscal en audiencia de control	100
a. Sobre los requisitos formales.....	101
b. Sobre los requisitos materiales.....	101
5. Motivos fundados para ordenar un allanamiento.....	102
6. Sobre las excepciones a la orden de allanamiento	103
ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 6	107
E. Audiencia para solicitar control previo a una intervención corporal	110

1. Noción.....	110
2. Clases de intervención.....	113
a. Inspección corporal.....	113
– En qué consiste la inspección corporal.....	113
– Inferencia razonable en cuanto a la ubicación de los elementos materiales probatorios en el cuerpo del imputado	114
– La importancia de la evidencia que se espera hallar	116
– La aplicación del principio de proporcionalidad	116
– La forma como debe realizarse el procedimiento.....	117
– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de inspección corporal	118
– ¿Qué sucede si el imputado se resiste al procedimiento?	118
b. El registro personal	119
– ¿Qué es el registro personal?	119
– A quién se le puede practicar.....	120
– Inferencia razonable en cuanto a la ubicación de los elementos materiales probatorios en el cuerpo del imputado	120
– La relevancia probatoria de la evidencia que pretende hallarse	120
– Aplicación del principio de proporcionalidad.....	121
– La forma como debe realizarse el registro.....	121
– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de registro personal	121
– El consentimiento del destinatario	122
c. Toma de muestras.....	122
ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 7	123
d. Exámenes a las víctimas.....	123
– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de exámenes a las víctimas.....	124
BIBLIOGRAFÍA.....	127

METODOLOGÍA DE APRENDIZAJE

Estrategias didácticas: El módulo está construido para enfrentar necesidades que los talleres de relevancia han evidenciado y que están directamente relacionados con el desempeño de su función. Estos aspectos están presentes en la configuración de los objetivos generales y específicos. Para lograr el mayor provecho del módulo es necesario que realice todas las actividades pedagógicas programadas, incluyendo la lectura del módulo, el desarrollo del mapa conceptual, contestar las preguntas y hacer el glosario. Cada actividad está dirigida a que usted construya su conocimiento, rompiendo la tradición conductual repetitiva de otras formaciones, y potenciando sus competencias interpretativas, argumentales y propositivas.

A partir de las corrientes constructivistas que orienta el modelo pedagógico de la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación en los módulos, usted, para construir el conocimiento y desarrollar sus competencias, deberá desarrollar casos, análisis jurisprudenciales o doctrinales, participará en debates y reflexiones críticas sobre la práctica fiscal y tendrá a su disposición una bibliografía que le permite ampliar sus conocimientos.

Mapa conceptual: al inicio de la obra usted encontrará un mapa conceptual construido por el autor que presenta los conceptos básicos del texto y sus relaciones. Luego, al terminar cada unidad usted encontrará un espacio para que elabore un mapa conceptual en el que se evidencie su comprensión de los conceptos básicos relacionados con el texto.

Actividad de aprendizaje: permite el desarrollo de procesos de pensamiento interpretativos, argumentativos y propositivos que se traduzcan en acciones concretas para integrar y aplicar los diferentes contenidos analizados en los textos. De ahí la importancia de que al final de cada unidad desarrolle las actividades de aprendizaje, pues ellas potencializan sus competencias argumentativas, propositivas y argumentativas.

Glosario: al final de cada unidad encontrará un glosario que usted debe desarrollar que tiene el propósito de identificar, elaborar e integrar los conceptos más importantes planteados por el autor.

Referencias bibliográficas: al final del módulo encontrará las referencias bibliográficas con la finalidad de que usted pueda ampliar la información contenida en el módulo.

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DEL MÓDULO

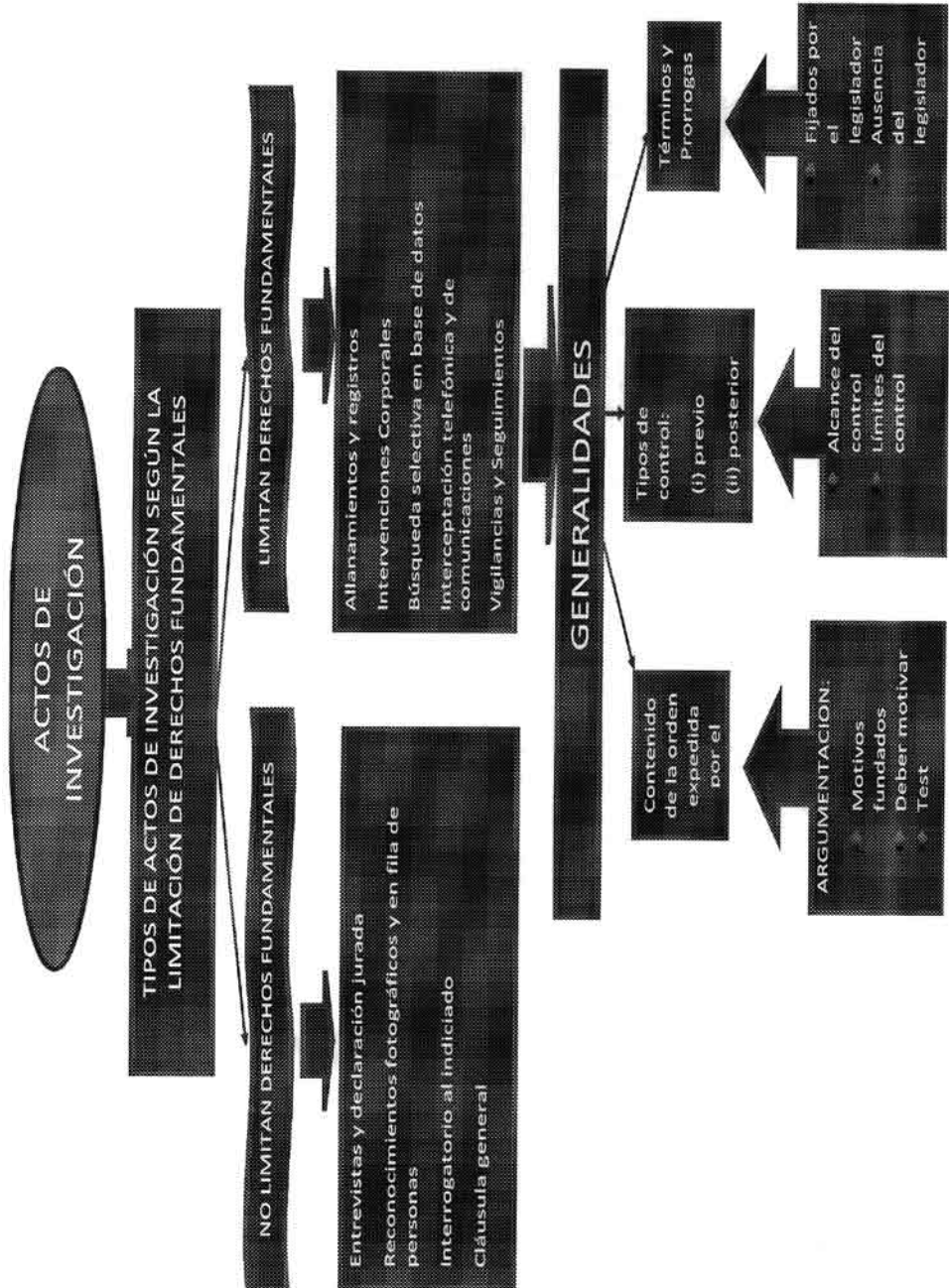
De acuerdo con el nuevo modelo procesal penal, con tendencia acusatoria, la actividad investigativa llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, en algunos casos, conlleva afectación a derechos fundamentales. Esta circunstancia implica acudir al juez de control de garantías para que este controle, en audiencia preliminar, si las actividades del órgano investigador se ajustaron a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la Ley 906 de 2004¹.

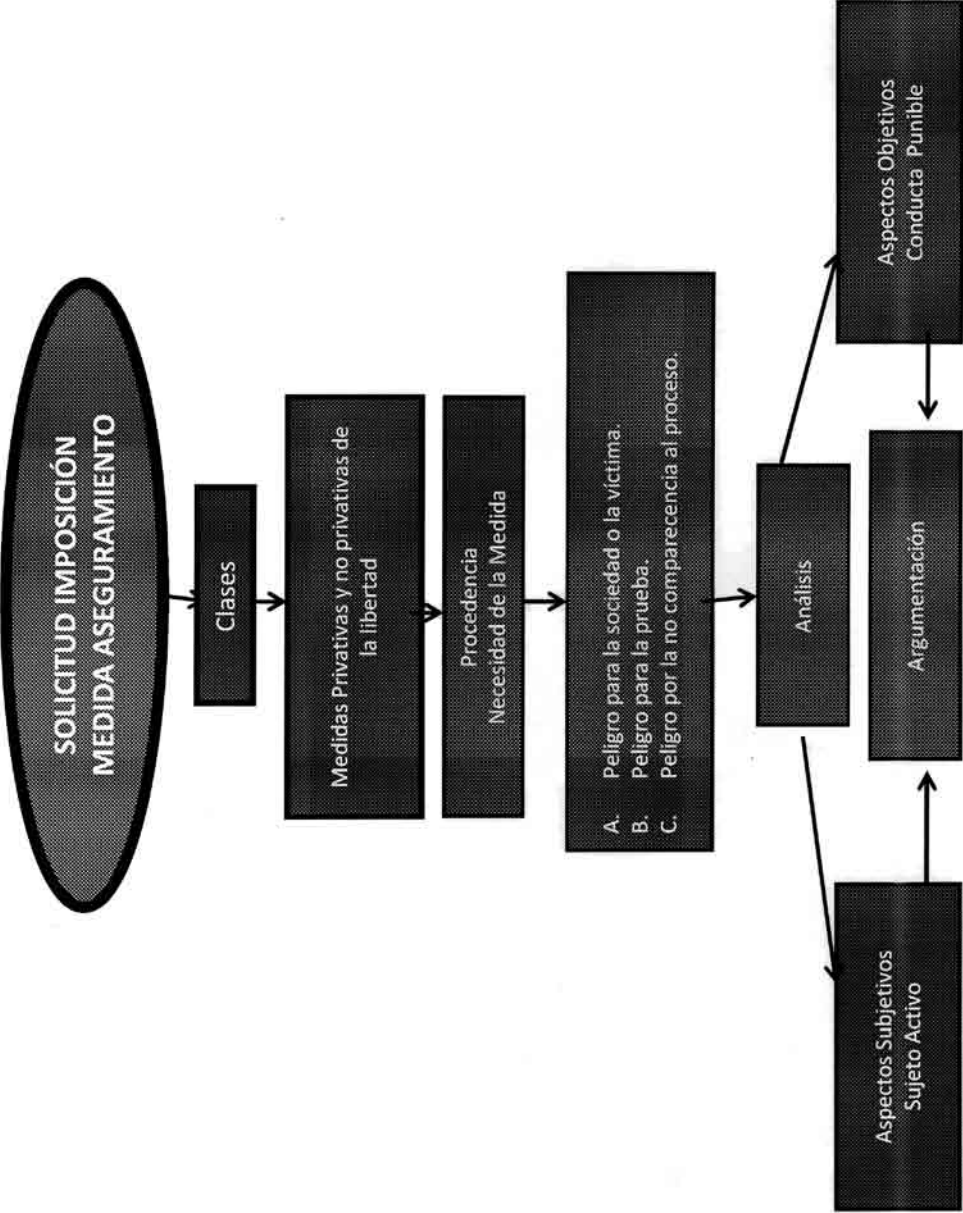
En este módulo haremos una presentación de algunas consideraciones que los fiscales deben tener en cuenta para dichas audiencias que, como bien se sabe, son presididas siempre por el juez con funciones de control de garantías, con el fin de preservar la imparcialidad del juez de conocimiento.

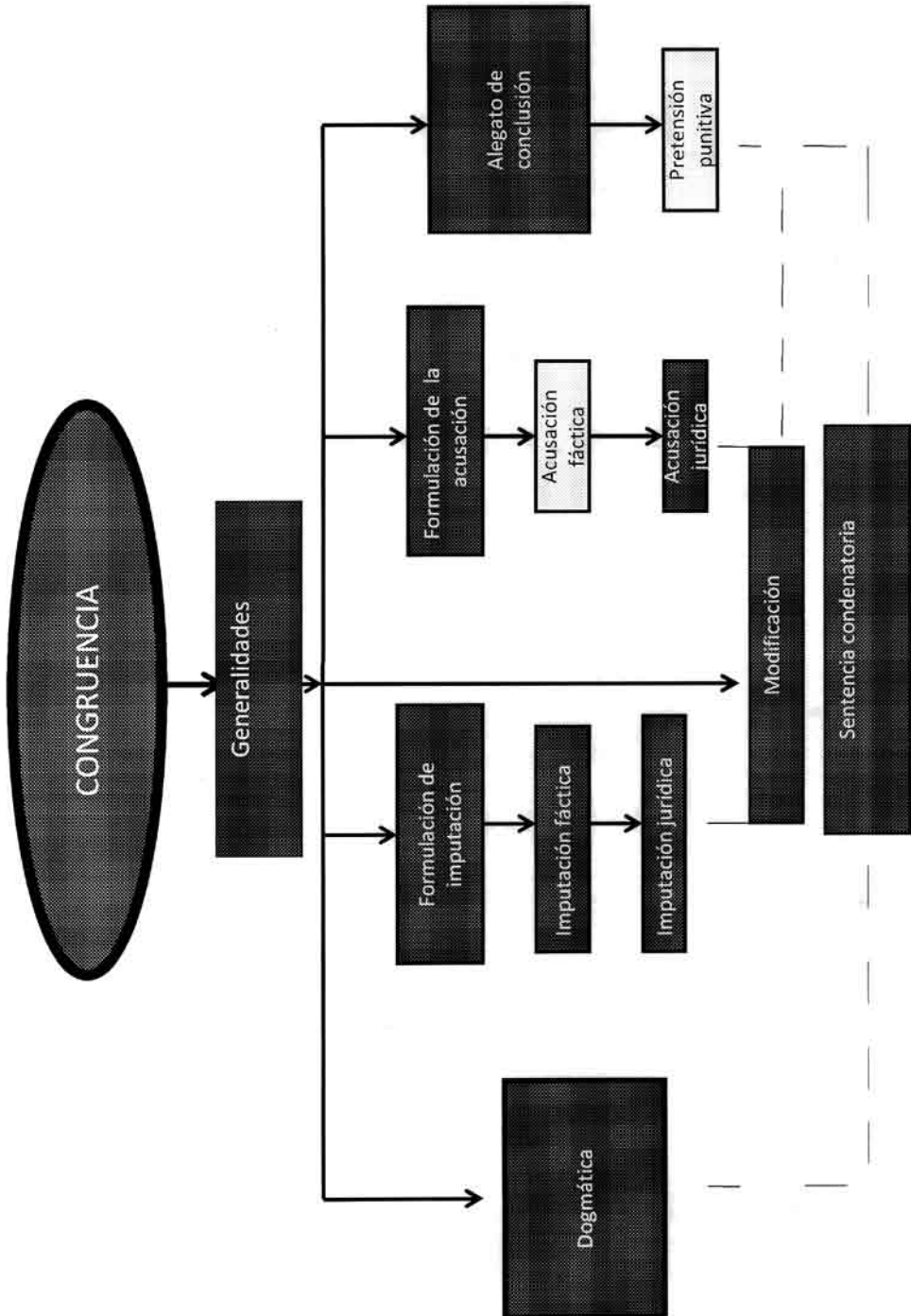
Con ánimo pedagógico pretendemos facilitar elementos que le permitan al fiscal evaluar si cuenta con los presupuestos básicos para asistir a la audiencia y, a su vez, brindarle algunas herramientas que le faciliten prepararse¹ para intervenir, teniendo en cuenta el objeto principal de cada una de ellas y los problemas jurídicos que debe abordar.

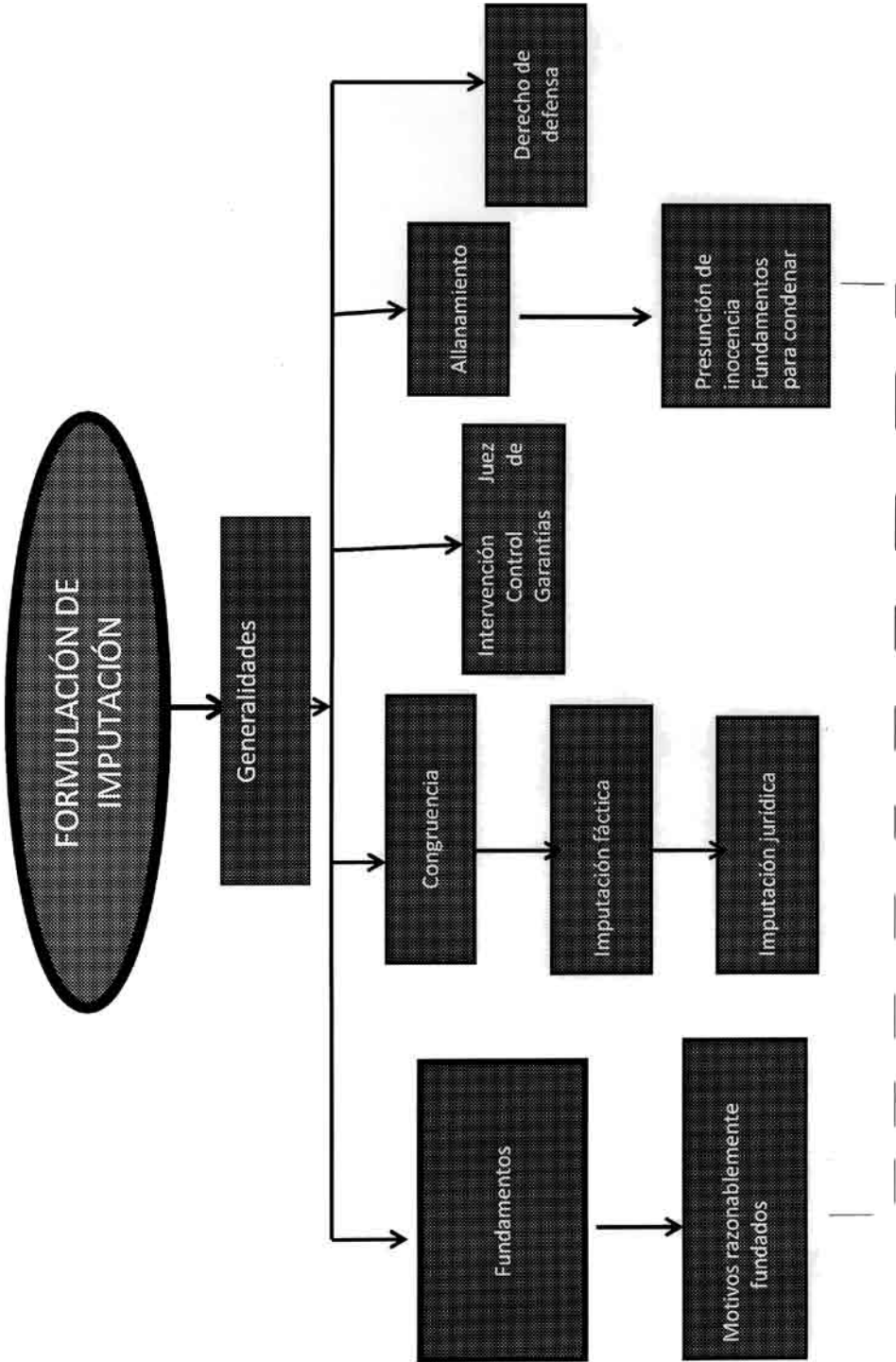
¹ Modelo ampliamente explicado en el módulo de argumentación. Bedoya Sierra, 2007.

MAPA CONCEPTUAL









UNIDAD 1

I. Concepto

La Ley 906 de 2004 define las audiencias preliminares², como aquellas en las que se resuelven actuaciones, peticiones y decisiones que no deben ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o juicio oral, las que por disposición legal corresponden al juez de conocimiento, en tanto las preliminares se resuelven por el juez con funciones de control de garantías³.

II. Asuntos que se resuelven en audiencia preliminar y los tipos de control

La Ley 906 de 2004, en su artículo 154, nos presenta una lista enunciativa de los asuntos que se resuelven en audiencias preliminares, entre los cuales menciona el control posterior a los allanamientos, los registros e interceptaciones de comunicaciones, la solicitud de práctica de prueba anticipada, la adopción de medidas de protección a víctimas y testigos, la petición de una medida de aseguramiento

² Los Manuales de Procedimiento de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio, publicados en 2005 (página 61) y 2006 (página 93), definen las audiencias preliminares como: “ [...] aquellas que se realizan ante el Juez de control de garantías durante la indagación y la investigación para ordenar o controlar actuaciones, resolver peticiones o adoptar decisiones. Por excepción tienen lugar en la fase de juzgamiento, por ejemplo para resolver una solicitud de prueba anticipada, o de legalización de captura producida con posterioridad a la presentación del escrito de acusación”, pero siempre presididas por el juez de control de garantías.

³ Artículo 153 Ley 906 de 2004.

o de medidas cautelares, la formulación de imputación, el control sobre la aplicación del principio de oportunidad, las peticiones de libertad que se presenten con anterioridad al anuncio del sentido del fallo⁴, y al final en el numeral 8º abre una gama de posibilidades de otras audiencias preliminares, al señalar que "... se resolverán en audiencia asuntos similares a los anteriores". Estos asuntos son todos los actos de investigación y momentos procesales, que se citan a lo largo del Código de Procedimiento Penal, en especial en el título de la indagación y la investigación, como el control a las vigilancias y seguimientos, a la búsqueda selectiva en base de datos, la revocatoria de la medida de aseguramiento, entre otros eventos que se controlan en audiencia preliminar y que no aparecen en el artículo 154 ídem⁵.

Cada audiencia, como se indicó en el módulo de argumentación, tendrá un propósito específico y sobre este podrán girar uno o varios problemas jurídicos que serán resueltos por el juez de control de garantías. La forma como sean solucionados por el juez dependerá en gran medida de la claridad y precisión con que las partes e intervinientes presenten sus planteamientos, acudiendo para ello a una correcta exposición fáctica, jurídica y probatoria.

El análisis que se hace en este trabajo, en relación con la intervención del fiscal en las audiencias preliminares, pone de presente que las tareas que debe desarrollar aquel, antes de la audiencia y en la audiencia misma, serán básicamente las siguientes:

- (i) Determinar el objeto central de la audiencia, y
- (ii) Ubicar los problemas jurídicos que conlleva. Para esto deberá tener en cuenta la precisa determinación de los aspectos fácticos, probatorios y jurídicos inherentes al caso concreto.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el nuevo ordenamiento procesal penal le resta atribuciones a la Fiscalía General de la Nación en lo que atañe a la afectación de derechos fundamentales, y dispone que dicha afectación debe ser autorizada o controlada por un juez.

⁴ Adicionado por el artículo 12 de la Ley 1142 de 2007.

⁵ Sobre algunos asuntos que se tramitan en audiencia preliminar, ver páginas 93 y 94 del Manual de Procedimientos de la Fiscalía del año 2005.

Ello implica que él tiene la carga de explicar por qué resulta razonable, por ejemplo, realizar un allanamiento y registro, interceptar una línea telefónica, decretar un embargo de bienes o afectarlos con fines de comiso, entre otros, sin importar si el control de la judicatura es previo o posterior. La regla general, según lo dispuesto en el Artículo 250 de la Constitución Política, es que el aludido control sea previo, por lo que los eventos en que es posterior se reducen a los casos expresamente consagrados en el numeral segundo de dicha norma superior.

Así pues, como puede verse, si bien el Acto Legislativo 03 de 2002 estructuró una dinámica procesal en la que la Fiscalía General de la Nación aparece como una instancia especializada en la investigación de los delitos, esa exclusividad no le permite actuar sin límites, porque cuando con sus actuaciones se restringen o afectan derechos o garantías fundamentales debe solicitar autorización previa del juez de garantías (control previo). Sin embargo, como la Fiscalía General de la Nación conservó, por disposición del Constituyente⁶, importantes funciones judiciales que la facultan para ordenar actuaciones (registro, allanamiento, incautación e interceptación de comunicaciones) que afectan derechos fundamentales sin necesidad de solicitar aval previo del juez, de todas maneras ese control, aunque posterior, debe cumplirse⁷.

El control previo le permite al juez decidir sobre la procedencia de la afectación del derecho, como cuando el tema de discusión es la necesidad de una inspección corporal. Por el contrario, el control posterior implica que el juez analice si un procedimiento ya realizado se ajustó a los lineamientos constitucionales y legales. Por tanto, en el segundo evento, el juez tendrá que determinar: (i) si era posible realizar el procedimiento sin control previo; (ii) si la orden fue expedida por quien estaba facultado el fiscal; (iii) si la orden contiene la motivación suficiente, incluyendo, como se analizará más adelante, la aplicación del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso; (iv) si el procedimiento se ajustó a lo dispuesto en la ley; (v) si se cumplió la obligación de afectar en la menor proporción posible

⁶ Numeral 2 del artículo 250 de la Constitución Política.

