

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

DIRECCIÓN NACIONAL DE DEFENSORÍA PÚBLICA

**«EL DEFENSOR PÚBLICO EN EL SISTEMA
ACUSATORIO COLOMBIANO»**

345.01
D31d

Colombia. Defensoría del Pueblo
El defensor público en el sistema acusatorio colombiano

1a. Ed- - Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2005
17 x 24 cm

ISBN: 958-9353-55-X

Derecho Penal - Colombia
Sistema Acusatorio—legislación—Colombia
Defensa Penal
Sistema Acusatorio—Manuales
Defensor Público—Manuales

VOLMAR PÉREZ ORTÍZ
Defensor del Pueblo

Directora Nacional de Defensoría Pública
Julietta Margarita Franco Daza

Edición General
Juan Carlos Arias Duque

Autores
La elaboración de esta obra fue posible gracias a la colaboración de los miembros de la Oficina Piloto, los integrantes de la Oficina de Apelaciones y la Unidad de Investigación de la Dirección Nacional de Defensoría Pública.

Corrección de Estilo
Dr. Rodrigo Naranjo Vallejo

Diseño y Diagramación
Iván Mauricio Delgado Riveros

Defensoría del Pueblo
Calle 55 No. 10-32
Correo Electrónico: www.oficinaapelaciones@defensoria.org.co
Apartado aéreo: No. 24299 Bogotá, D.C.
Tels: 3147300 Ext. 3000

CONTENIDO

	página
1. Presentación	5
2. Introducción	7
3. Nociones generales	15
4. El perfil del defensor público	19
5. Vocación probatoria del investigador de la defensa	25
6. La técnica de la entrevista	37
7. El defensor público en las audiencias preliminares:	43
7.1. Audiencia de control de legalidad de la captura	44
7.2. Audiencia de control de legalidad de registros y allanamientos	54
7.3. Audiencia de formulación de imputación	59
7.4. Audiencia de solicitud de medida de aseguramiento	69
7.5. Audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento ..	91
7.6. La inadmisibilidad de la prueba de referencia para fundamentar las decisiones en las audiencias preliminares...	93
7.7. Algunos interrogantes acerca de situaciones que se presentan en las audiencias preliminares	99
8. Acuerdos y preacuerdos	125
9. Los recursos en las audiencias preliminares y previas al juicio	131

	página
10. El defensor y la preclusión	141
11. El principio de oportunidad	147
12. La suspensión del proceso a prueba	161
13. Audiencias previas al juicio	166
13.1. De formulación de acusación	166
13.2. La audiencia preparatoria	188
14. Audiencia del juicio	213
14.1. Incorporación de evidencia	236
14.2. Dosificación punitiva	258
15. Poderes correccionales del juez	269
16. Anexos	283

PRESENTACIÓN

Desde hace muchos años la búsqueda de una mejor justicia ha motivado en nuestro país cambios importantes, de tipo constitucional y normativo. La adopción de un sistema con tendencia acusatoria implica no sólo cambios en el orden normativo sino también romper viejos paradigmas y vencer obstáculos que se habían enquistado en la administración de justicia.

Desde la Defensoría del Pueblo registramos con entusiasmo los nuevos rumbos que está tomando la justicia penal de nuestro país, y en ese proceso hemos venido participando de manera activa.

«EL DEFENSOR PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO» recoge en buena parte el compromiso asumido por nuestra Institución, en relación con la necesidad de garantizar una defensa técnica, eficaz y oportuna de los sectores de la sociedad que no están en capacidad de contratar los servicios de un abogado particular para lograr por sí mismos la defensa de sus derechos. Por ello ponemos este texto a disposición del público en general, con la satisfacción y convicción de estar atendiendo nuestras responsabilidades dentro del Sistema Penal Acusatorio. Creemos, por lo demás, cumplir así con el compromiso de dotar a los operadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública de una herramienta que les permita orientar sus actividades en lo que la Institución quiere y espera del cumplimiento de su rol.

El Defensor del Pueblo, en desarrollo de su mandato constitucional de

coordinar la administración del servicio de defensa pública, entrega esta obra con la convicción de que, siendo producida desde la defensoría pública, logra apoyar el esfuerzo de los operadores de la defensa, dentro del propósito de garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Esperamos que el viejo mandato constitucional de que en Colombia haya pronta y cumplida justicia se cumpla con la puesta en marcha del Sistema Acusatorio.

VÓLMAR PÉREZ ORTIZ
DEFENSOR DEL PUEBLO.

2. INTRODUCCIÓN

La expectativa que tiene la Defensoría del Pueblo respecto de la actuación de cada uno de los defensores públicos en el nuevo proceso penal está clara. Y en este documento se recoge en gran medida.

Somos conscientes de que el inicio del sistema ha implicado, como era de esperarse, el acomodamiento de los distintos actores del proceso penal en el nuevo espacio que otorga el sistema acusatorio, y de que las garantías del procesado se amplían. Y, en ese marco, la defensa forcejea continuamente por lograr y mantener su espacio, y ésta es la principal justificación de la existencia de un manual para el defensor público, que bien puede ser aplicado por un defensor de confianza, pero que recoge las ambiciones de una defensa técnica realizada, como dice la norma constitucional, dentro de un proceso con todas las garantías; no las que quiera dejarnos nuestro contendor, ni las que compasiva y buenamente le apetezca reconocer al juez. No. Ambicionamos y exigimos todas, todas las garantías.

Y por eso se comienza por definir el perfil del defensor público, para poder, luego de identificar sus características, proyectar su actividad hacia el deber ser. Entonces, uno de los principales avances que realiza la defensa es contar con el apoyo de los investigadores, por lo cual resulta necesario pronunciarse sobre la vocación probatoria del investigador de la defensa, indagando si en efecto la norma procesal permite el acercamiento contencioso desde la perspectiva del equilibrio de fuerzas, medidas en lo técnico y lo jurídico, o si, por el contrario, la garantía de la representación judicial de la defensa se queda en el campo de lo meramente formal.

El nuevo ordenamiento procesal admite, aunque con limitaciones, que quien es investigado y su defensor pueda realizar ciertas actividades investigativas pesquisatorias, y en ese aspecto se abrió la posibilidad de contar con la participación de profesionales de la investigación técnica y científica que, con el respeto debido a la Constitución y a la ley, provean al Defensor Público de herramientas suficientes para requerir al Juez la aplicación de justicia en equidad.

Entonces se vislumbra un ejercicio activo de la defensa, convertida en un equipo técnico, científico y jurídico, capacitado para abocar aspectos prácticos de la actividad procesal, acaso olvidados en la metodología procesal mixta, tales como la entrevista de testigos, en la que existe un rigor técnico desconocido por la generalidad de litigantes, pero que puede entregar la información necesaria para soportar la teoría planteada por el equipo defensorial. Por razón de ello, la utilización de medios técnicos y científicos por parte del Defensor Público resulta esencial, máxime cuando también se exige al Juez la aplicación de ciertos criterios técnicos, jurídicos y científicos en interpretación de la labor investigativa de la defensa.

Todo esto significa que, con esta novedosa estructura, emerge un actor procesal fortalecido denominado Equipo de la Defensa cuyo rol es indispensable definir: si bien no es novedoso, sí sufre una modificación profunda en el contexto de su nuevo papel protagónico adversarial.

Por otra parte, los defensores públicos adquieren también la responsabilidad de ser los primeros garantes y peticionarios de los derechos de nuestros usuarios desde el momento mismo en que reciben el conocimiento del caso que se les asigna, lo cual puede ocurrir apenas realizada la captura. Se puede afirmar que esta atribución adquiere su mayor dimensión en la actuación que se ejerza en las audiencias preliminares previstas por el ordenamiento procesal para el control de observancia de las garantías y derechos fundamentales de quien es investigado por el Estado.

Y por eso, al abordar la audiencia de control de legalidad de la captura, nos comprometemos a luchar por que se verifique que en la diligencia de captura se cumplieron con rigor todos los pasos que la ley exige, y que en los momentos posteriores a la captura se respetó a la persona como la ley lo indica; y que a la persona se la dejó inmediatamente a disposición de la autoridad judicial competente, como lo ordena el artículo 302 del C. de P.P. En caso de presentarse cualquier trasgresión a los derechos fundamentales, el defensor público estará presto a solicitar la ilegalidad de la captura.

Igualmente estaremos en la audiencia correspondiente comprometidos con la exigencia de la exhibición de los elementos materiales y evidencia física que sean argüidos o mencionados por la Fiscalía, conscientes de que sólo podemos hacer controversia sobre algo si conocemos lo que es, por ejemplo, punto determinante de la situación de flagrancia, o de la circunstancia que motivó o autorizó la captura. Y también seguiremos comprometidos en asegurar la apelación según la decisión sobre la legalidad de la captura, puesto que si afecta la libertad, la situación adquiere relación directa con los postulados del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal. Y discutiremos ante la autoridad judicial, como lo hemos hecho, en forma respetuosa pero enérgica, la necesidad del reconocimiento concreto de los derechos del imputado, porque no imploramos caridad sino que luchamos por el imperio de la ley sobre la arbitrariedad.

Y en relación con la audiencia que controla la legalidad de registros y allanamientos, también estamos comprometidos con la exigencia del respeto de todos los derechos que involucran la intimidad de la persona y su entorno, como parte de su dignidad inmanente, y dispuestos a seguir por el camino de la exigencia de las garantías constitucionales que, en un Estado Social de Derecho, conforman la piedra angular de una convivencia pacífica.

Y llegando a la audiencia de formulación de la imputación, nos comprometemos a buscar que el escenario soñado del sistema acusatorio se concrete de manera efectiva, con los límites propios de cada uno de los roles:

- Un fiscal, dueño de la acción penal, debidamente armado y preparado, insinuando el reto al imputado y a su defensor.
- Una unidad de defensa, acompañada de la actividad de investigadores y peritos con amplias facultades para investigar, suficientemente enterada del reto, lo que implica conocer una imputación fáctica y una aproximación jurídica del acontecer que se examina, con plena libertad para hacerle frente a la formulación de la imputación, y con plena autonomía para evitar la contienda, según sea más ventajoso para sus intereses.
- Y lo más importante, un juez realmente imparcial, que no vea la impunidad como su enemiga, que no sienta que lucha como un vengador de la injusticia, papel destinado a la Fiscalía, sino con la conciencia del funcionario que proyecta la majestad del encargo que la sociedad le hace, como el garante de que la disputa se realizará con

el respeto de todos los derechos de todos los implicados en la contienda, con toda la sociedad expectante del duelo, de un duelo entre iguales, del cual no debe participar el juez, más que, como se dijo, para garantizar la legalidad de la misma.

Éste es el aspecto en que vemos la principal amenaza, no de los intereses de la defensa, ni de la Fiscalía, sino precisamente del sistema acusatorio, consistente en la falta de imparcialidad del juez, del juez que cree que sigue siendo el juez del sistema mixto o inquisitivo, con poder para auxiliar a la parte que él cree que tiene la razón. La defensa, consciente de lo que ello implica, renuncia a la ayuda del juez, a condición de que sea verdaderamente imparcial y no extienda su poder adonde la ley no lo permite, ya que la titularidad de la acción penal es exclusivamente de la Fiscalía, y cierto es que el mensaje del Código responde a la normativa internacional¹ que implica evitar juicios y condenas innecesarios, a lo cual no se puede oponer el juez, sino por violación a la presunción de inocencia, como lo señala el inciso final del artículo 327.

Pero la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, por su parte, permite la discusión de la inferencia razonable que realiza el fiscal, y sobre todo, de los elementos de convicción con que pretende acreditar la procedencia y la necesidad de la medida de aseguramiento, y ante todo, la legalidad de los mismos, frente a lo cual respondemos con la defensa enérgica del derecho a la libertad personal, exigiendo que su privación sea realmente la excepción, y que la prueba no apta para presentarse en juicio tampoco pueda ser tenida en cuenta para fundamentar la solicitud de privación de la libertad.

Velaremos igualmente por que se solicite la revocatoria o la sustitución de la medida de aseguramiento cuando se encuentren los elementos materiales probatorios o la información que le permita inferir razonablemente al juez que han desaparecido los requisitos que la ley exige para la imposición de la misma. En ese sentido, la solicitud se presentará por nuestra parte cuando aparezcan los requisitos exigidos por el artículo 318. Para ello, el concurso de los investigadores de la defensa resulta excepcionalmente importante, habida cuenta de la posibilidad de adelantar la pesquisa técnica necesaria.

¹ *Directrices sobre la función de los fiscales, aprobadas por el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en la Habana entre agosto y septiembre de 1990.*

Siguiendo la línea trazada por el legislador y en procura de humanizar el ejercicio procesal y la aplicación de la pena, nuestro compromiso en relación con la búsqueda de la solución de los conflictos sociales nos impone la obligación de llegar a plantear acuerdos y preacuerdos equitativos y justos, sustentados jurídicamente y con los suficientes elementos de convicción fáctica, a la Fiscalía General de la Nación, con el fin primordial de amparar los derechos del imputado, pero también de aprestigar la administración de justicia.

Durante las audiencias preliminares, el compromiso también reivindica y alcanza una actividad genérica de la abogacía: partiendo de la institución de la doble instancia, reconocida no solamente por el ordenamiento penal colombiano, sino también por el Bloque de Constitucionalidad y por las Instituciones Penales Internacionales, es nuestro deber utilizar los recursos ordinarios con el soporte fundamental necesario para el ejercicio de una correcta labor contradictoria, bajo la premisa de la razonabilidad de su impetración, esto es, la debida, necesaria y técnica requisitoria en beneficio de los intereses del defendido.

Aun cuando la obligación de solicitar la preclusión de la investigación en la primera etapa procesal recae en la Fiscalía, nos corresponde también determinar que los eventos del artículo 332 se encuentran presentes en la actuación procesal y, en esa medida, requerir a nuestro adversario procesal para que ejerza su atribución oportunamente ante el juez de conocimiento.

En igual sentido debemos proceder cuando se trate de la aplicación del principio de oportunidad, estructurado en la base jurídica, fáctica y cognoscitiva que en cada caso corresponda. En el evento de la suspensión del proceso a prueba, el defensor debe preparar su asesoría en dirección a la formulación de un plan de reparación del daño en condición de mediador entre su defendido y las víctimas, dentro de los condicionamientos que impone un marco de justicia restaurativa.

En la etapa del juicio se despliega otra dimensión de la labor defensorial. En las audiencias previas al juicio, como en la de formulación de acusación, llegaremos preparados para expresar al juez aquellas causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades o aquellas observaciones que hayan de hacerse al escrito de acusación. Igualmente, el equipo de la defensa estará atento al contenido del escrito de acusación y al descubrimiento de prueba que haga la Fiscalía, a fin de determinar su estrategia definitiva hacia el debate jurídico y técnico en la audiencia de juicio oral.

Bajo la premisa de una acertada dirección jurídica de su actividad, los defensores públicos serán hábiles en el manejo de la técnica de descubrimiento de prueba en la audiencia preparatoria, para estipular asesoradamente aquellos puntos sobre los cuales resultaría inocuo discutir en el juicio, y también para proponer las nulidades que surjan con ocasión del descubrimiento. Frente a ello, es conveniente aclarar que la proposición de nulidades o la estipulación probatoria siempre se realizarán con criterios de razonabilidad y lealtad procesal. La oposición inmotivada no beneficia los intereses de la defensa, y resta credibilidad a la labor defensorial.

En el Juicio Oral, los defensores públicos aplicarán las reglas procesales con sensatez, recordando que la incorporación de elementos materiales y de convencimiento exige el cumplimiento de ciertas condiciones, que podríamos llamar protocolos de incorporación, y atendiendo también a que el juez dispone de poderes correccionales en su función suprema de direccionamiento del proceso, en caso de que la actividad de los abogados en contienda desvíe su normal desarrollo.

En cuanto a la dosificación punitiva, es claro que el abogado defensor debe conocer los criterios de calificación, habida cuenta de la necesidad de proteger los intereses y derechos del usuario; sus acciones en esta etapa se dirigirán a obtener una sentencia acorde con el principio de proporcionalidad.

Aquí en la Defensoría del Pueblo somos conscientes de contar con defensores públicos de ejercicio profesional ético, vinculados con unos derechos intangibles de personas puestas en condiciones de debilidad, comprometidos como incasables buscadores de espacios donde mejor se garanticen esos derechos, luchadores combativos contra la arbitrariedad y el abuso del poder de funcionarios que pretenden acallar esa beligerancia legítima del defensor público con el poder correccional que les ha otorgado la ley. Somos conscientes del doble compromiso: de una parte, con nuestros defendidos, compromiso cuya deshonra pasa cuenta de cobro a nuestras conciencias, y de otra parte, con la historia, que calificará el papel desempeñado en este momento coyuntural de construcción de un nuevo derecho.

La expectativa que se tiene sobre la actividad del defensor público seguirá delineándose, con el apoyo de la oficina de apelaciones que, como guía en la práctica de las legítimas aspiraciones de quien interpone los recursos legales, conceptúa sobre aspectos esenciales de la actividad judicial y compendia eficientemente las decisiones de los tribunales y altas cortes en apoyo seguro de la actividad defensorial.

Están en juego:

- La relación entre el defensor y el fiscal en las actuaciones que los involucran directamente: aplicación del principio de oportunidad, preacuerdos, aceptaciones de imputación, lealtad en el juicio, descubrimiento de la prueba, estipulaciones sustentadas en el respeto profesional mutuo.
- La relación entre el defensor y el representante del ministerio público, como garantes, cada uno a su manera, de los legítimos derechos de la sociedad, en procura de hacer prevalecer la norma sustancial sobre la norma adjetiva.
- La relación entre el defensor y las víctimas en sus actuaciones respectivas: el incidente de reparación, la mediación y la obtención de información, en un marco de respeto por las lesiones físicas y morales que hayan recibido, en el contexto esencial de la justicia restaurativa.

La relación entre el defensor y el juez, como intervinientes o actores del proceso, el uno con poderes correccionales sobre quien solicita la aplicación de justicia, pero el uno y el otro profesionalmente en pie de igualdad.

Así pues, la labor esencial es de gran envergadura, y a ella nos aplicaremos con la responsabilidad que corresponde, siendo este documento un motivo más de acercamiento conceptual antes que jurídico, y una oportunidad de difundir la experiencia adquirida durante la corta existencia de esta nueva forma de aplicación de justicia.

Huelgue reconocer que la realización de este documento ha sido posible gracias al esfuerzo de un grupo de personas: los miembros de la Oficina Piloto de Bogotá, de la Oficina de Apelaciones, del grupo de investigadores de la defensa, todos ellos coordinados por el doctor Juan Carlos Arias Duque. Ellos en todo caso, pretendieron abordar las principales dificultades que se les presentan a los defensores públicos en su actividad, para lo cual se nutrieron de las experiencias y recomendaciones de todos los operadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública. Por ello, presentamos un documento acerca de los defensores públicos, hecho por defensores públicos, para todos los operadores del sistema.