⁷ Sentencia C-1092 de 2003.

las garantías ciudadanas, y (vi) si el control se realiza en los términos fijados por la ley.

En suma, se puede decir entonces que el juez de garantías ejerce dos tipos de control: el previo y el posterior. En ambos su tarea es examinar la validez formal y material de la actuación de la Fiscalía General de la Nación, esto es, analizar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales llevadas a cabo o solicitadas por aquella se adecuan a la ley (aspecto formal), y son idóneas, necesarias y proporcionales (aspecto material), lo que es tanto como decir, si la medida de intervención al derecho fundamental: (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna o menos lesiva entre otras posibles para alcanzar el fin, y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad⁸.

En ejercicio de ese control, previo o posterior, los jueces adoptan una decisión que puede ser de legalidad o ilegalidad. Sus efectos fueron determinados por la Corte Constitucional en sentencia C-591 de 2005, en la que reiteró su precedente (C-1092 de 2003), en el sentido de que:

“Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la

⁸ Sentencia C 822 de 2005.

facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado, ya que esta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento”⁹.

⁹ En el mismo sentido C-210/07 y C.S.J., Cas. 16 de mayo de 2007. Rad. 26310.

III. Principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional del juez y la función judicial del fiscal

Teniendo claro que si bien hoy el fiscal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 250¹⁰ de la Constitución Política, ha perdido la potestad de decidir el derecho, función jurisdiccional exclusiva de los jueces de la República, situación que además lo enmarca como rogador de jurisdicción, también es cierto que aún mantiene su naturaleza de funcionario judicial¹¹, y por ello sus intervenciones como parte ante los jueces deben estar guiadas por los principios constitucionales que regulan la función de administrar justicia. En tal sentido, se ha sostenido que, si bien se necesita que manejen la técnica, no es menos cierto que se requiere que conozcan y apliquen los principios.

En este contexto, es fundamental que el fiscal conozca y esté en capacidad de aplicar los principios constitucionales que rigen la actuación judicial, pues estos serán tenidos en cuenta por los demás intervinientes y, en especial, por el juez al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento¹².

De allí la importancia de que el fiscal, antes de ordenar el acto de investigación que somete a control judicial, previamente ejerza un agudo autoexamen y control del respeto a esos principios, de manera que cuando dichos actos sean sometidos a control judicial se

¹⁰ Modificado por el acto legislativo 03 de 2002.

¹¹ Artículo 116 Constitución Política.

¹² Casación 26310 del 10-05-2007.

encuentre en capacidad de explicar la legalidad (en sentido amplio) y la proporcionalidad del acto investigativo, para que el juez pueda darle aprobación en cuanto no encuentra quebrantamiento de garantías y derechos fundamentales.

Al respecto, debe entender el fiscal que si el juez establece que se han vulnerado derechos fundamentales y garantías constitucionales, deberá decretar la ilegalidad de la gestión investigativa, situación que incluso puede afectar gravemente la labor de indagación, si tenemos en cuenta que la ilegalidad, por regla general, trasciende a los elementos de prueba recaudados, de manera que estos no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal¹³.

A. Los principios de los que venimos hablando son:

1. Presunción de inocencia: esencial al ser humano, acompaña al ciudadano involucrado en una investigación durante toda la actuación, desde la fase preliminar hasta la sentencia. Este principio exige que el ente acusador cuente con los suficientes elementos materiales de prueba que soporten la existencia de una sospecha inicial seria, para la iniciación de la indagación previa. En el ámbito procesal exige prueba más allá de toda duda, para desvirtuarla.

2. Principio de no autoincriminación¹⁴: del mismo debe ser informado el ciudadano desde la indagación y, en especial, al momento de la captura, para que decida si hace uso de él o renuncia a este privilegio y colabora con la administración de justicia, acto que se hará con las formalidades que para ello exige la ley, como es el estar asistido de un defensor de confianza o por uno del Sistema Nacional de la Defensoría Pública.

3. Principio de celeridad: un sistema de administración de justicia debe producir decisiones prontas, sin dilaciones injustificadas. Un aparato de justicia que no resuelva los casos, que no decida, es, por definición, injusto¹⁵.

¹³ Sentencias C-591/05 y C-210/07.

¹⁴ Artículos 33 C.N. y 8 Ley 906 de 2004.

¹⁵ Manual para Jueces de Garantías, CSJ. Pág. 26.

4. Principio de Proporcionalidad: el de garantías es un auténtico juez constitucional; esto significa que en sus labores debe estar presente la dogmática de la ponderación como método de interpretación judicial. Este método ha sido considerado como límite a todas las afectaciones de los derechos fundamentales. Para ello, el juez y el fiscal –antes que aquel– deben examinar si los actos de investigación a través de los cuales se obtuvieron medios cognoscitivos responden a este juicio de proporcionalidad y si con ellos se logran los fines constitucionales que rigen el proceso penal en Colombia. Este examen de ponderación, a su vez, tiene tres subprincipios, que son:

a. Idoneidad o utilidad: en atención a este subprincipio, las intervenciones a los derechos fundamentales deben ser *adecuadas* para alcanzar la finalidad perseguida; esto es, la diligencia debe conducir al hallazgo de una prueba relevante, como cuando de ella se deriva el conocimiento de un elemento de la conducta punible.

b. Necesidad: cuando no se tenga a disposición otro medio que permita obtener el mismo resultado, será legítima la intervención. Deben proporcionarse al juez las alternativas y las dificultades que se presentaron frente a la hipótesis delictiva, demostrarle que se buscó la manera menos gravosa para la injerencia de los derechos del implicado y que esa medida que se somete a su consideración es la más apta para lograr el resultado. En este sentido, será de gran utilidad ponderar la admisibilidad de la limitación del derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tiene el órgano acusador para realizar su labor frente a la administración de justicia.

c. Proporcionalidad: en este asunto juega un papel importante analizar ante el juez lo impositivo de buscar equilibrar la balanza de intereses en conflicto: de un lado, la administración de justicia y, del otro, la esfera de la individualidad del implicado, derechos ambos de rango constitucional. Para esto será de gran utilidad revisar algunos criterios relativos al juicio de proporcionalidad.

– *Consecuencia jurídica de la conducta investigada:* se basa en la existencia de mecanismos efectivos y razonables de verificación de una sospecha, con posibilidades de concreción final. El resultado sería el fundamento de la imputación, inicialmente, y luego el soporte de la acusación.

– *Importancia de la causa que se ventila*: el cuántum de la pena no es criterio suficiente. Se deben atender, además, las circunstancias del caso, la intensidad de la actuación del sospechoso, las modalidades en que se cometió el delito y la naturaleza del bien jurídico tutelado.

– *Exigencias de la política criminal*: como consecuencia de la aplicación del principio del derecho penal mínimo, el listado por penas para decidir una intervención del poder punitivo no sirve como criterio único, pues el juez debe identificar si se trata de conductas lesivas de las condiciones de supervivencia social y si con ellas se afectan derechos humanos como la libertad, la vida, etc.

B. Criterios para resolver un conflicto entre derechos fundamentales

Usualmente los fiscales acuden ante el juez de control de garantías para que, como juez constitucional, se sirva decidir la pretensión que ha sido puesta a su consideración, decisión que debe estar basada en los argumentos expuestos por el representante del ente acusador y demás intervinientes. Es importante que el fiscal proponga ante el juez uno de los métodos de los que la jurisprudencia y la doctrina han dado en denominar como *criterios para solución de conflictos entre derechos fundamentales*.

Recordemos que con frecuencia el juez de garantías se ve abocado a resolver un conflicto entre dos bienes o valores constitucionalmente protegidos que han entrado en tensión. Por ejemplo, la libertad del imputado frente a la necesidad de proteger a la víctima, caso en el que tiene que decidir a cuál le va a dar prevalencia, a través de una labor de armonización de las normas constitucionales. Para ello es necesario realizar una operación jurídica que puede ser: (i) la que los juristas alemanes denominan “ponderación de bienes”, (ii) la aplicación del principio de proporcionalidad, o (iii) finalmente, el juicio de razonabilidad.

Veamos brevemente cada uno de esos métodos, pues su utilización en la argumentación de una solicitud, por ejemplo, de medida de aseguramiento, puede ser de gran ayuda:

1. *La ponderación de bienes*

Este método se recomienda para aquellos casos en los que se evidencia un conflicto entre derechos fundamentales, como cuando se ven enfrentados el de intimidad y el de solidaridad. Es el caso de agentes del orden que acuden a un domicilio por llamado de socorro de una víctima y tienen que ingresar violentamente a una casa para neutralizar un conflicto familiar, y con su procedimiento se ve afectado el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Sobre este método podemos decir que:

“No se trata de un principio de interpretación en sentido estricto, porque carece de un criterio orientador en lo que se refiere a sus valoraciones; es tan solo una actuación, un procedimiento del intérprete en busca de la armonización de las normas constitucionales”.¹⁶

2. *El principio de proporcionalidad*

Este método se recomienda para aquellos casos en los que se hace necesaria la restricción o limitación a un derecho fundamental, como cuando se ven enfrentadas la libertad de un imputado y la integridad física y psicológica de una víctima, caso en el cual el juez debe determinar si se cuenta con los motivos fundados para afectar el derecho a la luz de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.

Sobre este principio podemos decir:

“A través del principio de proporcionalidad se examina la ponderación realizada previamente por un poder público para limitar un derecho fundamental de los ciudadanos... Se trata, en definitiva, de un principio que se utiliza para examinar los límites que los poderes públicos pueden imponer a los derechos de los ciudadanos, sin afectar su núcleo esencial... Ha dicho la Corte que es indispensable que el fallador, en la ponderación de derechos fundamentales en juego, aprecie y evalúe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos, de manera que,

¹⁶ Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Iván Vila Casado, Legis, 2007, página 264.

a la luz de la situación de derecho concreta, pueda establecerse si el ejercicio de uno de ellos resulta desproporcionado, lo que sucedería en caso de vulnerar el núcleo esencial de un derecho fundamental específico. La proporción o justa medida del ejercicio legítimo de un derecho constitucional está determinada por los efectos que sobre otros derechos, igualmente tutelados por el ordenamiento, pueden tener los medios escogidos para ejercer el derecho”¹⁷.

3. El juicio de razonabilidad

Es reiterado por el legislador el término razonabilidad, como si quisiera que los operadores jurídicos avancen en los sistemas de interpretación del derecho. En este sentido se cita al autor Vila Casado, de donde se toman estas notas conceptuales, quien a su vez cita a ZAGREBELSKY, para traer a colación el rechazo que este, en su libro *El derecho dúctil*, hiciera de la idea de tratar al derecho actual, al estilo de una disciplina lógico-formal, como las matemáticas.

Sobre la *razonabilidad*, diferenciándola de la *racionalidad* que ha caracterizado al derecho, este doctrinante nos dice:

“Cuando se trata de aplicar la Constitución hay que acudir a una racionalidad no formal sino material, a la razonabilidad, término que el autor italiano considera discutible, ya que corresponde a lo que siempre se ha denominado prudencia.

Lo racional no puede confundirse con lo razonable. La racionalidad exige un respeto integral a las reglas de la lógica deductiva; no admite, por lo tanto, que se incurra en contradicciones lógicas; respeta los principios de la racionalidad práctica: consistencia, coherencia, eficiencia, generalización y sinceridad; no elude la utilización como premisa de alguna fuente de Derecho de carácter vinculante; no parte simplemente de la buena voluntad o del sentido común; no permite que se utilicen criterios éticos, ideológicos o políticos que no estén previstos en el ordenamiento jurídico.

Pero no siempre se pueden exigir todos los supuestos que reclama la racionalidad. Hay ocasiones en las que hay que sacrificar alguna de sus reglas y, sin embargo, la decisión sigue siendo válida. Se puede hablar entonces de razonabilidad para referirnos a decisiones que no son racionales

¹⁷ Ídem. Páginas 265 y 266.

*en sentido estricto, pero que por su argumentación se consideran válidas en Derecho*¹⁸.

Para ilustrar estos eventos, el pluricitado autor Vila nos dice que una de las razones para acudir a la razonabilidad antes que a la racionalidad son los supuestos en los que, aplicando la racionalidad, podría llegarse a soluciones no deseables, materialmente injustas o contrarias a los valores que se pretende preservar. El autor muestra el juicio de razonabilidad como un método intermedio entre la deducción estricta y la decisión política, basada esta última en criterios de conveniencia u oportunidad, y concluye diciendo que valores como la justicia social, la dignidad, la libertad, igualdad, bienestar general, paz, orden y seguridad convocan al intérprete constitucional a la búsqueda de soluciones razonables.

¹⁸ Ibídem, páginas 267 y 268.

UNIDAD 3

I. La intervención del fiscal en las audiencias preliminares

Como lo mencionamos anteriormente, los asuntos que se resuelven en las audiencias preliminares pueden ser tantos como tantos pueden ser los actos de investigación o los trámites procesales que impliquen limitación de derechos fundamentales dentro de una actuación. Por esto en el presente módulo se optó por presentar, a manera de ejemplo, algunas audiencias que tratan los asuntos que más frecuentemente se ponen en consideración del juez de control de garantías. Ellos son¹⁹:

- control de captura,
- formulación de imputación,
- solicitud de imposición de medida de aseguramiento,
- allanamientos, e
- intervenciones corporales.

En cada una de ellas haremos un análisis desde la perspectiva de la función del fiscal, que servirán de modelo para las demás intervenciones en audiencias preliminares.

¹⁹ No es propósito de este módulo agotar el estudio de todas las audiencias que pueden tener ocurrencia en el proceso penal. Por ello se han escogido las que con mayor frecuencia la Fiscalía presenta ante los Jueces de Garantías. Con todo, los parámetros expuestos en la primera parte del módulo pueden ser referente para la preparación y argumentación en las demás audiencias preliminares.

A. Audiencia de control posterior a la captura

1. Regla general es la libertad

Empecemos por decir que la libertad es un derecho inherente a la persona humana, protegido constitucional y legalmente. Es uno de los catalogados como de primera generación y goza de reconocimiento en los tratados y convenios internacionales.

2. Determinación del objeto central de la audiencia

El derecho a la libertad no es absoluto, razón por la cual puede ser objeto de restricciones o limitaciones. Pero esta tarea no es fácil para el intérprete, que al efecto debe guiarse por los criterios insustituibles de: (i) el fin perseguido por el Estado Social de Derecho, y (ii) la razón justificativa de las restricciones impuestas a los derechos, en el entendido de que ambos factores apuntan hacia el disfrute pleno de las libertades por parte de los destinatarios, así para lograr ese propósito haya sido necesario el sacrificio temporal de algunos aspectos que hacen parte del derecho pero que no constituyen su núcleo esencial.

En los casos dudosos, el intérprete deberá atender el principio *favor libertatis*, pues ha de tener presente que la restricción es lo excepcional, y tal medida debe justificarse sin dejar margen de duda²⁰.

De igual forma, los artículos 2º y 295 de la Ley 906 de 2004 consagran positivamente el derecho a la libertad como regla general, y condicionan la restricción del derecho a los fines de comparecencia, preservación de la prueba y protección a la comunidad, siempre que aquella resulte razonable y proporcionada.

En ese orden de ideas, el objeto central de la audiencia de legalización de captura es solicitar al juez de control que le imparta legalidad, porque se ha realizado dentro de una de las formas de restricción legítima de la libertad, como son: (i) por orden de

²⁰ Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo. Iván Vila Casado, Legis, 2007, cita sentencia C-179 de 1994. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

autoridad judicial competente²¹, (ii) por situación de flagrancia,²² y (iii) la administrativa²³.

3. Ubicación de los problemas jurídicos que se deben resolver frente a una captura. Propuesta de argumentos para resolverlos

El fiscal debe hacer un análisis detallado del caso que le están dejando a disposición, examen que debe incluir los mismos tópicos que el juez va a revisar en la audiencia de control de legalización de captura. Estos son:

- Verificar que en el procedimiento de captura se hayan cumplido los requisitos formales y materiales que permiten la libertad de un ciudadano.
- Examinar si en el procedimiento se respetaron los derechos y garantías de los ciudadanos implicados, y
- Constatar si el capturado fue puesto a disposición dentro del término que fija la ley²⁴.

Empecemos por analizar cada punto:

a. Primer problema jurídico

– Análisis de los motivos de la captura

Cuando la captura ocurrió por orden judicial, el examen parte del procedimiento de captura, pues en la audiencia de legalización de esta no se revisa nuevamente la necesidad de la orden. Este análisis ya lo hizo un juez de control de garantías y no se puede entrar a discutir si hay o no motivos fundados para inferir razonablemente la condición de autor o partícipe de la persona en contra de quien se emitió, pues ese no es el objeto de esta audiencia. Con todo, es preciso exhibir al juez de garantías que está controlando el procedimiento de

²¹ Artículo 297, captura por orden del juez de control de garantías; artículo 300 modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 del 28 de junio de 2007, captura excepcional por orden de la Fiscalía General de la Nación.

²² Artículo 301 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

²³ Con base jurisprudencial Sentencia C-024 de 1994.

²⁴ Artículos 297 y 302 C. P. P.

captura, la orden emitida por el juez de conformidad con el artículo 297, o por el fiscal, en los casos y bajo las exigencias del artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007.

Cuando se trata de captura en situación de flagrancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, corresponde al fiscal iniciar su revisión del caso, indagando si había motivos fundados para capturar. En este sentido debe determinar si la captura en situación de flagrancia fue legal, y para ello debe analizar los siguientes aspectos:

- (i) **Si está en presencia de una conducta punible.** Esto implica una subsunción de los hechos en la norma penal, para lo cual el fiscal debe tener claridad sobre las circunstancias fácticas que rodearon los hechos, las calidades de los involucrados en el conflicto y las consecuencias de la conducta que se investiga, con el fin de hacer una correcta adecuación típica.
- (ii) **Si hay flagrancia.** Revisará si realmente la captura del implicado ocurrió en una de las circunstancias descritas en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, esto es, si existe nexo de causalidad entre la afectación al bien jurídico y el comportamiento realizado por aquel. En este caso, el fiscal deberá determinar con precisión cuál evidencia da cuenta de la calidad de autor o partícipe del capturado en la conducta que se investiga.
- (iii) **Naturaleza del delito.** Determinará si el delito es querellable o investigable de oficio²⁵. En el primer evento, verificará si se cuenta o no con la correspondiente querrela, situación que no es óbice para que subsistan los motivos fundados de la captura, examen que el agente captor realiza en el momento mismo de la aprehensión y al cual no se le puede exigir el mismo nivel de valoración que se le reclama a un experto.

²⁵ La lectura literal de la reforma introducida por el artículo 4º de la Ley 1142 al artículo 74 de la 906 de 2004 llevaría a inferir que ante la captura en flagrancia en los delitos que normalmente requieren querrela, tal exigencia de procedibilidad no sería necesaria.

La captura en situación de flagrancia es la excepción al principio de reserva judicial y se basa en el artículo 32 de la Constitución Política que afirma:

“El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante un juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

¿Qué significa entonces flagrancia?

La flagrancia proviene del latín *flagrare*, verbo que significa arder o resplandecer como fuego o llama. En el campo del derecho penal se toma metafóricamente, en el sentido de que el hecho todavía arde o resplandece, y, jurídicamente, es actual.

Sobre el propósito de la captura en situación de flagrancia, la Corte Constitucional, en Sentencia C-237 de 2005, sostuvo que con la aprehensión se produce el esclarecimiento de dos situaciones: (i) la identificación plena del individuo, y (ii) la aclaración de los hechos ocurridos, por ser estos contrarios al orden público. Sin embargo, estas circunstancias no permiten de ninguna manera que las detenciones sean prolongadas y, por el contrario, solo deben estar dirigidas a cumplir estos fines precisos y no pueden significar una extralimitada privación de la libertad en atención del principio de proporcionalidad.

Situaciones que generan flagrancia. Definamos entonces qué situaciones generan la flagrancia. Son tres:

1. Cuando la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito (conocida también como flagrancia en sentido estricto).
2. Cuando es aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho (conocida como cuasiflagrancia).
3. Cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de los cuales se deduzca que momentos antes ha

cometido el delito o participado en él (denominada también como flagrancia inferida).

Requisitos de la flagrancia. Otro aspecto que también debe analizar el Fiscal es el de los requisitos de la flagrancia:

1. La actualidad.
2. La identificación, o por lo menos la individualización del autor o partícipe del delito, y
3. La captura o aprehensión física.

Con esto, podemos concluir que lo que da sustento a la excepción al principio constitucional de reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es:

1. La inmediatez de la conducta delictiva, y
2. La premura que debe tener la captura, lo cual hace imposible la obtención previa de orden judicial.

No obstante, efectuada dicha captura, la persona aprehendida deberá ser conducida ante un juez.

En las Sentencias C-237 y C-591 de 2005, la Corte señaló que, de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, la ley puede autorizar a la Fiscalía General de la Nación para dejar en libertad a una persona, bajo compromiso de comparecencia, cuando:

1. Haya sido legalmente capturada en flagrancia, y
2. El supuesto delito no comporte detención preventiva.

Todos estos análisis los debe hacer el fiscal, como primer controlador de los derechos de los ciudadanos y de los procedimientos de los servidores de la Policía Nacional y de los organismos de policía judicial, para poder decidir sobre la legalidad del procedimiento de captura que le fue puesto a su disposición, aspectos que deben ser expuestos argumentativamente por el fiscal ante el juez de garantías en audiencia de legalización de captura, en los casos en que la Constitución, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han dicho que se debe acudir ante aquel.

Es preciso aclarar que el fiscal debe ordenar la libertad inmediata cuando establezca, con ocasión de su control preliminar, que la captura fue ilegal.

Atención especial merece la circunstancia de que la Ley 1142 de 2007, que reformó la 906 de 2004, adicionó al artículo 2º la expresión “en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de control de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las treinta y seis horas siguientes”, norma que debe interpretarse bajo el prisma de la línea jurisprudencial que se viene mencionando. Esta modificación, contenida en el artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, fue hecha al artículo 2º de la libertad, donde se trata el tema de las restricciones a la libertad del imputado con base en fines considerados constitucionalmente legítimos como la comparecencia, la preservación de las pruebas y la protección de las víctimas, y es a esos casos a los que refiere el nuevo inciso 3. Esta modificación en la norma va de la mano de la línea jurisprudencial marcada desde el comienzo del sistema con la sentencia C-591 de 2005, en la que la Corte Constitucional ya advertía sobre la necesidad de que fuesen los jueces los únicos facultados para revisar los fines de la medida y que al fiscal sólo le correspondían los criterios objetivos de la procedencia de la medida según la tipificación del delito, de conformidad con los artículos 313 y 315 de la Ley 906 de 2004.

– La tarea de calificar los hechos

Como lo enunciamos al principio, la calificación de los hechos hace parte del análisis de los motivos de la captura en situación de flagrancia, pues esta se predica precisamente del delito.

La calificación de los hechos obliga al fiscal a hacer:

- (i) la valoración de los aspectos fácticos, de cara a determinar si resultan penalmente relevantes,
- (ii) la adecuación típica correspondiente, que incluye el análisis de las circunstancias amplificadoras del tipo penal, y
- (iii) la determinación de las consecuencias punitivas y pecuniarias de la conducta.

En esta actividad, el fiscal deberá precisar:

- a) La conformación del marco penal especial: el tipo básico, los agravantes o calificantes del mismo, del capítulo y del título; luego, las circunstancias atenuantes del tipo, del capítulo y del título de la parte especial del Código Penal y, finalmente, revisar las circunstancias de mayor y de menor punibilidad descritas en los artículos 54 al 58 de la Ley 599 de 2000, que aplican al caso, previendo evitar su doble consideración.
- b) Desvirtuar la existencia de las circunstancias determinantes del tipo negativo, esto es, de los eventos descritos en el artículo 32 del Código Penal, generadoras de ausencia de responsabilidad de la conducta. En este punto es importante recalcar que una cosa es la flagrancia y otra muy diferente la continuación de la privación de la libertad. Como la captura la hace un policía o un particular, el fiscal no puede olvidar que el agente captor actuó motivado por un juicio ex ante. Es decir, el fiscal debe ubicarse hipotéticamente en el lugar y en las circunstancias en que se hallaba quien realizó la aprehensión y determinar si era razonable o no pensar que se estaba cometiendo un delito, porque las valoraciones que hace el policía o el particular, como se dijo, no son de un experto en Derecho y, por consiguiente, no puede esperarse que abarquen el análisis de los elementos negativos del tipo sobre la existencia o no de causales de ausencia de responsabilidad o de causales de justificación.
- c) Definir las consecuencias punitivas de la(s) conducta(s) penalmente relevantes, para lo cual deberá tener en cuenta las siguientes:

Agravantes:

El delito continuado (parágrafo del artículo 31 del Código Penal):
aumentada en una tercera parte (una proporción fija).

Atenuantes:

1. La tentativa (art. 27 C. P.) Regla particular. No menor de la 1/2 del mínimo, ni mayor de las 3/4 partes del máximo (Regla 5a, art. 60).
2. La complicidad (art. 30, inc. 1° C. P.). Dos proporciones fijas. De 1/6 parte del límite máximo a la 1/2 del límite mínimo.