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA
Directora del Sistema Nacional de Defensoría

3. NOCIONES GENERALES

Para entender el marco de referencia en que se desempeñan los defensores públicos, es necesario tener claridad sobre su naturaleza jurídica, cobertura y campo de acción para garantizar la efectiva protección al derecho de defensa. Por esa razón hemos considerado importante comenzar por traer algunas nociones generales sobre el servicio público que, por mandato Constitucional y Legal, debe prestar la Defensoría del Pueblo dentro del Sistema Penal Acusatorio, a saber:

Definición de los defensores públicos.

De acuerdo con lo normado por la Ley 941 de 2.005, tienen tal calidad los abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, para proveer la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que carecen de recursos para asumir por sí mismas la defensa de sus derechos.

También podrán tener la calidad de defensores públicos los estudiantes de los consultorios jurídicos adscritos a las facultades de derecho de las universidades legalmente reconocidas que presten sus servicios en los eventos autorizados por la Ley, siempre que suscriban convenio con la Dirección Nacional de Defensoría Pública; los egresados de las facultades de derecho que realicen su judicatura, y los abogados particulares que contrate la Defensoría del Pueblo, en los términos del artículo 32 de la citada Ley.

Condiciones mínimas para actuar como defensor público

Contar con tiempo suficiente para entrevistarse en privado con la persona a la cual se va a prestar asistencia, cuyo derecho de defensa se activa con la formulación de imputación, o con la captura. Debemos comenzar por exigir un tiempo mínimo para preparar la defensa, lo que implica no sólo conocer el caso sino, sobre todo, tener la posibilidad de aportar elementos de convicción en las audiencias preliminares. Por esa razón, tan pronto como una persona privada de la libertad manifieste no tener defensor de confianza, entra en escena inmediatamente el defensor público.

También tendrá a su servicio el defensor público la actividad de un investigador, con el cual podrá discutir y armar la teoría del caso, y a quien podrá comisionar el desarrollo de misiones tendientes a fortalecer o descartar sus hipótesis defensivas.

Usuarios del servicio de defensoría pública

De acuerdo con lo ordenado por el artículo 2º de la Ley 941 de 2.005, el defensor público prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentren en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.

¿Quién designa un defensor público para un caso en particular?

De acuerdo con el Plan Operativo diseñado por la Dirección del Sistema Nacional de defensoría Pública, los casos son asignados por el Asesor o Coordinador Administrativo y de Gestión, al cual está adscrito el defensor. También lo podrán hacer el Juez de Control de Garantías y el Juez de Conocimiento, en las oportunidades y con las condiciones que determina el Código de Procedimiento Penal.

Actuaciones urgentes que puede provocar un defensor público para proteger los derechos del usuario

El examen inmediato al indiciado cuando quiera que resulte necesario o importante para preparar la teoría del caso de la defensa; habrá de solicitárselo al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el mismo Centro de Atención Judicial.

En todo caso, es importante tener presente que el defensor tiene la facultad de provocar audiencias ante el juez de control de garantías cuando quiera que se necesite una decisión urgente para proteger los derechos fundamentales del indiciado o imputado.

¿Qué casos atiende un defensor público?

Como ya se anotó, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 2º de la Ley 941 de 2.005, el defensor público prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentren en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.

Los que le asigna el coordinador de gestión de la unidad a la cual se encuentre adscrito, y los que le asigne el Juez de Control de Garantías en desarrollo de sus facultades legales.

4. PERFIL DEL DEFENSOR PÚBLICO

«La forma elemental de la ayuda para quien se encuentra en guerra, es la alianza. El concepto de la alianza es la raíz de la abogacía.»

Francesco Carnelutti.

Dentro de la relación dialéctica entre iguales que supone nuestro sistema con tendencia acusatoria, la defensa representa un papel más que protagónico, toda vez que en ella se soporta la responsabilidad de hacer frente a la actividad del contrario: la Fiscalía. Son entonces dos enfrentados, la defensa y la fiscalía, que se trenzan en un debate de ideas, de razones jurídicas soportadas en expectativas probatorias, estando políticamente justificada la actividad de cada uno de ellos.

Los dos, enfrentados en un debate que es regulado por un árbitro imparcial, que no se inclina en favor de ninguna de las partes y que garantiza que la igualdad de los contendientes se concrete en sus reales posibilidades, y, además, que vela por mantener la legalidad del enfrentamiento.

Pues bien, en ese contexto, la actividad de la Fiscalía General de la Nación excita la intervención de la defensa. Y es que, superada la vergonzosa situación del antiguo régimen, ha venido construyéndose en la fase posterior a la revolución francesa el espacio en el cual el imputado realmente tiene derechos, y la manera como cada una de las garantías que se le han venido reconociendo lo rodean y lo protegen va haciendo

de él un personaje cada vez más fuerte y más grande, tanto como su oponente. Y es justamente lo que constituye la responsabilidad del defensor: lograr que su defendido, con el disfrute de sus garantías se convierta en un digno oponente de una lucha en la que cada uno de los enfrentados juega a ganar.

El derecho a la defensa es reconocido internacionalmente desde la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789 y ha sido desarrollado internacionalmente por múltiples tratados internacionales de derechos humanos que vinculan a nuestro país²

² *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, en su artículo 14, numeral 2°, literal d, señala como derechos del acusado: «A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo., y siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;»*

Así mismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en su artículo 8° sobre Garantías Judiciales, en el numeral 2° advierte que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: «e)Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.»

La Regla 11.1. de Mallorca señala: «Sin perjuicio de su derecho a defenderse a sí mismo, el imputado en todas las fases del procedimiento, y el condenado durante la ejecución de la condena, tienen el derecho a contar con un abogado de su libre elección. Igualmente, el imputado carente de medios tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado.»

El literal c) del numeral 3° del artículo 6° de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos señala como derecho el que tienen todas las personas acusadas de un delito: «A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.»

Los «Principios Básicos sobre la Función de los Abogados», aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990, tiene declaraciones como las siguientes:

«3. Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos.»

«6. Todas esas personas cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios.»

7. Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención.»

Además, el artículo 29 de nuestra Carta Política ratifica su reconocimiento, y el numeral 4º del artículo 250 también superior enseña que el juicio debe desarrollarse de manera oral, con intermediación de las pruebas, contradictoria, concentrada y con todas las garantías.

Y la defensa puede ser ejercida por un defensor de confianza, o por uno gratuito, según lo señala el artículo 29 de la Carta cuando determina: «*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento*»; de suerte que quien esté en imposibilidad económica o social para suministrarse su defensor tiene derecho a que el Estado le asigne uno. Es el servicio de defensoría pública que el constituyente ha colocado en manos de la Defensoría del Pueblo, según lo normado por el artículo 282.4 superior y leyes 24 de 1992 y 941 de 2005.

La Ley 941 ha abolido la defensa de oficio, y ha dejado en el panorama procesal solamente al defensor de confianza y al defensor público. Y el compromiso de esta última modalidad de defensor debe marcar unas diferencias sustanciales con el defensor de confianza, originadas básicamente en el origen de su relación contractual: mientras que al defensor de confianza lo mueve el lucro en relación con cada caso en particular, el defensor público está motivado por otro tipo de expectativas vinculadas más con la esencia del servicio de la labor del abogado, con la identificación en su cliente de un verdadero necesitado en toda la extensión de la expresión, por lo que su actividad se llega a identificar con un verdadero apostolado.

De ahí que las condiciones de un defensor público sean más exigentes que las de un defensor de confianza, y su margen de movilidad un poco más amplio. Mientras que el defensor particular atiende el caso en particular, el defensor público le reporta sus actividades a la institución a que pertenece, institución que atiende, no sólo ese caso sino también un alto porcentaje de los procesos del país; esto le permite al Sistema Nacional de Defensoría Pública fijar, a nivel macro, estrategias que logren impactar el sistema de justicia de manera que se logre un mejor espacio para la defensa; y, por esa vía, también la defensa pública identifica las gestiones exitosas de sus operadores en diferentes partes del país, y las reproduce en otras regiones donde aquello favorable que se obtuvo aún no se ha reconocido; y la defensa pública, además, por su gran cubrimiento, elabora líneas de acción para estimular pronunciamientos judiciales en determinados sentidos que se consideran más justos y sensatos que los que se han venido aplicando, y los pone a consideración de todos sus operadores en todo el país para que poco a poco se vaya

abriendo camino una interpretación más humana, y cada vez más alejada de la mera venganza, como único y principal criterio justificador de la intervención del Estado.

Siendo el potencial de la defensa pública tan amplio y generoso, la misión del Sistema Nacional de Defensoría Pública es totalmente clara. Se identifica con garantizar la igualdad real en el acceso a la justicia para la defensa de los derechos de quienes se encuentran en imposibilidad económica o social de procurársela.

Y la forma como se proyecta la defensa pública en el marco de la nueva justicia que supone el sistema con tendencia acusatoria es una defensa pública fortalecida, consolidada y con reconocimiento a nivel nacional e internacionales en virtud de la alta calidad del servicio que presta.

Y para identificar el perfil del defensor público del nuevo sistema, hay que empezar por reconocer que la expedición de la Ley 941 de 2005 moderniza la defensa pública a la vez que amplía las posibilidades de su intervención: la dota de peritos e investigadores, obliga a las entidades públicas que manejan información útil para los procesos a entregarla a la defensa, vincula a su estructura a los judicantes y a los estudiantes de consultorios jurídicos, abre espacio a los abogados particulares y a las asociaciones científicas dedicadas a la investigación criminal, concibe un nuevo modelo de gestión a partir de unidades operativas. Todo esto y a la vez fortalece la dirección del sistema.

Se supone, naturalmente, que el defensor, ante todo, ha de tener claro qué defiende, a quién defiende, cómo defiende y por qué defiende, como primer paso para identificar a quién debe las lealtades, y para definir el sentido de su nuevo rol.

En la tarea, pues, de definir las características ideales del defensor público, identificamos las siguientes:

1. Dado al servicio en favor de los más necesitados, con un generoso concepto de caridad y con un alto compromiso con la garantía de los derechos humanos.
2. Dispuesto al cambio, consciente de que el derecho, como disciplina reguladora del comportamiento social, es dinámico y cambiante, por lo cual ningún operador vinculado al Sistema Nacional de Defensoría Pública debe considerarse un producto terminado, sino siempre en disposición de formular nuevas propuestas, a partir de la problematización de los paradigmas tradicionales.

3. Estudioso, con conciencia de que para poder discutir las posiciones tradicionales se requiere mayor argumentación que para acatarlas, en la seguridad de que sólo exhibiendo razones sólidas de manera tesonera puede convencer a otros de la razón que le asiste, para lo cual se requiere juiciosa investigación y profundización académica.
4. Ingenioso armador de estrategias defensivas, con utilización de todos los recursos que le concede la nueva normativa.
5. Realista, característica que el defensor público ha de entender en varios sentidos:
 - Que sea consciente de sus limitaciones, y que trabaje por desarrollar las habilidades y destrezas requeridas para dominar el proceso penal del sistema acusatorio.
 - Que sepa calcular las verdaderas posibilidades de éxito de su teoría del caso, en tal forma que no se embarque en una aventura buscando sólo su propio lucimiento, olvidando la esencia de su actividad: el imputado.
 - Que sea capaz de asimilar los éxitos y los fracasos de su actividad, con una clara comprensión de las obligaciones y deberes propios de su rol.
6. Combativo luchador de su razón, que exija con empeño los derechos de su patrocinado, sin consideraciones ajenas al bienestar procesal de su defendido.
7. Humilde en el desarrollo de todas sus actividades: entrevistar a su defendido, construir la teoría del caso, entrevistar y preparar a los testigos. Todo ello sin la estulticia de la arrogancia.
8. Sagaz a la hora de entablar relaciones con la contraparte.
9. Soñador de posibilidades sin fin.

5. VOCACIÓN PROBATORIA DEL INVESTIGADOR DE LA DEFENSA

El proceso acusatorio penal ha dispuesto que la carga de la prueba en sede de tipicidad, antijuridicidad y responsabilidad recaiga en la Fiscalía General de la Nación, apoyada en la actividad de los organismos que cumplen funciones de policía judicial. Esta disposición se dirige entonces a conferir la atribución de legalidad de la prueba de Cargo.³

Frente a ello y por contraposición, es indispensable abordar el tema de la vocación probatoria de las diligencias investigativas de la defensa, como quiera que, tratándose de un procedimiento controversial, se presume que los contendientes están en igualdad de condiciones jurídicas y técnicas. Resulta interesante que se analice brevemente la capacidad probatoria que concede la normativa vigente desde la perspectiva de los actos más usuales de investigación criminal: la recolección de elementos materiales probatorios, la verificación de informaciones, la entrevista de testigos, el aporte de informes técnicos forenses, la pesquisa de vecindario, las vigilancias, los seguimientos, y otras diligencias relacionadas.

¿Cuáles facultades investigativas reconoce la ley procesal a la defensa?

Para los fines del ejercicio del derecho de contradicción, el artículo 267

³ Ley 906 de 2004, artículo 7º; Artículos 114 numerales 1, 4 y 5; 200 y 205 a 21.

faculta a quien no es imputado, esto es, a aquella persona sobre quien se adelanta una investigación preliminar, para asesorarse de abogado y, a su vez, para que éste o aquél puedan «buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga». Dichos elementos, el informe que sobre ellos se haga (o sobre su recolección), y las entrevistas realizadas con el fin de obtener información útil, podrán ser utilizados por la defensa ante las autoridades judiciales.

En igual sentido se pronuncia el artículo 268 sobre quien ya ha adquirido la calidad de imputado, indicando que los elementos serán trasladados al laboratorio forense del Instituto de Medicina Legal mediando para ello tanto la solicitud de estudio como una constancia expedida por la Fiscalía de que se es imputado o defensor del mismo.

El artículo 271 faculta igualmente al imputado y al defensor para entrevistar a personas que puedan ofrecer información de utilidad para los fines de la defensa, recomendando para ello que se empleen las técnicas aconsejadas por la criminalística. De tal actividad se puede dejar constancia escrita o grabada en cualquier medio técnico idóneo. Sin embargo, desde el punto de vista de la conveniencia estratégica, es innegable que este tipo de actividades puede ser contraproducente, por cuanto tales documentos deben ser aportados para su validación como material de convicción, y ese acto procesal está revestido de cierta técnica inherente al sistema oral.

Puede el defensor adelantar labores de investigación aun desconociendo las técnicas de pesquisa?

En una interpretación inicial se podría pensar que la atribución enunciada permite realizar algunas actividades técnicas y de investigación bajo la condición de que se adelanten con el uso de un criterio personal adecuado de empirismo por parte del defensor, del indiciado o del imputado, como ejercicio de las actividades propias del derecho de defensa.

Esta intención garantista tropieza con unos criterios de valoración impuestos en el artículo 273, en donde se establece que, para juzgar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas aducidas por la defensa, se tendrá en cuenta «su legalidad, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta el informe.»

Entonces, la evaluación judicial de estas diligencias pesquisitorias de la defensa no se deja al conocimiento arbitrario de la simpleza empírica, como

lo hace ver el contenido de los artículos 267 y 268. Por el contrario, esta labor debe guiarse por el criterio científico de manejo de la cadena de custodia y las reglas de la *lex artis* en lo relacionado con pruebas de carácter técnico, so pena de ser consideradas ilegales. En igual sentido, la entrevista de testigos debe seguir el ritual recomendado por la criminalística en los manuales y protocolos de manejo y obtención de la información.

Resulta claro que el público en general desconoce los lineamientos de la investigación clásica, de la criminalística o de las actividades forenses. Incluso muchos juristas solamente tienen una idea brumosa de la actividad pericial de recolección de evidencias, y la cadena de custodia es desconocida fuera de los círculos judiciales.

La facultad de recolección empírica de los elementos físicos entra en franca contradicción con los criterios de valoración de esos mismos elementos llevados al juicio oral, dada la obligación del defensor o del indiciado o imputado de demostrar las reglas de la *lex artis*, y en la medida en que el oponente fiscal, en conjunto con su auxiliar de policía judicial, se presumen habilitados para controvertir el ejercicio de tal recolección probatoria sin que a su vez tengan que demostrar su propia habilidad por mandato de la ley, resulta entonces que lo que se vislumbraba como una facultad que buscaba la equidad contenciosa, se convierte en un arma de doble filo para la defensa, ya que la carencia de conocimientos sobre técnicas forenses de recolección, embalaje y preservación de elementos materiales probatorios puede ser utilizada como factor de desequilibrio demostrativo en cuanto a la legalidad y autenticidad de tales elementos se refiere. Por la misma vía, una entrevista o la incorporación misma del testigo pueden sufrir detrimento, y generar consecuencias contraproducentes para la teoría del caso de la defensa.

¿Entonces, carecen de validez en juicio las pesquisas de la defensa?

Parecería que estas actividades de investigación de la defensa no tuvieran una vocación probatoria real. Pese a ello, la interpretación correcta está dirigida a reconocer que esa capacidad existe bajo la tutela de algunos razonamientos de interpretación:

Debido a la obligatoriedad de demostración de la *lex artis* y de la existencia de cadena de custodia y protocolos forenses, las actividades de criminalística y de investigación deben ser desarrolladas por un experto, quien facilita, a través de su pericia, la labor técnica de incorporación en el juicio oral.

Aun cuando el defensor o su experto no recolecten los elementos materiales probatorios en una diligencia judicial, quienes lo hacen deben observar los criterios contenidos en la Constitución Política, en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia, y en las leyes, en materia de debido proceso y cadena de custodia. Esta apreciación es válida igualmente para la demostración de autenticidad.⁴

Con independencia de lo previsto para los investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública, el procedimiento autoriza la intervención de expertos forenses privados para el estudio de elementos materiales probatorios, y solamente para el caso de las facultades de quien no es imputado en el artículo 267.

Pese a lo anterior, las actividades investigativas de la defensa pueden continuar durante el procedimiento y, por tanto, ella deberá seguir demostrando la existencia de los criterios de valoración, por lo cual la presencia del experto sigue siendo indispensable en el manejo de la pesquisa y en el desarrollo de la teoría del caso de la defensa.

El manejo cuidadoso de estos aspectos permite al defensor aportar al proceso los elementos materiales y las actividades investigativas realizadas por la defensa, y le otorga la vocación probatoria y de sustento fáctico de la teoría del caso que debe tener en el juicio oral.

¿Tienen creación legal estos expertos e investigadores?

La defensoría pública, como servicio esencial del sistema judicial, cuenta con una norma que reconoce la necesidad de enfrentar el proceso penal en condiciones de igualdad, aunque la misma sea precaria por definición, y en esa condición asigna a su estructura un esquema de investigadores y técnicos criminalistas para el sostenimiento de sus hipótesis⁵.

En este aspecto, el nuevo código procesal ha resignado el tema de la investigación para la defensa de confianza. No menciona la posible intervención de un investigador calificado en procura de los intereses del indiciado o imputado, y, así, se ha dejado a la deriva el ejercicio de una actividad que interesa al derecho y a la justicia, como lo es la investigación criminal, con el riesgo social que implica para el Estado el hecho de que sus ciudadanos necesitados de representación queden a merced de

⁴ Artículos 276 y 277 del C. de P. P.

⁵ Ley 941 de 2005, artículos 14, 18, 20, 36, 37, 38 y 39.

estafadores o de personas inexpertas en un tema que merece una adecuada consideración legislativa.

¿Por qué investigadores para la Defensoría Pública?

El artículo 1° de la ley 941 de 2005 establece que la finalidad del Sistema Nacional de Defensoría Pública es proveer el acceso de las personas a la Administración de Justicia en materia penal, *en condiciones de igualdad*, y en los términos del debido proceso con respeto a los derechos y garantías sustanciales y procesales.

Ahora bien, el sistema acusatorio colombiano entró a sustituir el sistema mixto sumarial, y el ejercicio de la probanza de descargo pasó a convertirse en una nueva forma de discutir ante el togado el aporte de la policía judicial. En efecto, en aquel mecanismo procesal la Fiscalía debía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable en virtud del principio de investigación integral⁶.

En este procedimiento, el Ministerio Fiscal solamente aportará aquellos elementos de convicción sobre la responsabilidad del acusado, sin que pueda, por otra parte, ocultar a la defensa los que le favorecen⁷ y, en este evento, es claro que ya no está en la obligación de investigar lo que le favorezca al indiciado, pero debe aportar los elementos o informaciones que eventualmente encuentre, producto del azar.

Por otra parte, las técnicas de juicio oral establecen que los elementos probatorios recolectados solamente pueden ser valorados por el juez si están debidamente incorporados al proceso y, entonces, el abogado (defensor o fiscal) no puede ser testigo de acreditación de los elementos de convicción que pretenda hacer valer; es indispensable la actividad de los investigadores como testigos de acreditación e introducción.

¿Desde cuándo se puede utilizar el servicio de los investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública?

Debemos diferenciar varias etapas de intervención, que se funden con las etapas del sistema mismo:

⁶ Constitución Política de Colombia. Artículo 250, modificado mediante acto legislativo No.003 de 2002, concordante con el artículo 20 de la ley 600 de 2000.

⁷ Obra citada, Num. 4. Art. 250. Ley 906 de 2004, artículo 7°.

Cuando una persona tiene conocimiento de que la policía judicial realiza actos averiguatorios en su contra, puede realizar las diligencias de investigación ya mencionadas, y asesorarse de abogado, quien estaría facultado para realizar actividades del mismo tipo.

También es posible realizar actividades pesquisitorias tendientes a la demostración de circunstancias atenuantes, errores de procedimiento, o causales de exclusión de responsabilidad previas a las audiencias de formalización de captura, imputación e imposición de medidas de aseguramiento en los Centros de Atención Judicial.

El investigador puede colaborar con la formulación de la teoría del caso de la defensa, y está en la obligación de formalizar, con la coordinación del defensor público, el programa metodológico de demostración defensorial para que, en la audiencia preparatoria, la estrategia de defensa que se va a implementar esté debidamente fundamentada.

Por ello es necesario que la solicitud de los servicios del investigador o del perito se haga con la debida anticipación. Lo ideal es hacerlo desde el mismo momento en que se recibe el caso y de su estudio se estima que podría llegar al juicio oral.

¿Cuáles actividades puede desarrollar el investigador de la defensa?

La actividad de peritos e investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública está limitada únicamente por las prohibiciones legales y constitucionales. Es necesario aclarar que la actividad de investigación o pesquisa clásica es diferente de la actividad pericial o técnica forense, y que los investigadores de la defensa no tienen funciones de policía judicial.

Así, pues, no todos los investigadores son peritos, pero todos los peritos deben ser investigadores.

El investigador puede:

- Realizar labor de vecindario con desplazamiento al lugar del hecho e inspección para establecer una hipótesis preliminar.
- Llevar a cabo actividades tendientes a demostrar el arraigo de las personas, determinar testigos, ubicar e identificar personas.

- Recolectar técnicamente las evidencias omitidas por la Policía Judicial en el lugar del hecho, las recolectadas por terceros, y las que aparezcan posteriormente.
- Asesorar al defensor en materia de cadena de custodia.
- Comparecer como testigo de acreditación en introducción de los elementos de convicción recolectados.

Este tipo de labores buscan:

- Confirmar o desvirtuar la versión inicial de la policía judicial, y la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación.
- Confirmar o desvirtuar la versión de los testigos de cargo, o lograr su descrédito ante el tribunal.
- Confirmar o desvirtuar versiones confusas del usuario.
- Encontrar nuevas versiones de los hechos.
- Asesorar al defensor en la formulación de una hipótesis susceptible de evaluación mediante el diseño de un programa metodológico.
- Consultar información en entidades públicas y privada del orden nacional y local que manejen bases de datos y archivos, útiles para acreditar o desvirtuar hipótesis investigativas del ente acusador.

El servicio técnico forense puede asesorar mediante:

- Concepto técnico sobre la pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba técnica y método de investigación utilizado por la Fiscalía General de la Nación.
- Asesoría en la confección de contrainterrogatorios del defensor para los peritos que llame a declarar la Fiscalía, y en la preparación de testigos técnicos solicitados para el interrogatorio.
- Diseño del Programa metodológico, de conformidad con las necesidades de cada caso concreto.
- Soporte científico de contradicción, según requerimientos del caso concreto.

- Utilización de recursos de fotografía y video, según criterios de pertinencia y conducencia aplicables al caso.
- Intervención en el juicio oral como investigador testigo para acreditación o incorporación de elementos materiales de prueba.

¿Está obligado el investigador de la defensoría a revelar la información o elementos materiales de prueba que desfavorezcan al usuario, y que haya obtenido en el curso de sus actividades, a la Fiscalía General de la Nación en caso de ser conainterrogado?

El investigador, en su actividad, está amparado por la reserva profesional misma, y por la excepción constitucional al deber de declarar que ampara al abogado con su cliente, en la medida en que hace parte del equipo integral de defensa, y por tanto, en virtud de los principios de no autoincriminación y de lealtad procesal, no puede ser interrogado en ese sentido por la Fiscalía General de la Nación, en los términos del artículo 385 del C. de P. P.

¿Cómo acceder al servicio de investigadores y peritos de la Defensoría Pública?

El defensor solicitará el servicio que requiera a través de su Coordinador Administrativo y de Gestión, quien pedirá a la Unidad Operativa la designación de un investigador o perito para cada caso concreto. Al interior de la Unidad se efectúa un reparto inmediato de la misión teniendo en cuenta el perfil del investigador o perito y la necesidad específica.

Una vez obtenida la misión a desarrollar, el investigador debe entrevistarse con el defensor y escuchar sus requerimientos para asesorarlo en la ejecución de un programa metodológico que le permita sustentar su teoría del caso en el componente probatorio.

El investigador desarrolla sus actividades de conformidad con la metodología planteada, y finalmente informa el resultado de sus averiguaciones al defensor, quien decidirá si las utiliza o no en juicio.

¿Se utilizan el investigador o el perito solamente en los casos que llegarán a juicio oral?

No. Cuando se vislumbre la posibilidad de llegar a preacuerdos con la Fiscalía, es necesario que el defensor tenga certeza sobre los elementos

jurídicos y fácticos que sustentan esa negociación, y en ese sentido el investigador puede asesorarlo previamente en materia de soporte probatorio.

Cuando se trate de aceptación de cargos, el investigador puede realizar las verificaciones necesarias y suficientes, para que el defensor, en el marco de la ética profesional, despliegue toda su capacidad profesional a fin de obtener los componentes probatorios de su teoría del caso o hipótesis de trabajo, aun cuando ésta se limite a la aceptación y se interprete, a la luz de la regla jurídica.

¿Puede el investigador ser ofrecido como testigo en la audiencia preparatoria?

El investigador es órgano de prueba de las diligencias ya enumeradas anteriormente que adelante, y está debidamente instruido en las técnicas del juicio oral, conoce los principios generales de la prueba y estará preparado para absolver el interrogatorio cruzado en cada caso específico. Además, la importancia de solicitar su concurso radica en que es el instrumento a través del cual se acreditan e introducen los elementos materiales probatorios que se pretende incorporar en la audiencia de juicio oral.

¿Cómo solicita un defensor público el servicio técnico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses sobre elementos materiales probatorios y demás elementos físicos?

Algunos servicios forenses criminalísticos especializados no están al alcance de la Defensoría del Pueblo directamente, y es necesario solicitarlos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Cuando se trate de estos eventos, se sugiere que el defensor tenga asesoría previa de los investigadores de la Unidad Operativa de Investigación Criminal, con el fin de confeccionar los cuestionarios en forma técnica, pertinente y conducente.

Cuando el imputado o su defensor, dentro de la etapa de la investigación requiera que los elementos materiales probatorios y demás elementos físicos recolectados sean examinados por el Instituto de Medicina Legal, deben solicitar a la Fiscalía de conocimiento la constancia de que se es

imputado, o defensor de éste, y anexas las preguntas previamente confeccionadas con la asesoría del investigador.

¿Qué puede hacer la defensa cuando se entera de la existencia de pruebas realizadas por Medicina Legal que no van a ser llevadas al juicio para efectos de la vigencia de la objetividad a que es obligada la Fiscalía?

Es posible que la Fiscalía no ofrezca algunas diligencias probatorias practicadas en la etapa de investigación por cuanto su naturaleza no beneficia la teoría del caso que intentará sostener en juicio. Pese a ello, en virtud del principio de objetividad, la Fiscalía, con apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente⁸ y por la misma razón deberá indicar al juez las diligencias practicadas que no llevará a juicio, incluso aportando aquellos elementos materiales que le sean favorables al procesado, según se indicó anteriormente.

Con todo, el artículo 140 del Código adjetivo establece que uno de los deberes de las partes, en relación con la actuación procesal es: «(...) 9. Entregar a los servidores judiciales los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que les fueren requeridos, salvo las excepciones legales.»

Es claro entonces que si de las labores de investigación de la defensa, de lo manifestado por el usuario o por cualquier medio se desprende que la Fiscalía ha solicitado la práctica de pruebas al Instituto de Medicina Legal, y tales resultados no serán llevados a juicio, el defensor puede solicitar al juez el descubrimiento de tales actividades periciales (e incluso de las actividades investigativas que no se ofrezcan), siempre que tenga una percepción razonable de la utilidad de dicha información en el sostenimiento de su teoría del caso.

¿Está obligado el Instituto de Medicina Legal a informar a la Fiscalía de la prueba que practicó por solicitud de la defensa, o a darle copia de sus resultados?

No. En el evento de que la defensa solicite la elaboración de una prueba técnica, el resultado de la misma está amparado por dos principios

⁸ Ley 906 de 2005, Artículo 115.

elementales, que rigen el debido proceso y el derecho de defensa: El sigilo profesional y el principio de no autoincriminación.

El perito que actúa en ese caso para la defensa hace parte de su equipo integral (las relaciones del abogado con su cliente son reservadas) y, por tanto, sus manifestaciones técnicas y periciales están amparadas por la excepción constitucional al deber de declarar del artículo 385 del C. de P. P.

En el mismo sentido, no está permitido a los miembros del Instituto de Medicina Legal expedir copias de los informes periciales de pruebas forenses pedidas por la defensa, so pena de violar el Derecho Fundamental al Debido Proceso. En igual forma, es necesario recordar que la defensa no está obligada a descubrir los elementos de convicción que le sean desfavorables, extendiendo tal amparo a toda clase de diligencias científicas forenses.

¿Puede tener la defensa acceso a la prueba que realiza medicina legal, en la fase de la investigación, con destino a la Fiscalía?

Sí. La defensa puede tener acceso a los resultados de la prueba científica solicitada por la Fiscalía General de la Nación en cualquier momento de la investigación, pues la garantía procesal del artículo 8º, literal j) del C. de P. P. establece que una persona desde el momento mismo en que se entera de la existencia de diligencias investigativas en su contra y adquiere la calidad de imputado, puede solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el literal h) de la misma norma, donde se establece que el imputado tiene derecho a conocer los cargos que le sean atribuidos con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los fundamentan, de donde se colige que si las pruebas forenses son el sustento de dichos cargos, el conocimiento de ellas por parte del sindicado hace parte de su Derecho de Defensa.

6) LA TÉCNICA DE LA ENTREVISTA

INTRODUCCIÓN.

Una de las técnicas de investigación que frecuentemente emplean tanto los fiscales como los funcionarios de policía judicial, abogados e investigadores al servicio de la defensa es la entrevista.

En el sistema penal acusatorio colombiano⁹, esta técnica reviste especial importancia a la hora de emprender la búsqueda y obtención de información para diferentes fines, en un determinado caso. La información recaudada sometida al proceso de registro, análisis, verificación, evaluación e interpretación¹⁰ posibilita diversos usos: búsqueda, recolección, embalaje y rotulado de elementos materiales de prueba o evidencia física; elaboración de la teoría del caso, tanto de la Fiscalía como de la defensa; selección de personas que servirán como testigos, e impugnación de la credibilidad de los testigos y de los testimonios que presente la parte contraria en un juicio oral.

A continuación se formularán algunos interrogantes acerca de esta técnica de investigación aplicada a la labor de quienes tienen el honor de asumir la defensa de las personas.

¹ Ley 906 de 2004 – código de procedimiento penal colombiano.

² Escuela de las Américas – manual de inteligencia de combate, editado electrónicamente por el equipo Nizkor.

¿EN QUÉ CONSISTE LA TÉCNICA DE LA ENTREVISTA?

Esta técnica de investigación consiste en la comunicación informal que se establece entre dos personas (un emisor y un receptor), a través de la cual se obtiene información.

¿QUIÉNES ESTÁN FACULTADOS PARA REALIZAR ENTREVISTAS?

- Los servidores públicos que cumplen funciones de policía judicial (artículos 202, 202 y 203 del C. de P. Penal).
- El imputado o su defensor (artículo 271 del C. de P. Penal).
- Los investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública (artículos 36 de la ley 941 de 2005).

¿QUIÉNES INTERVIENEN EN UNA ENTREVISTA?

EL ENTREVISTADOR: Es la persona que está facultada, capacitada y preparada para llevar a cabo esta labor.

LA FUENTE HUMANA: Se trata de la persona que suministra información.

¿QUIÉNES PUEDEN SER ENTREVISTADOS POR LA DEFENSA?

- El indiciado, imputado o acusado.
- Los testigos del hecho.
- La víctima.
- Los testigos de cargo.
- Cualquier persona que suministre información de interés para la labor de defensa (informantes o colaboradores).

¿CUÁNDO SE DEBE REALIZAR ENTREVISTA POR PARTE DEL DEFENSOR O SUS DEPENDIENTES?

Fundamentalmente cuando se requiera información sobre determinado asunto que interese a cualquiera de las partes, y les sirva para fundamentar su teoría del caso.

Algunos ejemplos son:

A. Cuando se tenga noticia de la posible comisión de un delito y/o individualización o identificación del presunto responsable:

- En desarrollo de actos urgentes que realizan los servidores públicos que cumplen funciones de policía judicial, durante la indagación.
- En cumplimiento del programa metodológico correspondiente a la investigación que realiza la Fiscalía General de la Nación a través de sus servidores que cumplen funciones de policía judicial.

Estos momentos corresponden a las fases de indagación e investigación. Con posterioridad a la audiencia preparatoria, quien acusa tendrá la oportunidad, en desarrollo de su labor previa al juicio oral, de entrevistar a los testigos propuestos por la defensa.

Hay que advertir que quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de un abogado y, a través de los investigadores que trabajen con éste, realizar entrevistas a efecto de obtener información que sirva para proporcionarse su defensa.

B. Antes de asumir la defensa técnica de alguien, es deber del abogado entrevistar al indiciado, imputado o acusado.

Corresponde al abogado defensor, antes de asumir la defensa técnica de una persona, disponer de las condiciones y tiempo razonable para realizar la entrevista al indiciado, imputado o acusado.

C. Cuando se asume la defensa técnica de alguien, se recomienda:

- Entrevistar al indiciado, imputado o acusado.
- Entrevistar a potenciales testigos de la defensa.
- Entrevistar a la víctima.
- Entrevistar a testigos de cargo o propuestos por la Fiscalía.

Se sugiere realizar algunas de las anteriores entrevistas antes de participar en las audiencias preliminares, pues una buena entrevista posibilita al defensor obtener información valiosa sobre el caso y preparar su intervención, lo cual contribuye a adoptar una adecuada estrategia de defensa (Ej.: Atacar la ilegalidad de la captura y la incautación de elementos; solicitar aclaración de la imputación;

recomendar la aceptación de imputación; oponerse a la medida de aseguramiento; solicitar la sustitución de la medida de aseguramiento; interponer recursos, etc.)

Con posterioridad a las audiencias preliminares y hasta antes de verificarse la audiencia preparatoria, la defensa podrá realizar entrevistas con el propósito de estructurar y fortalecer su estrategia, así como preparar la refutación de la teoría del caso de la Fiscalía.

Después de la audiencia preparatoria y hasta antes de la iniciación del juicio oral, la defensa podrá entrevistar a los testigos de cargo.

¿A QUIÉN SE DEBE ENTREVISTAR?

A toda fuente humana que posea información y que resulte de interés para nuestra labor defensorial.

¿PARA QUÉ SIRVE LA ENTREVISTA?

Fundamentalmente para obtener información de interés y utilidad a nuestra estrategia de defensa, sin descartar que nos posibilite refutar la teoría del caso de la Fiscalía. Ejemplo de esto último constituye la impugnación de testigos de cargo y de sus testimonios.

¿QUÉ SE DEBE TENER EN CUENTA PARA REALIZAR UNA ENTREVISTA?

- **El lugar donde se hace la entrevista.**- En lo posible, hay que garantizar unas condiciones de privacidad, donde se brinde confianza a la fuente. Recuérdese que muchas personas se cohiben de hablar en presencia de otros.
- **El número de personas a entrevistar.**- Por regla general, se debe entrevistar a una sola persona a la vez. Se garantiza que el relato sea espontáneo y que las respuestas no se contaminen con el dicho de otro. Esta clase de manejo permite a quien la hace mantener el control de la entrevista.
- **El tiempo empleado para la entrevista.**- No debiera haber limitaciones de tiempo; a veces se requiere un tiempo razonable, según la complejidad del asunto a tratar y los temas que se aborden con la fuente.