3. La intervención (art. 30, inc. 4 C. P.) En una cuarta parte al límite máximo y al mínimo (Regla 5a, art. 60). Partiendo del marco penal aplicable al autor.
4. El exceso en las causales de justificación (art. 32.7, inc. 2 C. P.). Pena no menor de 1/6 del mínimo ni mayor de la 1/2 del máximo.
5. Error de prohibición indirecto vencible (art. 32.11 C. P.). La pena se rebajará en la mitad (al mínimo y al máximo).
6. La influencia de apremiantes situaciones de marginalidad, ignorancia o la pobreza extrema (art. 56 C. P.). Pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de 1/6 del mínimo.
7. La ira y el intenso dolor (art. 57 C. P.). Pena no menor de 1/6 del mínimo ni mayor de 1/2 del máximo.

Una vez determinado el o los delitos que se le endilgan al capturado, el fiscal debe determinar cuál es la posible pena por imponer para saber si alguno de aquellos comporta medida de aseguramiento de detención preventiva y, en consecuencia, decidir si ordena la libertad o conduce al aprehendido ante el juez.

De igual forma debe examinar si, de acuerdo con la calificación que les ha dado a los hechos, se cumplen o no las condiciones de procedibilidad con el fin de determinar cuáles otras solicitudes se le pueden presentar al juez, como las de imposición de medidas cautelares, la de formular imputación, solicitar medida de aseguramiento, etc.

b. Segundo problema jurídico:

Análisis sobre el respeto de los derechos y garantías al capturado.

El artículo 303 de la Ley 906 de 2004 enuncia los derechos que deben informársele al capturado de manera inmediata. Veamos:

– Conocer el motivo y el funcionario que ordenó la captura. Esto significa que los agentes captadores deben explicarle de manera comprensible al ciudadano el porqué de la aprehensión, bien porque se le sorprendió portando el arma de fuego sin permiso de autoridad

competente, ora por el señalamiento de la víctima o de la comunidad, que lo sindican de haber cometido un delito, o por haberle hallado elementos de los que se infiere que momentos antes ha participado en un delito, como cuando se le encuentra vistiendo una camisa ensangrentada en un lugar cercano a donde se acaba de cometer un homicidio. Si el Estado va a excepcionar la libertad, que es la regla general, es justo que el afectado conozca los motivos de dicha decisión.

– Avisar de su detención: para esto el agente captor debe llamar a la persona indicada por el aprehendido y decir dónde pueden encontrarlo, y si lo van a trasladar, indicar hacia dónde. Si el capturado manifiesta no tener a quién informarle su retención o no querer dar aviso de ello, el funcionario deberá dejar constancia, para que el fiscal conozca dicha situación y pueda, si es del caso, entregar las explicaciones que a ese respecto requiera el juez.

– Guardar silencio: significa explicarle el derecho que tiene de no hablar en contra suya, ni de su cónyuge o compañero permanente, ni de sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad. El agente captor o las personas que intervengan en el procedimiento deberán tener claro que una vez determinada la calidad de imputado (y ella, obviamente, surge frente a situaciones de flagrancia) se activa para el ciudadano el derecho a no autoincriminarse, por lo que deberá evitarse todo interrogatorio orientado a obtener información útil para la investigación, sin perjuicio, claro está, del interrogatorio al indiciado, regulado en el artículo 282 de la Ley 906²⁶. Es menester aclarar que el agente puede consignar en su informe las manifestaciones espontáneas del aprehendido y que estas pueden ser utilizadas por él para orientar la investigación u otros actos inherentes a su función, cuando, prevenido de sus derechos constitucionales, el aprehendido ha decidido libremente expresarlas.

No obstante, el servidor podrá hacer las preguntas relativas a la identificación del aprehendido y a lo que se conoce como generales de ley, pues con ellas no se compromete el derecho a la no

²⁶ La aludida regulación prevé la posibilidad de interrogatorio, en la medida en que el indiciado renuncie a su derecho a no autoincriminación, en presencia de su defensor.

autoincriminación, en tanto este es uno de los deberes que tenemos como ciudadanos.

4.1.3.2.4. Entrevistarse con un abogado: en garantía de sus derechos constitucionales debe comunicársele al aprehendido que tiene derecho a entrevistarse con un abogado y a contar con su asistencia desde ese mismo momento. Si el indiciado manifiesta que no tiene abogado de confianza, el fiscal puede hacer la solicitud a la Defensoría del Pueblo, solicitud que debe estar suscrita por el implicado en los hechos, para que le sea asignado un profesional que asuma su representación.

4.1.3.2.5. Adicionalmente a todo lo anterior, el capturado tiene derecho a que se le respeten su vida y su dignidad. Este trato lo debe recibir desde el momento de la aprehensión hasta que es dejado en libertad o llevado a audiencia ante el juez.

C. Tercer problema jurídico

El capturado deber ser puesto a disposición del fiscal y del juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión, en tanto es un derecho fundamental²⁷.

Ante una captura, el fiscal tiene tres posibilidades de actuar:

- a) Si la captura fuere ilegal: ordenará su libertad inmediata. Esto lo hace mediante una orden motivada que, como lo exige el artículo 161 de la Ley 906 de 2004, deberá contener los

²⁷ Los artículos 2º, 289, 297, 300 y 302 del Código de Procedimiento Penal, modificados por la Ley 1142 del 28 de junio de 2007, establecen como regla general que el aprehendido deberá ser presentado inmediatamente o más tardar dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías y, como excepción, la posibilidad de que se legalice la captura, formule imputación y solicite medidas cautelares reales y personales, con la sola presencia del defensor, en los siguientes eventos: cuando el capturado haya entrado en estado de inconsciencia o se encuentre en un estado de salud que le impida ejercer la defensa material, o cuando por razones de las distancias, dificultades en las vías de acceso, los desplazamientos y razones de orden público, no sea posible trasladar al aprehendido dentro de las 36 horas siguientes ante el juez de control de garantías. Por todo, el fiscal deberá evaluar tales circunstancias y prepararse para argumentar al respecto ante el aludido juez. Estos serían subargumentos indispensables en la audiencia, los cuales también deben contar con el soporte que sustente la inferencia respecto del motivo de la ausencia del aprehendido.

motivos de la decisión, así como establecer si hubo flagrancia y si se respetaron los derechos del capturado y el término para dejarlo a disposición del fiscal. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, en la orden de libertad el fiscal debe imponerle bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario. En este caso no se acude a audiencia.

- b) Si la captura fue legal y el posible delito no comporta medida de aseguramiento de detención preventiva, debe ordenar su libertad, imponiéndole bajo palabra un compromiso de comparecencia cuando sea necesario, como lo indica el artículo 302 de la misma ley²⁸.
- c) Si la captura fue legal y el delito por el que se encuentra la persona capturada comporta detención preventiva, el fiscal deberá solicitar audiencia preliminar de legalización de captura, ante el juez de control²⁹.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, modificado por la 1142 de 2007, el fiscal solicitará control de legalidad a la captura al juez de garantías. Es preciso indicar que la expresión “*en todos los casos*”, contenida en la aludida norma, debe interpretarse sistemáticamente con las demás normas del Código y con las sentencias de orden constitucional en las que la Corte ha reiterado –como la sentencia C-591 de 2005– que se trata de persona aprehendida, pues la Fiscalía sigue teniendo facultades judiciales, y para restablecer derechos no requiere autorización del juez de control de garantías. Muy por el contrario, cuando de afectar

²⁸ Sentencia C-237 de 2005. Igualmente el Artículo 1º de la Ley 1142 de 2007, que modificó el artículo 2º de la Ley 906 de 2004, establece que en todos los casos se solicitará el control de legalidad de la captura al juez de control de garantías, en el menor tiempo posible, sin superar las 36 horas siguientes a la aprehensión.

²⁹ En este sentido ha dicho la Corte, en Sentencia C-591/05, que el fiscal únicamente puede examinar las condiciones objetivas de que trata el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, mas no para evaluar si se presentan o no los requisitos de que trata el artículo 308 del mismo Código, pues estos corresponden a facultades reservadas al juez de control de garantías, en virtud del artículo 250-1 de la Constitución.

derechos fundamentales se trata, deberá, como órgano que ruega la jurisdicción, impetrar la solicitud de imposición de medida, para que este decida si es legítima la afectación al derecho fundamental de la libertad que la Fiscalía pide.

4. Propuesta para la presentación de los argumentos en la audiencia de legalización de captura

Una vez resueltos estos planteamientos, el fiscal deberá solicitar en audiencia preliminar que se imparta legalidad a la captura, previa la construcción de un adecuado argumento, esto es, una presentación de los aspectos fáctico, jurídico y probatorio que demuestren la clase de conducta punible que se está investigando, la inferencia razonable de autoría frente a quien se pide la legalización de la captura y sobre el respeto y materialización de los derechos de la persona aprehendida. Escuchados los argumentos del fiscal, del ministerio público³⁰ y de la defensa, el juez decide sobre la solicitud.

El trámite de la audiencia de legalización de captura, es el siguiente:

1. Solicitud de la audiencia: en estos casos la solicitud debe hacerse especificando, entre otros aspectos, lugar de los hechos, fecha de captura, indiciado(s), datos de la defensa y del que solicita la audiencia y delito(s)³¹. Es importante prever la posibilidad de solicitar en el mismo formato otras audiencias que surjan necesarias en el trámite, como lo serían la de formulación de imputación y medida de aseguramiento, las que se han dado en llamar audiencias concentradas. Con todo, si en el desarrollo de la audiencia surgiere para la Fiscalía la necesidad de hacer una solicitud adicional, nada impide que pueda requerirla al juez, atendiendo a los principios de concentración, celeridad y eficiencia de los actos procesales.

³⁰ El fiscal debe estar atento para argumentar en el sentido de que la intervención del ministerio público es residual y específicamente referida a sus funciones constitucionales y legales en el sistema procesal, por lo cual y no obstante ser otro el orden de intervenciones insinuado por la norma, debe ser primero la del defensor, quien es el legítimo contradictor frente a la pretensión del ente acusador.

³¹ Ver formato de la Fiscalía para solicitar legalización de captura.

2. Sobre la intervención del fiscal en la audiencia: el juez instala la audiencia, verifica la presencia de las partes e intervinientes y le da la palabra al fiscal. Este debe hacer una presentación clara de los hechos penalmente relevantes, exponiendo al juez y a los demás intervinientes cuáles fueron las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores que rodearon la afectación al bien jurídico y que generaron la orden de captura, o que dieron origen a la aprehensión en situación de flagrancia o a la captura administrativa. Esto, en lenguaje sucinto y claro, sin retomar textualmente lo que expresaron las víctimas, los testigos o los servidores que participaron en el procedimiento.

Por el contrario, corresponde al fiscal hacer una decantación de lo que es penalmente relevante (acciones humanas con finalidad realizadas por el implicado) y presentarlo en forma concreta, pues las descripciones detalladas de los hechos serán llevados por los testigos al juicio. El fiscal debe tener presente que en esta audiencia tiene una sola oportunidad para hablar sobre su pretensión y que el juez, que es el que decide sobre su legalidad, no conoce los hechos y las circunstancias como él tuvo oportunidad de conocerlos. Por ello se insiste en que de la manera como se presenta el caso depende en gran medida la decisión judicial. En sus argumentos debe pronunciarse sobre los problemas jurídicos planteados en los Artículos 301, 302 y 303 de la Ley 906 de 2004, como se dejó indicado anteriormente.

3. El juez le pedirá que presente los documentos, elementos o testigos en los que sustenta su petición. El fiscal puede descubrir en ese momento el informe de captura, el acta de derechos del capturado y ofrecer la declaración del agente de la policía que realizó la captura. Dependiendo de la complejidad del caso, analizará si es necesario presentar más testigos o más elementos. Cuando esto se haya cumplido, solicitará al juez que declare legal la captura. El juez, antes de decidir, escuchará a los demás intervinientes y decidirá. Esta decisión es susceptible de los recursos de reposición y apelación³², que deberá ser sustentado inmediatamente por el impugnante, y decidido igualmente por el juez en la misma audiencia.

³² El artículo 177 de la Ley 906 de 2004 fue reformado por el 13 de la 1142 de 2007, en el sentido de que el auto que resuelve sobre la legalización de captura es apelable en el efecto devolutivo.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 1

El día 23 de mayo, siendo las 11:00 horas, Juan (mayor de edad) caminaba por la calle 30 con carrera 65 cuando fue observado por dos agentes de la Policía Nacional, que hacían un recorrido de seguridad por el sector. El ciudadano Juan, al sentirse observado por los agentes del orden, se cambió de andén y se puso una chaqueta que llevaba en sus manos a pesar del fuerte calor que estaba haciendo en ese momento. Ante esta actitud, los policiales se acercaron a él y le solicitaron que les permitiera una requisa, indicándole que pusiera las manos en la cabeza y separara las piernas. En el cacheo superficial a sus prendas, el agente Gómez percibió un cuerpo extraño en el cinto del pantalón, que por su experiencia como policía concluyó que se trataba de un arma de fuego; la sacó con las medidas de seguridad respectivas y le solicitó los documentos; el ciudadano entregó su cédula de ciudadanía y manifestó no tener permiso para portar el arma de fuego de uso personal que le fue incautada. Por este motivo, los agentes le dieron a conocer sus derechos y lo condujeron hasta la Fiscalía para dejarlo a disposición, junto con el arma incautada, y presentar el informe respectivo.

A partir del anterior caso, resuelva las siguientes preguntas:

- a) ¿Por qué considera que el comportamiento de los policiales era razonable?
- b) Con base en los presupuestos probatorios, explique los motivos fundados y las evidencias que le sirven para decidir que era razonable capturar.
- c) Determine el nexo de causalidad entre el comportamiento de Juan y la afectación al bien jurídico tutelado y cuál es la evidencia que pone de presente ese nexo de causalidad.
- d) ¿Cuál es la conducta punible? y explique por qué considera que esa es la norma en la que se subsumen estos hechos. Establezca el presupuesto jurídico.

Con base en el anterior análisis, y partiendo de la premisa de que el concepto del fiscal es que el procedimiento de captura al ciudadano Juan fue legal, precise:

- a) Determine el problema jurídico que llevaría a la audiencia de legalización y captura.
- b) Construya dos argumentos que usted le presentaría al juez para que se declare legal la captura de Juan.
 - (i) Señale por qué en este caso hipotético el procedimiento de captura cumple con los requisitos formales y materiales.
 - (ii) Señale por qué en este caso hipotético se respetaron los derechos y garantías al ciudadano implicado.

Partiendo de que en la audiencia la defensa arguye ilegalidad en el procedimiento por invasión a la intimidad, por maltrato al capturado, por demora en el tiempo en que fue puesto a disposición del fiscal, usted deberá construir los posibles contrargumentos que expondría ante el juez.

En aplicación de lo enunciado en este capítulo, responda en el caso hipotético cómo se presentarían los subargumentos que integrarían ese problema jurídico, teniendo en cuenta que son tres:

- (i) el procedimiento de captura cumple con los requisitos formales y materiales que permiten legítimamente la afectación a la libertad de un ciudadano,
 - (ii) en el procedimiento se respetaron los derechos y garantías al ciudadano implicado, y
 - (iii) el capturado fue puesto a disposición (fiscal y juez) dentro del término que fija la ley³³.
- a) Si en la audiencia la defensa arguye ilegalidad en el procedimiento por invasión a la intimidad, por maltrato al capturado, por demora en el tiempo en que fue puesto a disposición del fiscal, ¿cuáles serían los posibles contra-argumentos (tal como se indicó en el módulo de argumentación) que usted expondría ante el juez?
 - b) Prepare una posible argumentación de cara a un recurso de reposición y de apelación contra una decisión del juez

³³ Artículos 297 y 302 de la Ley 906 de 2004.

desfavorable a su pretensión como fiscal, cite las sentencias que les servirían como base a sus argumentos de legalidad del procedimiento.

B. Audiencia de formulación de imputación:

1. Concepto:

Imputar proviene del latín *imputare*, que significa atribuir a otro una culpa, delito o acción. De conformidad con el Derecho Procesal Penal, tiene la calidad de imputado el sujeto esencial de la relación procesal a quien se afecta con la pretensión jurídico-penal. También asume esa condición, aun antes de que la acción haya sido iniciada formalmente, toda persona que ha sido detenida por suponersele partícipe de un hecho delictuoso.

La Ley Procesal no define al imputado (acto que sería impropio legislativamente), sino que señala los requisitos que debe reunir un ciudadano para ejercer los derechos que se le reconocen, de tal suerte que cualquier *acto imputativo inicial* que importe *sindicar, mencionar, aludir, señalar a alguien como autor o partícipe de un delito*, es idóneo para legitimar el ejercicio de los derechos constitucionales y legales reconocidos a todo imputado en un proceso penal³⁴.

Así pues, imputado es toda persona que: (i) *materialmente* sea aprehendida en alguna de las circunstancias mencionadas en el capítulo del control de legalización de captura (por orden de autoridad competente, en situación de flagrancia o por captura administrativa), a quien se le confiere esta calidad para que se activen sus derechos como imputado, y (ii) quien *formalmente* ha sido destinatario de tal comunicación en la audiencia de imputación de unos cargos por los cuales está siendo investigado (Ley 906 de 2004, artículo 288).

En rigor técnico, imputado, procesado, acusado y condenado son denominaciones que *stricto sensu* precisan la calidad que la persona va adquiriendo a medida que el proceso penal avanza en su contra, pero en todo momento sigue gozando de los derechos y garantías que la ley le confiere.

³⁴ Artículo 8º (Sentencia C-799 de 2005), 126, 267 siguientes de la Ley 906 de 2004.

El artículo 288 de la Ley 906 de 2004 determina que el fiscal en la imputación debe hacer una relación clara y sucinta de los hechos penalmente relevantes, en lenguaje comprensible. Por consiguiente, no podrá ser indeterminada, imprecisa, integrada por conceptos vagos, oscura, equívoca o confusa; en consecuencia, tampoco podrán ser imprecisos los cargos que se le comunican a un ciudadano, pues con una imputación de esta índole se generaría una causal de nulidad cifrada en violación al debido proceso, por imposibilitar la defensa y la contradicción. En vía de ejemplo, la referida narración no puede restringirse a la lectura literal del contenido de los informes, la denuncia, etc., y tampoco deberá incluir las referencias a los investigadores, ni su actividad, sino que debe comportar una síntesis extractada y elaborada por el fiscal a partir de aquellos elementos cognoscitivos, especificando con claridad las conductas exteriorizadas por el imputado y que tienen relevancia penal.

En este sentido, es preciso aclarar que también para los primeros peldaños del proceso, como cuando se decide formular imputación, se requiere cierto sustento probatorio. Lo mínimo para poder convocar a una persona como imputado es que existan motivos suficientes que indiquen su posible participación en el hecho y que tal inferencia esté originada y sustentada en elementos serios y objetivos que en realidad existan en la investigación, incorporados en debida forma con anterioridad a la decisión de formular un cargo. De no contarse con este fundamento, es improcedente el llamamiento a una audiencia de formulación de imputación.

Si bien para la formulación de la imputación desde el punto de vista sustancial es suficiente la inferencia razonable descrita, es preciso iterar que para esa oportunidad, desde la perspectiva de la planeación de la investigación, debe tenerse en cuenta que el aludido acto procesal determina la iniciación de términos perentorios para formular acusación y para la realización del juicio oral. Esto lleva a razonar que desde aquel inicial momento debe contarse ya, en alto porcentaje, con la evidencia necesaria para soportar las respectivas pretensiones en las correspondientes oportunidades.

2. Objeto central de la audiencia de formulación de imputación

La Ley 906 de 2004 en su artículo 286 define la formulación de imputación como:

“... el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha dicho que la imputación implica el inicio de la actuación procesal penal; con ella la Fiscalía, a través de una formulación oral, comunica a una persona su calidad de imputado, momento en el cual el fiscal debe proceder a:

“(i) la individualización concreta del imputado que incluye nombres, datos de identificación y domicilio para citaciones, y (ii) la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, por lo que el imputado tendrá conocimiento de unos hechos que le permitirán diseñar su defensa con la asesoría de su defensor, que puede incluir allanarse a la imputación o celebrar preacuerdo con la Fiscalía para obtener rebaja de pena.”³⁴

El Manual de Procedimientos de la Fiscalía³⁵, tomando la conceptualización que la ley hace, explica la imputación así:

“[...] Es el acto por medio del cual el fiscal delegado que dirige la investigación comunica a una persona, en audiencia ante el juez de control de garantías, su calidad de imputada. En otras palabras, de manera clara y sucinta relaciona los hechos jurídicamente relevantes que ha derivado de los elementos materiales probatorios o evidencia física o información obtenida y que la señalan como probable autora o participe de la conducta investigada”.

La naturaleza jurídica de la formulación de imputación permite que a través de la comunicación de un cargo se otorgue al ciudadano la oportunidad de defenderse y de contradecirlo, o si es el caso, de aceptarlo y recibir los beneficios que la ley confiere.

La fehaciente comprobación de la existencia del hecho y de la participación del implicado es presupuesto *sine qua non* para imputar un cargo. La afirmación de que la exigencia de la identidad fáctica está dada desde la imputación hasta la condena está basada en los mandatos de los artículos 288 (imputación), 337 (acusación), 443 (alegato de conclusión) y 448 (congruencia con la sentencia) de la Ley 906 de 2004. Por eso podemos decir que desde la formulación

³⁴ Sentencia C-1260 de 2005.

³⁵ Año 2005, página 62, y año 2006, página 95.

de imputación se delimitan las personas y los hechos integrantes del objeto del juicio.

Con todo, no puede perderse de vista el carácter evolutivo de la investigación, por lo cual el hallazgo de nuevos elementos cognoscitivos podría dar lugar a variaciones a la calificación inicial de los hechos e incluso a la formulación de nuevos cargos. Igualmente, con base en nuevas valoraciones de la información obrante en la actuación, y por razón, verbigracia, del respeto al principio de estricta legalidad, el fiscal podrá calificar de manera diferente los hechos al formular acusación variando la adecuación típica comunicada en la audiencia de imputación, siempre y cuando esa nueva tipificación no implique hechos y circunstancias no considerados en aquella, ni alteración del contenido esencial de la misma en su perspectiva fáctica.

Se concluye, entonces, diciendo que *el objeto central de la audiencia de imputación es dar a conocer a un ciudadano los cargos que se le atribuyen y por los cuales está siendo investigado*. En esta audiencia el fiscal debe velar por que su intervención sea completa, rigurosa, organizada y, además, comprensible para el ciudadano a quien se comunica su calidad de imputado.

3. Ubicación del problema jurídico de la audiencia y construcción de argumentos

El problema jurídico que el fiscal debe presentar en audiencia de formulación de imputación es básicamente “la inferencia razonable de autoría”. Este concepto, como se desarrolló en los módulos de pruebas y de programa metodológico, está íntimamente relacionado con el tema de teoría del conocimiento. El nuevo Sistema Penal Acusatorio determina claramente los grados de persuasión que se van exigiendo a lo largo de la investigación penal, los que van desde la ignorancia hasta obtener el conocimiento más allá de toda duda.

El Estado sale de la ignorancia que tiene sobre la ocurrencia de un delito en el momento en el que conoce la noticia criminal, a partir de la cual se desarrolla una serie de actos de investigación tendientes a verificar o desvirtuar la ocurrencia de una conducta penal. Los resultados de esos actos de investigación irán develando el hecho que se investiga, sus circunstancias, intervinientes y consecuencias, de forma tal que cuando se pase del estado de ignorancia a la

inferencia razonable que permita percibir la conducta punible³⁶ y su autoría, el fiscal debe dar el paso que ordena la ley, esto es, *formular la imputación*. De igual forma, cuando la investigación se lo permita y cuente con suficiente evidencia como para soportar probatoriamente un grado de conocimiento mayor, como es el de probabilidad de verdad, deberá formular acusación; y si el debate probatorio lo confirma, podrá solicitar condena cuando haya llevado al juez más allá de la duda razonable sobre la responsabilidad del acusado.

Si estos grados no se logran en el devenir del proceso, la ley también ofrece las opciones del archivo, la preclusión y la absolución. Por esto insistimos en el imperante deber del fiscal, previo a la decisión de formular imputación, de verificar si cuenta con los presupuestos probatorios que exige la ley y que le permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta que se investiga, las personas y bienes involucrados y las consecuencias de la conducta que se imputa.

La formulación de imputación implica un acto preparatorio del ejercicio de la acción penal que, como lo hemos indicado, exige una carga probatoria suficiente que permita inferir razonablemente que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga. Por ello se enfatiza en que el fiscal, antes de decidir formular imputación, debe actuar con prudencia, por las siguientes razones:

- (i) por la pesada carga que puede representar para el ciudadano el ser vinculado a una investigación, pues con este acto se puede ver afectada no solo su tranquilidad y la de sus seres más cercanos, sino también el derecho al buen nombre. Por ello, solo es *legítimo imputar* cuando se cuente con suficiente información de la que se infiera razonablemente que aquel es el posible autor o partícipe de la conducta;
- (ii) porque la viabilidad del sistema acusatorio depende en buena parte de las formas de terminación anticipada,

³⁶ Esto es, tener evidencia sobre los diferentes elementos de la conducta punible desde cualquier escuela de la dogmática que se trabaje por parte del jurista exige haber descubierto un principio de tipicidad que incluye el tipo objetivo y el tipo subjetivo, un principio de antijuridicidad e igualmente de culpabilidad.