- **Las condiciones personales de la fuente humana.**- Sobre este particular, resulta indispensable observar el estado de ánimo de quien va a ser entrevistado, emplear un lenguaje apropiado, no subestimar a la fuente, pero tampoco impresionarse fácilmente.

- **Las condiciones personales del entrevistador.**-
 - a) **FLEXIBILIDAD:** El entrevistador debe amoldarse a todo tipo de persona entrevistada, debe despojarse de sus prejuicios, raciales, políticos, económicos, sociales, en aras de lo que pretende con la entrevista.

 - b) **PERSEVERANCIA** Debe ser tenaz y constante, como para no dejar la entrevista a medio realizar.

 - c) **INTEGRIDAD:** Debe ser incorruptible, a sabiendas de que está expuesto a toda clase de tentaciones y halagos, siempre en busca de la verdad en su entrevista y sin prestarse a manipulaciones de ningún género.

 - d) **TACTO Y DISCRECIÓN:** Debe tener cuidado al formular las preguntas; evitar herir la susceptibilidad y las creencias del entrevistado, respetar la dignidad humana.

 - e) **DOMINIO:** El entrevistador manejar la entrevista; conoce el caso, tiene los antecedentes, explota adecuadamente las pruebas, lleva la iniciativa, controla la marcha.

 - f) **HABILIDAD:** Tiene la destreza y la inteligencia necesarias para determinar previamente lo que pretende conseguir con el entrevistado, y sabe hasta dónde llegar. Tiene la capacidad e iniciativa suficientes para llegar a la meta propuesta con el entrevistado.

 - g) **AUTOCONTROL:** El entrevistador debe mantener la calma en las situaciones más difíciles, ser amable y cuidadoso en su lenguaje, sereno en su actuación.

 - h) **PLANIFICACIÓN:** Debe Tener en cuenta los primeros datos conocidos (escena del crimen, evidencia física, informes de policía, etc.), y una idea clara de los datos por conocer acerca del caso y del entrevistado (información previa del entrevistado,

antecedentes, estudios, gustos, aficiones, situación laboral, datos familiares).

- i) **AGILIDAD.** Debe mantener viva la entrevista, llevando al entrevistado de lo particular a lo general, de lo general a lo específico, de lo útil a lo superfluo, de lo triste a lo alegre, de lo serio a lo divertido.
- j) **SAGACIDAD.** El entrevistador debe saber interpretar las respuestas verbales y no verbales, sin dejar pasar los detalles, por insignificante que sean.
- k) **PERTINACIA:** Con reformulación de preguntas y con cuanto recurso ético le sea posible, el entrevistador debe procurar llegar al meollo de la verdad.
- l) **VERIFICACIÓN.** El entrevistador debe ingeniarse para detectar la verdad en medio de muchas falsedades posibles, relacionando unos datos con otros, y evaluando los resultados.
- m) **ATENCIÓN:** El entrevistador debe escuchar cuidadosamente lo que dice el entrevistado, observarlo cuando habla, leer en sus gestos, mímicas, actitudes y ademanes.
- n) **COMPRENSIÓN:** El entrevistador ha de ser consciente de que el entrevistado responde con su temperamento, su personalidad, su dolor, su angustia, sus temores y simpatías, y de que responde a la entrevista según el nivel de vinculación con el caso, sus valores, posición social, cultura, e influencias familiares.

7. AUDIENCIAS PRELIMINARES

¿Qué son las Audiencias Preliminares?

Son aquellas actuaciones, peticiones y decisiones que no se ordenan ni resuelven en la audiencia de formulación de la acusación, la preparatoria o el juicio oral.

El Bloque de Constitucionalidad y las Audiencias Preliminares en el Sistema Acusatorio Colombiano

El nuevo Código de Procedimiento Penal ha dado un paso importante con la instauración de un sistema acusatorio, cuya premisa fundamental es la separación estricta entre los órganos que detentan las funciones de persecución (Fiscalía) y las funciones judiciales (jueces).

Y es así como el Acto Legislativo 03 de 2.002 creó la institución jurídica denominada *Juez de Control de Garantías*, con el objeto de controlar las garantías y proteger los derechos fundamentales de las personas involucradas en la investigación.

Por lo anterior, se requiere conocer el papel que tiene el Bloque de Constitucionalidad y la jurisprudencia que lo interpreta, en las audiencias preliminares, pues ello va a incidir en la manera como se deben reconocer esas garantías y se ejerza el derecho a la defensa. Se trata, entonces, de interpretar el código procesal penal desde el derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no a la inversa.

¿Qué se entiende por Bloque de Constitucionalidad?

Es la sentencia C- 225 de 1995 la que por primera vez se refiere explícitamente a este concepto, iniciando una línea jurisprudencial que se ha prolongado hasta hoy. En esta decisión, al estudiarse la prevalencia del artículo cuarto de la Carta Política frente al 93, se establece que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario forman con el resto del texto constitucional un «*bloque de constitucionalidad*», cuyo respeto se impone a la Ley. Es decir, que el concepto se asume con el carácter de obligatoriedad, de estricto cumplimiento por parte de todas las autoridades; con su inobservancia, se desconocería la propia Constitución Política.

Puede decirse que por esta noción se entiende el conjunto de normas constitucionales que no aparecen en el texto constitucional, pero que se entienden incorporadas a él, lo cual significa que nuestra Carta Política es más que el propio texto constitucional. Ese «*más*» se refiere al grupo de tratados internacionales sobre derechos humanos, que han sido suscritos por Colombia, básicamente.

Los tratados internacionales más importantes que debemos tener en cuenta son: La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y La Convención Americana de Derechos Humanos(en adelante, CADH).

La interpretación de los tratados la hacen La Corte, la Comisión Interamericana de Derechos humanos (para la CADH) y el Comité de Derechos Humanos (para el PIDCP), básicamente. Según estos organismos, la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos es útil para interpretar el alcance y sentido de la normativa de los pactos universales y regionales. De la misma manera, las Observaciones Generales realizadas por el Comité de Derechos Humanos interpretan las normas de los pactos.

Por ahora vamos a referirnos a las siguientes audiencias preliminares: de legalidad de la captura, de formulación de la imputación y de solicitud de medida de aseguramiento y de revocatoria de la medida de aseguramiento.

7.1. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA CAPTURA

Consideraciones Generales

Los términos captura, arresto, aprehensión, retención o simplemente detención, se refieren a la privación de la libertad personal antes o durante

el juicio. Por ello, todo lo que se diga aquí tiene aplicación en el capítulo de la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento.

Por libertad personal se entiende la libertad física. La esencia de la libertad personal consiste en el derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal.

Arbitrariedad («desviación de poder») no es sinónimo de ilegalidad, sino que debe incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales. La arbitrariedad, entonces, se refiere a que la privación de la libertad sea necesaria, previsible, proporcionada y razonable para alcanzar un fin legítimo, habida cuenta de las circunstancias del caso. Estos criterios se aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad sino también a las normas de derecho interno que la autorizan. Por ello, una captura no depende de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta (art. 7.2 CADH). (Cfr. Caso Levoyer Jiménez contra Ecuador, No 11.992, Informe 66/01, Comisión Interamericana)

Las garantías de la privación de la libertad, según la Corte Interamericana (caso Gangaram Panday, sentencia de 4 de diciembre de 1.991), son: 1) La existencia de causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en ley (aspecto material), 2) Estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma ley (aspecto formal). Para el caso 11.565, Informe 53/01 (2.000), Hermanas González contra México, la Comisión Interamericana establece que una privación de libertad que cumpla con 1) y 2) debe someterse al estudio de su eventual arbitrariedad.

La Declaración Universal y la Americana contemplan, en términos generales, la protección al derecho a la libertad personal; pero sólo el PIDCP y la CADH establecen garantías para su protección.

La libertad personal no figura dentro de la nómina de los derechos intangibles, o no derogables, alcance y contenido que no pueden ser modificados por medidas de excepción (artículos 4.2 del PIDCP y 27.2 de la CADH). No obstante, el derecho a impugnar la legalidad de una privación de libertad es inseparable del Estado de Derecho y del sistema democrático y, por tanto, debe mantenerse vigente durante los estados de excepción.

Si bien el artículo 14.3 del PIDCP y 8.2 de la CADH se refieren a garantías que deben respetarse «durante el proceso», la jurisprudencia aclara que ciertas garantías son aplicables no sólo durante el plenario

sino también en el sumario, e incluso durante la investigación previa.

El derecho a ser oído en juicio es válido para todo procedimiento preliminar que pueda tener consecuencias importantes en el desenlace del proceso. «Dicho en otras palabras, los antejuicios y los sumarios secretos están tan estrechamente vinculados al proceso penal que tratarlos separadamente restringiría y debilitaría considerablemente la protección del debido proceso legal a que tienen derecho los acusados». (Cfr. Comisión Interamericana, caso Figueredo Planchart contra Venezuela, No 11.298, Informe 50/00.)

Por ello, oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra; oír es permitir contra-interrogar a los testigos de cargo con el fin de desvirtuar sus declaraciones por contradictorias o falsas; oír a un procesado es darle oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretende utilizar en su contra. (Cfr. *Ibíd.*)

Garantías procesales implicadas

1. El derecho a ser informado de las razones de la privación de libertad

Esta información no debe hacerse en términos abstractos o simplemente citando algunas normas legales. Esta información, por el contrario, debe ser suficiente como para que el privado de libertad pueda tomar medidas inmediatas a fin de obtener su puesta en libertad, si considera que los motivos aducidos no son válidos o carecen de fundamento. (Comité de Derechos Humanos, caso Drescher Caldas contra Uruguay, No 43/1.979.)

La información debe ser detallada e incluir los hechos bajo investigación, y la identidad de la víctima. (Comité de Derechos Humanos, caso Paúl Kelly contra Jamaica, No 537 de 1.993.)

No obstante, esta norma se aplica con flexibilidad en los casos en que el privado de libertad ha comprendido las razones de su detención, por ejemplo, cuando al detenido no se le informaron sus derechos por faltar un intérprete, pero el detenido presencié la incautación de drogas en su auto. A la mañana siguiente se le informaron sus derechos. (Caso Griffin contra España No 274/1988, Informe A/48/40, de 1.993.)

2. El derecho a ser llevado si demora ante un juez.

El artículo 9.3 del PIDCP habla de «sin demora». Las 36 horas que prevé la norma colombiana se ajustan al pacto.

Sobre la naturaleza de la autoridad ante la cual el detenido debe ser presentado, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que se trata de una autoridad independiente, objetiva e imparcial respecto de las cuestiones que tiene que abordar. El Comité, entonces, considera que el fiscal de la investigación no está dotado de la objetividad e imparcialidad necesarias. (Cfr. Caso Kulomin contra Hungría, No 521, de 1.992.)

La « protección de la libertad», que ejerce al Fiscalía, al tenor del inciso cuarto del artículo 302 del código de procedimiento penal, debe entenderse dentro del marco general que prevén los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 26 del PIDCP), o la Constitución Política (artículos 1, 2, 5), y como un derecho objetivo.

Pretender otorgarle a la Fiscalía funciones jurisdiccionales en el tema de privación de la libertad de los individuos no sólo riñe abiertamente con el derecho internacional de los derechos humanos, sino, incluso, manifiesta cierta nostalgia por el sistema inquisitivo, en donde operaba la ficción de la objetividad e imparcialidad de la Fiscalía; se olvida que en el nuevo sistema acusatorio el ente investigador es parte interesada, parcializada con los resultados de sus pesquisas y retenciones, sean reales o personales. De mantener esta ficción, entonces también el juez podría investigar, pues él sería «imparcial y objetivo» (Cfr. Bovino Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Editores del Puerto, 1.998, páginas 37 ss.)

El derecho que invocamos implica también exigir mayor responsabilidad a la policía, pues a esta institución igualmente le compete el respeto a los derechos del capturado.

Igualmente, debe presentarse ante el Juez de Control de Garantías a la persona privada de libertad. La Comisión Interamericana de Derechos humanos ha dicho que al juez se lo considera como órgano adecuado para la tutela de las garantías. El principio de la intermediación procesal trata de evitar un distanciamiento de la persona del juez, de los elementos del proceso y en especial de la persona del privado de libertad, ante la posibilidad de que ésta sea afectada por el poder penal del Estado. Por ello, deben desecharse las indebidas y erradas interpretaciones que incluyen dentro del principio de intermediación procesal las declaraciones en sede policial o de la Fiscalía. (Cfr. Caso Manríquez contra México, No 11.509, Informe 2/99; Caso Lamey y otros contra Jamaica, No 11.846, Informe 49/01.)

El examen judicial inmediato a la captura permite conocer su procedencia; sirve para poner freno a ciertos abusos de la policía, por cuanto una

autoridad independiente puede observar la condición física del sospechoso y oír sus quejas.

El artículo 7.5 de la CADH debe interpretarse en armonía con el 9 del PIDCP y el 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El derecho a la impugnación es viable. Lo mismo que el derecho a la reparación que contempla el artículo 9.5 del PIDCP. Éste difiere de la indemnización por condenas por error judicial que reconocen los artículos 14.6 del PIDCP y 10 de la CADH.

Para iniciar el recorrido en detalle por el tema de la captura, se hace imperioso analizar y revisar las distintas formas de su realización, según el momento y la calidad de la persona que la realiza, para ir, en la revisión de cada una, advirtiendo cuáles han de ser las actividades del defensor público en desarrollo de su rol.

Captura en flagrancia realizada por particular

Si la captura fue realizada por una persona particular se debe verificar el siguiente procedimiento por parte del defensor, a fin de cuestionarlo en la audiencia de legalización de captura:

1. Que el particular, al realizar la captura, haya actuado en alguna de las tres (3) precisas circunstancias que señala el artículo 301 de la Ley 906 del 2004. Son éstas:
 - 1.1. Que la persona sea sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito.
 - 1.2. Que la persona sea sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito, y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presenció el hecho.
 - 1.3. Que la persona sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él.

De los eventos anteriores se desprende que tienen en común tres (3) requisitos, sin los cuales no se estaría en estado de flagrancia. Estos son:

- Actualidad en el sorprendimiento.
- Identificación o individualización de partícipe.
- Aprehensión física del sorprendido:

2. Que quien hace la captura conduzca al aprehendido en el término de la distancia ante una autoridad de policía cualquiera.
3. Que se identifique al aprehendido por parte de esta autoridad de policía.
4. Que esta autoridad oportunamente informe al capturado de los derechos que su condición comporta, los cuales son los señalados en el artículo 303 de la ley 906/2004.
5. Que la autoridad de policía reciba un «informe detallado» de las circunstancias en que se le produjo la captura.
6. Que la autoridad de policía ponga a disposición de la Fiscalía General de la Nación al capturado «en el término de la distancia» junto con el «informe detallado».
7. Que la Fiscalía General de la Nación libere al capturado al considerar con fundamento en la información suministrada o recogida que el supuesto delito no comprende detención preventiva
8. Que la Fiscalía General de la Nación libere al capturado al considerar con fundamento en la información suministrada o recogida que la captura fue ilegal.
9. Que la Fiscalía General de la Nación inmediatamente o dentro de las 36 horas presente al capturado ante el Juez de Control de Garantías correspondiente.
10. Que la Fiscalía en «Audiencia de legalización de la captura» presente a la persona que realizó la aprehensión.
11. Que se solicite al Juez de Control de Garantías y en la «Audiencia de legalización de la captura» el contrainterrogatorio respectivo sobre los puntos a verificar (enunciados anteriormente)
12. Que si la Fiscalía en «Audiencia de legalización de la captura» presenta a la autoridad de policía que recibió el «informe detallado», se solicite al Juez de Control de Garantías y en la «Audiencia de legalización de la captura» el contrainterrogatorio respectivo que incluya la pregunta de «muestre el documento donde consta el informe recibido».
13. Que se interpongan los recursos de reposición y/o apelación, según el caso, contra la decisión que tomó el juez respecto de la solicitud de

legalización de la captura elevada por la Fiscalía, en caso de ser necesario.

Captura en flagrancia realizada por autoridad de policía

Si la captura fue realizada por una autoridad de policía, el defensor debe verificar el siguiente procedimiento:

1. Que la autoridad, al realizar la captura, haya actuado en alguna de las tres (3) precisas circunstancias que señala el artículo 301 de la Ley 906 del 2004.
2. Que la autoridad haya conducido al capturado inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia a la Fiscalía General de la Nación.
3. Que al capturado se le haya informado oportunamente de los derechos que su condición comporta, según el artículo 303 de la Ley 906 del 2004.
4. Que la Fiscalía haya recibido un informe de la autoridad de policía que realizó la captura.
5. Que la Fiscalía libere al capturado con fundamento en que, según la información suministrada o recogida, el supuesto delito no tiene detención preventiva.
6. Que la fiscalía libere al capturado con fundamento en que, según la información suministrada o recogida, la captura fue ilegal.
7. Que la Fiscalía, con fundamento en el informe recibido o con base en los elementos materiales probatorios o evidencia física, presente al capturado inmediatamente o dentro de las 36 horas siguientes ante el Juez de Control de Garantías, para que éste se pronuncie en Audiencia Preliminar sobre la legalidad del procedimiento de aprehensión en estado de flagrancia, y se atiendan las solicitudes de la defensa y del Ministerio Público.
8. Que la fiscalía en audiencia de legalización de la captura presente a la persona que realizó la aprehensión.
9. Que se solicite al Juez de Control de Garantías y en la audiencia mencionada la posibilidad de contrainterrogar a la persona que realizó la captura.

10. Que se solicite al Juez de Control de Garantías en la misma audiencia que ordene a la Fiscalía la entrega del informe detallado que oportunamente debió presentar la autoridad de policía que realizó la aprehensión.
11. Que se verifique el buen trato físico y emocional del capturado.
12. Que se interponga el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión de legalidad de la captura que haya tomado el Juez de Control de Garantías, si tal decisión se comparte.

Captura con orden judicial

Si la captura es consecuencia de una orden judicial, el defensor debe constatar:

1. Que sea exclusivamente el fiscal que dirige la investigación quien solicite la orden de captura al Juez de Control de Garantías correspondiente, pudiendo realizar esta solicitud antes o después de la formulación de la imputación.
2. Que al momento de la solicitud el fiscal se haga acompañar de la policía judicial, que presentará los materiales probatorios, evidencia física o la información «pertinente», en la cual se habrá de fundamentar la medida.
3. Que el Juez de Control de Garantías haya tenido la oportunidad de interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial.
4. Que el fiscal, ocurrido lo anterior, con base en las necesidades, adecuación, posibilidad y razonabilidad de la petición, la sustente frente a los contenidos constitucionales.
5. Que, acto seguido, el juez haya tomado la decisión de ordenar de plano la captura y, en consecuencia, expida el mandamiento escrito para tal efecto, indicando en forma clara y sucinta los motivos de la captura, y deje una copia de la misma en su despacho a fin de constatar la vigencia.
6. Que el Juez de Control de Garantías haya enviado la orden de captura proferida a la Fiscalía General de la Nación, para que se registre en el sistema de información que se tiene para tal efecto, y se designe al

- organismo de policía judicial que se ha de encargar de realizar la aprehensión
7. Que sea el organismo de policía judicial designado por la Fiscalía General de la Nación quien haya realizado la aprehensión.
 8. Que se consulte la vigencia de la orden de captura, la cual no podrá exceder los tres (3) meses, salvo las prórrogas necesarias pedidas por el fiscal director de la investigación.
 9. Que al capturado se le haya informado de manera inmediata sobre los derechos que por tal circunstancia le asisten, esto es, los señalados en el artículo 303 de la Ley 906/2004.
 10. Que, como en las otras especies de captura, se verifique la efectividad de la notificación de derechos al capturado y del buen trato físico y psicológico.
 11. Que, capturada la persona, sea puesta a disposición de un Juez de Control de Garantías en el plazo máximo de 36 horas, para que se le efectúe la audiencia de control de legalidad y se atiendan las solicitudes de la defensa y del ministerio público.
 12. Que se solicite al Juez de Control de Garantías que exhiba la orden de captura para constatar el nombre del capturado, los datos que se tuvieron para individualizar al imputado, los motivos de la captura, la vigencia de la orden, y el organismo que realizó la aprehensión.
 13. Que se considere la posibilidad de impugnar la decisión del juez de declarar ajustado a la legalidad todo lo que tuvo que ver con la captura.

Captura sin orden judicial o excepcional

De presentarse esta situación, el defensor público solicitará sea decretada la ilegalidad de la captura con base en sentencia C-730 de 2005 que declaró inexequibles las siguientes expresiones contenidas en el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004: *«En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados razonablemente acerca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito»*. Consideró la Corte en esta sentencia que la adopción de un sistema penal acusatorio implica un cambio fundamental en el papel que le corresponde cumplir al fiscal en el proceso penal y en tal sentido, resaltó la clara voluntad del constituyente de sustraerlo de la competencia

para ordenar la privación de la libertad del investigado, la cual se reserva como regla general, al juez de garantías (art. 250-1 Const. Pol.). En fallo posterior, la H. Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 300 de la ley 906 de 2004, reiterando que la facultad excepcional de la Fiscalía de ordenar captura no era lo suficientemente clara y que podría conducir a que se convirtiera en regla general.

Allanamiento para capturar

Se debe verificar por parte del defensor:

1. Que el fiscal encargado de la dirección de la investigación ordene el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave a fin de realizar la captura del individuo, imputado o condenado.
2. Que se trate de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.
3. Que en la orden de registro y allanamiento se diga claramente si tiene por objeto también la captura.
4. Que exista fundamento para la expedición de la orden de registro y allanamiento con el fin de realizar una captura, es decir, que existan motivos razonablemente fundados que le permitan concluir que la ocurrencia del delito investigado tuvo como probable autor o partícipe al propietario o al tenedor del bien registrado, o que la persona por capturar transitoriamente se encontraba allí.
5. Que los motivos fundados tengan respaldo probatorio por lo menos en un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo, de informante, elementos materiales probatorios y evidencia física que permitan establecer, con veracidad, el vínculo del bien por registrar con el delito investigado.
6. Que, si los motivos fundados tuvieron como respaldo probatorio declaración jurada de testigo, el fiscal haya estado presente con el fin de interrogar al declarante, para apreciar mejor su credibilidad.
7. Que, si el respaldo estuvo basado en la declaración de un informante, la policía judicial haya precisado al fiscal su identificación y la confiabilidad que merece.
8. Que, si el respaldo probatorio provino de la presencia de elementos

probatorios, evidencia física, seguimientos pasivos y fotografías, se le urja al fiscal la verificación de la cadena de custodia requerida para la autenticidad de la información. Que, además de lo anterior, se exija a la policía judicial certificación en donde conste la corroboración de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

9. Que la orden expedida por el fiscal para el registro y el allanamiento haya determinado con precisión el lugar o lugares de la diligencia.
10. Que la orden del fiscal sea ejecutada por los miembros de la policía judicial señalados en la misma.
11. Que el plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento tenga un término máximo de treinta (30) días, si se efectúa en indagación, o de quince (15) días, si es dispuesta después de formulada la imputación. En caso de haber existido una prórroga, debe verificarse que lo haya sido por una sola vez, y por el mismo tiempo.
12. Que la diligencia se haya desarrollado entre las 6:00 am y las 6:00 pm, salvo que, por circunstancias muy especiales del caso, se haya optado por otra hora para evitar la fuga del sindicado o imputado, o la destrucción de los elementos materiales probatorios o evidencia física.
13. Que la policía Judicial haya levantado un acta que resuma la diligencia, en que por lo menos se hayan indicado el lugar o lugares registrados con exactitud, los objetos incautados y las personas capturadas. Que conste que el acta fue leída a las personas afectadas con el procedimiento, y que, además, se les permita dejar constancias de discrepancia con lo anotado.
14. Que al capturado se le haya informado de sus derechos en forma inmediata.
15. Dentro del término de la distancia y sin sobrepasar las doce (12) horas siguientes, la policía Judicial debe haber: informado al fiscal de los pormenores del operativo, realizado la entrega el acta de la diligencia y puesto a disposición al capturado.

7.2. CONTROL DE LEGALIDAD DE DILIGENCIAS DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO

Casos en que procede el registro y allanamiento de inmuebles, naves y aeronaves

1. En los eventos de flagrancia.¹¹
2. Para obtener elementos materiales probatorios y evidencia física.¹²
3. Para realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.¹³

Si el registro y allanamiento tienen como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, ¿qué deben verificar el defensor público y el Juez de Control de Garantías?

Que la captura se haya librado respecto de delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva.¹⁴

¿Qué debe verificar el defensor público en relación con la orden escrita de allanamiento?

1. Funcionario que expide la orden, fecha y hora. Hay que recordar que la Fiscalía está obligada a observar el principio de objetividad.¹⁵ La Fiscalía ha elaborado un formato de ORDEN DE ALLANAMIENTO Y REGISTRO que ha sido distribuido entre sus funcionarios.¹⁶
2. Conducta delictiva que se investiga.
3. Organismo de Policía Judicial que solicitó la orden, en caso de mediar informe de policía judicial.¹⁷

¹¹ Arts. 229 y 301 del C. de P. Penal.

¹² Art. 219 del C. de P. Penal.

¹³ Art. 219 del C. de P. Penal.

¹⁴ Art. 313 del C. de P. Penal. 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.*

¹⁵ Art. 115 del C. de P. Penal. Principio de objetividad. *La Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.*

¹⁶ *Formato orden de allanamiento y registro publicado en la página WEB de la FGN.*

¹⁷ *El Manual de Policía Judicial publicado en la página WEB de la Fiscalía General de la Nación de Colombia contempla en la página 32 los requisitos para solicitar al fiscal orden de registro y allanamiento.*

4. Organismo de Policía Judicial a quien se le impartió la orden.¹⁸ Información que deberá ser cotejada con el acta de diligencia.
5. Objeto de la orden: Se debe verificar si se trata de un inmueble, nave o aeronave; la ubicación de éstos y la descripción exacta de los lugares a registrar. Deben estar determinados los lugares que se van a registrar. En el caso de edificios, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicarán expresamente cuáles se encuentran comprendidos dentro de la diligencia. Cuando no sea posible describir el lugar o lugares por registrar debieron precisarse las razones para que, a pesar de ello, se llevara a cabo el operativo.
6. Finalidad del registro: De vital importancia resulta esta verificación, pues de alguna manera delimita el alcance de la diligencia. Hay que tener en cuenta que muchas veces los funcionarios de policía judicial utilizan frases de cajón para mimetizar un propósito o fin.
7. Fundamento de la orden: Motivos razonablemente fundados que le permitan 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 encontrare en él; o que en su interior se hallen los instrumentos con que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. Aquí resulta importante examinar circunstancias de tiempo, modo y lugar (motivos).
8. Que los motivos tengan respaldo probatorio en: Informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado.
9. Verificar el contenido del informe de policía judicial. Fecha del informe, número, dependencia, quién lo suscribe; fuente de

¹⁸ *Art. 117 del C. de P. Penal. La policía judicial. Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento.*

La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el Fiscal General de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar en forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas

información (humana o elementos materiales probatorios); labores adelantadas para la localización e identificación del inmueble, nave o aeronave (cómo y de qué manera se localizó e identificó el objetivo de la diligencia); descripción del bien a registrar; nombre del propietario, tenedor, poseedor; nombre de los investigadores que adelantaron la labores de averiguación; también se debe verificar si quien suscribe el informe es la misma persona que adelantó la labor de averiguación.

10. Verificar quién es el testigo cuya declaración jurada sirvió de fundamento para ordenar la diligencia (cuando el fundamento de la orden descansa en el dicho de un testigo). Debe incluirse nombre completo del testigo, identificación, lugar de residencia. Conocido lo anterior, debe establecerse posible interés para posteriormente atacar su credibilidad. Existe un problema cuando la fuente es un INFORMANTE, pues el código protege la identidad de éste; sin embargo, se recomienda examinar las razones de confiabilidad que deben aparecer consignadas en la ORDEN y, de ser posible, establecer qué agencia de inteligencia u organismo de policía judicial lo reclutó o lo presenta.
11. Verificar la observancia de la cadena de custodia, cuando los motivos fundados para ordenar la diligencia surgieron de la existencia y/o presencia de elementos materiales probatorios. El funcionario de policía judicial debe certificar bajo juramento (formato pro forma¹⁹) que ha corroborado el procedimiento de recolección, embalaje y conservación de los elementos recolectados.
12. Verificar que el plazo que se otorgó para llevar a cabo la diligencia y su eventual prórroga, se cumplieron. En caso de indagación, el término máximo es de 30 días. Formulada la imputación, es de 15 días. Sólo se puede prorrogar por una sola vez, mediando razones que justifiquen la demora, y previa orden del fiscal.²⁰

¿Qué debe verificar el defensor público en relación con el acta de registro y allanamiento?²¹

Se recomienda cotejar los siguientes aspectos con la orden de registro y

¹⁹ Manual de Policía Judicial, Anexo No. 4 – formato registro de cadena de custodia.

²⁰ Art. 224 del C. de P. Penal.

²¹ Manual de Policía Judicial, Anexo No. 12 – formato acta registro y allanamiento.

allanamiento, pues puede ocurrir que se presenten inconsistencias entre lo dispuesto por el fiscal y lo realizado por los funcionarios de policía judicial. Ej.: se allanó el lugar que no era; las personas que se investigan nunca han residido allí, tampoco frecuentan el lugar allanado y mucho menos se la conoce; el mismo lugar ha sido allanado varias veces sin ningún resultado:

1. Número del acta de diligencia.
2. Lugar, fecha y hora de iniciación de la diligencia.
3. Nombre del funcionario coordinador, y cargo.
4. Localización del inmueble, nave o aeronave (lugar).
5. Identificación y descripción del inmueble, nave o aeronave.
6. Determinación específica de los lugares registrados.
7. Relación de elementos materiales probatorios, y evidencia física encontrada (características).
8. Relación de elementos incautados u ocupados.
9. Relación de personas capturadas (nombres e identificación).
10. Información de la persona que atiende la diligencia, identificación, condición (propietario, tenedor o morador transitorio).
11. Constancias.
12. ¿Los miembros de policía judicial se identificaron previamente?
13. ¿Fue exhibida y leída la orden de registro y allanamiento?
14. ¿Quiénes se encontraban en el inmueble, nave o aeronave, opusieron alguna resistencia?
15. ¿La policía judicial debió utilizar la fuerza?
16. ¿Qué daños se produjeron al inmueble, nave o aeronave ante la utilización de la fuerza?
17. ¿Qué destinación o uso tienen el inmueble, nave o aeronave?
18. ¿Durante el registro al inmueble, nave o aeronave, qué persona estuvo presente? ¿Quién presenció el registro?
19. Relación de la totalidad de personas que estaban en el interior del inmueble, nave o aeronave al momento del operativo. Por ejemplo, en algunas ocasiones sólo se relaciona a la persona que se captura, y se omite el nombre del propietario o tenedor del inmueble.
20. ¿En qué lugar se suscribió el acta por parte de quien atendió la diligencia? Aparentemente esto, que es obvio, algunas veces no lo es.
21. ¿A qué hora se terminó la diligencia? Hay casos muy conocidos en que las autoridades a pesar de no hallar nada, han permanecido varias horas e incluso días en un inmueble, nave o aeronave. Ej. Caso del barrio contador en Bogotá.
22. ¿Se diligenció inventario de bienes incautados? Hay casos en que se omite hacer el inventario dentro de la diligencia y, después de terminada, se regresa al inmueble, nave o aeronave a diligenciar dicho inventario.
23. ¿Se diligenció formato de cadena de custodia de elementos materiales

- probatorios y evidencia física?
24. ¿Se dejó registro de la diligencia por medios de fotografías y videos?
 25. ¿Se diligenció acta de derechos del capturado?
 26. ¿Se hizo entrega de copia del acta a quien atendió la diligencia?
 27. ¿Quién certifica el buen trato?
 28. ¿Se dejaron todas las constancias del caso? Muchas veces las constancias solicitadas por quien atendió la diligencia son las que menos se dejan en el acta.

¿Qué término tienen los funcionarios de policía judicial para informar al fiscal los pormenores del operativo?

Terminada la diligencia la policía judicial devolverá al fiscal la orden y pondrá a disposición a las personas capturadas dentro del término de la distancia, sin sobrepasar las doce (12) horas. Se arrimará el inventario de bienes incautados y la custodia de éstos queda por cuenta del organismo de policía judicial.

¿Qué debe verificarse cuando se ha llevado a cabo la diligencia de registro y allanamiento omitiendo la orden escrita?

1. Que su origen obedezca a una de las situaciones previstas en el artículo 230 del C. de P. Penal, debidamente justificadas.
2. Que esté acreditado el consentimiento del afectado y su autorización para permitir el registro.
3. Que se haya levantado la respectiva acta de registro, y ésta contenga la información básica de que da cuenta el punto No. 4.

7.3. AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

El derecho a ser informado de los cargos en contra.

Esta garantía está consagrada en el artículo 14.3 a del PIDCP y 82 b de la CADH, en cuanto derecho del detenido. Dice el Comité de Derechos Humanos que el principio de igualdad de posibilidades no se respeta cuando al procesado no se le notifica una acusación debidamente motivada (Cfr. Caso Wolf contra Panamá, No 289/1998.)

Según la Observación General No 13, párrafo 8 del Comité de Derechos Humanos, la información debe indicar tanto la ley como los supuestos de hechos en que se basa.

El artículo 5.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos exige que toda persona detenida sea «suficientemente informada sobre los hechos

y las pruebas en que se basa la decisión de detenerla. En concreto, debe permitírsele que manifieste si admite o niega la presunta infracción».

La Comisión Europea explicó que la «naturaleza» de la acusación hace referencia al carácter o clasificación jurídica de los hechos, mientras que la «causa de la acusación» alude a los hechos en que se basa la acusación.

La garantía de la que nos ocupamos tiene dos objetivos fundamentales. Por un lado, facilitar a toda persona arrestada o detenida información que le permita impugnar la legalidad de la detención (objetivo principal del artículo 9.2 del PIDCP). Por otro, permite a toda persona acusada de una infracción penal y en espera de juicio, esté o no bajo custodia, comenzar a preparar su defensa (artículos 14.3a PIDCP; 82b de la CADH; 6.3a del Convenio Europeo).

Esta información opera a partir del momento en que se ha determinado la acusación. Este término, para el derecho internacional de derechos humanos, se refiere a la imputación que se hace, en nuestro derecho interno, ante el Juez de Control de Garantías.

Derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa

Es una manifestación del principio de igualdad de armas, consistente en que la defensa y la acusación deben ser tratadas en forma que se garantice que ambas partes tienen las mismas oportunidades para preparar y presentar sus argumentos en todas las etapas del procedimiento, antes del juicio y durante los recursos, según las circunstancias específicas del caso.

Se contempla en el artículo 14.3 b, d del PIDCP. Si el defensor considera que requiere un poco de tiempo más para ejercer el derecho a la defensa, un aplazamiento breve es viable. Igualmente, el derecho a acceder a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa (Cfr. observación General No 13 del Comité de Derechos Humanos).

A manera de definición

Dispone el artículo 286 del C.P.P., que el concepto de la formulación de la imputación *es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el Juez de Control de Garantías*. Es un acto de carácter público, que como en el proceso penal chileno, determina la causa probable en contra de un ciudadano por determinados hechos investigados, que deben

ser claros, precisos y comprensibles con trascendencia jurídica, es decir, el fundamento de la misma son los hechos jurídicamente relevantes; mejor si es con una adecuación típica provisional del fiscal.

Efectos de la formulación de la imputación

Es un acto de notificación que tiene múltiples efectos procesales: frente a la **interrupción de la prescripción de la acción penal**, crea la etapa procesal adecuada que dispone la ley para dar **aplicación al principio de oportunidad**, la prueba anticipada, la **preclusión**, y para tomar acciones tendientes a **realizar los preacuerdos y los acuerdos** y generar las situaciones y condiciones necesarias para dar por terminadas ciertas actuaciones por **indemnización integral de los daños y perjuicios** utilizando los mecanismos de la justicia restaurativa, como la mediación y la conciliación, y, en general, activa el derecho a la defensa.

Es requisito básico obligado para solicitar cualquier medida de aseguramiento en contra del imputado, o algún tipo de medidas cautelares sobre bienes, y, es un límite para la propia Fiscalía en cuanto al inicio de los términos del artículo 175, de treinta (30) días para que se presente la acusación por el mismo fiscal o por otro, dentro de otros adicionales treinta (30) días; de lo contrario, se deberá presentar ante el juez de conocimiento petición a favor del imputado de libertad inmediata y de preclusión de la investigación.

Para esta diligencia, se requiere la presencia física del indiciado para que se proceda a su formulación; tiene que existir la citación efectiva, por parte del centro de servicios administrativos, a la persona indiciada, con la información necesaria y suficiente de la programación de la Audiencia Preliminar; se debe verificar que dicha citación se haya realizado cuando la persona se encontraba en libertad; ella es la única que se puede allanar dentro de la misma; en caso de que no esté presente, es necesario que se dé trámite ante el mismo Juez para la declaratoria de persona ausente, de acuerdo con lo que dispone el artículo 127 del C.P.P.