- (iii) porque solo a partir de una adecuada imputación el ciudadano puede decidir si se acoge a una de las formas de terminación anticipadas del proceso, o si, por el contrario, asume el devenir del proceso penal en su forma ordinaria, esto es, ir hasta el final del juicio, y
- (iv) porque una incorrecta imputación que no sea detectada a tiempo y corregida oportunamente bien puede llevar a la impunidad, si después del juicio el juez absuelve al posible responsable por errores del ente acusador.

Es por esto que el fiscal debe constatar, antes de tomar la decisión de imputar, que en la investigación haya evidencia que soporte los siguientes aspectos:

1. *Ocurrencia de un hecho penalmente relevante*: implica la valoración de toda la información que le ha sido entregada por la policía judicial y la calificación que de ella hace el fiscal. En este punto deben considerarse los posibles delitos que por acción u omisión³⁸ se hayan cometido de acuerdo con los bienes jurídicos afectados³⁹.
2. *Identificación de los sujetos en conflicto*: este punto se refiere a la identificación del posible autor o partícipe y de las víctimas. La evidencia es la base para determinar los sujetos comprometidos; es la información legalmente obtenida la que nos dice quiénes tienen las calidades de autores o partícipes, de víctimas o testigos. Este análisis debe ser claro desde el principio, aunque por obvias razones, en tanto se avance con la investigación, esto puede ir cambiando. El fiscal debe estar atento a estas modificaciones para que se definan los sujetos del conflicto prontamente. Cuando se decide imputar, este aspecto debe estar determinado con base en evidencia legalmente obtenida, no en especulaciones o hipótesis sin corroborar.

³⁸ Artículo 25, Ley 599 de 2000.

³⁹ Se recomienda hacer el mismo proceso que se sugirió en el capítulo de la captura en lo relativo a la calificación de los hechos.

3. *El nexa causal entre el comportamiento del autor y el resultado:* también debe estar sustentado en elementos materiales de prueba o en información legalmente obtenida. La denuncia, una declaración o entrevista de un testigo y un dictamen técnico-científico pueden ser algunos de los medios para demostrar con inferencia razonable que la persona a quien se le formula imputación es el posible autor o partícipe de la conducta que se investiga⁴⁰. Este nexa causal determina el grado de participación, como: (i) autor⁴¹ (autoría directa, autoría mediata, coautoría, o quien actúa en lugar de otro como los representantes legales de personas jurídicas), o como (ii) partícipe⁴² (determinador, cómplice o el interviniente o extraneus). Este aspecto, “grado de participación”, debe estar acreditado con evidencias materialmente incorporadas a la investigación antes de la formulación de imputación, pues es deber del fiscal en su intervención en esta audiencia precisar a cada ciudadano al que se le comunica su calidad de imputado cuál es el grado de participación que se le endilga. En casos de más de dos imputados citados a audiencia, este acto de comunicación no puede ser grupal, genérico, ni impreciso, pues a cada uno se le debe hacer su propia imputación, clara, precisa y concreta, porque de lo contrario se estaría violando su derecho a la defensa y a la contradicción.
4. *De igual forma, el fiscal debe constatar la modalidad de responsabilidad⁴³,* esto es, debe poseer evidencia de que la conducta la realizó el posible autor con dolo, culpa o preterintención. Para esto debe contar con elementos materiales de prueba que den cuenta sobre el conocimiento de la acción y la voluntad de actuar,

⁴⁰ Es oportuno recordar que en las audiencias preliminares no se practica prueba; se allegan medios cognoscitivos como informes, declaraciones, entrevistas, denuncias, etc., que constituyen información legalmente obtenida en la que se soportan las actuaciones de la Fiscalía y sus peticiones ante los jueces de garantías.

⁴¹ Artículo 29, Ley 599 de 2000.

⁴² Artículo 30, ídem.

⁴³ Artículo 21, íbidem.

en los casos de responsabilidad dolosa, o tener evidencia sobre la acción culposa, es decir, sobre la infracción al deber de cuidado, en los casos en que la conducta se atribuye a modo de culpa. Igualmente, respecto de la intencionalidad inicial y de la previsión del resultado no deseado pero ocasionado imprudentemente, cuando se asigna a título de preterintención. Cuando el fiscal avizore la posibilidad de la concurrencia de causales eximentes de responsabilidad, deberá disponer que la policía judicial realice actos de investigación tendientes a su corroboración o descarte. Si se corroboran, se abstendrá de formular imputación, independientemente de las consideraciones referidas a la legalización de la captura. Demostrada la causal eximente de responsabilidad, lo jurídicamente procedente es solicitar la preclusión.

5. *Contar con un mínimo de referente de culpabilidad:* en este punto debe tenerse evidencia de la que se infiera razonablemente que el imputado actuó con conciencia de su ilicitud, que su determinación de actuar no está cobijada por ninguna circunstancia eximente o atenuante de culpabilidad, razón que le hace exigible una conducta ajustada al ordenamiento jurídico y en la que se basa el juicio de reproche que le hace el Estado.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 2

A un fiscal le asignan un caso que da cuenta de un procedimiento de rutina, realizado por agentes de la Policía Nacional, en el que registraron la motocicleta de placas EKB 71, conducida por el señor RAÚL FUENTES, mayor de edad, residente en el municipio de La Ceja, quien al ser requisado por el agente PEDRO DUARTE, le halló en el cinto del pantalón un arma de fuego, tipo revólver. Luego del trámite relativo a la captura⁴⁴, el fiscal ordenó a la policía judicial que realizara los actos de investigación relativos a la identidad plena del implicado, el examen del elemento incautado para determinar su aptitud como arma de fuego y, entre otros actos de investigación, dispuso que se obtuviera la certificación del Departamento de Armas del Ejército Nacional

⁴⁴ Traslado del capturado, la efectivización de sus derechos y la elaboración de informes para la puesta a disposición ante el Fiscal del caso.

para determinar si al capturado le habían expedido permiso para portar el arma incautada.

Un ejemplo de construcción del argumento que permite explicar la inferencia razonable para la formulación de imputación, con base en las premisas que se desprenden del procedimiento de captura al que nos acabamos de referir, sería:

1. RAÚL FUENTES se encuentra plenamente individualizado por los agentes que participaron en el procedimiento y que lo señalan como el posible autor de los cargos que se le imputan, además se cuenta con el servidor de policía judicial que lo reseñó e identificó plenamente con su tarjeta decadactilar cotejada con la de su reseña.
2. La versión del agente PEDRO DUARTE da cuenta de que el señor RAÚL FUENTES portaba un arma de fuego. Esta es creíble porque se trata de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, no tiene relación con el implicado y por tanto carece de interés para perjudicarlo y sus dichos encuentran respaldo en el hecho de que el arma existe y fue puesta a disposición de la Fiscalía.
3. Se verificó con la autoridad respectiva que el señor RAÚL FUENTES no tiene salvoconducto para portar armas de fuego. Ello, sumado al hecho de que no exhibió una autorización en tal sentido durante el procedimiento de captura, permite inferir que cuando le fue incautada el arma no tenía permiso para portarla.
4. También puede concluirse fundadamente que el artefacto incautado al señor FUENTES efectivamente es un arma de fuego, toda vez que esta da cuenta de la materialidad del delito, que encuentra soporte técnico científico en el informe preliminar del perito que la examinó y determinó que era idónea para los fines que fue creada.
5. Frente al hecho de que se movilizaba en una motocicleta para cuando le fue incautada el arma, dicha conclusión encuentra respaldo en la versión del agente DUARTE, creíble según las razones dadas, aunada al hecho de que la motocicleta fue inmovilizada y por tanto su existencia no admite discusión.

6. Del relato de DUARTE, quien asegura que RAÚL FUENTES llevaba el arma en el cinto de su pantalón, puede inferirse razonablemente que este conocía de la existencia del arma de fuego, pues es lógico concluir que quien porta un arma en ese lugar sabe de la existencia de la misma. En suma, puede concluirse que el señor FUENTES optó libremente por portar un arma de fuego a sabiendas de que no tenía autorización para ello, y también libremente decidió llevar el arma mientras conducía un vehículo (motocicleta), configurándose así la forma dolosa de responsabilidad que exige este tipo penal, además de la circunstancia agravante⁴⁵.
7. Sobre las bases de culpabilidad que deben ser analizadas desde el principio de la investigación por el fiscal, tenemos que no hay evidencia que dé cuenta de una circunstancia eximente de culpabilidad en la conducta del señor FUENTES. De igual forma, tenemos evidencia de que es una persona mayor de edad, capaz, imputable, consciente de la ilicitud, que conocía de la necesidad del permiso de las autoridades para poder portar un arma de fuego y que le era impositivo obtenerla, pero decidió conscientemente no respetar la norma y poner en peligro la seguridad pública.
8. La conclusión a la que llegamos después de este análisis es que la Fiscalía cuenta con los elementos suficientes para formular imputación por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, bajo el verbo rector “el que... porte armas de fuego de uso personal...”, descrito en el artículo 365 del código de las penas, agravado por la circunstancia descrita en el mismo artículo, inciso 1º “cuando la conducta se cometa utilizando medios motorizados”.
9. En su preparación, el fiscal deberá incluir lo atinente a las consecuencias (i) punitivas (prisión), y (ii) pecuniarias (multa) de la conducta, pues sobre ello deberá ilustrar

⁴⁵ En relación con la circunstancia de agravación punitiva, oportuno es tener en cuenta lo explicado en el módulo de programa metodológico sobre los subproblemas y su argumentación, con un ejemplo específico sobre el particular.

al imputado, a efectos de que el acto de comunicación sea completo. Esa “cuenta” o dosificación punitiva debe hacerse desde dos perspectivas: (i) desde la pena imponible, sumando los aumentos por calificantes y restando los atenuantes (además, teniendo en cuenta las circunstancias amplificadoras del tipo), y (ii) desde la justicia premial, indicando el porcentaje de rebaja que la ley ofrece, sin cuantificar, porque esta es tarea del juez una vez ha definido la pena por imponer.

4. ¿Qué hacer en los casos donde nos falta evidencia para formular imputación?

A diferencia del ejemplo anteriormente expuesto, en algunas oportunidades puede ocurrir que, (i) a pesar de existir motivos fundados para la captura en flagrancia, la evidencia existente o la información legalmente obtenida no es suficiente para que el fiscal infiera razonablemente que esa persona es autora de esa conducta, y (ii) a pesar de existir motivos fundados para la captura en flagrancia y evidencia que demuestre autoría, se vislumbran circunstancias que permiten hablar de eximentes de responsabilidad que inciden en la adecuación y consecuencias de la conducta, aspectos que deben presentarse en la imputación.

Ciertamente, en lo que se relaciona con el primer problema, es claro que existen algunos delitos, como los de encubrimiento por receptación, que demandan del ente acusador mayores labores investigativas para poder vincular a una persona a un caso penal mediante la imputación. En este delito, por ejemplo, se requiere evidencia sobre el conocimiento de la ilicitud del bien, elemento este que no siempre se satisface con la posesión o tenencia del bien por parte del implicado y que en la mayoría de los casos demanda del Estado una gran actividad para establecer quiénes son terceros de buena fe y quiénes han realizado actos para ocultar o encubrir su origen ilícito. Esto conlleva verificación de negocios, contratos, movimientos bancarios, análisis de trámites ante las autoridades de tránsito, entrevistas, etc., que usualmente no se logran conseguir dentro de las 36 horas siguientes a la captura de quien posee un bien reportado ante las autoridades como hurtado, en especial cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre la denuncia y la incautación para evitar excesos contrarios a la función pública

y especialmente a la justicia, como lo ordena el artículo 27 de la Ley 906 de 2004. Atendiendo a los motivos fundados que se desprenden del hallazgo de un bien que es requerido por las autoridades, como el caso de los agentes de la Policía Nacional cuando encuentran en un retén un vehículo hurtado, lo exigible al servidor del Estado es que proceda a la incautación del bien, para restablecer los derechos de las víctimas, luego acudan ante el fiscal para que este resuelva sobre la legalidad del procedimiento y asuma la investigación. Si se insiste en el ejemplo de ausencia de elementos para hablar de conducta punible, ni siquiera podemos hablar de flagrancia, pues el hecho de que una persona tenga en su poder un bien de procedencia ilícita no da cuenta por sí solo de manera suficiente y razonada de que esa persona conocía de su ilicitud.

En todo caso el fiscal, antes de formular imputación, debe verificar que se reúnan los requisitos para ello; especialmente deberá analizar los elementos estructurales de la conducta punible. Si se parte de que la imputación genera cargas para el ciudadano, debe evitarse que una decisión en tal sentido esté basada en el análisis exclusivo de los elementos objetivos del tipo penal, pues los elementos subjetivos, que en algunos delitos tienen un enorme peso y trascendencia, también deben ser objeto de estudio. De no ser así, se podría estar judicializando personas con base en responsabilidad objetiva, esto es, por haber sido sorprendidas en posesión de un objeto de procedencia ilícita, y la flagrancia requiere más que esa materialidad del hecho, la flagrancia se predica del delito. Como lo proscribe nuestro Código Penal en su artículo 9º, parte final, “la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”. Exige, para que la conducta sea punible, que sea típica, antijurídica y culpable, y de esto debe tener evidencia la Fiscalía cuando imputa. Mientras más completas sean nuestras imputaciones, tendremos mayores probabilidades de terminación anticipada del proceso, más economía procesal y mejor y más pronta justicia⁴⁶.

5. La intervención del Juez de Control en la Audiencia de Imputación

Como ya se indicó, la formulación de la imputación es uno de los actos más importantes en el nuevo sistema penal acusatorio, pues

⁴⁶ Ver módulo de principio de oportunidad y preacuerdos.

su viabilidad como sistema, depende en gran medida de que un alto porcentaje de casos se termine de manera anticipada, por lo que le es exigible a la Fiscalía el deber de obrar con transparencia y lealtad y, de la misma manera que los demás intervinientes, actuar como guardián del ordenamiento jurídico.

Así como la correcta y completa tipificación será garantía del asentimiento del Juez de Control frente al acto de imputación, los errores en la calificación de la conducta generarán un espacio de intervención que pondrá en cuestión la calidad profesional del fiscal, generará inseguridad en el imputado frente al acto que se le comunica y producirá en el juez un rechazo que afectará el desarrollo de las siguientes fases procesales.

En este sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 19 octubre de 2006, en la que actuó como magistrado ponente, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, dentro del proceso radicado bajo el número 25724, que los errores en las imputaciones también deben ser cargados a los jueces, pues tratándose de su función de controlar la legalidad de los actos de allanamiento, su labor no puede ser la de simples observadores. Al respecto precisó la Corte:

“ ... equivocadamente algunos juzgadores han entendido que esa tarea se limita a verificar que la aceptación del imputado sea libre, voluntaria y con la debida asistencia de su defensor, cuando por mandato legal se les impone el deber de velar por el respeto irrestricto a las garantías fundamentales (artículos 6° y 351, inciso 4°, del Código de Procedimiento Penal), dentro de las cuales, a no dudarlo, se encuentran las de la legalidad de los delitos y de las penas y de tipicidad estricta, principios protegidos como derechos constitucionales fundamentales por el artículo 29 de la Carta Política. y se hace esta aseveración porque la “justicia consensual, premial, pactada”, no puede ser adoptada a cualquier precio, dejando de lado la legislación sustantiva, que en modo alguno fue derogada por la Ley 906 del 2004.

“Como es elemental, deben ser explicados con claridad los criterios que, como en este evento, conducen a tipificar la conducta lejos de la realidad, con el consiguiente mensaje de impunidad, al menos parcial, todo lo cual va en desmedro del nuevo esquema y olvida el mandato del artículo 348.2 del estatuto procesal, de acuerdo con el cual los mecanismos implementados deben conducir a “aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento”.

Por esto, el proceso de adecuación típica debe ser cuidadoso y seguro, por respeto a principios fundantes del debido proceso, como el de legalidad e igualdad ante la ley. Razón por la que deben agotarse los fines de la indagación con suficiencia, esto es, dirigir a la Policía Judicial para que verifique los hechos en su integridad, establezca nexos entre víctima y victimario, determine circunstancias de tiempo, modo y lugar que servirán para establecer la imputación de circunstancias especiales del tipo, del capítulo y del título, así como de mayor y menor punibilidad de la parte general del código, tarea que le corresponde al fiscal como experto en derecho.

Existen casos que en principio pueden dar lugar a equivocaciones relacionadas con la tipificación, por lo que es mejor agotar actos de investigación que den claridad sobre los hechos, antes de apresurarse a formular imputación. Así puede suceder con los de hurto y receptación, o puede ocurrir con el acceso carnal respecto del acto sexual abusivo con incapaz de resistir y acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir –que es un delito más grave–, lo mismo que entre el enriquecimiento ilícito y el lavado de activos, etc.

La formulación de la imputación penal debe tener un componente jurídico. La razón está en que, ante la comunicación de un cargo, el investigado tenga la oportunidad de defenderse y de contradecirlo; o si es el caso, de aceptarlo y recibir los beneficios que la ley otorga. La fehaciente comprobación de la existencia del hecho y de la participación del implicado es presupuesto *sine qua non* para imputar un cargo.

La exigencia de identidad fáctica que la imputación, la acusación y la sentencia conllevan está dada en que con ella se delimitan las personas y los hechos integrantes del objeto del juicio, y además se traba la relación jurídico-procesal, es decir, la imputación es la base objetiva (fáctica) y subjetiva (sujetos involucrados) sobre la cual va a versar el debate.

Es preciso aclarar que la congruencia de la que aquí se habla es de tipo fáctico, pues se refiere a los hechos y no al derecho. Por identidad del hecho debe entenderse el suceso material comprensivo de la conducta humana (despliegue físico o psíquico) y en sus efectos en el mundo exterior. En ese punto es donde debe existir entendimiento entre lo comunicado por el fiscal y lo comprendido por el imputado,

ya que la calificación legal puede variar durante el procesamiento.

A manera de conclusión, podríamos decir que la intervención del juez de garantías va más allá de la verificación de la libre y espontánea aceptación de los cargos por parte del imputado, pues es connatural a su función velar por la correcta y completa tipificación de la conducta atribuida al ciudadano implicado. Ahora bien, no puede perderse de vista que la misma es de iniciativa en su conformación y delimitación de la Fiscalía, pero tampoco que la intervención del juez se fundamenta en su obligación de velar por el respeto de las garantías fundamentales, entre ellas el principio de la estricta legalidad de los delitos y las penas, máxime si se tiene en cuenta que desde este momento surge la posibilidad del allanamiento y en consecuencia de la emisión de la sentencia, que entonces debe corresponderse tanto con la imputación fáctica como con la jurídica.

Es tarea del juez velar por la legalidad de los delitos, la tipicidad estricta (formal y material) y la correcta información sobre las consecuencias de la conducta; es decir, el juez ha de estar atento a que le haya enunciado correctamente las consecuencias punitivas y pecuniarias de la conducta y, de igual forma, le haya comunicado debidamente las rebajas que la ley le ofrece. Importante es el rol del juez en este sentido, para lo que deberá estar permanentemente actualizado, igual que el fiscal, con el fin de que si el representante del ente acusador ofrece al imputado un beneficio que la ley prohíbe, el juez, en aplicación de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004, corrija el acto irregular y evite nulidades posteriores que solo comprometen el buen funcionamiento de la administración de justicia.

La justicia es un valor que hay que proteger de ligerezas, errores e imprecisiones, a las que por falta de investigación puede verse abocada la fiscalía. Es mejor indagar y esclarecer los hechos que hacer imputaciones por lo que parece obvio, como en el caso del delito de receptación antes comentado, porque en materia de justicia todo hay que probarlo, y ante la posible participación en un hurto calificado y agravado en concurso con secuestro, un ofrecimiento de receptación sería un error judicial que el implicado estaría dispuesto a aceptar sin recelo, generándose no solo violación al principio de legalidad, sino también al de igualdad frente a los demás autores del ilícito.

Se insiste en que la fiscalía debe tener evidencia del nexo causal entre el comportamiento y el resultado. Esta no se puede presumir, ni mucho menos afirmar en audiencia de imputación para procurar un allanamiento a cargos sin el mínimo probatorio requerido, pues, igual, el juez de conocimiento la exigirá para poder impartir legalidad a la aceptación de cargos y emitir sentencia.

6. El término después de formular imputación

Con esta audiencia comienza la fase de investigación, que de acuerdo con el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 no puede exceder de treinta (30) días contados desde el siguiente a la formulación de imputación, salvo lo dispuesto en el artículo 294 de la misma ley, que plantea la situación de cambio de fiscal por vencimiento de términos, caso en el cual el nuevo fiscal cuenta con treinta (30) días para la investigación y la toma de una de las decisiones a que se refiere el artículo 175, esto es, para aplicar el principio de oportunidad, solicitar preclusión o formular acusación.

7. Reporte al sistema de información

Como lo dispone el artículo 129 de la Ley 906 de 2004 y nos lo recuerda el Manual de Procedimientos de la Fiscalía⁴⁷, el fiscal, concluida la audiencia de formulación de imputación, debe reportar al sistema de información de la Fiscalía, dentro de los cinco (5) días siguientes esa novedad, para mantener actualizado el registro de personas vinculadas a una investigación penal.

8. Fundamento jurídico

Constitución Política, artículo 29; Ley 906 de 2004, artículos 97, 127, 268, 274, 286 a 294, 351.

⁴⁷ Edición del año 2006, página 99.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 3

En la ciudad de Villavicencio, a las 21:30 horas del día 31 de octubre de 2006, se apoderan de un camión de propiedad del depósito de materiales “LOS MONTOYA” con 500 adobes, 500 bultos de cemento y 200 kilos de alambre precocido. El camión era conducido por el señor JAIME BERMÚDEZ, de 69 años de edad, trabajador del depósito desde hace 10 años y conductor del vehículo desde hace 7. Los asaltantes eran seis hombres, que tras intimidarlo con un arma de fuego, le ordenaron que descendiera del carro, dos de los asaltantes le taparon la cara con un pasamontañas, le ataron sus manos hacia atrás y se lo llevaron en dirección a la vereda Vanguardia, a un sitio despoblado, por donde lo obligaron a caminar por espacio de dos horas; allí lo tuvieron 30 minutos más y luego le ordenaron que bajara hacia la ciudad nuevamente, pero que no reportara el hecho a la autoridades.

Entre tanto, el camión era conducido por uno de los asaltantes, hacia el municipio de Fuente de Oro (que se encuentra a un tiempo aproximado de 2 horas de distancia). Con él viajaban otros tres atracadores, quienes se acomodaron en la cabina del carro durante el viaje. Al llegar al municipio de Fuente de Oro el camión fue observado por los campesinos del sector quienes notaron cómo daba vueltas por el mismo barrio, por lo que avisaron a la Policía dando las características del automotor, al que describen como camión marca Chevrolet B 600, color azul. De inmediato sale una patrulla motorizada integrada por los Agentes GÓMEZ y LÓPEZ, a verificar lo reportado por la ciudadanía.

Efectivamente, a la 01:30 a. m. del día 1º de noviembre de 2006, los agentes encuentran un camión de las características mencionadas, ubicado en la calle 2 con carrera 4-26, estos observan que cuatro hombres están bajando materiales de construcción del camión y que estas personas al notar su presencia emprenden la huida dejando el vehículo parqueado en la calle. Los policiales se acercan a la casa y allí encontraron a un hombre de 50 años de edad, que identifican como RODOMIRO ESCOLLÓN, morador del inmueble, quien estaba recibiendo y acomodando los materiales en el garaje de la casa. Los agentes lo interrogaron sobre la procedencia de los elementos y este manifestó no saber de quién son, no tenía facturas de compra, dijo no conocer al conductor del camión, ni a

los hombres que lo estaban descargando. Los agentes en búsqueda de más información registraron el automotor y encontraron los documentos del vehículo, al verificar la información ni al señor ESCOLLÓN, como tampoco al rodante de placas PPY 789, le aparecían solicitudes pendientes de las autoridades.

A las 3:00 de la mañana del 1º de noviembre de 2006, el señor JAIME BERMÚDEZ se presenta en la estación de policía de la ciudad de Villavicencio donde es atendido por los patrulleros TAPIAS JORGE ENRIQUE y ARANGO JHON FREDY, quienes de inmediato dan aviso a otras estaciones de policía, entre ellas la del municipio de Fuente de Oro, informando que el camión de placas PPY 789 marca Chevrolet, modelo 2002, había sido hurtado el 31 de octubre de 2006 y que la víctima, esto es, el conductor, estaba en la estación formulando la denuncia, a quien identificaron como un hombre de 69 años de edad, de nombre JAIME BERMÚDEZ, con signos de agotamiento, y rastros de haber caminado por largas horas en el monte, se observaba en sus zapatos tierra y en sus pantalones algunas hierbas adheridas, la ropa estaba húmeda y el señor mostró marcas en sus manos producidas por las cuerdas con las que lo tuvieron atado.