La captura del ciudadano y la formulación de la imputación **activan el derecho a la defensa técnica**, determinan la actividad procesal que podrá darse en la misma diligencia con la aceptación de los cargos por parte del imputado, quien se hará merecedor a una rebaja igual a la mitad de la pena a imponer por la conducta punible (art. 351 del C.P.P.). La audiencia se surte con la presencia del indiciado y su defensor, ante cuya ausencia se procederá a designar a un defensor público.

Para que el fiscal proceda a la formulación de la imputación, debe tener unos presupuestos probatorios suficientes y observar lo dispuesto en el artículo 287, esto es, *que **hará la imputación fáctica** cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.* De ser procedente en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda. Imputación fáctica que deberá contener todos los hechos jurídicamente relevantes de la conducta, que se pueden discutir hasta comprenderlos; pero la inferencia lógica y razonable realizada por el fiscal no es susceptible de controversia.

Empero, cada uno de esos hechos es susceptible de ser controvertido por la defensa, incluso para tratar de verificar la existencia de elementos materiales probatorios suficientes asumidos por el fiscal, o por lo menos, conocer su existencia. Lo mismo, frente a cada uno de los agravantes y la determinación de si se trata de conductas agotadas, consumadas, o de las que se quedan en la ejecución, es decir si son tentadas, para el momento de decidir sobre la posibilidad de imponer una medida de aseguramiento. Incluso, es posible tratar de evidenciar la posible cuantía de los daños ocasionados con la conducta para dar aplicación a la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 268 del C.P.

Trámite y contenido de la audiencia de imputación

El fiscal delegado para el caso llena los formatos requeridos para el efecto, y los entrega en la Secretaría de las salas de audiencias, y se produce su programación convocando a quienes deben participar en ella en el menor tiempo posible. Dentro de la diligencia se pueden evacuar varias de las audiencias de control de garantías respecto de las diligencias realizadas por la Fiscalía.

El fundamento jurídico de la audiencia de control de garantías para la formulación de la imputación se encuentra en el artículo 29 de la Constitución Política y en los artículos 85, 92, 97, 101 (todos referentes a la afectación de los bienes del imputado), 127 (ausencia del imputado y declaratoria como persona ausente), del 268 al 274 (de las facultades de la defensa y del imputado) y del 286 al 294 (audiencia de formulación de la imputación), todos del nuevo C.P.P., Ley 906 de 2004.

Dispone el artículo 288 que, para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo, y el domicilio de citaciones.

2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física, ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. *Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y obtener rebaja de pena, de conformidad con el artículo 351.*

REQUISITOS DE LEGALIDAD SUSTANCIAL Y PROCESAL DE LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Por definición normativa del artículo 286, la formulación de la imputación es «la comunicación» que hace la Fiscalía a un ciudadano, de su calidad de «imputado», comunicación que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) **Es una imputación fáctica.** Es decir, una narración de hechos jurídicamente relevantes desde la perspectiva del fiscal delegado, lo cual no implica en forma necesaria que se haga un proceso de adecuación típica de los mismos, lo que constituiría una imputación jurídica.
- 2) **Inferencia razonable del FISCAL.** Sólo se hará esta imputación fáctica cuando se presenten las siguientes circunstancias:
 - 2.1. Cuando existan elementos materiales probatorios, evidencia física o de información LEGALMENTE OBTENIDA.
 - 2.2. De los cuales el FISCAL pueda inferir razonablemente autoría o participación del ciudadano en el delito investigado.
- 3) **Posibilidad de solicitar medida de aseguramiento.** De acuerdo con la situación específica, valorada por el FISCAL, determinará que se solicite medida de aseguramiento según el FISCAL considere que es o no procedente.
- 4) **Contenido de la expresión oral de la formulación de la imputación por PARTE DEL FISCAL:**
 - 4.1. Individualización del imputado.
 - 4.2. Relación clara y sucinta de hechos, que cumpla los siguientes requisitos:
 - 4.2.1. Que tengan relevancia jurídica PENAL.

- 4.2.2. El lenguaje sea comprensible, esto es no JURÍDICO, sino que en consideración del ciudadano a imputar, sea posible que él lo entienda. En principio NO implica descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física ni de información. Pero si se va a solicitar MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, se deben DESCUBRIR los elementos materiales probatorios, evidencia física o información necesaria para sustentar la medida de aseguramiento.
- 4.3. La posibilidad del investigado de allanarse a la imputación obteniendo una rebaja de hasta la mitad, de conformidad con el art. 351; de allanarse, ello implicará un ACUERDO entre imputado y Fiscalía, que debe consignarse en el escrito de acusación.
- 5) **Presencia del imputado o de su defensor**, sea éste de confianza o del sistema nacional de defensoría pública.
- 6) **Inicio «formal» de la actividad procesal de la defensa.** Aunque no es en sí un requisito, es importante destacar que, con la formulación de la imputación, se da Inicio a la actuación eficaz de la actividad procesal de la defensa, no obstante que ésta empieza su actividad desde el momento mismo en que el ciudadano se entere de que es investigado, lo cual puede ser anterior a la formulación de la imputación.
- 7) **Contumacia.** La imputación podrá celebrarse con el defensor de confianza o con el designado por el sistema nacional de defensoría pública, siempre y cuando se cumplan los siguientes pasos previos:
- 7.1. Citación del imputado, conforme al artículo 171 del C.P.P.
- 7.2. Que éste no acredite, así sea sumariamente, una causa justificada para su no comparecencia.

Como es probable que dentro de la misma audiencia se realice la legalización de las actividades preliminares de la Fiscalía, llámense capturas, allanamientos e incautaciones u otras desplegadas para la recolección de la evidencia suficiente con el objeto de que se promueva la formulación de la imputación, sería muy positivo para la defensa participar en la práctica de las declaraciones y demás elementos de convicción que la Fiscalía exponga al juez.

En un porte ilegal de armas de fuego o de estupefacientes, por ejemplo, se requiere que exista una experticia que acredite la existencia de los materiales prohibidos que han sido objeto de incautación en situación de flagrancia, para delimitar de alguna manera la imputación o los efectos jurídicos de la misma, por ejemplo, determinar si se trata de arma de defensa personal o de uso privativo, de la cantidad y calidad de la sustancia

estupefaciente, lo cual es el elemento básico para adecuar típicamente la conducta imputada, su penalidad y consecuentemente su tratamiento procesal.

La defensa debe proponer al juez requerir al fiscal para que realice las aclaraciones y precisiones fácticas y jurídicas necesarias para decidir o aconsejar al usuario una eventual aceptación de los cargos, o para reclamar derechos y garantías respecto del conocimiento de los elementos de convicción que se pretende hacer valer. Incluso es posible solicitar un receso en el trámite de la audiencia, por un tiempo suficiente para ilustrar al usuario sobre la posible aceptación de los cargos, a fin de hacerse al beneficio de la rebaja de la mitad de la pena.

Llamamos la atención de los defensores ante la actitud recurrente de algunos fiscales, avalada por algunos pocos Jueces de Control; pretenden ampliar el alcance de la imputación, incorporando cargos a partir de solas afirmaciones que rayan en la especulación; la defensa tiene que oponerse, toda vez que tal actitud atenta abiertamente contra el principio de lealtad y de seguridad jurídica. La Fiscalía ya tuvo la oportunidad de formular la imputación y permitir la ampliación de la misma equivaldría a sorprender a los imputados que, confiando en la seriedad de la Fiscalía, han trazado su estrategia, incluyendo la aceptación de los cargos ya planteados por la Fiscalía y, por ende, la eventual retractación de dicha aceptación.

Establecidos los requisitos sustanciales y procesales que determinan la legalidad de la formulación de la imputación y su nexo con la solicitud de medida de aseguramiento, se pueden deducir con claridad las opciones estratégicas y de actividad de la defensa.

Así las cosas, frente a la formulación de la imputación, la defensa puede realizar las siguientes actividades:

1) De la imputación fáctica

- 1.1. Analizar la conveniencia, para cada caso, de que el fiscal haga sólo imputación fáctica y no trascienda ésta a una imputación jurídica, según sea la que represente más beneficio para el usuario.
- 1.2. Solicitar al fiscal todas las aclaraciones fácticas que sean necesarias y convenientes de acuerdo con la necesidad y estrategia de la defensa, tales como cuantías, incapacidades, horas, fechas, lugares, personas, identificación de elementos y, en general, todas aquellas circunstancias modales, espaciales y temporales que puedan incidir en la tipicidad,

responsabilidad y antijuridicidad, siempre y cuando estas aclaraciones resulten en beneficio del usuario.

- 1.3. Ahora, si por la información obtenida del usuario o cualquier otro medio, se observa que el fiscal ha omitido detalles que benefician la situación del usuario, sería más que conveniente dejar perseverar en la actuación, verbigracia, si el fiscal relata unos hechos que califica como lesiones personales, y es claro, según nuestra información, que podría tratarse de una tentativa de homicidio.
- 1.4. De conformidad con las anteriores consideraciones, sólo sería estratégico precipitar al fiscal a una imputación jurídica, cuando la defensa «infera razonablemente» que ésta beneficiará al usuario con una posible aceptación de cargos o un futuro acuerdo con la Fiscalía.

2) **De la Inferencia razonable del FISCAL.** En principio, como ésta es una inferencia del FISCAL, así no sea muy razonable, sería conveniente no desplegar actividad de defensa frente a la misma, pues, si carece de suficiente entidad, puede ser utilizada en etapa subsiguiente. Lo anterior no obsta para que la defensa esté atenta a verificar:

- 2.1. Que los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información que sustentan la inferencia razonable del fiscal, estén determinados por su legalidad en cuanto a su obtención o validez misma. Así, por ejemplo, han de impugnarse las evidencias argüidas en la imputación cuando éstas hayan sido obtenidas en allanamiento o captura declarados ilegales; o cuando consisten en información protegida por expectativa razonable de intimidad, si no se han cumplido los requisitos constitucionales y legales para su obtención.
- 2.2. Verificar la consistencia de la «inferencia razonable» del fiscal para determinar si ésta atenta en forma evidente contra la lógica o la realidad fáctica, por ejemplo, cuando infiere un delito consumado, y es evidente que se trata de una tentativa.
- 2.3. Nótese que se ha dicho «VERIFICAR», no controvertir, pues se considera que es más útil y estratégico utilizar los yerros determinados a través de las anteriores verificaciones al momento de discutir la medida de aseguramiento, por las siguientes razones:
- 2.4. La formulación de la imputación es una mera manifestación de parte, que en sí misma no determina sino el primer criterio de la Fiscalía respecto del delito, y la posible responsabilidad en cabeza del ciudadano.
- 2.5. Tal como está determinado en el Código, el acto de la formulación de la imputación no es un escenario adecuado para la controversia, porque está concebido para que la Fiscalía comunique su primera y muy preliminar hipótesis, en camino hacia una posible acusación.

- 2.6. Toda controversia argumentativa por parte de la defensa estaría develando su propia y muy preliminar hipótesis, en camino hacia una defensa en juicio o por vía de un acuerdo ulterior con la Fiscalía.
 - 2.7 La formulación de la imputación NO es objeto de decisión alguna por parte del Juez de Control de Garantías, ni por sí misma afecta en forma inmediata ningún derecho fundamental del ciudadano
 - 2.8. Preservar tal controversia para el momento de discutir la medida de aseguramiento tiene su importancia capital, como quiera que dicha solicitud sí es objeto de decisión por parte del Juez de Control de Garantías, y esta decisión sí tiene la potencialidad de afectar en forma inmediata la libertad del ciudadano.
 - 2.9. Deducir cuáles serían los elementos materiales probatorios, evidencia física o información que legalmente OBTENIDOS tendrían que ser objeto de descubrimiento por parte de la Fiscalía para sustentar la inferencia razonable de autoría o participación en sede de discusión de la medida de aseguramiento.
- 3) **De la posibilidad de solicitar medida de aseguramiento.** De conformidad con los argumentos precedentes, la defensa tendría los supuestos fácticos y los potenciales elementos materiales probatorios, evidencia física e información, que serían objeto de solicitud de descubrimiento y debate en la medida de aseguramiento. Controversia y situación propias de actividades de la defensa, que se describen en el aparte pertinente del manual de defensores públicos.
- 4) **Actividades del defensor frente al contenido de la expresión oral de la formulación de la imputación por PARTE DEL FISCAL:**
- 4.1. Verificar la adecuada individualización del usuario desde el punto de vista fáctico y jurídico. Es decir, que sea quien la Fiscalía dice que es, y que esta individualización sea legal.
 - 4.2. Propugnar porque la fiscalía haga un relato de los hechos con claridad sobre su relevancia jurídico - penal, utilizando un lenguaje adecuado para el ciudadano que se defiende, en todo caso NO jurídico.
 - 4.3. Propiciar, NO el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física e información, pero sí que la Fiscalía por lo menos haga referencia a cuáles y en qué forma inciden en la relevancia jurídico - penal de los hechos que relata.
 - 4.4. Instar a la Fiscalía, a través del juez, para que de antemano y dentro de la formulación de la imputación diga si va a solicitar medida de aseguramiento a fin de ir allanando el camino para el necesario descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física e información en sede de discutir la medida de aseguramiento.

- 4.5. Si la estrategia es la de aceptar cargos, en la medida en que se observe que la Fiscalía, en su relación fáctica o denominación jurídica presentadas, se encamina hacia una tipificación favorable o, por lo menos, justa de los hechos, procurar que así lo reafirme a través de una imputación jurídica. Es éste el único evento en que realmente a la defensa le conviene que la imputación sea jurídica y no sólo fáctica.
- 4.6. Ahora, si se deduce que con la mera imputación fáctica, por defecto u omisiones en su presentación por parte de la Fiscalía, se está en una situación favorable al usuario, también podría hacerse conveniente la aceptación de cargos sin concitar a través del juez la imputación jurídica.
- 4.7. De los dos puntos anteriores se deduce que, si la Fiscalía desborda la imputación fáctica o la jurídica de tal manera que no se ajusta a la realidad y lesiona los intereses del usuario, no se deben aceptar cargos, pues tal opción queda incólume hasta la acusación, y no hay necesidad de precipitarse bajo la amenaza de una desacertada e infortunada imputación fáctica y/o jurídica hecha por el fiscal.
- 4.8. Más aún si se piensa que la inferencia razonable del fiscal, así como su sustento «probatorio», serán objeto de controversia, contradicción en sede de la solicitud de la medida de aseguramiento, si es que la misma se va a adelantar.

5) **De la presencia del imputado o de su defensor.** Lo ideal para la Fiscalía sería la presencia del imputado o de su defensor en la diligencia de la formulación de la imputación, presupuesto que no tendría reparo alguno, salvo que el ciudadano investigado se encuentre en libertad, evento en el cual el defensor debe siempre procurar que se cumplan los procedimientos de citación, conforme al artículo 171 del C. de P. P.

6) **De la Contumacia.** La defensa impugnará la realización misma de la audiencia de formulación de la imputación ante el juez de control de garantías cuando no se haya hecho la citación del ciudadano investigado conforme al artículo 171 del C.P.P., o cuando éste haya acreditado sumariamente una causa justificada para no comparecer.

7) **De la aplicación del principio de oportunidad.** A partir de la Audiencia de Formulación de la Imputación, es posible requerir a la Fiscalía para que se proceda al mecanismo de la mediación o conciliación de las diferencias que existan referentes al resarcimiento de los daños y perjuicios con el objeto de que se dé aplicación al principio de oportunidad por vía de la suspensión de la actuación o, en todo caso, para buscar su terminación anticipada con los mayores beneficios procesales posibles, según el caso en cuestión.

7.4. SOLICITUD MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Introducción

La detención preventiva de un acusado por la comisión de un delito es ilegal si no ha sido motivada por «razones legales», o si no es necesaria, dadas las circunstancias del caso (artículo 9.1 del PIDCP). Estas razones o factores son las del derecho comparado: para evitar la fuga del acusado, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. (Comité de Derechos Humanos, caso W.B.E. contra Países Bajos, No 432, Informe A/48/40, 1.993; Caso Mukong contra Camerún No 458/1991, Informe A/49/40. de 1.994.)

La prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino, además, razonable y necesaria en toda circunstancia. (Ibíd.). Vale decir, no debe ser arbitraria. En esta decisión, el Comité indica que el requisito de «necesidad» está implícito en la prohibición de detención arbitraria. En otra decisión, vincula el requisito de necesidad con el carácter excepcional de la privación de la libertad consagrado en el artículo 9.3 PIDCP. En el caso Hill, concluyó que la detención no fue ni ilegal ni arbitraria, pero sí innecesaria, y por tanto violatoria del artículo citado, porque se basó únicamente en la condición de extranjero del imputado, y no en sus circunstancias individuales; se le pudo fijar una fianza, dijo. (Caso Hill y Hill contra España No 526/1.993, Informe A/52/40, 1.997.)

Una detención es ilegal cuando es motivada por un cargo penal ya resuelto en un proceso anterior.

Otro criterio que analiza la Comisión Interamericana es el de la proporcionalidad que debe existir entre el interés de la sociedad en reprimir el delito y el del individuo en que se respeten sus derechos. Este equilibrio se rompe cuando la detención se funda en argumentos como los de la gravedad de la pena y del delito, pues se inspiran en criterios de retribución penal, por lo que la prolongación de la privación de la libertad se convierte en sustituto de la pena. (Caso Jiménez contra Argentina, No 11.245, Informe 12/96, de 1.995). Es decir, prima el concepto de «fines procesales de la detención» sobre los fines sustanciales o referidos a la pena impuesta.

Con respecto al riesgo de fuga, se consideran los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible condena prolongada. Si la fuga es la única razón para imponer o

prolongar la medida, la autoridad puede solicitar fianza o prohibir la salida del país. (Comisión Interamericana, caso Bronstein y otros contra Argentina, No 11.205, Informe 2/97, 1.997.)

El peligro real de reincidencia se analiza teniendo en cuenta la gravedad del delito, la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad, y el carácter del acusado. Para tal efecto se constata si hay condenas anteriores por delito similar, tanto en naturaleza como en gravedad.

No es legítimo invocar las «necesidades de la investigación» de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. El peligro debe ser real, objetivo. El peligro de que los testigos sean amenazados se esfuma cuando ya han sido interrogados suficientemente.

La mayor parte de la jurisprudencia de la Comisión Interamericana sobre la necesidad de la detención se refiere a casos examinados a la luz del derecho a ser juzgado sin demora o puesto en libertad, pero valen también para las decisiones sobre detención preventiva.

La libertad como principio

1. Referentes normativos

- 1.1. Constitución Nacional: artículos 17 y 28.
- 1.2. Ley 906 de 2004: artículo 2º inciso 1º y artículo 295
- 1.3. Bloque de constitucionalidad a través del artículo 93 de la C. N.: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 3 y 4; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículos 1º y 25, incisos 1º y 2º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7º, numerales 1 y 2. ; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1º.

2. Referente jurisprudencial. Sentencia C 774 de 2001

Concepto

Toda privación o restricción de la libertad debe ser excepcional, toda norma del procedimiento penal que las autorice debe ser interpretada restrictivamente, y su aplicación debe ser *necesaria, adecuada, proporcional y razonable* frente a los contenidos constitucionales.

Entonces, tratándose de la IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, que de suyo implica la privación o restricción de

la libertad, los artículos 306 a 320 de la Ley 906 de 2004 deben aplicarse por excepción e interpretarse su contenido de conformidad con la prevalencia constitucional del derecho a la libertad a través del cumplimiento de TODAS y cada una de las exigencias del artículo 295.

Definición normativa de las medidas de aseguramiento

Son medida de aseguramiento todos los numerales contemplados en los literales A y B del artículo 307 de la Ley 906 de 2004. No importa si son PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (literal A) o NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (literal B); las dos son especies de medida de aseguramiento. De tal manera que el denominado análisis de procedencia «subjética» por *necesidad* de la medida de aseguramiento opera tanto para las privativas de la libertad como para las no privativas; siendo así, de no satisfacerse uno o varios de estos requisitos de *necesidad*, no procederá medida de aseguramiento alguna.

Procedencia de medidas de aseguramiento

Para que un Juez de Control de Garantías pueda proferir medida de aseguramiento en contra de un ciudadano deberá verificar el cumplimiento de los siguientes supuestos:

1. Solicitud hecha por el Fiscal General de la Nación o su delegado

De tal manera que la medida de aseguramiento procede a petición de la Fiscalía; si ésta no hace dicha petición, le está vedado al juez hacer sugerencia alguna al fiscal en tal sentido (artículos 306, inciso 1º, y 308, inciso 1º de la Ley 906 de 2004.)

2. Inferencia razonable de autoría o participación

La Fiscalía deberá construir una inferencia razonable de que el imputado es autor o partícipe del delito imputado con fundamento en los elementos materiales probatorios y evidencia física *recogidos y asegurados*, o de la información, todos ellos obtenidos legalmente, para que el juez pueda decretar la medida de aseguramiento (artículo 308, inciso 1º Ley 906 de 2004). Esta inferencia suscita algunas reflexiones:

- 2.1. Consiste en predicar la existencia de un delito con fundamento en elementos materiales probatorios, evidencia física o información, producidos u obtenidos en forma legal, con el cumplimiento de los preceptos propios de la investigación criminal que garanticen al menos su autenticidad.

- 2.2. Se requiere que del análisis de dichos elementos, evidencia o información, se pueda predicar que el imputado es un posible autor o partícipe del hecho punible, porque ellos indican en forma razonable tal vinculación sin que sea viable recurrir a especulaciones fácticas o jurídicas lógicas conducentes a otra posibilidad.
- 2.3. Merece especial mención, y aspiramos a que salga avante como tesis de defensa, lo siguiente: No se puede olvidar un presupuesto fundamental a la hora de hacer la inferencia razonable: *se requieren prueba o elementos materiales y evidencia física legalmente admisible*, lo cual implica la garantía de no utilizar:
- 2.3.1. Prueba ilícita.
- 2.3.2. Prueba de referencia y/o información que no preserve los principios de pertinencia y de conocimiento personal de la fuente de prueba a utilizar, salvo que se presente alguna de las excepciones previstas en el artículo 438 del nuevo Código de Procedimiento Penal. Sería tanto como reconocer que la prueba de referencia, con problemas de confiabilidad e imposibilidad de confrontación, una prueba que sólo permitiría pensar que algo pudo ser así, resulta luego apta y suficiente para demostrar la inferencia razonable sobre la relación imputado-delito.
- 2.3.3. El desconocimiento de un privilegio, como sería pretender que se introdujera a la discusión sobre la medida de aseguramiento el dicho del indiciado sobre reconocimiento de responsabilidad, reproducido por el policial en dicha audiencia, pues desconocería la garantía constitucional de no auto-incriminación, que se mantiene hasta que el sindicado expresamente renuncie a tal derecho en forma inteligente, voluntaria, consciente, y con la presencia y asesoría irrenunciable de su abogado.
- 2.3.4. Desconocimiento de la cadena custodia.

3. Necesidad de la medida de aseguramiento

Una vez satisfecha la exigencia de vinculación del imputado con los hechos a través de una inferencia razonable de autoría o participación, la Fiscalía deberá *demostrar y argumentar* la existencia concreta de, al menos, uno de los tres requisitos que sustentan la necesidad de la medida de aseguramiento, sin importar si es privativa o no de la libertad. Tales principios, enunciados en el artículo 308, y desarrollados en los artículos posteriores de la Ley 906 de 2004, son:

3.1. *Para evitar la obstrucción de la justicia*

Enunciado en el numeral 1º del artículo 308, y desarrollado en el artículo 309 de la ley 906 de 2004: se requiere que la Fiscalía demuestre en concreto la existencia de motivos *graves y fundados* que permitan inferir que el imputado:

- Afectará en forma material los elementos de prueba.
- Afectará o atentará la potencial prueba testimonial.
- Impedirá u obstaculizará diligencias.
- Impedirá u obstaculizará la labor de funcionarios y demás intervinientes.

Como se observa, en este aspecto la Fiscalía deberá acreditar mediante elementos de convicción (evidencia, información, testimonios) que el imputado razonablemente incurrirá en el FUTURO en una o varias de estas conductas, y no bastará con las meras especulaciones que al respecto pueda predicar con base en la entidad del delito investigado o supuesta peligrosidad del imputado.

3.2. *Que el imputado constituye peligro para la sociedad o la víctima*

Enunciado en el numeral 2º del artículo 308 y desarrollado en los artículos 310 y 311 de la Ley 906 de 2004, de la siguiente manera:

3.2.1. *Peligro para la comunidad*

El Código de Procedimiento Penal señala que, además de la gravedad del hecho y la pena imponible, se deben tomar en cuenta cuatro aspectos:

- Continuidad de la actividad delictiva o vinculación con organizaciones criminales.
- Número y naturaleza de delitos imputados.
- Vigencia de una acusación, medida de aseguramiento o disfrute de una medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
- Existencia de sentencias condenatorias en firme por delito doloso o preterintencional.

No obstante el enunciado aparentemente objetivo de estos aspectos, la Fiscalía, al sustentar la necesidad de la medida de aseguramiento por este factor, deberá hacer concurrir en enunciado de *gravedad del hecho y pena imponible*, con uno o varios de los cuatro supuestos determinados, además de «probar» en debida forma su existencia, en especial tratándose de los dos últimos mencionados, lo cual no

significa una simple adecuación de los hechos en estas cuatro hipótesis normativas, sino que tal ejercicio pasa por un análisis de la proporcionalidad.

3.2.1.1. *Proporcionalidad de la medida de aseguramiento*

El Defensor Público ha de tener en cuenta, en todos los aspectos que se ventilan ante el Juez de Control de Garantías, que éste debe emitir sus decisiones previo un «juicio de proporcionalidad», lo cual significa el análisis de la necesidad, razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de todas las medidas que eventualmente puedan afectar derechos fundamentales.²²

Lo anterior implica que siempre será necesario establecer en primer lugar los fines constitucionales que se buscan con la medida, y confrontar esos fines con los medios que se emplean para lograrlos, a fin de examinar si fueron adecuados teniendo en cuenta los costos y beneficios que se obtuvieron u obtendrán con dicha medida.²³

3.2.1.2. *Proporcionalidad y peligro para la comunidad*

3.2.1.2.1. Aspectos Preliminares: presunción de inocencia, afirmación de la libertad y derecho penal de acto.

Lo primero que debe advertirse cuando se trata de la adopción de medidas a nombre del potencial peligro para la comunidad es que no pueden confundirse los fines de la pena con los fines de la medida, los cuales deben respetar la presunción de inocencia y la afirmación de la libertad.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la protección de la comunidad con las medidas no significa la instauración de un derecho de peligrosidad o de autor, sino que el derecho penal y procesal penal colombiano se sustenta constitucionalmente en el derecho penal de acto.²⁴

²² Cfr. arts. 295, 308 (*necesidad*), 2° inciso 2°, 27 (*ponderación*), 94 (*proporcionalidad*), que imponen al juez un análisis del caso concreto tomando en consideración las finalidades constitucionales de cada medida.

²³ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal. Tomo I. 5ª Ed. 2004. Universidad Externado de Colombia. p. 43* «La intensidad de la afectación en el derecho debe ser proporcional a la gravedad del delito y a los beneficios que con ella se obtendrán en el proceso penal.

²⁴ Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. *Apuntes de Derecho Penal. Extracto Principios Fundamentales del Derecho Penal. Segunda Edición (en imprenta). Material del Módulo de Garantías Ciudadanas de la Especialización en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. P.P.79*

3.2.1.2.2. La «gravedad del hecho»

El defensor público ha de estar atento a la solicitud o imposición de medida con fundamento en la gravedad de la conducta imputada o de la pena que tiene dispuesta, ya que este punto ha sido resuelto por el propio Código y por el derecho internacional de los derechos humanos.

Para el DIDH, la gravedad de la conducta y de la pena no son criterio determinante para la imposición, *per se*, de la medida de aseguramiento, sino que se deben analizar otros múltiples factores que en el caso colombiano se describen expresa y puntualmente, no pudiendo el juez imponer la medida sobre supuestos diferentes de los enunciados en el artículo 310 del C.P.P. o únicamente con base en el criterio de la gravedad del delito.

Pero, además de lo anterior, debe precisarse que no se trata de un simple proceso de adecuación de los hechos en la literalidad de los supuestos fácticos de los cuatro numerales de la norma mencionada (art. 310 C.P.P.), sino que dicho proceso de adecuación se acompaña del juicio de proporcionalidad ya mencionado.

La posición de la Comisión Interamericana sobre este punto se resume en que la proporcionalidad implica que el juez no puede llevar a cabo, al momento de imponer la medida de aseguramiento, criterios retribucionistas propios de la pena, porque, si apela a ellos, atenta seriamente contra la naturaleza específicamente cautelar, preventiva o procesal de la medida, vulnerando por ende los presupuestos constitucionales e internacionales de la misma.²⁵

En últimas, el defensor público ha de hacer prevalecer el concepto de fines procesales de la detención sobre los fines sustanciales de la pena, tal como lo efectuó en una oportunidad el Comité de Derechos Humanos, destacando la importancia de que la decisión sobre la detención deba ser individualizada y tomar en cuenta **todas las circunstancias pertinentes**.²⁶

²⁵ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *Jiménez vs. Argentina* (1996). En GUERRERO PERALTA, *ob. cit.* p. 334.

²⁶ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, pág. 294.

Téngase en cuenta que la jurisprudencia y doctrina internacional hacen parte del bloque de constitucionalidad, según lo ha afirmado la Corte Constitucional.²⁷

Nada obsta entonces para que la defensa eche mano del conjunto de circunstancias que rodean el caso con miras a obtener la afirmación de la libertad; el juez de control de garantías igualmente debe tener en cuenta de manera integral los aspectos que pone a su consideración la Fiscalía para el sustento de la medida.

Es necesario entonces que el defensor público utilice todos los elementos de convicción y persuasión para denotar la ausencia de necesidad, irrazonabilidad o desproporcionalidad de la medida, como, por ejemplo, la demostración del arraigo del imputado en el país, las dificultades que puede tener para huír o permanecer oculto, sus relaciones personales, especialmente sus vínculos familiares, el asiento de su familia, de sus negocios y trabajo, el comportamiento durante el procedimiento, la fragilidad de las pruebas inculpativas, la personalidad del imputado, entre otras.²⁸

3.2.1.3. *Protección a la comunidad y criterio de necesidad*

En punto de necesidad de la medida, el Código de Procedimiento Penal anterior²⁹ y la Corte Constitucional³⁰ ya habían sentado el criterio de la necesidad de la detención, sin señalar concretamente las eventualidades en que se debía considerar necesaria la medida, criterios que se podían encontrar sin dificultad en el bloque de constitucionalidad.³¹

²⁷ Cfr. UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad y nuevo proceso penal. En Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano. Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2004. págs. 24, 25.*

²⁸ Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *La prisión preventiva. San José de Costa Rica. Citado por BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, 4ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2002. pág. 223.*

²⁹ Ley 600 del 2000, artículos 3º inciso 2º y 355.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-774 de 25 de Julio del 2001. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. En Revista Jurisprudencia y Doctrina. Mes de Octubre de 2001. P.P. 2092.*

³¹ Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Fundamentos Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Nueva Jurídica. p. 334. Vgr. Hill y Hill contra España (1995), en el que se reconocieron internacionalmente las razones tradicionales para detener (posibilidad de fuga, alteración probatoria y reincidencia), agregando que la medida debe ser razonable, y la necesidad es una parte implícita de su carácter excepcional, al tenor del párrafo 3 del artículo 9º del Pacto y, por lo tanto, dicha norma condiciona y obliga a justificar cualquier detención preventiva.*

El defensor público ha de procurar persuadir al Juez de Garantías de que la detención preventiva es la «última o extrema ratio», lo que implica para el requirente (fiscal) y el garante (juez) partir en primer lugar de la libertad como regla general, y, después, analizar la imposición de medidas que sirvan a la finalidad de la detención, sin gravar de manera considerable los derechos fundamentales, lo cual implica prioritariamente la escogencia de medios paliativos, «más suaves y admisibles».³²

No cabe duda de que los términos de esta problemática de la razonabilidad y necesidad de todas las medidas que afectan derechos fundamentales deben abordarse desde el modelo institucional, y es el juez, en un Estado Social de Derecho, el funcionario que debe asegurar los órdenes de intereses y derechos que confluyen en el proceso penal, llevando a cabo dicha tarea como fiel de la balanza a quien no se permite privilegiar los intereses de la sociedad y la persecución del delito a costa de los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación y juzgamiento penal.³³

3.2.1.4. Análisis de las hipótesis de necesidad de la medida previstas en artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.

3.2.1.4.1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.

La textura abierta de esta primera hipótesis en manera alguna deja librada a la especulación la demostración fehaciente del supuesto de hecho en un grado de probabilidad, según la norma, lo que significa que ni el fiscal al solicitar la medida puede sustentarla con apreciaciones subjetivas que no encuentren respaldo en la información que posea, ni el juez de garantías ha de decretar la medida sin un examen riguroso y objetivo de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información de que se pueda inferir razonablemente

³² BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Labor S.A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro. P.P. 378.

³³ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000. P.P. 258. *El procedimiento penal en un Estado Social de Derecho no comporta una conflictividad Estado-ciudadano, propia de los regímenes totalitarios, sino que el Estado está obligado por ambos fines: –aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano, siendo el Juez el llamado a asegurar ambos órdenes de cosas. «Con ello, el principio constitucional de proporcionalidad exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario.»*

en grado de probabilidad la referida continuación de la actividad delincuencial o la vinculación con organizaciones criminales.

El facilismo tampoco puede llevar a confundir el fenómeno de la coparticipación o concurso de personas en el delito con las «organizaciones criminales» a que alude la norma, siendo necesario consultar la diferencia entre los dos fenómenos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para la cual, por organización ha de entenderse una verdadera *societas sceleris* con el objeto de asumir hacia el futuro la actividad delictiva como negocio o empresa.³⁴

En este punto y en todos los supuestos de hecho mencionados por los tres numerales del artículo 310 C.P.P., el peligro debe ser considerado por el juez de control garantías de manera actual o real y no potencial, pues la libertad de la persona en manera alguna puede considerarse como peligrosa si a ella no se añan elementos de convicción específicos que, con probabilidad, de verdad conduzcan a vaticinar peligro para la comunidad.

3.2.1.4.2. El número de delitos que se imputan y la naturaleza de los mismos.

Una aplicación literal de la norma conduciría a considerar como necesaria la medida en todos los casos de concurso de delitos, interpretación desafortunada en la medida en que los operadores judiciales que así entiendan la norma, desconocen el juicio de proporcionalidad, necesidad, adecuación y razonabilidad que rige el quehacer jurisdiccional del juez.

El rigor del análisis pasa entonces por considerar que los fenómenos de concurso de delitos implican peligro para la sociedad sólo en la medida en que tal pluralidad de adecuaciones típicas presupongan un peligro concreto y real para la sociedad, examinados todos los aspectos relevantes del caso bajo examen, incluida desde luego la situación personal, familiar y social del imputado.

3.2.1.4.3. El hecho de estar acusado o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia de 20 de Mayo de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.*

Sobre el t3pico caben las mismas reflexiones consignadas en el literal anterior: no se trata de que el juez 3nicamente aplique de manera autom3tica la medida solicitada por la aparici3n formal de uno cualquiera de los supuestos de hecho, ya que tal proceder no es propio de un juez de tutela, sino de uno que atienda la ex3gesis como regla de impartici3n de justicia.

Aqu3 se debe detener el juez en el an3lisis de dichas circunstancias a la luz de la naturaleza de los delitos por los que se impuso la acusaci3n, la medida, o se concedi3 el subrogado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tales supuestos, pues no todos esos supuestos tendr3n en muchas ocasiones la vocaci3n inequ3voca de desvirtuar la afirmaci3n de la libertad.

3.2.2. El peligro para las v3ctimas.

Dispone el art3culo 311 del C3digo de Procedimiento Penal que se entender3 que hay peligro para la v3ctima cuando existan motivos fundados para inferir que podr3 atentar contra ella, su familia o sus bienes.

Como en anteriores aspectos, la Fiscali3 deber3 allegar elementos de convicci3n id3neos que en forma razonable indiquen el peligro potencial o real para la v3ctima, su familia o sus bienes; no basta entonces con la mera argumentaci3n especulativa al respecto.

El principal problema que suscita la norma es el concepto de v3ctima para el procedimiento penal y concretamente para considerar peligroso al imputado, pues el art3culo 132 establece una definici3n restrictiva de las v3ctimas afirmando que por tal se entienden *«...las personas naturales o jur3dicas y dem3s sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido alg3n da3o directo o como consecuencia del injusto»*.

«La condici3n de v3ctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto o independientemente de la existencia de una relaci3n familiar con 3ste».

Algunos autores consideran que el concepto de v3ctima para los efectos de la aplicaci3n del art3culo 311 sobre imposici3n de medida de aseguramiento puede ampliarse, por ejemplo, cuando se trata de infracciones graves al derecho internacional de los derechos humanos o en relaci3n con los delitos sexuales que de manera reiterada se

cometan en un cierto territorio o vecindario con sujetos especialmente vulnerables como niños o mujeres.³⁵

Sin embargo, esta «ampliación» del concepto de víctima a supuestos no consignados en el artículo 132, supone que en este punto se apele a especulaciones o abstracciones que alejan la resolución del problema del caso concreto sometido a consideración del juez de garantías y de la información con la que cuenta en el momento de decidir sobre la citada imposición, lo que conduce necesariamente a que su juicio no se fundamente en la proporcionalidad, necesidad y adecuación, criterios que suponen el análisis riguroso de las circunstancias relevantes del caso concreto, como quedó dicho en acápite anterior.