Con esta información los agentes de la estación de policía de Fuente de Oro procedieron a dar captura al señor RODOMIRO ESCOLLÓN, le informaron sus derechos y lo dejaron a disposición de la Fiscalía junto con el camión y los materiales de construcción incautados. La descripción que hizo el señor JAIME BERMÚDEZ de los asaltantes no coincide con la del señor RODOMIRO ESCOLLÓN, pues la víctima afirma que quienes lo atracaron y tuvieron retenido eran hombres jóvenes de edades que oscilaban entre 20 y 30 años.

Los agentes se presentan a las 8:00 de la mañana en el despacho del fiscal del municipio de Fuente de Oro, para dejarle a disposición el capturado y los elementos incautados.

Partiendo de la premisa de que el examen a la captura fue de legalidad, responda: ¿Debe formular imputación? Para responder este interrogante, realice la siguiente actividad.

1. Determine qué bienes jurídicos del señor JAIME BERMÚDEZ se vieron materialmente afectados.
2. Determine en qué tipo(s) penal(es) se subsume la conducta del señor ESCOLLÓN. Especifique en cada una: delito,

circunstancias especiales del tipo, capítulo, título, y las genéricas a que haya lugar según el presupuesto fáctico descrito en el caso.

3. Señale qué evidencias permiten demostrar la ocurrencia de los hechos penalmente relevantes.
4. Explique si la fiscalía cuenta o no con evidencia sobre el conocimiento de parte del señor RODOMIRO ESCOLLÓN de que los elementos que llevaron a su casa eran hurtados.
5. ¿Considera usted que la fiscalía tiene evidencia de que el señor ESCOLLÓN era conecedor de esas circunstancias de ilegalidad y aun así quiso prestar su casa para ocultarlos o adquirirlos (voluntad)? Explique su respuesta.
6. Explique si existe la evidencia de que el señor ESCOLLÓN hubiera intervenido en la planeación de la(s) conducta(s)?
7. ¿Cuenta la Fiscalía con un referente mínimo de culpabilidad? ¿En qué evidencia logra su objetivización?
8. Determine si el señor ESCOLLÓN es autor o partícipe de delito de hurto calificado y agravado, secuestro agravado, encubrimiento por favorecimiento o encubrimiento por receptación. Explique su respuesta.
9. ¿La evidencia que es presentada por los agentes al momento de la captura es suficiente para imputar alguno de estos delitos? Explique su respuesta.
10. ¿Qué significado tiene el tiempo transcurrido entre el hurto y el hallazgo de los elementos en la casa de ESCOLLÓN?

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 4

Analice el siguiente ejemplo y determine si se dan los presupuestos para formular imputación.

Construya: (i) hipótesis delictiva; (ii) elementos estructurales del tipo; (iii) determine los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que permitan subsumir la conducta en el tipo penal, y (iv) identifique las consecuencias punitivas de la conducta y el alcance de los beneficios por aceptación unilateral de cargos.

Caso hipotético

El día 19 de enero de 2007, en la ciudad de Manizales, en cumplimiento de sus funciones de control, se desarrolló un procedimiento entre la Policía Nacional y las autoridades de tránsito, para revisar documentos y estado de las personas y los automotores, como cédulas, licencias de conducción, matrículas de los vehículos, estado mecánico de los automotores, etc.

En el procedimiento el agente CAÑAS ARMANDO de la Policía Nacional, junto con el guarda de tránsito RUEDA FRANCISCO, indicó la parada al vehículo marca Renault, tipo Mégane, modelo 2002, conducido por el señor RAFAEL BUENDÍA, natural de Bogotá. En la revisión a los documentos y al vehículo, los agentes se dan cuenta de que al automotor no le corresponde la placa MNL 100 de Bogotá, que lo identificaba para el momento del procedimiento; que por el contrario, esa placa aparece asignada según las bases de datos a un Chevrolet Alto, modelo 2003, el cual no tiene antecedentes. Por esto, le solicitan al Técnico en Automotores de la Sijín, S. I. FLORES MARTÍN, que revise el número del chasis del automotor y con esta información constatan que la placa que le corresponde al vehículo Mégane es EXZ 333 de Envigado, Antioquia, el cual había sido hurtado desde diciembre 7 de 2004 en esa ciudad.

El señor RAFAEL BUENDÍA entrega a los agentes su cédula, la licencia de tránsito, la matrícula del automotor, la cual resultó ser falsa integralmente, al igual que la placa MNL 100, según el experto en documentología de la Sijín, LUNARICARDO. De igual forma, el señor BUENDÍA entregó a los agentes un documento con los logotipos de la Secretaría de Movilidad de la ciudad de Bogotá, denominado documento de traspaso de vehículo, que en la costumbre mercantil se le conoce como traspaso abierto, en donde aparecen la firma y huella de JULIÁN CABRERA. Ante el hallazgo flagrante de las falsedades documentales, el agente CAÑAS le informó al ciudadano BUENDÍA que el vehículo quedaba incautado y que tenía derecho a guardar silencio y ser asistido por un abogado defensor, le indicó además los datos de la autoridad ante quien dejaría el vehículo a disposición. El señor BUENDÍA, conociendo sus derechos, manifestó libremente y en

presencia del agente CAÑAS que adquirió el vehículo en una compraventa de La Calera hace 8 meses y que aún no ha hecho el registro del vehículo a su nombre, porque le advirtieron que se debían los impuestos desde el año 2003 y estaba esperando conseguir el dinero para pagarlos. Se muestra ajeno al cambio en la placa y dice tener el contrato de compraventa en la casa en Bogotá, el que aportará posteriormente en tanto le sea posible. Los agentes inmovilizaron el vehículo, identificaron al poseedor y rindieron el informe al de la localidad.

Analice el siguiente ejemplo y determine si se dan los presupuestos para formular imputación.

Construya: (i) hipótesis delictiva; (ii) elementos estructurales del tipo; (iii) determine los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios que permitan subsumir la conducta en el tipo penal, Y (iv) identifique las consecuencias punitivas de la conducta y el alcance de los beneficios por aceptación unilateral de cargos.

C. Audiencia de medida de aseguramiento

1. Concepto

Antes de definir la medida de aseguramiento, dado que es la excepción a la regla superior de la libertad, partiremos, a manera de afirmación de dicho derecho fundamental, definiéndola como:

“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”

Desde una perspectiva eminentemente jurídica, la *libertad* es el conjunto de derechos y facultades que, garantizados legalmente, permiten al individuo, como miembro del cuerpo social de un Estado, hacer o no hacer todo lo compatible con el ordenamiento jurídico respectivo.

El fundamento constitucional del derecho a la libertad es el Artículo 13 de la Carta Política, que preceptúa que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades, sin hacer distinciones de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El derecho a la libertad, en sentido más específico, está previsto en el artículo 28 de la Constitución Política, donde se dispone que toda persona es libre y, en consecuencia, nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado.

De la citada norma superior se extractan dos principios que orientan la restricción de la libertad:

1. El principio de reserva judicial: cuando la Constitución dice “... sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente”.
2. El principio de legalidad o de reserva legal, cuando establece “... con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”.

La Corte Constitucional ha conceptuado que la libertad es:

“... el derecho de todos a no ser privados de la libertad sino en la forma y en los casos previstos en la ley, de donde surge que la definición previa de los motivos que pueden dar lugar a la privación de la libertad es una expresión del principio de legalidad, con arreglo al cual es el legislador, mediante la ley, el llamado a señalar las hipótesis en que tal privación es jurídicamente viable...”

(...)

“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 solo 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 2º 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, aun cuando el derecho a la libertad no es absoluto, es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo.”⁴⁸.

Definida, como está, la *libertad*, no es entonces un derecho absoluto, por lo cual admite restricciones, como la detención preventiva, respecto de la cual se ha dicho que:

“... consiste en la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de la sentencia en firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral, o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad...”⁴⁹

La prisión preventiva, ha sostenido la Doctrina, es una de las instituciones procesales que evidencian claramente el régimen político existente en una nación, pues los regímenes políticos autoritarios se caracterizan por una extensión desmedida de la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, en tanto que en los

⁴⁸ Sentencia C-774, del veinticinco (25) de julio de dos mil uno (2001), en la que reiteró lo ilustrado en Sentencia C-397 de 1997. Subrayado por fuera del texto original.

⁴⁹ La Prisión Preventiva. Javier Llobet Rodríguez. San José de Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S. A. 1997, página 35.

regímenes democráticos, en donde se aplica un sistema procesal con rasgos acusatorios, se imponen, por el respeto a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad en la intervención del Estado, unas exigencias mayores, definidas en la ley como requisitos objetivos y subjetivos para la imposición de la prisión preventiva.

Lo que la doctrina internacional ha dado en llamar “prisión preventiva”, en el ordenamiento jurídico colombiano se denomina “medidas de aseguramiento”. Hacen parte de las denominadas medidas cautelares, es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte impone la autoridad judicial sobre bienes o personas, con el fin de asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad.

Sobre las medidas cautelares, la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas sentencias lo que ellas significan, bajo qué requisitos se puede imponer y cuáles son sus fines. Dichas sentencias conforman una línea jurisprudencial sobre lo que las medidas significan dentro de nuestro ordenamiento jurídico, indicando que:

“Las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de estos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado con vulneración de un derecho sustancial se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin...”⁵⁰.

En sentencia C-425 de 1997, había dicho:

“Las medidas cautelares deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán, con un carácter eminentemente provisional o temporal y bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén.

“... La detención preventiva como medida de aseguramiento, dada su naturaleza cautelar, “se endereza a asegurar a las personas acusadas de un

⁵⁰ Sentencia C-774 de 2001, que reitera lo dicho en la sentencia C-634 de 2000.

delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado...”

En esos términos, podemos concluir que la institución de la *detención preventiva* es compatible con la Constitución⁵¹ y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo y no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena, en los siguientes términos:

“En cuanto se refiere a la detención, la Carta Política distingue claramente entre ella y la pena. El artículo 28 alude a la primera y exige, para que pueda llevarse a cabo, mandamiento escrito de autoridad judicial competente, impartido y ejecutado con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. A la segunda se refiere el artículo 29, que plasma la presunción de inocencia a favor de toda persona, estatuyendo, para que pueda imponerse una pena, el previo juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio y con la integridad de las garantías que configuran el debido proceso...”

(...)

“Así, una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal y de que, por tanto, debe aplicarse la sanción contemplada en la ley...”⁵².

⁵¹ Sentencias C-301 de 1993, C-106 de 1994, C-689 de 1996, C-327 de 1997 y C-425 de 1997.

⁵² Sentencia C-106 de 1994.

No obstante lo anterior, la ley dispone que el tiempo de detención sea computado como parte de la pena, lo que se convierte en un dictado de justicia y de equidad.

Igualmente, la Corte ha sostenido la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.”.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.”.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse este en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal...”⁵³.

La misma corporación ha establecido la concurrencia de la detención preventiva con el derecho a la libertad personal, en los siguientes términos:

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva

⁵³ Sentencia C-689 de 1996.

cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad solo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales”⁵⁴.

De conformidad con la doctrina constitucional, las disposiciones referentes al derecho a la libertad personal, que se encuentran en los tratados internacionales, son criterios para su interpretación. En tal sentido el citado tribunal señaló:

“A este respecto, ha considerado que dicha medida, cuya naturaleza cautelar o preventiva no exige para su configuración un juicio previo o de una sentencia condenatoria, busca cumplir con los fines y objetivos de la investigación penal que se materializan en la judicialización de los punibles tipificados en la ley y en la comparecencia del imputado al proceso impidiendo que se evada de la acción de la justicia. Igualmente, ha entendido que, por su intermedio, se pretende también evitar que el delincuente continúe con el desarrollo de sus actividades ilícitas y con aquellas tendientes a ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios que son importantes para el cumplimiento de la función judicial y para el esclarecimiento de los hechos. Así lo manifestó en la Sentencia C-106/94, al estudiar la norma procesal que consagra la figura:

“Debe resaltarse que la norma constitucional del artículo 28 y las legales que desarrollan el instituto de las medidas de aseguramiento no implican posibilidad de abuso de la autoridad judicial competente, pues esta, al tenor de la Carta, debe estar fundada en motivos previamente definidos en la ley. Tales motivos, según las normas acusadas, son los indicios graves de responsabilidad que existan en contra del sindicado.

‘Claro está, tratándose del derecho fundamental de la libertad, aplicando el artículo 94 de la Constitución Política, el alcance de su garantía constitucional debe interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los cuales conciben la detención preventiva como una excepción, es decir, como un instrumento al cual únicamente puede apelarse en los casos previstos por la ley y dentro de sus rigurosos límites, sin perjuicio de las garantías que aseguren la comparecencia del

⁵⁴ Sentencia C-634 de 2000.

sindicado al pertinente juicio y su disponibilidad para la ejecución del fallo, tal como se ha subrayado en esta sentencia. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo)'. (Subraya fuera de texto).

Se concluye entonces que la detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales, normas en las cuales encuentra su legitimidad y su alcance, en cuanto la aludida medida tiene un carácter preventivo y excepcional.

Nuestro actual ordenamiento procesal penal, definido en la Ley 906 de 2004, al referirse a la prisión preventiva establece la excepcionalidad de las medidas de aseguramiento señalando:

“Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.”

“Artículo 296. Finalidad de la restricción de la libertad. La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.”

Por su parte, el Manual de Procedimientos de la Fiscalía⁵⁵ define la medida de aseguramiento como:

“... la limitación material o jurídica de la libertad de una persona y de algunos derechos como el patrimonio económico (si se le impone una caución real), la locomoción (si se le imponen presentaciones periódicas o un dispositivo electrónico), cuando se infiera razonablemente que es autor o partícipe de la conducta punible investigada y por la cual se le ha formulado imputación. Ellas pueden ser entonces privativas o no privativas de la libertad, según la clasificación que trae el Código de Procedimiento Penal en su artículo 307”.

De acuerdo con la nueva sistemática procesal penal definida en la ley 906 de 2004, articulada con las nuevas disposiciones constitucionales

⁵⁵ Edición 2006, página 100.

del Sistema Acusatorio, a la Fiscalía solo le corresponde adoptar una determinación sobre la concesión de libertad en casos en que no se cumplan los requisitos objetivos para decretar la detención preventiva o para decretar por parte del fiscal que la captura en flagrancia fue ilegal. En los demás casos, le corresponde al fiscal acudir ante el juez de garantías, dejándole a disposición el aprehendido, para que sea el juez quien resuelva sobre la legalidad del procedimiento de captura y sobre las demás peticiones que le presenten las partes, incluyendo la de la posible imposición de una medida de aseguramiento.

Sobre el particular, la Corte, en Sentencia C-591 de 2005, dijo:

“No se trata, en consecuencia, del decreto de una medida restrictiva del ejercicio de la libertad individual, y por ende, de competencia exclusiva del juez de control de garantías, sino de un procedimiento, adelantado por una autoridad que conserva ciertas facultades judiciales, encaminado a salvaguardar el goce del mencionado derecho fundamental, frente a capturas que no cumplen con las condiciones constitucionales y legales de la flagrancia.”

(...)

*“De igual manera, la medida es **razonable** ya que el se limita a constatar, con base en criterios objetivos, si el supuesto delito cometido por el aprehendido en flagrancia daría o no lugar a la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva por parte de un juez de control de garantías. En este caso, igualmente, se propende la defensa del derecho a la libertad personal, ya que, en la práctica, el juez de control de garantías terminaría igualmente absteniéndose de imponer la medida restrictiva del derecho fundamental.”*

(...)

“Aunado a lo anterior, la decisión del fiscal de dejar en libertad al aprehendido se justifica en cuanto, de todas formas, se le impone al ciudadano el compromiso de comparecer cuando sea necesario”.

2. Objeto central de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento

La Audiencia de Medida de Aseguramiento tiene como propósito central que el fiscal exponga con transparencia, ante el juez, los intervinientes en la audiencia y la ciudadanía en general, las razones

por las cuales considera necesario que a un ciudadano se le imponga una medida de aseguramiento, independientemente de que esta sea privativa de la libertad o no.

Como se mencionaba, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-591 de 2005, al fiscal solo le es permitido restablecer el derecho a la libertad en los casos en los cuales objetivamente no procede la medida de aseguramiento privativa de la libertad. En dicha sentencia, la Corte Constitucional determinó que en los casos en los que objetivamente procede una medida de aseguramiento privativa de la libertad, es deber del fiscal acudir ante el juez de garantías para explicar en audiencia si pide o no que se le imponga medida de aseguramiento al ciudadano. En ambos casos deberá exponer sus argumentos y las bases de estos deberán ser entregados al juez, para que controle la legalidad y procedencia de la solicitud de la Fiscalía.

Entonces, una de las cargas argumentativas que tiene el fiscal en la audiencia es precisar con claridad cuál es la medida que está solicitando se imponga por parte del juez a una persona. Esta pretensión debe ser clara y, además, debe estar concretamente ubicada en la ley. Así el fiscal debe intervenir indicando, entre otros, los siguientes aspectos:

a. Aspectos objetivos

- (i) Que para el caso, por la naturaleza del delito y la pena imponible, procede objetivamente la medida de aseguramiento.
- (ii) Debe precisarse al juez qué clase de medida procede, es decir, si privativa de la libertad o no.
- (iii) Una vez ubicado en la clase de medida que corresponde, deberá decirse en concreto cuál es la que se solicita.

La Ley 906 de 2004, en su artículo 313, dispone:

“Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. *En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*

2. *En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
3. *En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*

El artículo 26 de la Ley 1142 de 2007 adicionó un numeral al artículo 313 de la Ley 906 de 2004, que consagra otra causal objetiva de imposición de medida de aseguramiento, en los siguientes términos:

"4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente".

El artículo 28 de la Ley 1142 de 2007 modificó el artículo 315 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

"Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrán imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal B, siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas".

El criterio a que hacen referencia las normas citadas es al de la pena prevista en la ley como pena imponible (desde la valoración que en abstracto hizo el legislador para cada tipo penal); luego, para establecer el monto de la pena, hay que realizar todo el procedimiento sugerido para la delimitación de las consecuencias penales en la imputación; es decir, que se deben atender las circunstancias modificadoras de la punibilidad que implican variación de los mínimos, por constituir situaciones *concomitantes* a la realización de la conducta punible, definidas por el legislador en abstracto como circunstancias calificantes, agravantes o atenuantes de los tipos penales; cosa diferente son las circunstancias *posdelictuales*, como las rebajas por aceptación de cargos o acuerdos entre la fiscalía y la defensa, que no pueden tenerse en cuenta para establecer el mínimo

de la pena prevista, pues ellas deben ser evaluadas por el juez de conocimiento para la determinación de la pena en concreto.

Un ejemplo sería

De conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, por tratarse de un delito investigable de oficio, como es el delito de homicidio, que tiene una pena mínima prevista que excede cuatro (4) años de prisión. En consecuencia, se solicita al juez le imponga al imputado medida privativa de la libertad de las descritas en el artículo 307, Literal A, Numeral 2º (ídem), de detención preventiva en la residencia señalada por el imputado.

b. Los presupuestos subjetivos

Estos requisitos subjetivos son coincidentes con los fines constitucionales de la medida de aseguramiento⁵⁶, esto es:

1. Que la medida resulte necesaria para evitar que el imputado obstruya la acción de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

3. Problemas jurídicos de la audiencia de medida de aseguramiento

Los asuntos de los que debe ocuparse el fiscal de resolver ante el juez de control de garantías, al momento de solicitar una medida de aseguramiento, son los de autoría o participación y el de los fines de la medida:

a. Inferencia de autoría o participación

Esta exigencia de inferencia razonable de autoría o participación se establece como requisito de la medida de aseguramiento, como consecuencia del principio de proporcionalidad. Con este grado de conocimiento, el interés persecutorio del Estado aumenta y debe el imputado tolerar medidas coercitivas en su contra, pues se

⁵⁶ Se tratarán en punto de los fines de la medida.

presenta un conflicto de intereses constitucionales entre el interés del imputado en su libertad y el interés del Estado en la persecución penal, en tanto el fundamento del proceso penal descansa en hacer posible en la práctica la aplicación del Derecho Penal Sustantivo.

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 dispone que la medida de aseguramiento será procedente cuando de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida pueda inferirse razonablemente que el imputado pueda ser autor o partícipe de una conducta punible. Este requisito implica dos situaciones que ameritan un análisis individual:

(i) La evidencia para acreditar autoría: aunque el ordenamiento procesal dispone que el descubrimiento debe hacerse en la audiencia de acusación, previa enunciación de las evidencias en el respectivo escrito, cuando el fiscal decide solicitar la imposición de medida de aseguramiento debe enseñarles al juez y a los demás intervinientes en la audiencia las evidencias físicas y/o información legalmente obtenidas de la que puede “inferirse razonablemente” que el imputado es autor o partícipe. Como quiera que por regla general la medida de aseguramiento se solicita al comienzo de la etapa de investigación (luego de formulada la imputación), resulta lógico que el legislador solo haya exigido la acreditación de la inferencia razonable de autoría, ya que los niveles de conocimiento mayor están reservados para la formulación de acusación (probabilidad de verdad) y la solicitud de condena (convencimiento más allá de toda duda razonable). El fiscal debe recordarle al juez que la inferencia razonable de autoría o participación es el nivel de conocimiento que se exige para la imposición de medida de aseguramiento, y (ii) luego debe demostrarle que el requisito se cumple con los medios de acreditación que ha decidido descubrir.

La conciencia crítica para elegir el descubrimiento necesario es algo que debe caracterizar al fiscal en el nuevo sistema. Para ello debe haber realizado un análisis muy importante y minucioso de la evidencia, por cuanto debe evitarse hacer descubrimientos excesivos o innecesarios (especialmente cuando ello pueda poner en peligro a los testigos o afectar la comparecencia de estos a la audiencia de juicio oral). Pero tampoco es adecuado descubrir evidencia insuficiente para satisfacer el requisito que estamos analizando, pues en ese evento nuestra pretensión sería denegada. En estos casos, él

debe centrar su atención en lo que un juez requiere para tener como acreditada la inferencia razonable de autoría. No debe olvidarse que quien decide en esta audiencia es el juez de control de garantías. En consecuencia, es a este a quien hay que convencer, pues mientras que en la imputación la inferencia razonable es del fiscal, en esta audiencia de imposición de medida el juicio de razonabilidad de autoría o participación lo hace el juez.

b. Fines de la medida de aseguramiento

El análisis de los fines de la medida de aseguramiento debe realizarse teniendo siempre presente que se trata de una medida cautelar y no de una pena⁵⁷. Estos requisitos subjetivos, conocidos como los fines constitucionales de la medida de aseguramiento, son:

1. Que la medida resulte necesaria para evitar que el imputado obstruya la acción de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Para tener algunos referentes conceptuales sobre estos temas de comparecencia, obstrucción a la justicia y peligro a la comunidad, tomaremos unos aportes doctrinales que pueden ser de gran utilidad.

En relación con el peligro de fuga, la legislación alemana y la latinoamericana lo contemplan como requisito para el dictado de la prisión preventiva, al considerar que a través del proceso debe hacerse factible que se pueda imponer una pena a la persona que ha cometido un hecho delictivo.

La doctrina latinoamericana ha dicho que algunos parámetros que deben analizarse al momento de decidir la existencia del peligro de fuga son:

⁵⁷ Este tema fue desarrollado a profundidad por la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, cuya lectura es recomendada para entender los fines de la medida.

“a) el arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; b) la pena que podría llegar a imponerse en el caso; c) la magnitud del daño causado; d) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse a la persecución penal (...) Heinz Zipf menciona entre las circunstancias por considerar el monto de la pena esperada, las relaciones personales del imputado, en particular sus vínculos familiares, la seguridad del puesto de trabajo, el domicilio fijo, los cambios frecuentes de domicilio o trabajo, la utilización de nombres falsos o papeles...”

(...)

“Al hablarse de ‘peligro’ de fuga, se está haciendo referencia a la probabilidad de que el imputado, en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado, o bien se vaya a sustraer de la pena que se podría imponer.”⁵⁸

Sobre las dificultades para identificar al imputado, el doctrinante Llobet agrega:

“... son de gran relevancia para el dictado de la prisión preventiva, por ejemplo si el imputado no porta documentos de identificación, lo anterior, ya que no habría seguridad de que la información dada fuera la verdadera, de modo que podría fácilmente sustraerse de la acción de la justicia de ser liberado...”

(...)

“En lo relativo a la indicación del domicilio, el imputado en principio no está amparado por el derecho a abstenerse de declarar, derecho que se refiere a la declaración del imputado con respecto a los hechos imputados, pero no con relación a los datos de identificación, dentro de los cuales se encuentra el domicilio. El imputado debe ser veraz sobre dichos datos.”⁵⁹

Y sobre el peligro de obstaculización:

⁵⁸ *La prisión preventiva*. Javier Llobet Rodríguez. 1997.

⁵⁹ *La prisión preventiva*. Javier Llobet, Ob. cit.

“... se trata de una causal clásica de la prisión preventiva que, conforme a la doctrina mayoritaria alemana y latinoamericana, es conforme a la presunción de inocencia, ya que se persiguen fines de carácter procesal...”

(...)

“Dicha disposición debe ser aprobada, ya que uno de los fines del proceso penal es el descubrimiento de la verdad, que se trata de garantizar a través de esta causal de prisión preventiva, cuando existe peligro de que el imputado intente falsear los medios de prueba...”

(...)

“Debe existir grave sospecha de que el imputado: a) destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; b) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o c) inducirá a otros a realizar tales comportamientos...”

(...)

“El peligro de obstaculización debe ser deducido, al igual que el peligro de fuga, de las circunstancias del caso concreto.”⁶⁰

En relación con el peligro a las víctimas, el autor que se viene citando alude a una sentencia de la Corte Constitucional de Costa Rica, Voto 1161- 91. En RJC, Nro. 11, p. 179, en la que se dijo:

“El hecho de que la víctima habite en el mismo vecindario que el acusado y el hecho de que el delito se cometiera con extrema violencia o intimidación obliga a denegar la libertad para evitar que el acusado de quedar en libertad intimide a su acusadora y entorpezca la averiguación de la verdad de los hechos en alguna otra forma.”⁶¹

Estas notas conceptuales servirán para el análisis de los requisitos subjetivos de la medida de aseguramiento, los cuales deben examinarse a la luz del principio de proporcionalidad⁶², que implica que toda restricción de derechos fundamentales tiene que tener una finalidad constitucionalmente relevante. Tal es el caso de la medida de

⁶⁰ *La prisión... Ob. cit.*

⁶¹ *La prisión... Ob. cit.*

⁶² Artículo 27 de la Ley 906 de 2004.

aseguramiento, que afecta el derecho a la libertad (en sus diferentes manifestaciones) y, por tanto, su procedencia tiene que estar atada a un fin específico.

En las sentencias C-774 de 2001 y C-591 de 2005, la Corte Constitucional analizó dichos fines y concluyó que la restricción de este derecho fundamental se justifica cuando sea necesario para: (i) proteger la práctica de pruebas; (ii) proteger a la víctima o a la sociedad, o (iii) garantizar la comparecencia del sindicado (ahora imputado) al proceso.

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

Se tiene, entonces, que la propia Constitución en el citado artículo establece una de las finalidades admisibles para la detención preventiva, cual es la de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. Sin embargo, esta norma no agota el ámbito de indeterminación del concepto, cuyo alcance corresponderá fijar, dentro de los límites constitucionales, al legislador y a la jurisprudencia.

Sobre el particular la Corte ha dicho:

“Dentro de las funciones que se le atribuyen a la Fiscalía General de la Nación en el artículo 250 de la Carta, aparece en primer lugar la de ‘asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento’. El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse.”

(...)

“La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar,

destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción...⁶³’.

Igualmente, en aras de impedir la continuación de la actividad delictual, la protección de la comunidad puede concebirse como un fin propio de la detención preventiva, a partir de la consideración del mandato del artículo 1º de la Constitución, según el cual el Estado colombiano se encuentra fundado en “la prevalencia del interés general”, cuyo desarrollo explica el precepto consagrado en el Artículo 2º de la Carta, por el cual es fin esencial del mismo asegurar la convivencia pacífica de la comunidad y un orden social justo. No obstante, esta atribución debe actuar en concordancia con el principio de la dignidad humana y, por lo tanto, para no lesionar las garantías fundamentales del imputado, el fiscal debe actuar con objetividad y transparencia⁶⁴.

Como se ve, la citada Corporación, aun dentro del ámbito del propio artículo 250 ha encontrado para la detención preventiva finalidades que desbordan el tenor literal previsto en esa disposición. Para la completa determinación del concepto de detención preventiva, reitera la Corte, la Constitución ha dejado un espacio a la potestad de configuración del legislador, la cual, sin embargo, no está exenta de límites, puesto que debe ejercerse de manera que respete tanto la naturaleza cautelar de la figura como los principios y derechos constitucionales.

La propia Carta contiene elementos que, sin excluir otros, resultan constitucionalmente admisibles y pueden configurar finalidades válidas para la detención preventiva. Así, por ejemplo, la Constitución prevé, de manera implícita, como fin u objetivo de la detención preventiva la necesidad de afianzar la preservación de la prueba, tal como se deduce del Numeral 4º del artículo 250 de la Constitución, por virtud del cual es función de la Fiscalía “velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso”. Si a dicha entidad le corresponde garantizar la seguridad de los testigos y de sus testimonios, modalidad de prueba reconocida por los ordenamientos procesales, es admisible que para cumplir tal objetivo decrete las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, circunstancia que bajo una interpretación sistemática no restringe su alcance a otros

⁶³ Sentencia C-395 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁴ Artículo 115 de la Ley 906 de 2004.

medios de prueba que puedan estar en un serio y fundado peligro (*fumus boni juris*), y que requieran como única medida de protección la detención, ya que en ausencia de estas circunstancias, y en aras de proteger la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y el derecho a la libertad personal (artículos 2º y 28 de la Constitución) es predicable la adopción de otro tipo de medidas menos lesivas de estos derechos fundamentales, como disponer la vigilancia de las personas o la incautación de documentos, entre otros.

La Ley 906 de 2004, en su artículo 308, retomó los lineamientos trazados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2001 y en tal sentido dispuso que, además de la demostración de la inferencia razonable de autoría, la medida de aseguramiento tiene que ser necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, ponga en peligro a la sociedad o a la víctima o evitar que no comparezca al proceso o que no cumpla la sentencia.

4. La carga probatoria de la Fiscalía en la medida de aseguramiento

Dada la gravedad de este tipo de decisiones en materia de afectación del derecho fundamental a la libertad, es lógico que el legislador exija que la necesidad de protección de alguno de estos intereses constitucionalmente relevantes debe tener soporte en “motivos graves y fundados”. Así pues, no basta con que el fiscal aduzca que el imputado podrá destruir evidencias, sino que *debe aportar los medios de acreditación que sirven de fundamento a su aseveración*, por ejemplo, que al momento de la captura amenazó a los testigos; que en procesos anteriores procedió violentamente contra ellos; que tiene acceso a las pruebas e intentó destruirlas cuando se enteró de que estaba siendo investigado, etc.⁶⁵

5. Clases de medidas de aseguramiento

El ordenamiento procesal penal consagra dos tipos de medidas: (i) las privativas de la libertad, establecidas en el artículo 306, y (ii) las no privativas de la libertad, reguladas en el artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

⁶⁵ En este aspecto se remite al lector al módulo de argumentación jurídica en el que se desarrolló un ejemplo de medida de aseguramiento.

El artículo 313 ídem consagra una lista taxativa de delitos frente a los cuales procede medida de aseguramiento de detención preventiva, por lo que, si se trata de un delito no incluido en dicha lista, no procederá la detención. Existe sí la posibilidad de que ante el incumplimiento de una medida no privativa de la libertad será procedente una medida más gravosa, como la privativa de la libertad (artículo 316 de la Ley 906 de 2004), siempre que sea necesaria.

Por su parte, el artículo 315⁶⁶ estatuye que procederá medida de aseguramiento no privativa de la libertad cuando la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro años.

a. Medidas de aseguramiento privativas de la libertad

El fiscal debe argumentar sobre el sitio de reclusión (intramural o domiciliaria). Debe tenerse especial cuidado con este aspecto, porque en ocasiones los jueces, con la intención de lograr la mayor protección del derecho a la libertad, optan por conceder la detención domiciliaria cuando ello puede afectar la protección del interés constitucional que pretende defenderse (la actividad probatoria, la seguridad de la comunidad o de la víctima, o la comparecencia al proceso), sobre todo cuando se trata de agresiones sexuales a menores. Se insiste en que la necesidad de proteger los intereses de las víctimas también es un interés constitucional, pues se han conocido casos de detenciones domiciliarias ordenadas por el juez a solicitud de la defensa, aun cuando el supuesto violador reside en el mismo inmueble o muy cerca de la víctima. Cuando se aduzca la necesidad de defender el derecho al trabajo y al mínimo vital, debe ponderarse siempre con la imperiosa obligación de proteger a la persona a la que se le han violado sus derechos fundamentales a través del delito.

En el artículo 307 de la Ley 906 de 2004 el legislador estableció que son medidas de aseguramiento privativas de la libertad:

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento.

⁶⁶ Modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007.

b. Medidas no privativas de la libertad

Cuando se trate de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, el fiscal debe tener en cuenta que aunque no impliquen la restricción física de la libertad, estas medidas también afectan derechos y garantías fundamentales y, por tanto, deben ser objeto de una suficiente argumentación.

Acorde con lo anterior, para que sean procedentes dichas medidas, deben acreditarse, además de los requisitos consagrados en los artículos 308 y siguientes, dos aspectos: (i) la probabilidad de autoría, y (ii) la necesidad de la medida. Sobre el primero –autoría o participación–, se remite al lector a lo planteado en el capítulo de la imputación, y con relación al segundo –necesidad de la medida–, a lo planteado en la parte inicial de este módulo sobre los principios orientadores de la función judicial del fiscal y la función jurisdiccional del juez.

El fiscal debe analizar cuál o cuáles medidas no privativas de la libertad son verdaderamente necesarias para lograr el fin perseguido, pues si solicita alguna que no tenga relación con el mismo, su argumentación será fácilmente atacada e incluso es posible que por dicho error dejen de aplicarse otras medidas que sí eran procedentes.

Las medidas no privativas de la libertad son:

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse, periódicamente o cuando sea requerido, ante el juez mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.

6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m.

Como se ha insistido, la imposición de medidas de aseguramiento está regida por el principio de proporcionalidad, en esta materia desarrollado por los artículos 27 y 295 del Estatuto Procesal. Según dicho principio, toda restricción de derechos y garantías fundamentales, además de estar permitida constitucional y legalmente, tiene que cumplir los siguientes requisitos:

- (i) Debe ser idónea para cumplir el fin perseguido: es muy importante que el fiscal verifique este aspecto, ya que si, por ejemplo, aduce que el imputado no comparecerá al proceso, tiene que velar por que la medida solicitada sea útil para garantizar su presencia.
- (ii) Debe ser necesaria: cuando una determinada finalidad puede alcanzarse con dos o más medidas restrictivas, debe elegirse la que implique menor restricción de los derechos fundamentales. Así, verbigracia, si para proteger la actividad probatoria son igualmente idóneas una medida privativa de la libertad y una no privativa, debe optarse por esta. En todo caso, el fiscal debe argumentar con suficiencia al respecto.
- (iii) Que la medida sea proporcional: es lógico que deba existir equilibrio entre la limitación del derecho fundamental y la importancia del interés cuya tutela se pretende. Este aspecto fue en buena parte regulado por el legislador, toda vez que la medida de aseguramiento de detención preventiva, como

se vio, solo procede frente a delitos considerados por el legislador como “graves” (artículo 313).

En términos generales, es importante que el fiscal presente su caso de manera clara y contundente, pues así logra desde un principio que el juez se forme una idea sobre la necesidad de imponer medida de aseguramiento. Además, debe ser muy preciso sobre su pretensión, indicando el artículo, el literal y el numeral de la medida que está solicitando, igual que el numeral que sirve de soporte a la necesidad de la misma.

6. Sobre el descubrimiento en la Audiencia de Medida de Aseguramiento

Esta temática ha sido desarrollada por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual es imperioso el estudio de tales avances⁶⁷.

En la sentencia T-1112 de 2005, la Corte determinó que la evaluación y contradicción de los elementos de conocimiento que prevé el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 no buscan establecer la responsabilidad del imputado, como sí lo hacen las pruebas, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en sus derechos. A su juicio, la finalidad del descubrimiento de dichos elementos y la oportunidad de contradicción de estos constituyen una garantía de los derechos fundamentales, en especial del derecho de defensa que, como ya lo ha dicho la Corte, se puede ejercer desde el inicio mismo del proceso. Por consiguiente, la Corte no encontró que las expresiones acusadas violen el Artículo 250 de la Constitución sino que, por el contrario, buscan proteger los derechos del procesado y asegurar la imparcialidad de la decisión del juez de garantías. De ahí que hubiera declarado su exequibilidad frente al cargo analizado.

7. Informe al Sistema de la Fiscalía sobre las medidas impuestas

El artículo 320 de la Ley 906 de 2006 impone al juez el deber de comunicar al Sistema de Información de la Fiscalía General de la Nación, al igual que al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión de proferir, modificar o revocar medidas de aseguramiento.

Este sistema es importante consultarlo tratándose de medidas de aseguramiento, porque el artículo 310-3, sobre el fin relacionado con

el peligro a la comunidad, cita este tipo de registros (sobre haber sido acusado o estar sujeto a alguna medida de aseguramiento) como fundamento para solicitar una nueva medida de aseguramiento.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 5

Analice la siguiente hipótesis delictiva y determine si en lo expuesto hay base para:

- a) La inferencia razonable de autoría. Justifique su respuesta.
- b) Clase de medida que procede. Justifique su respuesta.
- c) Necesidad de la medida. Justifique su respuesta.
- d) Prepare una argumentación, como se indicó en el módulo de argumentación jurídica, de una petición de imposición de medida de aseguramiento.

Caso hipotético

Los señores ERNESTO PRIETO y MATEO ORDÓÑEZ acudieron, el día 18 de febrero de 2007, a la Unidad de Policía Judicial de Popayán, Cauca, para informar que el señor ARCADIO CUÉLLAR, alias "Caliche", se encontraba en la vereda donde ellos residían solicitando apoyo para el Frente 13 de las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC. Allí fueron atendidos por el Investigador de la Sección de Información y Análisis del CTI, ALFREDO QUIÑÓNEZ. Los señores PRIETO y ORDÓÑEZ son personas residentes en la localidad de INZÁ, Cauca, y manifestaron al investigador QUIÑÓNEZ que conocían al señor CUÉLLAR como un vecino de la vereda "Casco Blanco", que había abandonado el caserío por un periodo aproximado de tres años sin que se tuviera noticia de la actividad a la que se dedicaba actualmente. Indicaron, además, que había aparecido en la vereda desde hacía aproximadamente cinco días, y que se había quedado donde un familiar de nombre AARÓN NAVIA CUÉLLAR, quien el mismo día de su llegada lo había trasladado

⁶⁷ Ver sentencias C-1154 de 2005, C-591 de 2005, C.S.J. 25920 21 de febrero de 2007.

al centro hospitalario de INZA debido a su delicado estado de salud, donde permanecía hospitalizado desde el día 13 de febrero. Los informantes manifestaron que sabían de la posible vinculación del señor CUÉLLAR a un grupo subversivo, porque unos investigadores del DAS habían estado en la vereda “Casco Blanco” indagando por el paradero de ARCADIO CUÉLLAR. Como estos señores son líderes cívicos, no quieren que la vereda se vea afectada por ningún tipo de problema y por eso decidieron acudir a las autoridades.

El servidor de policía judicial que recibió la entrevista a estos dos informantes conocía, por su función en el grupo de información y análisis, de dos desmovilizados del Frente 13 de las FARC que habían hecho la dejación de armas durante los dos meses anteriores. Uno de ellos de nombre HENRY MANQUILLO, alias Mateo, fungía como comandante del grupo de finanzas del Frente 13 de las FARC. hasta diciembre de 2006; al preguntársele si conocía dentro de la organización a la que había pertenecido, a un combatiente que se identificaba con el alias de “Caliche” indicó que sí y se le recibió entrevista sobre la información que de este tenía, haciendo además, con la ayuda de un técnico en morfología, un retrato hablado del combatiente “Caliche”. En su entrevista, indicó que alias “Caliche” se desempeñaba como comandante de la compañía “Libertadores” y que tenía bajo su mando a 30 hombres y que su área de influencia era los departamentos de Cauca y Huila. Que sabía de su pertenencia al grupo subversivo desde febrero de 2005.

Por su parte, el señor ÓSCAR MONCAYO, alias “Buendía”, señaló que alias “Caliche” era un cabecilla dentro de la organización FARC, indicó que él había pertenecido a una comisión bajo su mando señalándolo como comandante de la misma entre los meses de enero de 2005 y diciembre de 2006. Con el señor MONCAYO también se hizo retrato hablado y las características descritas sobre alias “Caliche” eran coincidentes con las del retrato hablado elaborado con la información del señor MANQUILLO. El señor MONCAYO indicó que la cuadrilla al mando de “Caliche” se hacía conocer como “Libertadores”. Agregó que la última misión que tenía asignada esta cuadrilla era asesinar al alcalde de Pitalito, Huila, señor JACOBO CAICEDO, quien antes de desempeñarse

como alcalde había sido un suboficial del Ejército Nacional, adscrito a la brigada 18 de Popayán.

Con esa información, el investigador ALFREDO QUIÑÓNEZ se desplazó hasta la fiscalía y allí registró la noticia criminal y se abrió indagación por el posible delito de “Rebelión”. Bajo la dirección del fiscal del caso, el investigador realizó los siguientes actos de investigación:

El día 19 de febrero se desplazó hasta la localidad de INZÁ, Cauca, y visitó el centro hospitalario y allí se entrevistó con el médico FLAVIO BERMÚDEZ, con quien constató que desde el día 13 de febrero de 2007 se encontraba hospitalizado un hombre de 49 años de edad, que se había identificado como ARCADIO CUÉLLAR, que su sintomatología era de estar padeciendo la enfermedad selvática que da por la picadura del pito, la cual de acuerdo con el perito médico ya se encuentra controlada en el paciente y requiere solo de los medicamentos recetados, que sería dado de alta el día 20 de febrero de 2007.

Se solicitó, el 19 de febrero de 2007, al Batallón José Hilario López, con sede en Popayán, Sección de Inteligencia B2, información sobre el indiciado y se obtuvo la orden de batalla del Frente 13 de las FARC, donde en efecto aparece relacionado el indiciado. El Capitán PEDRO BAILARINO DOMICO, oficial del B2, suministró la orden de batalla del Frente 13 donde parece relacionado alias “Caliche” como comandante de la compañía “Libertadores” y su retrato hablado.

Con esta información se solicitó en audiencia reservada orden de captura en contra de ARCADIO CUÉLLAR TAMI, de 49 años de edad, natural de Pitalito, Huila, con cédula 15.990.990, al juez de control de garantías de INZÁ, Cauca, quien resolvió favorablemente la petición de la fiscalía, el día 19 de febrero de 2007.

La captura la hizo efectiva el 20 de febrero de 2007 el investigador del caso, ALFREDO QUIÑÓNEZ, en el centro hospitalario de INZÁ, Cauca, en momentos en que era dado de alta por el médico tratante.

El día 21 de febrero de 2007, a las 8:00 a. m., se desplazaron el juez de control, el representante de la fiscalía, el defensor del pueblo asignado para el caso, por previa solicitud del capturado y el delegado

del ministerio público, al hospital para realizar las audiencias de legalización de captura por orden judicial, la formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

D. Audiencia para solicitar control a la orden de allanamiento

1. Noción

La diligencia de allanamiento y registro es una de las formas de afectación al derecho fundamental a la intimidad, sometida a unas condiciones de excepcionalidad que fueron confiadas por el legislador a la Fiscalía. Como con ellas se compromete el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, empezaremos por citar su consagración legal (en sentido amplio).

La Constitución Política establece positivamente el derecho fundamental a la intimidad, cuando expresa:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

“En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

“La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.⁶⁸

De igual forma, la norma superior consagra la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio, indicando:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino

⁶⁸ Artículo 15 Constitución Política de Colombia.

*en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley”.*⁶⁹

El allanamiento y el registro, al igual que las interceptaciones, la retención de correspondencia, la recuperación de información dejada al navegar en internet, entre otros, son actos de investigación que realiza la policía judicial con orden del fiscal. La razón de la orden previa de aquel se da porque estos actos constituyen afectación a derechos fundamentales, que por disposición del constituyente fueron dejados al control previo. Es decir que, ante una solicitud de la Policía Judicial de un allanamiento, el fiscal director de la investigación deberá evaluar si se cumplen los requisitos para ordenarlo, y en su examen deben estar presentes los principios de prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad de la intervención, para que cuando se encuentre ante el juez de garantías argumentando su decisión lo haga bajo los mismos principios con que lo va a examinar el juez en su rol de controlador formal y material del respeto de las garantías procesales y de derechos fundamentales.

Para hacer un análisis de la diligencia de allanamiento se parte del concepto de domicilio. Por ‘*domicilio*’, para los efectos que nos ocupan, no puede entenderse estrictamente el lugar que sirve de morada habitual al individuo. El concepto subyacente en el artículo 28 de la Constitución ha de entenderse de modo amplio y flexible, ya que trata de defender los ámbitos en los que se desarrolla la vida privada de las personas, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección de la dignidad y la intimidad de la persona, al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su “yo anímico” en múltiples direcciones.

2. Objeto central de la audiencia

En la audiencia de control de legalidad posterior a la diligencia de allanamiento y registro, la Fiscalía acude, dentro de las 36 horas siguientes a la afectación al derecho a la inviolabilidad del domicilio, ante un juez de control de garantías para que revise formal y materialmente: (i) la orden de la diligencia, y (ii) el procedimiento de allanamiento y registro.

⁶⁹ Artículo 28 Constitución Política de Colombia.

Para comprender las cargas argumentativas que tiene un Fiscal ante los jueces de control cuando encuentra procedente ordenar⁷⁰ una diligencia de allanamiento y registro, es necesario que enfatizamos sobre los derechos que con el mismo se ven afectados, esto es, el de intimidad y el de inviolabilidad del domicilio.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-591 de 2005, hablando de allanamientos y registros, precisó que estos, a pesar de ser una actividad investigativa que compromete derechos fundamentales, por disposición del constituyente es una facultad que aún conservan los fiscales, pero la sometió a control judicial posterior dentro de las 36 horas siguientes. Sobre el particular dijo:

“En virtud del Acto Legislativo 03 de 2003 la Fiscalía General de la Nación tiene competencia, sin previa orden judicial, para adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, facultades todas estas que se encuentran sometidas a un control posterior por parte del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

“De acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004, artículos 220 y siguientes, solo podrá expedirse una orden de allanamiento y registro con el único fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en el Código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o participe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito.

“La orden expedida por el fiscal deberá determinar con precisión los lugares que se van a registrar, y si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia; de no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, se deberá indicar en la orden

⁷⁰ El artículo 250 -2º de la Constitución Política y el artículo 114- 3º de la Ley 906 de 2004 facultan al Fiscal General de la Nación o a su delegado para ordenar, entre otros actos de investigación, allanamientos y registros.

los argumentos para que, pese a ello, proceda el operativo. Sin embargo, en ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamientos indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar”.

Para determinar los alcances del allanamiento, empecemos por diferenciarlo semánticamente del registro. “*Allanar*” quiere decir “facilitar, permitir a los ministros de la justicia que entren en alguna iglesia o lugar cerrado”. En este sentido, constituye una medida de orden procesal que adoptan los jueces tanto en materia penal (visitas domiciliarias y pesquisas en lugares cerrados) como en materia civil, laboral administrativa, etc., y que realizan, bien sea personalmente o bien encomendándola a otros funcionarios, mediante una *orden de allanamiento*. En otra acepción, aunque de sentido figurado, equivale a “entrar a la fuerza en casa ajena y recorrerla contra la voluntad de su dueño”.⁷¹

Los alcances de la orden de allanamiento fueron delimitados por el legislador de manera genérica, cuando deja abierta la opción de los lugares que se pueden registrar. En este punto tenemos que acudir entonces al concepto de *domicilio* que, según Busso, es “el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de efectos jurídicos” (...) “Se distingue entre el concepto de *residencia*, el lugar de la morada efectiva y el de *domicilio*, que exige además del hecho material de la residencia, el ánimo de permanencia en ese lugar. Por último encontramos la *habitación*, lugar donde la persona se encuentra viviendo por cierto tiempo determinado, también llamado *domicilio accidental*”.⁷²

Bajo esta definición de domicilio, podemos incluir espacios como la casa de habitación, los hoteles, la casa-carro, las carpas, las celdas, entre otros. Lo que la norma constitucional y la legal es que la Fiscalía determine⁷³ en su orden de allanamiento los lugares que se van a registrar. Si el lugar dispone de varias habitaciones o compartimientos, deberá indicar en cada caso los lugares interiores que serán objeto del registro, a menos que se presenten las circunstancias del Inciso

⁷¹ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Osorio. Editorial Heliasta.

⁷² Ob. cit.

⁷³ El Artículo 22 de la Ley 906 exigía que los lugares se determinaran con precisión. El Artículo 14 de la Ley 1142 de 2007 eliminó la expresión “con precisión”.

2º del artículo 222 de la Ley 906 de 2004, reformado por el artículo 14 de la 1142 de 2007.

3. Circunstancias que generan la expectativa razonable de intimidad

Para poder determinar lo que significa una expectativa razonable de intimidad, es importante definir el concepto de *intimidad*, que le da un sentido claro a esta expectativa de derecho, a fin de precisar qué acciones restringen o afectan su núcleo esencial:

*“... refiérase la expresión al derecho que todas las personas tienen de que sea respetada su vida íntima, a efectos de que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres y perturbando de cualquier modo su intimidad”.*⁷⁴

Este derecho constituye la existencia de una expectativa que se tiene por la condición de ser persona, y que en consecuencia permite a un individuo el derecho a excluir a otro del lugar donde tiene intimidad, si este es de aquellos donde una persona prudente espera estar a salvo de la intromisión de otros ciudadanos o del Estado. No depende de que la persona ostente la calidad jurídica de propietario legítimo, como suma de otros derechos o facultades, es decir, de gozar, disponer y dominar un bien con exclusión del arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentre indebidamente en poder de otro, sino que también lo tienen quienes tuvieron acceso legítimo al lugar, así no sea su titular o morador, cuando la persona ha tomado medidas para mantenerlo a salvo.

En la medida en que el allanamiento es una diligencia con la que se afectan derechos fundamentales, está regida también por la prohibición de exceso, que limita el poder punitivo del Estado. Esta prohibición, que funge como garantía, se asemeja a lo que respecto a la regulación de las medidas de aseguramiento la doctrina ha denominado como “principio de gradualidad en la medida”, que está construido sobre la base de dos factores:

- (i) la gradualidad de las medidas, y

⁷⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Osorio. Editorial Heliasta, página 296.

(ii) sobre la base de la escogencia de la más adecuada.

Este principio aplica también en materia de diligencias investigativas, como la inspección al lugar de los hechos, la solicitud de información, la entrevista, etc., que deben ser examinadas por el fiscal director de la investigación, de acuerdo con los diversos hechos y circunstancias que rodean la historia, con el fin de que se determine, siempre bajo el supuesto de la excepcionalidad y restrictividad de las medidas que afectan derechos fundamentales, como la libertad o la intimidad. Este análisis en la escogencia de la diligencia de allanamiento, como actividad investigativa apropiada para los fines que con ella se pretendan alcanzar, debe ser presentado al juez de garantías bajo el marco del principio de proporcionalidad; esto es, una argumentación que pase adelante a la diligencia de allanamiento ordenada a la luz de los subprincipios de necesidad, adecuación, proporcionalidad en sentido estricto y razonabilidad, tal como se desarrollaron en la parte general de este módulo.

La razonabilidad de la diligencia, como lo indicamos, cuando se trata de aplicar la Constitución, debe acudir a una racionalidad no formal sino material, a la razonabilidad, que corresponde a lo prudente. Lo razonable parte simplemente de la buena voluntad o del sentido común; permite que se utilicen criterios éticos, ideológicos o políticos, aunque no estén previstos en el ordenamiento jurídico. En ocasiones se sacrifican algunas reglas del mismo ordenamiento jurídico y, sin embargo, la decisión sigue siendo válida. Se puede hablar entonces de razonabilidad para referirnos a decisiones que no son racionales, en sentido estricto, pero que por su argumentación se consideran válidas en Derecho. Este criterio debe ser analizado en primera instancia por el fiscal del caso, a quien se le ha hecho una solicitud de allanamiento, para luego hacer esos mismos planteamientos ante el juez de control.

4. Los problemas jurídicos que debe resolver el Fiscal en Audiencia de Control

El fiscal debe ser preciso en la intervención sobre el cumplimiento de los requisitos de la orden de allanamiento. Por consiguiente, deberá exponer ante el juez y los intervinientes en la audiencia, según sea reservada o pública, los motivos fundados que tenía para

la orden, los cuales deberá descubrir para que el control que de ellos hace el juez sea formal y material:

a. Sobre los requisitos formales

Que la orden haya sido emitida por el fiscal del caso. Este requisito aplica para la regla general, pues se considera que el fiscal, como funcionario judicial que sigue siendo,⁷⁵ velará por la legitimidad de la actuación, determinará con conciencia crítica y proporcionada si es necesaria la diligencia de cara a los derechos fundamentales que estén en juego, como el derecho a la justicia, los derechos de las víctimas y los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio de los moradores del mueble o inmueble que será objeto de la diligencia. De igual forma, habrá de decirse que, de acuerdo con la nueva legislación procesal, quienes están facultados para realizar la diligencia son los servidores con funciones de policía judicial.⁷⁶

b. Sobre los requisitos materiales

A los análisis ya anotados sobre el juicio de proporcionalidad que debe anteceder a una orden de allanamiento debemos agregar que su motivación debe incluir un examen sobre la pertinencia de la diligencia, que responde a lo contemplado en el artículo 219 de la Ley 906 de 2004, sobre los eventos en los que procede el registro. Son:

1. Para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física.
2. Para realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

La orden, de conformidad con el parágrafo del artículo 161 de la Ley 906 de 2004, debe reunir los mismos requisitos de una providencia judicial, cuyo contenido mínimo debe comprender:

1. Mención de la autoridad competente.
2. Lugar, día y hora de la orden de allanamiento (que es diferente de la vigencia de la orden, tiempo que tienen los servidores

⁷⁵ Artículo 116 de la Carta Política.

⁷⁶ Artículos 201, 202 y 203 de la Ley 906 de 2004.

de policía judicial para hacerla efectiva).

3. Identificación del número de radicación de la actuación.
4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica. Para el caso de la orden de allanamiento se refiere, en primer lugar, a la hipótesis delictiva en la que el fiscal del caso encuadra la conducta que se investiga; en segundo lugar, a los elementos cognoscitivos que dan cuenta de la procedencia del allanamiento, y, en tercer lugar, al propósito de la diligencia de allanamiento de conformidad con el examen de proporcionalidad.
5. La decisión adoptada: debe determinar⁷⁷ los lugares que serán objeto de registro, la vigencia de la orden, el horario en que se puede realizar la diligencia, el deber de elaborar el acta de la diligencia y que, una vez realizada, sea entregado el informe respectivo dentro de las 12 horas siguientes a su terminación.

5. Motivos fundados para ordenar un allanamiento

El artículo 220 de la Ley 906 de 2004 señala que “solo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encuentre en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito”.

Para entender el alcance de la expresión “razonablemente fundados”, el artículo 221 del mismo estatuto procesal determinó que

⁷⁷ El artículo 14 de la Ley 1142 de 2007 eliminó la expresión “con precisión” que trajo inicialmente el artículo 222 de la 906 de 2004, dejando como deber al Fiscal determinar los lugares que se van a registrar, deber que interpretado sistemáticamente con el mandato del inciso segundo de la misma norma (222), en el sentido de que si no es posible la descripción exacta de los lugares que serán objeto del registro, asumirá una carga probatoria y argumentativa mayor, pues la imposibilidad de describirlos también deberá estar fundada en medios cognoscitivos como un informe, o una declaración, que expliquen y sirvan de justificación para que no estén determinados claramente en la orden.

la Fiscalía debe contar con respaldo probatorio, que se circunscribe a informes de policía judicial, declaraciones de un testigo o informante⁷⁸ y evidencia física (como videos, documentos, etc.), que confieran al fiscal un grado de conocimiento de verosimilitud sobre dos aspectos:

Por una parte, la credibilidad de la información, para lo que se apoyará en que los datos hayan sido razonablemente verificados, pues no se ordena un allanamiento para verificar una información; por el contrario, se verifica una información, y con base en ella se determina la procedencia del allanamiento, para uno de los dos fines antes referenciados (obtener elementos relacionados con la investigación o para capturar a los autores o partícipes de la conducta, en el primero de los eventos, puede ser inclusive para recuperar a las víctimas de un delito). En segundo lugar, deberá analizar si la información recolectada da cuenta de un nexo de causalidad suficiente para inferir, razonablemente, que el lugar que será objeto del allanamiento y del registro proporcionará el camino adecuado para obtener el fin que con esta diligencia busca el ente acusador.

6. Sobre las excepciones a la orden de allanamiento

El artículo 230 de la Ley 906 de 2004 consagra tres circunstancias que excepcionan la orden de allanamiento, que pudieran resumirse como: (i) cuando se cuenta con el consentimiento expreso del morador, (ii) cuando no existe expectativa razonable de intimidad, como cuando el lugar está en campo abierto, a plena vista o abandonado, y (iii) en situaciones de emergencia, como incendio, explosión o inundación, etc., que ponen en peligro la vida o la propiedad.⁷⁹

Sobre estas solo diremos que en cualquiera de los eventos mencionados la autoridad administrativa que se ve en la apremiante necesidad

⁷⁸ Sobre la reserva a la identidad de los informantes, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 1260 de 2005, indicó que la reserva de que habla el artículo 221, Inciso Segundo, es predicable hacia los demás intervinientes en la audiencia, no para el juez de control de garantías, pues esta reserva impediría que el juez haga un verdadero control formal y material.

⁷⁹ La situación descrita en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 906 de 2004 fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-519 del 11 de julio de 2007, en el entendido de que esta facultad violaba los artículos 28 y 250-2 de la Constitución.

de realizarlo sin orden, porque la misma haría nugatorio el derecho que se encuentra en juego por restablecer, deberá ajustarse al objetivo de la medida y hacer un análisis ex ante, sobre la necesaria, razonable y proporcional finalidad que con el allanamiento se persigue.

Es importante que el fiscal, cuando recibe el informe que da cuenta de un allanamiento sin orden previa, tenga en cuenta que su argumentación debe ir dirigida a los aspectos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸⁰ exige para los casos en que se presenta restricción de un derecho fundamental para dar paso a la aplicación de otros intereses protegidos constitucionalmente. El juez constitucional debe evaluar si dicha limitación es válida o si excede los marcos superiores de protección del derecho. Para ello, se ha utilizado la ponderación como técnica de interpretación constitucional, que busca ejercer el control de excesos legislativos, de la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos. En este análisis deberá establecerse la existencia de criterios objetivos y verificables, con base en los mismos medios cognoscitivos que se allegaron con el informe, que permitan llegar a la conclusión de que la limitación del derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio se justificaba constitucionalmente y que, en el caso concreto, la excepción a la regla general de la orden previa no constituyó una decisión irrazonable ni un acto arbitrario de quienes realizaron el allanamiento.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-176 de 2007, explicó:

“... se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate y la naturaleza de los derechos en conflicto. Así, por ejemplo, para analizar si la limitación de un derecho que se establece para proteger otro resulta constitucionalmente admisible se ha utilizado el principio de proporcionalidad, según el cual corresponde al juez constitucional analizar si la medida restrictiva busca un objetivo constitucionalmente válido, si es adecuada y necesaria para lograr la finalidad buscada y si es *proporcional stricto sensu*.

“Para el análisis de proporcionalidad en estricto sentido se requiere determinar si la medida objeto de control de constitucionalidad no

⁸⁰ Por ejemplo, pueden consultarse las sentencias C-818 de 2005, C-916 de 2002, C-822 de 2005, C-355 de 2006, T-575 de 1995, T-425 de 1995, T-1031 de 2001, T-933 de 2005 y 176 de 2007.

sacrifica valores, principios o derechos que tengan un mayor peso que el que se pretende garantizar, o si aquella restringe gravemente un derecho fundamental. Por consiguiente, la aplicación del principio de proporcionalidad supone la valoración de los intereses en juego y la determinación clara de la relevancia constitucional de los bienes jurídicos en tensión, pues solo de esta forma se puede definir, en el caso concreto, el grado de afectación y la forma como deben ceder, para garantizar la eficacia de todos los derechos e intereses protegidos constitucionalmente”.

En la mencionada sentencia, la Corte define las situaciones de “imperiosa necesidad” que autorizan a la policía a intervenir domicilios sin decisión judicial previa. Discurrió así la Corporación:

“Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio”. A juicio de la Corte, este caso plantea la protección, de un lado, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, de otro, el cumplimiento del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social. En efecto, la solicitud de ayuda que un particular hace a la policía no solo podría implicar una autorización tácita de ingreso al domicilio, sino el deber de todo ciudadano de responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la salud y vida de las personas.

“Además de lo anterior, la Sala opina que la excepción a la reserva judicial para penetrar al domicilio de una persona en caso de público auxilio, desarrolla objetivos constitucionalmente válidos, pues concreta el derecho de disposición del titular del domicilio (no debe perderse de vista que el morador es quien solicita la intervención de terceros), el deber de solidaridad de los ciudadanos frente a situaciones de peligro o riesgo a la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y, al mismo tiempo, protege derechos que pueden resultar gravemente afectados dentro del domicilio (artículos 1º, 2º, 11, 16 y 95 de la Carta, entre otros). De igual manera, la Corte considera que esa restricción a la garantía de inviolabilidad del domicilio resulta adecuada y necesaria para proteger otros derechos fundamentales, tales como la vida, salud e integridad de las personas cuyo socorro se implora públicamente, como quiera que la intervención de terceros puede resultar útil y adecuada para la protección de personas que se encuentran indefensas dentro de una residencia. Finalmente, la

Corte considera que la medida es *proporcional stricto sensu*, en tanto que el ingreso de la Policía, sin orden judicial previo, al domicilio de quien solicita auxilio públicamente no es de tal magnitud que anule el derecho a la inviolabilidad de domicilio, puesto que una de las principales características de ese derecho es la facultad de disposición del titular y su naturaleza relativa frente a la protección de otros derechos también de rango superior. De ahí que, en casos de extrema necesidad valorada por quien se encuentra en el domicilio, autoriza la intervención de la policía, sin orden judicial previa. En consecuencia, la Sala encuentra que esa situación no solo no viola la Constitución sino que la desarrolla...”

(...)

“Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro” (...) Al igual que la situación anterior, el ingreso al domicilio en estas circunstancias implica una acción humanitaria ante una situación que pone en peligro la vida o la salud, no solamente del morador de la vivienda, sino de la comunidad en la que se encuentra. De ahí que esas autorizaciones responden al deber constitucional que se impone a todos los ciudadanos y al imperativo superior de las autoridades de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los ciudadanos (artículos 95 y 2º de la Carta). De igual manera, la Sala encuentra que la urgencia con que se requiere la medida avala la excepción a la reserva judicial, pues resulta adecuada, razonable y proporcional para la defensa de los derechos fundamentales y colectivos...”

(...)

“Como puede verse, entonces, esa disposición regula una clara situación de límite al abuso del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues si bien es cierto que el titular de este derecho está amparado por las normas constitucionales que lo reconocen y que se imponen frente a los particulares y a las autoridades públicas, no es menos cierto que dicha protección no se hace efectiva cuando se abusa del mismo porque la Constitución salvaguarda su uso, pero no su abuso (artículo 95, numeral 1º, de la Carta). De esta forma, la Sala encuentra que, en aras de proteger derechos constitucionales

que resultan afectados por el ejercicio arbitrario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, este debe ceder y debe limitarse con la intervención inmediata y urgente de la policía, por lo que la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio resulta adecuada, necesaria y proporcional para la protección de otros derechos de rango constitucional...”

(...)

“De todas formas, cabe advertir que, en todos estos casos excepcionales de penetración al domicilio sin orden de autoridad judicial competente y, de conformidad con la ley aplicable, es necesario dejar constancia escrita de la actuación no solo para que el juez competente pueda ejercer el control de legalidad de la actuación sino también para que se adelante el control penal y disciplinario correspondiente en casos de exceso o de abuso de poder”.⁸¹

Estos criterios pueden ser útiles en la argumentación que el fiscal realice en la audiencia de control de allanamiento, que se llevará a cabo en todos los eventos, independientemente de que se cuente con orden previa del fiscal, o de que se haya realizado sin orden por estar inmersa la situación en uno de los eventos del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, pues siempre de la forma como él plantee los problemas jurídicos y como los resuelva dependerá en gran medida la viabilidad de su pretensión de legalidad de la diligencia.

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 6

Con base en el siguiente caso hipotético, prepare una intervención para audiencia de control de allanamiento desde la perspectiva del fiscal:

1. Elabore una orden de allanamiento indicando:
 - La hipótesis delictiva
 - El objeto de la orden: la ubicación de cada lugar y la descripción exacta de los lugares por registrar.

⁸¹ Sentencia C-176 de 2007.

- El organismo al que se le da la orden de allanar y registrar, precisando el servidor de policía judicial que será responsable de su ejecución.
 - La finalidad del registro (obtener elementos, recuperar víctimas o dar captura al implicado penalmente en la investigación).
 - Exposición de motivos (respaldo probatorio de la decisión, que debe incluir la valoración –las razones de credibilidad–, que el fiscal hace de los medios cognoscitivos que sustentan la necesidad de la orden de allanamiento).
 - Plazo de la orden, indicando la vigencia (30 días en fase de indagación y 15 días en fase de investigación).
 - La identificación del fiscal que da la orden.
 - Nota sobre el término para rendir el informe de la ejecución de la orden.
2. Prepare una presentación sobre el juicio de proporcionalidad que debe hacerse para determinar la legitimidad de la orden de allanamiento.
 3. En atención al artículo 154, numeral 1º de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia de Casación 26310 del 16 de mayo de 2007, determine qué elementos debe poner a disposición del juez de control de garantías para su control.

Caso hipotético

Una investigación que se adelanta en su despacho por el delito de hurto calificado (por la violencia contra las personas y porque el hurto se cometió sobre medio motorizado, vehículo Chevrolet Optra, modelo 2007, color gris plata, de placas EWX 111) y agravado (porque el hurto lo realizaron entre tres personas), en la que se ha logrado por labores investigativas identificar como uno de los posibles autores a Juan Camilo Taborda, de 21 años de edad, residente en la carrera 75 con calle 110 de la ciudad de Bello, Antioquia, conocido con el alias de “El Negro”.

El informe de la Policía Judicial presentado por el Investigador de la Sijín asignado para al caso, Subintendente RICARDO CIFUENTES, en el que se solicita el allanamiento y registro al inmueble donde vive el indiciado Taborda, señala que el mismo día del hurto (12 de abril de 2007 a las 10:15 a. m. en el sitio conocido como intercambio vial de la Aguacatala que lleva a la Regional con dirección al sur de la ciudad), una persona de sexo femenino, que no se quiso identificar, llamó al número único de emergencia de la ciudad de Medellín, 123, del teléfono público ubicado en la calle 110 con carrera 74, y manifestó que en la casa ubicada en la carrera 75 N° 110-89, primer piso, con garaje, alias “El Negro” había ingresado acompañado de alias “Fredy” en un vehículo automóvil color gris plata, nuevo, con placas tapadas, el día 12 de abril a las 11:45 de la mañana, aproximadamente. El investigador cuenta con el reporte de la cámara de seguridad en la que quedó registrado el hurto, donde aparecen claramente tres sujetos en dos motocicletas, una Yamaha color negro, con la placa tapada, y otra Yamaha color verde con placa ZK 123, registrada en la Secretaría de Transportes y Tránsito de Medellín a nombre de JUAN CAMILO TABORDA, residente en Bello, Antioquia. En la grabación del 123 sobre la llamada aparece registrado que la informante indicó que el automotor venía siendo conducido por alias “Fredy” y que alias “El Negro” o Juan Camilo Taborda venía detrás manejando su motocicleta, la cual también ingresó al garaje de su casa. El investigador aporta documento público de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bello, donde se informa sobre la existencia del inmueble y los datos de su propietario, CARMELINA TABORDA. En el registro aparece descrito inmueble de una planta, con dos habitaciones y un garaje. No se aportan fotografías del lugar, porque el investigador dice que el ingreso al barrio es muy difícil, de alta peligrosidad, y que arribar acompañado de personal de la Policía Nacional o en vehículos oficiales implicaría alertar a los posibles autores y se corre el riesgo de que se pierda la evidencia que con el allanamiento se pretende obtener, esto es, el vehículo automotor hurtado.

En la base de datos de las autoridades locales se halló el registro de Juan Camilo Taborda como alias “El Negro”, miembro de la organización delincriminal “Los Toderos” que opera en la zona norte

del área metropolitana de Medellín, integrada por 14 personas, entre las cuales se encuentra alias “Fredy”, sin identificar plenamente.

En la denuncia la víctima describe a los asaltantes como tres jóvenes de sexo masculino, en edades entre 19 y 24 años, de contextura delgada los tres; uno de ellos, el que portaba el arma de fuego, que fue quien se bajó de la moto y lo amenazó con matarlo, medía aproximadamente 1,80 metros y era de acento paisa, llevaba cachucha negra y una camiseta negra que decía “Black” en letras blancas. Agrega la víctima que se desplazaban en dos motocicletas de alto cilindraje de marca Yamaha, una negra y una verde. No describe a los asaltantes.

El investigador allegó los siguientes documentos: denuncia, fotocopia de los documentos del vehículo, registro del 123 sobre la llamada, documentos de instrumentos públicos sobre el inmueble y registros de la base de datos de la sección de información y análisis sobre los integrantes de la banda “Los Toderos”, así como el registro de la tarjeta de preparación de documento de Juan Camilo Taborda, hijo de Carmelina Taborda, y la solicitud de allanamiento y registro.

6. Audiencia para solicitar control previo a una intervención corporal

1. Noción

Los artículos 247 y siguientes de la Ley 906 de 2004 regulan algunos actos de investigación que tienen incidencia en los derechos fundamentales, como la intimidad, la dignidad, la integridad física y la libre autodeterminación. En efecto: el artículo 247 consagra la posibilidad de que se practiquen inspecciones corporales; el artículo 248 regula los registros personales; el artículo 249 la toma de muestras, y el artículo 250 consagra los presupuestos para que puedan practicarse exámenes corporales a las víctimas.

Antes de abordar uno a uno estos procedimientos, resulta necesario hacer algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta por el fiscal para preparar una audiencia preliminar en la que vaya a debatirse cualquiera de estos temas.

Las normas en mención se refieren a actuaciones ordenadas dentro de una investigación penal, por lo que no pueden confundirse con

los procedimientos preventivos, en especial con las que cumple la Policía Nacional en ejercicio de las funciones reguladas en el artículo 218 de la Constitución Política.

En el módulo de argumentación judicial, concretamente en el capítulo dedicado al precedente judicial, se analizó un caso de confusión de las actividades investigativa y preventiva, que dio lugar a la indebida aplicación de la sentencia C-822 de 2005, tema sobre el que profundizaremos al abordar el análisis del registro personal.

Es cierto que las labores preventivas que adelantan la Policía Nacional, el Inpec y las autoridades aeroportuarias en muchas ocasiones permiten el descubrimiento de situaciones de flagrancia que dan lugar al inicio de la actuación penal, pero ello no implica que las mismas se inscriban en una investigación judicial, pues la trascendencia penal se hace palmaria precisamente a partir de esas labores de control. A manera de ejemplo, una requisita o cacheo realizado por la Policía Nacional no está relacionada con ninguna actuación penal, pues se trata precisamente de labores preventivas; pero si durante la misma se incauta sustancia alucinógena en cantidad que supere la dosis personal, a partir de ese momento debe darse aplicación al ordenamiento procesal penal en lo que atañe a la captura, formulación de imputación, solicitud de imposición de medida de aseguramiento (si hubiere lugar a ella), etc.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-822 de 2005, decretó la inexecutable de la primera parte del Artículo 248 de la Ley 906 de 2004, concretamente del aparte que hacía mención a los procedimientos preventivos que realiza la fuerza pública, precisamente porque estos corresponden a la labor de control que debe realizar la Policía Nacional y, por tanto, no tenían por qué estar regulados en el ordenamiento procesal penal, entre otras cosas porque ello podría generar confusiones en torno a las potestades que tiene la fuerza pública para limitar derechos fundamentales.

Ante la pluralidad de derechos fundamentales que pueden verse comprometidos con este tipo de procedimientos, es necesario que para ordenarlos y ejecutarlos se preste especial atención al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, al que se ha hecho alusión a lo largo de este trabajo. Lo anterior implica la verificación de la idoneidad del procedimiento para lograr el fin perseguido

(hallar evidencia); lo anterior implica que el procedimiento en verdad sea necesario, esto es, que no sean posibles procedimientos menos invasivos que permitan alcanzar el mismo fin y que exista proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de las garantías del destinatario de la medida.

Según lo expresado en el módulo de Programa Metodológico, el fiscal debe tener claridad en torno a los objetivos de la investigación, que, en general, están íntimamente relacionados con los elementos estructurales del tipo penal en el cual se ha enmarcado la conducta objeto de investigación. Un buen programa metodológico le permitirá al Fiscal establecer, por ejemplo, la existencia de motivos fundados para ordenar el procedimiento, la relevancia de la evidencia que se pretende hallar con la inspección corporal, el registro personal o la toma de muestras e, incluso, le facilitará el análisis sobre la necesidad de realizar el procedimiento. Sumado a lo anterior, puede afirmarse que solo a partir de un plan de investigación debidamente estructurado el fiscal podrá cumplir adecuadamente la carga argumentativa, inherente a la orden y control jurisdiccional de los procedimientos regulados en los artículos 247 y siguientes del ordenamiento procesal penal.

De acuerdo con los lineamientos trazados en el módulo de argumentación judicial, es necesario que el fiscal ubique con precisión los problemas jurídicos relacionados con cada uno de estos actos de investigación, pues, según se vio en dicho trabajo, ello es presupuesto indispensable para construir y presentar una adecuada argumentación ante el juez.

Estos procedimientos son eminentemente reglados, y dicha regulación no se encuentra consagrada exclusivamente en el Código de Procedimiento Penal (entendido como obra legislativa) sino, además y de manera muy importante, en las decisiones de la Corte Constitucional sobre esta materia (C-822 de 2005, C-789 de 2006, entre otras). Además, la Corte Suprema de Justicia ha proferido sentencias relacionadas con este tema, que deben ser conocidas por el fiscal, de acuerdo con lo analizado sobre el precedente judicial en el módulo de argumentación.

Hechas las anteriores precisiones, abordaremos el análisis de cada acto de investigación en particular.

2. Clases de intervención

A manera de ejemplo se analizarán las que se consideran más frecuentes e importantes en los actos de investigación.

a. Inspección corporal

El artículo 247 de la Ley 906 de 2004 dispone que “cuando el fiscal general, o el fiscal delegado *tengan motivos razonables y fundados*, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que *en el cuerpo del imputado existen elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación*, podrá ordenar la inspección corporal de dicha persona. En esta diligencia deberá estar presente el defensor y se observará toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana”.

La norma en cita consagra expresamente algunos de los problemas jurídicos que debe abordar el fiscal al momento de ordenar y argumentar frente a este acto de investigación. A continuación analizaremos dichos problemas, aunque variaremos un poco el orden consagrado en el artículo en comento, a efectos de lograr mayor claridad.

– En qué consiste la inspección corporal

La norma hace alusión a la búsqueda de elementos materiales probatorios que estén en el cuerpo del imputado. A partir de ello, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 de 2005, concluyó que este procedimiento generalmente es más invasivo que el registro personal en cuanto involucra los orificios naturales del cuerpo (vagina, ano, nariz, boca y fosas nasales) y se diferencia de este precisamente porque supera la observación de la superficie del cuerpo humano.

El alto tribunal precisó que el procedimiento de inspección corporal se diferencia de la toma de muestras, en cuanto esta se orienta a obtener evidencia que hace parte del cuerpo (sangre, saliva, semen), mientras que la inspección apunta a la recuperación de elementos ajenos a la materialidad del individuo (droga, armas, etcétera).

En este orden de ideas, cuando se requiera practicar una inspección anal, vaginal, bucal, etcétera, con el propósito de obtener evidencia

física, el Fiscal deberá ceñirse a lo dispuesto en el artículo 247 y lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-822 de 2005.

– A quién se le puede practicar

El legislador dispuso expresamente que este tipo de procedimientos solo puede practicársele a quien tenga la calidad de imputado, lo que implica que no puede cobijar ni al indiciado ni a personas que tengan otro tipo de relación con la actuación penal (víctima, testigo). Este aspecto requiere precisiones en dos sentidos.

Tratándose de un procedimiento que puede resultar altamente invasivo (sobre todo cuando involucra partes del cuerpo frente a las cuales existe gran expectativa de intimidad, por ejemplo, el ano y la vagina, es razonable, a la luz del principio de proporcionalidad, que solo sea procedente cuando se trate de personas frente a las cuales pueda predicarse razonablemente la probabilidad de que sean autoras de una conducta punible. El fiscal debe descubrir los elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida de la que pueda hacerse dicha inferencia.

Lo anterior se traduce en que la evidencia, cuyo hallazgo sea el objeto de la inspección corporal, no podrá ser el primer medio cognoscitivo con que cuente el equipo de la Fiscalía, pues la imputación supone la existencia de elementos materiales probatorios o información legalmente obtenida de la que pueda inferirse razonablemente que un ciudadano es autor de un delito. En suma, no se puede ordenar una inspección corporal con el fin de encontrar los primeros medios cognoscitivos o hacer verificaciones sin que exista una investigación razonablemente consolidada. En este orden de ideas, por ejemplo, sería inapropiado un procedimiento de esta naturaleza para verificar lo plasmado en un escrito anónimo o para corroborar simples sospechas.

– Inferencia razonable en cuanto a la ubicación de los elementos materiales probatorios en el cuerpo del imputado

No puede confundirse la inferencia razonable de autoría (requisito para la imputación) con la inferencia razonable de existencia de elementos probatoriamente relevantes en el cuerpo del imputado,

pues aunque en algunos eventos pueden coincidir los medios de acreditación que sirven de soporte a una y otra conclusión, se trata de dos inferencias diferentes.

En este orden de ideas, del hecho de que un ciudadano pueda ser considerado probable autor del delito de tráfico de drogas no se infiere necesariamente que en su cuerpo tenga elementos de esta naturaleza. La inferencia razonable de autoría, según se vio en el módulo de argumentación judicial, está materializada en un argumento constituido por un número indeterminado de premisas y una conclusión. La conclusión deberá ser, obviamente, que el ciudadano es autor de una conducta punible, y las premisas serán las razones que le dan fuerza a la conclusión. Si se llegare a afirmar que la simple calidad de imputado de un delito de tráfico de drogas es razón suficiente para concluir que el ciudadano tiene en su cuerpo evidencia necesaria para la investigación (en este caso sustancias alucinógenas), la reconstrucción del argumento dejaría en evidencia su debilidad: Premisa única: X tiene la calidad de imputado de traficar drogas; conclusión: X tiene en su cuerpo sustancias alucinógenas. Aunque la premisa sea verdadera, es evidente que le imprime tan poca fuerza a la conclusión que el argumento puede ubicarse en el terreno de lo falaz.

La necesidad de realizar este tipo de procedimientos solo cuando sean estrictamente indispensables y cuando existan motivos suficientes para concluir que en el cuerpo del imputado efectivamente hay evidencias necesarias para el esclarecimiento de un delito implica que aquellos pueden estar precedidos de actuaciones que limiten en menor proporción las garantías fundamentales. Dichos procedimientos previos pueden consistir en otros actos de investigación o pueden haber consistido en labores de control previas al ejercicio de la acción penal. Piénsese, por ejemplo, en una labor rutinaria de control realizada en un aeropuerto que implique el sometimiento a un examen radiológico.⁸²

⁸² En la Sentencia C-789 de 2006, al analizar los alcances de las labores preventivas, la Corte Constitucional resaltó que los organismos de control pueden utilizar instrumentos electrónicos o radiológicos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la labor preventiva también está sometida al principio de proporcionalidad (ver, por ejemplo, la Sentencia C-024 de 1994).

– La importancia de la evidencia que se espera hallar

En el módulo de argumentación judicial se dejó sentado que la ley consagra claramente muchos de los aspectos que debe analizar el funcionario judicial en el momento de tomar una determinada decisión. En lo que atañe a la relevancia probatoria de la evidencia que se pretende encontrar en una inspección corporal, se observa claramente en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, objeto de análisis, que dicha evidencia debe ser *necesaria*. Lo anterior implica que no se trata de una “prueba más” de un aspecto que pueda acreditarse con otros medios cognoscitivos ya obtenidos (ya la evidencia dejaría de ser necesaria), ni de evidencia relacionada con aspectos que no sean trascendentales para lograr el esclarecimiento y la sanción del delito. De ahí la importancia de que el fiscal tenga un programa metodológico debidamente elaborado que le permita establecer, entre otras cosas, la trascendencia de la evidencia que se espera encontrar con un procedimiento de esta naturaleza.

– La aplicación del principio de proporcionalidad

De acuerdo con lo expuesto en las consideraciones generales, el alto nivel de afectación de garantías que puede implicar una inspección corporal hace imperioso el análisis del principio de proporcionalidad, ya que frente a este tipo de decisiones es evidente la colisión de intereses constitucionalmente relevantes: el esclarecimiento y sanción de delitos graves y la protección de derechos fundamentales como la intimidad, la libre autodeterminación, la integridad física, entre otros.

El primer paso para verificar que la decisión es acorde al principio de proporcionalidad consiste en que el equipo de la Fiscalía determine si la inspección corporal realmente es un procedimiento idóneo para lograr el fin propuesto: la recuperación de evidencia necesaria para el esclarecimiento del delito. Sería ilegítimo, por decir lo menos, que se ordenara un procedimiento esencialmente invasivo sin establecer su idoneidad para lograr el fin propuesto.

Luego debe establecerse si no existen procedimientos menos invasivos o, en general, que afecten en menor proporción los derechos fundamentales y que permitan la recuperación de la evidencia. En

este orden de ideas, si la expulsión del elemento material probatorio puede lograrse sin la observancia y manipulación directa de los orificios naturales del cuerpo, debe optarse por este procedimiento y no por la inspección corporal.

Finalmente, debe establecerse si existe proporcionalidad en sentido estricto entre el fin perseguido con el procedimiento y el nivel de afectación de los derechos fundamentales del afectado. Parte de este juicio aparece reflejado claramente en la ley, en cuanto dispone que la evidencia debe de ser necesaria. Es decir, solo se justifica la afectación de derechos inherente a la inspección corporal cuando la evidencia sea imprescindible para lograr el esclarecimiento y la sanción del delito.

La Corte Constitucional complementó el referido tema al disponer que este tipo de procedimientos solo procede frente a delitos graves, lo que es apenas lógico si se tiene en cuenta que la inspección corporal puede comportar una considerable afectación del derecho a la intimidad.

- La forma como debe realizarse el procedimiento

El artículo 247 de la Ley 906 de 2004 dispone expresamente que la diligencia debe realizarse en presencia del defensor y que durante su práctica debe observarse toda clase de consideraciones compatibles con la dignidad humana. Esta norma no hace más que desarrollar el principio constitucional de dignidad humana, que también fue incluido en el Título Preliminar del Código de Procedimiento Penal, destinado a las normas rectoras. En la Sentencia C-822 de 2005, la Corte Constitucional estableció que dicho tratamiento se materializa en dos aspectos fundamentales: (i) la intervención de personal idóneo y bajo las condiciones de seguridad necesarias, y (ii) la prohibición de someter al afectado a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Con lo primero se busca aminorar los riesgos inherentes a estos procedimientos, ya que si se practican en condiciones inadecuadas puede incrementarse el riesgo de contagio o de sufrir alguna lesión física, y lo segundo, porque la dignidad humana, principio estructural de nuestro ordenamiento jurídico, torna improcedente cualquier procedimiento que implique la degradación del hombre.

– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de inspección corporal

El artículo 250 de la Constitución Política dispone que los Jueces de Control de Garantías realizarán un control previo sobre los actos de investigación que impliquen la limitación de derechos fundamentales, salvo algunas excepciones expresamente consagradas en la ley y frente a las cuales es procedente el control posterior (allanamiento y registro, interceptación de comunicaciones, entre otros). La regla general consagrada en el artículo 250 superior en torno al control previo por parte del juez de garantías tiene plena aplicación frente a procedimientos como el regulado en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, pues, de un lado, es indiscutible que este acarrea una considerable afectación de derechos y, de otro, porque este tipo de procedimientos no hace parte de la lista taxativa de excepciones consagrada en dicha disposición, amén de que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 de 2005, concluyó que debe hacer control judicial previo incluso cuando medie la autorización de la persona afectada con la medida.

– ¿Qué sucede si el imputado se resiste al procedimiento?

En la Sentencia C-822 de 2005, la Corte fijó varias reglas bajo las cuales puede practicarse este procedimiento, incluso en contra de la voluntad del imputado: (i) para la ejecución forzosa de la medida debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad, pues la resistencia del imputado implica la afectación de otro derecho fundamental (la libre autodeterminación); (ii) si la negativa del imputado obedece a circunstancias no tenidas en cuenta en la primera audiencia, debe celebrarse una nueva a efectos de analizar la situación, y (iii) el procedimiento en contra de la voluntad del imputado no puede representar tratos crueles, inhumanos o degradantes.

– Actividad para una audiencia de solicitud de intervención corporal.

A partir del siguiente caso, analice cada uno de los problemas jurídicos atrás enunciados y prepare una argumentación orientada a establecer la procedencia de una inspección corporal a la imputada. Analice todos los aspectos sin importar que frente a uno de ellos haya concluido que no se reúnen los requisitos para ordenar el acto

de investigación. Construya una contrargumentación dirigida a una oposición a que se ordene la intervención corporal al imputada.

El señor PEDRO PÉREZ denunció ante la Unidad de Reacción Inmediata que su esposa MARÍA, quien tenía cinco meses de embarazo, se había provocado un aborto. El denunciante asegura que su cónyuge se practicó el procedimiento en un centro médico clandestino, de lo cual se enteró porque un amigo suyo, RAMÓN, la vio salir del lugar el mismo día en que MARÍA le contó que había abortado, además que esta había expresado varias veces que no pensaba dar a luz al niño porque “cinco hijos ya era mucho”, y el día de los hechos la oyó contarle a una amiga que la habían lastimado con una sonda. La denunciada accedió a rendir interrogatorio y dijo que era cierto que había abortado pero que ello no fue provocado sino que se trató de un “aborto natural”.

b. El registro personal

Para analizar este acto de investigación, utilizaremos la misma metodología seguida para establecer los aspectos más relevantes de la inspección corporal.

- ¿Qué es el registro personal?

Es un acto de investigación ordenado por el fiscal dentro de un programa metodológico que procede, cuando de los medios cognoscitivos pueda inferirse razonablemente que alguna persona relacionada con la investigación está en posesión de elementos materiales probatorios y evidencia física. Según se anotó en el acápite anterior, el registro personal se diferencia de la inspección corporal en cuanto se reduce a una inspección de la superficie del cuerpo (que puede implicar la exploración superficial del área genital y los senos) pero no puede abarcar los orificios naturales. El registro personal puede tener diferentes niveles de afectación del derecho a la intimidad, pues puede consistir en el registro de las prendas de vestir y/o los efectos personales, e incluso puede implicar la desnudez total de la persona objeto de la medida. En términos generales puede afirmarse que el registro personal es menos invasivo que la inspección corporal, pero en algunos eventos dicha regla no tiene aplicación, como cuando la inspección corporal se reduce a la

cavidad bucal o a las fosas nasales y el registro implica la observación de la zona genital.

No puede confundirse el registro personal que se ordena dentro de una investigación, con el registro personal (cacheo) que puede practicar la fuerza pública en ejercicio de las labores de control, pues el primero está sometido a los requisitos consagrados en el Artículo 248 objeto de estudio, sumados a los fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-822, mientras que el segundo debe realizarse a la luz de reglas como las fijadas por la Corte en las Sentencias C-024 de 1994 y C-789 de 2006, entre otras (la más importante es que el registro debe ser superficial). En un caso recientemente analizado por la Corte Suprema de Justicia, parte del debate estaba relacionada con la confusión de los registros que se realizan a título de control con los registros ordenados dentro de una investigación; el alto tribunal consideró que el Tribunal de Distrito había incurrido en un error al pretender extender el requisito de control judicial previo a las labores de control que ejerce la policía.

– A quién se le puede practicar

Lo expuesto en el numeral anterior en torno al menor nivel de invasión que en términos generales implica el registro personal permite comprender por qué, a la luz del principio de proporcionalidad, este acto de investigación no está limitado a la persona del imputado. En efecto, el artículo 248 de la Ley 906 de 2004 posibilita que un procedimiento de esta naturaleza pueda practicarse a alguna persona relacionada con la investigación, por lo que es factible que el destinatario del mismo sea, por ejemplo, un testigo. Piénsese en una investigación por narcotráfico, en desarrollo de la cual se establece que la droga es escondida en el equipaje de incautos viajeros.

– Inferencia razonable en cuanto a la ubicación de los elementos materiales probatorios en el cuerpo del imputado

El artículo 248 de la Ley 906 de 2004 regula este aspecto de idéntica manera a lo dispuesto en el artículo 247 atrás analizado, por lo que a este respecto son aplicables los razonamientos expuestos en el acápite anterior.

– La relevancia probatoria de la evidencia que pretende hallarse

Por tratarse de un procedimiento generalmente menos invasivo que la inspección corporal, el legislador no fijó como condición que la evidencia fuera necesaria. Sin embargo, es obvio que lo que se pretenda hallar en posesión del destinatario de la medida debe tener trascendencia probatoria, pues sería inadmisibles ordenar un acto de investigación a sabiendas de que los resultados de todas maneras serán irrelevantes.

– Aplicación del principio de proporcionalidad

Frente a este acto de investigación, el fiscal tiene que argumentar en torno a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Como quiera que el registro personal puede implicar diferentes niveles de afectación de derechos fundamentales, debe prestarse especial atención al alcance de la diligencia: prendas de vestir, efectos personales, inspección de partes del cuerpo frente a las que no existe mayor expectativa de intimidad y registro del área genital y senos. En especial, debe considerarse la relación que tiene el destinatario de la medida, pues no es lo mismo en tratándose del imputado que cuando la misma debe recaer sobre un testigo. Por lo demás, el fiscal debe argumentar en torno a la gravedad del delito la importancia de la evidencia para el esclarecimiento y sanción del delito y todo aquello que resulte útil para demostrar la razonabilidad del procedimiento.

– La forma como debe realizarse el registro

Frente a este aspecto, puede retomarse lo expuesto en torno a la inspección corporal. Cabe agregar que la forma como se realice el procedimiento puede incidir en la legalización del procedimiento, toda vez que, tal y como sucede con el allanamiento y registro, el Estado tiene la obligación de procurar la menor restricción posible de garantías y, ante todo, evitar cualquier exceso que implique el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales.

– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de registro personal

Al registro personal también se le aplica la regla general consagrada en el artículo 250 de la Constitución Política en torno al control previo que debe ejercer el juez. Cabe agregar que el control previo

es otra razón para que el fiscal aborde previamente los problemas jurídicos inherentes a este tipo de medida, para que en la respectiva audiencia pueda presentar una argumentación suficiente para que el procedimiento sea avalado.

– El consentimiento del destinatario

A este respecto son aplicables los planteamientos aducidos en torno a la inspección corporal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el registro personal puede practicárseles a personas frente a las cuales no sea predicable la probabilidad de autoría y por tanto debe prestarse especial atención a las razones que estas aduzcan para negarse a un procedimiento de esta naturaleza.

c. Toma de muestras

De acuerdo con lo expresado en el acápite destinado a la inspección corporal, tenemos que la toma de muestras es un procedimiento orientado a la extracción de evidencia correspondiente o proveniente del cuerpo humano (cabellos, saliva, sangre, etcétera) o a lograr que el imputado suministre muestras, como las caligráficas, para ser sometidas a un posterior cotejo.

La toma de muestras es un acto de investigación que solo puede afectar al imputado, por lo que a este respecto son aplicables las consideraciones atrás enunciadas. Además, en la respectiva audiencia preliminar el fiscal debe argumentar sobre los mismos puntos relacionados para las otras intervenciones corporales, esto es, sobre la importancia de la evidencia, la gravedad del delito y todo lo atinente al principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La toma de muestras se caracteriza porque es un acto de investigación que requiere un complemento para lograr los fines buscados. En efecto, las muestras tomadas siempre tienen vocación de comparación o cotejo, lo que implica que el Fiscal debe incluir en su argumentación lo atinente a los exámenes que vayan a practicárseles a las muestras. Por ejemplo, debe quedar claro que una muestra de sangre tiene como único fin establecer la uniprocedencia con fluidos hallados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima, pero no

será usada para estudios que no resulten útiles para la investigación pero que puedan comprometer la intimidad del afectado. Además, la alusión a los procedimientos posteriores (exámenes o cotejos) resulta útil para establecer la idoneidad de la medida, la necesidad de la misma (por ejemplo, que debe tomarse una muestra de sangre y no una de saliva, así este último procedimiento sea menos invasivo) y facilita el análisis sobre la proporcionalidad en sentido estricto, pues los exámenes posteriores pueden representar mayor afectación de los derechos fundamentales que la toma de la muestra: piénsese, por ejemplo, en una muestra de cabello (su obtención no implica procedimientos invasivos) que vaya a utilizarse para establecer si un ciudadano es adicto a las drogas (lo que implica una severa afectación del derecho a la intimidad).

ACTIVIDAD DE APRENDIZAJE 7

Analice el siguiente caso y prepare una argumentación orientada a obtener la autorización judicial para una toma de muestras y los exámenes necesarios.

La Unidad de Reacción Inmediata (URI) recibe una denuncia por un supuesto delito de acceso carnal violento cometido en contra de una niña de 10 años. El presunto responsable del delito es PEDRO, a quien se le formuló imputación toda vez que fue visto ingresar con la niña a un lugar despoblado minutos antes de que la pequeña fuera hallada violada en dicho lugar, además de que fue señalado por la pequeña como el autor del hecho y dos días antes le había enviado una carta en la que le pedía que sostuvieran un romance. El médico legista informa que en el cuerpo de la niña fueron halladas muestras de espermatozoides.

d. Exámenes a las víctimas

Los actos de investigación que comprometen derechos fundamentales de las víctimas suelen generar complejas cargas argumentativas, especialmente cuando el ofendido se niega a su práctica. El artículo 250 de la Ley 906 de 2004 regula el tema de exámenes a las víctimas y señala que “cuando se trate de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito en donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes

físicos de las víctimas (tales como extracciones de sangre, toma de muestras de fluidos corporales, semen u otros análogos y no hubiera peligro de menoscabo para la salud), la policía judicial requerirá el auxilio de perito forense a fin de realizar el reconocimiento o exámenes respectivos”.

La primera parte de la norma hace palmaria la intención del legislador de regular en un artículo independiente el tema de las intervenciones corporales cuando las mismas tienen como destinatarios a las víctimas. Ello guarda coherencia con la importante línea jurisprudencial creada por la Corte Constitucional desde la Sentencia C-454 de 2006 (basada, en buena parte, en la Sentencia C-228 de 2002), que incluye las Sentencias C-209 de 2007, C-343 de 2007, C-210 de 2007, entre otras, que se refieren a los derechos de los afectados con la conducta punible.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 de 2005, creó unas importantes reglas para establecer las circunstancias bajo las cuales los actos de investigación que involucren los derechos de las víctimas son ajustados a la Carta:

Cuando el procedimiento es ordenado por la Policía Judicial como acto urgente, es necesario que medie consentimiento escrito de la víctima o de su representante legal⁸³. Para que el consentimiento sea verdaderamente libre es necesario que al ofendido o a su representante se le explique con claridad el alcance del examen que va a realizarse. Además, deben tomarse todas las medidas posibles para aminorar el impacto del examen, por lo que han de elegirse los procedimientos menos invasivos, evitarse todo trato cruel, inhumano o degradante y, de ser posible, permitirse que la víctima esté acompañada de una persona de su confianza.

– Objeto central de la audiencia de control previo a la diligencia de exámenes a las víctimas

Cuando el procedimiento es ordenado por el fiscal en desarrollo de un programa metodológico debe existir control previo del juez.

⁸³ Obviamente cuando el representante no tenga la calidad de indiciado o imputado.

En dicha audiencia el fiscal debe explicar cuál es el objeto del acto de investigación y el nivel de importancia de la evidencia que pretende hallarse (incluyendo los exámenes posteriores, si hubiere lugar a los mismos) para el desarrollo del programa metodológico. Además, debe argumentar en torno a los subprincipios del principio de proporcionalidad: demostrará la idoneidad del procedimiento para lograr el fin propuesto, argumentará sobre la inexistencia de otros procedimientos menos invasivos que permitan alcanzar el mismo fin y expondrá las razones para concluir que hay proporcionalidad entre el fin perseguido y el nivel de afectación de los derechos de la víctima, para lo que deberá tener en cuenta la gravedad del delito, la relevancia de la evidencia y los demás aspectos relacionados en acápite anteriores.

Si la víctima no presta su consentimiento y aduce razones que no fueron tenidas en cuenta en la primera audiencia, debe realizarse una segunda en la que se consideren estas circunstancias sobrevinientes.

Si la víctima no presta su consentimiento, la regla general es que el procedimiento no puede practicarse. Sin embargo, en casos muy especiales, cuando se trate de menores de edad, podrá ordenarse la ejecución forzosa, siempre y cuando se trate de delitos de extrema gravedad, la evidencia que vaya a hallarse sea fundamental para la investigación y el procedimiento no implique tratos crueles, inhumanos y degradantes. Obviamente, en estos casos debe prestarse especial atención al principio de proporcionalidad. En todo caso el funcionario judicial velará por evitar la doble victimización.

BIBLIOGRAFÍA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Manual para Jueces de Garantías.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimiento de la Fiscalía General de la Nación en el Sistema Penal Acusatorio, edición 2005.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Manual de procedimiento de la Fiscalía General de la Nación en el Sistema Penal Acusatorio, 2006.

JAUCHEN, Eduardo M. Derechos del imputado. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires. 2005.

LÓPEZ BORJA QUIROGA, Jacobo. Tratado de derecho procesal penal, Editorial Thomson Aranzadi. 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia. 2004.

LLOBETH RODRIGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Imprenta y litografía Mundo Gráfico S.A. San José de Costa Rica. 1997.

OSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Editorial Heliasta.

SALAZAR MARÍN, Mario. Teoría del delito. Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2007.

VILLA CASADO, Iván. Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporánea, Iván Vila Casado, Legis, 2007.

VELÁSQUEZ V., Fernando. Manual de derecho penal. Parte General, Librería Jurídica Comlibros. Bogotá, Colombia. 2007.