Igualmente el legislador definió a la víctima «...para efectos de este código...» de la manera en que quedó expresado, siendo la medida de aseguramiento una manifestación eminentemente procesal penal y por ende supeditada al concepto de víctima que el Estatuto Procesal Penal consagra, sin que se pueda apelar a otros criterios o incluso a otros ordenamientos en los que el concepto de víctima varía.

3.3. Probabilidad de no comparecencia

Enunciado en el inciso 3º del artículo 308, y desarrollado en el artículo 311 de la ley 906 de 2004: se exige concurrencia entre la *modalidad y gravedad del hecho* con alguno de los siguientes aspectos:

3.3.1. La falta de arraigo, determinado por dos aspectos adicionales concurrentes:

- Domicilio, asiento de la familia, de los negocios o trabajo.
- Las facilidades que tenga el imputado para abandonar el país u ocultarse definitivamente.

3.3.2. La gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a éste.

3.3.3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del cual se infiera razonablemente *su falta de voluntad* para sujetarse a la persecución penal en sus diferentes fases.

³⁵ Cfr. APONTE, Alejandro David. *La detención preventiva en la nueva legislación procesal penal: hacia una prevalencia del principio de libertad*. En *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano*. 2004. p. 167.

Para que proceda cualquier medida de aseguramiento, bien sea privativa de la libertad en centro carcelario o en lugar de residencia, o bien sea no privativa de la libertad, la Fiscalía debe argumentar y demostrar la necesidad de la misma con base en uno o varios de los anteriores supuestos; de no ser así, NO PROCEDERÁ NINGUNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO.

4. Requisito objetivo de procedencia de la detención preventiva

Si la Fiscalía pretende que la medida de aseguramiento sea la de *detención preventiva*, sea ésta en establecimiento carcelario o en el lugar de residencia, después de *haber satisfecho* en forma argumentativa y probatoria los requisitos de necesidad de la medida en los términos de los artículos 308 y siguientes de la ley 906 de 2004 (numeral 3.3.), deberá sustentar que el o los delitos por los que se procede objetivamente se encuentran inmersos en uno de los tres casos contemplados en el artículo 313 de la ley 906 de 2004, a saber:

- 4.1. Los que son de competencia de los jueces penales del circuito especializado, en los términos del artículo 35 de la ley 906 de 2004.
- 4.2. En los delitos que se investigan de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley *sea o exceda* de cuatro años. Para este caso, deben tomarse en cuenta las siguientes precisiones:
 - 4.2.1. Para la determinación de este mínimo, deben tomarse en cuenta los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, de conformidad con los artículos 54 a 60 del Código Penal. Además, deberá tenerse en cuenta si se trata de un delito tentado y el grado de participación imputable.³⁶

¹ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado la incidencia de tales circunstancias que afectan la punibilidad al momento de definir la procedencia de la medida de aseguramiento: «I.- El artículo 357 de la nueva legislación procesal relaciona como eventos en los cuales es procedente la detención preventiva, cada una de las siguientes alternativas: 1.- que el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de 4 años; 2.- que en contra del sindicado esté vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión -a condición de que se proceda por una conducta punible sancionada con pena privativa de la libertad- o; 3.- que se proceda por cualquiera de los delitos específicamente catalogados en el numeral 2° de la disposición. En estos supuestos es obligatoria la resolución de situación jurídica, y adicionalmente en todos los procesos de competencia de los Jueces Especializados, en concordancia con el artículo 14 transitorio de la ley 600 de 2000. La expresión «que el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de 4 años» significa que no se trata únicamente de la consideración del tipo básico, sino de

- 4.2.2. Desde luego, el aumento de penas a los diferentes delitos, contenido en la ley 890 de 2004.
- 4.2.3. La contradicción existente entre el numeral 2º del artículo 313 y el artículo 315 de la ley 906 de 2004, según el cual las *medidas de aseguramiento no privativas de la libertad* proceden para delitos cuyo mínimo de la pena señalada en la ley *no exceda de cuatro años*, es decir, proceden para delitos cuya pena prevista en la ley sea de cuatro años, determinación contradictoria con el numeral 2º del 313. Contradicción que implica que debe darse aplicación al precepto del 315 por principio de favorabilidad.
- 4.2.4. En los delitos contenidos en el título VIII del libro II del Código Penal, es decir, delitos contra los derechos de autor cuando la cuantía exceda de los ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5. Principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad

Como se había dicho, la privación o restricción de la libertad por mandato del artículo 295 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con los principios constitucionales, el bloque de constitucionalidad y, en parte, por la sentencia C-774 de 2001, implican que, para que una medida de aseguramiento proceda, además de ser necesaria, requiere que sea *adecuada, proporcional y razonable*, de tal manera que satisfechos los requisitos

éste y de las circunstancias que afectan el marco punitivo (es decir las que permiten la determinación legal de la pena) y por tanto integran el tipo objetivo. No es, por tanto, lo concerniente a la individualización judicial de la pena y de ahí que no pueden entenderse dentro de ese concepto las rebajas de pena que son consecuencia de comportamientos postdelictuales, como sucede con la confesión, el reintegro, la indemnización, la rebaja por sentencia anticipada, y otros de igual naturaleza». Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Ponente. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Única instancia. 26/07/2001. Rad. 7026.

En otra ocasión, la Corte manifestó:»2.- Acierta el señor Fiscal al censurar el argumento del a quo, atinente a que para determinar la pena mínima prevista en el tipo penal a fin de establecer si se debe o no resolver la situación jurídica es necesario considerar las circunstancias genéricas de menor o mayor punibilidad, habida cuenta que en la providencia tomada como referencia esta Sala de la Corte con toda claridad dejó sentado que para esos fines sólo tendrán incidencia las circunstancias de agravación o atenuación que al momento de la comisión de los hechos tuvieran la virtud de modificar el marco punitivo fijado en el correspondiente tipo penal, pero nunca las genéricas que cuentan para dosificar la pena en concreto y que son las imputadas al procesado en la resolución de acusación» (cursivas fuera de texto). Cfr. Corte Suprema de Justicia., Sala Penal. Ponente Edgar Lombana Trujillo. Auto Segunda Instancia. 29/11/2001. Revoca detención domiciliaria., dispone libertad inmediata e incondicional., devuelve caución. Delito: Cohecho impropio. Rad 18915.

probatorios y de necesidad enunciados en el artículo 308 de la ley 906 de 2004, y para la detención preventiva, alguno de los supuestos objetivos del 313, en virtud de un análisis de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad puede resultar no aplicable la privación de la libertad, o ser viable en su versión más benigna en el lugar de residencia, o ser aplicable una medida no privativa de la libertad o, en forma definitiva, hacer en forma absoluta improcedente cualquier medida de aseguramiento.

Detención preventiva en el lugar de residencia

De conformidad con el artículo 314 de la ley 906 de 2004, la detención preventiva en establecimiento carcelario puede ser sustituida por la del lugar de residencia en los cinco eventos allí consagrados, los cuales, precisamente obedecen a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y adecuación enunciados. Estos eventos son:

1. Para cumplir con los fines (requisitos de necesidad) previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia. En este punto, el juez deberá ponderar la necesidad probada de la medida de detención preventiva frente a criterios de adecuación y razonabilidad para que sea viable que ésta se cumpla en la residencia del imputado.
2. Imputado o acusado mayor de 65 años en consonancia con la personalidad, naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable la reclusión en su residencia. Clara aplicación de los tres principios en cuestión, de tal manera que por vía de la aplicación de los mismos a similar conclusión podría llegar el juez siempre que se tratara de una persona mayor, así no cumpla el requisito exacto de los 65 años, cuando, por ejemplo, teniendo menos edad se encuentre el imputado o acusado en deterioro físico o mental propio de la vejez.
3. Imputada o acusada que le faltan dos meses para el parto o durante los seis meses siguientes al nacimiento. En igual sentido que el anterior, los tiempos objetivos pueden prescindirse si por ejemplo la procesada tiene un embarazo de alto riesgo o el bebé ha nacido con dificultades que ameriten la cercanía de la progenitora más allá de los seis meses.
4. Enfermedad grave del imputado o acusado. Evento en el cual, por aplicación del principio de adecuación, puede hacerse efectiva la medida de aseguramiento en su residencia o en centro hospitalario.
5. Para la madre o padre cabeza de familia con hijo menor de 12 años o

con incapacidad mental permanente. Resulta más razonable y adecuado que la detención preventiva se realice en la residencia cuando, no obstante su necesidad, hay derechos de terceros que pueden ser afectados.

Es necesario acotar que, en caso de que la detención preventiva NO proceda, bien sea porque no existe necesidad de la medida o por no cumplir el factor objetivo, la detención en el lugar de residencia TAMPOCO es procedente, pues ésta no es más que una especie, un tanto menos traumática, de la privación de la libertad.

Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad

Una vez demostrada la necesidad de la medida de aseguramiento en los términos de los artículos 308 y siguientes, si el mínimo de la pena es hasta de cuatro años, inclusive, procederá una medida de aseguramiento NO privativa de la libertad en los términos del artículo 315. Para determinar la o las medidas NO privativas de la libertad a imponer del catálogo de las mismas contempladas en el literal B del artículo 307, el juez por mandato legal específico deberá examinar si son proporcionales y razonables de conformidad con las finalidades (necesidad) previstas, no sólo para decidir imponerlas sino también para determinar cuál o cuáles impondrá.

Además de la procedencia de la medidas de aseguramiento NO privativas de la libertad conforme al enunciado anterior, se considera que, en virtud de los principios de adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, es viable que se apliquen una o varias de estas medidas para los casos en que procede por necesidad y por el factor objetivo la detención preventiva, de tal manera que, si con una o varias de estas medidas NO privativas se pueden suplir las finalidades (necesidad) de la detención preventiva, así lo puede determinar el juez argumentando uno o varios de los principios en cuestión.

Improcedencia de medida de aseguramiento alguna

Dentro de un sistema constitucional que privilegia la libertad personal y que hace de la misma un principio, la cual sólo puede ser vulnerada en virtud de estrictos y concurrentes criterios y, no obstante proceder una cualquiera de las medidas de aseguramiento previstas, tanto desde la perspectiva de la necesidad de la misma como por el factor objetivo del quantum punitivo fijado en la ley, es perfectamente viable que, como resultado de la ponderación concurrente de estos criterios, resulte que la medida de aseguramiento es necesaria pero no pueda ser aplicada porque resulta *inadecuada, desproporcionada o irrazonable*, por cuanto el 295

exige que, para proceder a restringir o afectar la libertad, se debe dar estricto cumplimiento a estas cuatro condiciones de aplicación de las normas que afecten este preciado derecho fundamental.

Actividades del defensor frente a la solicitud de medida de aseguramiento

Con base en los fundamentos esbozados para que procedan las medidas de aseguramiento, a continuación se presenta una PROPUESTA de modelo de análisis que podría llevar adelante el defensor frente a la solicitud de medida de aseguramiento hecha por la Fiscalía.

1. *En la entrevista con el usuario.*

Haciendo caso omiso de los aspectos relativos a la captura y posición procesal frente a la imputación, que deben hacerse necesariamente en la entrevista con el usuario, en lo atinente a la posibilidad de medida de aseguramiento, el defensor debe proveerse de la siguiente información:

- 1.1. Circunstancias modales, temporales y espaciales de los hechos por los cuales se investiga al usuario, en la medida que le consten.
- 1.2. La verdadera vinculación que pueda tener el usuario respecto de las mismas.
- 1.3. La existencia de antecedentes penales, investigaciones en curso, situación jurídica en las mismas, si tiene vigente medidas de aseguramiento o mecanismos sustitutivos de penas privativas de la libertad.
- 1.4. La ubicación real del lugar de residencia del usuario.
- 1.5. El entorno familiar, social y laboral del que disponga el usuario.
- 1.6. Las circunstancias personales, físicas y mentales propias del usuario.
- 1.7. Las personas a quienes se puede recurrir para procurar elementos de convicción sobre todos los aspectos anteriores.

2. *Hipótesis previa sobre la medida de aseguramiento.*

Con base en la información obtenida con el usuario y la que se pueda recabar ante las dependencias de la Fiscalía, sería aconsejable que el defensor realizara una hipótesis de la medida de aseguramiento a solicitar por la Fiscalía, así como de los sustentos fácticos y probatorios que podría aducir. Hipótesis que debería precaver los siguientes aspectos:

- 2.1. Posible adecuación típica de los hechos, incluyendo dispositivos amplificadores del tipo penal, así como agravantes y atenuantes aplicables.

- 2.2. Posibles fundamentos fácticos y probatorios que aducirá la Fiscalía para sustentar la necesidad de la medida de aseguramiento.
- 2.3. Argumentos de defensa para refutar la adecuación típica y la necesidad de la medida de aseguramiento.
- 2.4. Posibles elementos de convicción que se pueden aportar para controvertir la adecuación típica y, de manera especial, la necesidad de la pena.
- 2.5. Argumentos y elementos de convicción para demostrar y/o refutar a la Fiscalía que la medida de aseguramiento posible no es proporcionada, adecuada o razonable.
- 2.6. Estrategia de presentación de argumentos, pruebas, solicitudes y recursos, tomando en cuenta que en el futuro existe la posibilidad de solicitar la revocatoria o la sustitución de medida de aseguramiento, como también que, si el usuario no acepta cargos, es probable un debate probatorio de fondo en sede de juicio.

3. Verificación de la solicitud de la Fiscalía dentro de la audiencia.

Teniendo como herramienta de trabajo la hipótesis hecha, se hace necesario verificar dentro de la audiencia respectiva el despliegue argumentativo de la Fiscalía, así como de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información que aporta, no sólo en relación con la medida de aseguramiento sino también con la que se presente para otras solicitudes dentro de la audiencia. De tal manera que la verificación se determinaría en los siguientes aspectos:

- 3.1. Si se decreta la ilegalidad de captura o allanamiento para determinar qué elementos probatorios, evidencia física o información podrían resultar excluidos, pues éstos no podrían ser sustento de la vinculación, como autor o partícipe, del usuario con los hechos investigados.
- 3.2. La imputación que hace la Fiscalía, para determinar si se trata de una adecuación típica en que sea procedente o no la medida de aseguramiento.
- 3.3. Verificar que, en la misma imputación, la Fiscalía clarifique identidad del usuario, su domicilio y condiciones personales.
- 3.4. Ya en la solicitud de medida de aseguramiento, verificar cómo construye la Fiscalía su inferencia razonable de autoría o participación

del usuario, así como los elementos materiales probatorios, evidencia física e información en que los sustenta.

- 3.5. Verificar la legalidad de dichos medios de prueba, y que ostenten la calidad de debidamente recogidos y asegurados.
- 3.6. Verificar la argumentación y el sustento aducido por la Fiscalía en cuanto a la necesidad de la medida de aseguramiento.
- 3.7. Verificar que la Fiscalía solicite una medida de aseguramiento acorde con el factor objetivo aplicable según la imputación hecha.
- 3.8. Verificar si la Fiscalía argumenta y sustenta en forma sólida que la medida de aseguramiento, aparte de ser necesaria, es adecuada, proporcionada y razonable.
- 3.9. Ubicar las debilidades argumentativas o de medios de convicción aducidas por la Fiscalía.
- 3.10. Controvertir, cuando sea pertinente, los elementos de convicción presentados por la Fiscalía.

4. Solicitud de la defensa.

La defensa puede presentar su solicitud bajo los siguientes criterios:

4.1. Imprudencia de medida de aseguramiento.

4.1.1. Por inexistencia o deficiencia de la inferencia razonable de autoría o participación:

- Por deficiente construcción de la inferencia misma.
- Por inexistencia de medios de convicción que sustenten la inferencia.
- Por ilegalidad de dichos medios de convicción.
- Por deficiencias sustanciales en la recolección y aseguramiento de dichos elementos de convicción.

4.1.2. Por inexistencia o deficiencia de necesidad de la medida de aseguramiento:

- La Fiscalía no argumentó en concreto cuál es la necesidad de la pena.

- La argumentación de la Fiscalía no satisface los presupuestos de la necesidad de la medida invocada.
- Carencia, insuficiencia o ilegalidad de los elementos de convicción aducidos como sustento de la necesidad de la medida de aseguramiento.

4.1.3. Porque que la medida de aseguramiento, siendo necesaria, resulta inadecuada, desproporcionada o irrazonable.

4.2. Procedencia de medida de aseguramiento distinta de la de detención preventiva.

Cuando, conforme a la necesidad de la medida de aseguramiento y al factor objetivo, resulta procedente la DETENCIÓN PREVENTIVA, solicitar la imposición de medida de aseguramiento NO privativa de la libertad:

- 4.2.1. Porque, aunque necesaria de acuerdo con los fines de la medida de aseguramiento, resulta más adecuado, proporcional y/o razonable aplicar una medida NO privativa.
- 4.2.2. Porque, aunque necesaria de acuerdo con los fines de la medida de aseguramiento, éstos se pueden cumplir en forma más adecuada, proporcional y/o razonable con una medida de aseguramiento NO privativa de la libertad.

4.3. Procedencia de otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad.

Dentro de las medidas de aseguramiento NO privativas de la libertad, solicitar una menos gravosa para el usuario:

- 4.3.1. Porque, aunque necesaria de acuerdo con los fines de la medida de aseguramiento NO privativa de la libertad, éstos se pueden cumplir en forma más adecuada, proporcional y razonable con otra de las medidas de aseguramiento NO privativas de la libertad.
- 4.3.2. Aunque aplica en el numeral anterior, cuando la medida de aseguramiento NO privativa de la libertad solicitada es la de caución, solicitar su variación por notoria insolvencia (inciso final del artículo 307, literal B, y/o inciso final del 319).

4.4. *Sustitución de la detención preventiva.*

Cuando resulte procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitar la sustitución por detención en lugar de residencia:

4.4.1.1. Por presentarse alguna de las situaciones previstas en el artículo 314.

4.4.1.2. Porque, aunque no se cumplan con exactitud los requisitos objetivos de alguna de las causales previstas en el 314, resulta más adecuado, proporcional y/o razonable que la detención se cumpla en el lugar de residencia.

4.5. *Recursos.*

Interponer los recursos previstos en el artículo 176, según criterio para el caso específico, y de conformidad con la estrategia seguida.

4.6. *Solicitud de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.*

Si con el paso del tiempo se obtienen elementos de convicción que puedan sustentar en mejor forma la hipótesis respecto de la medida de aseguramiento, solicitar la audiencia para sustitución o revocatoria de la misma, tomando en cuenta que, de acuerdo con el 318, ésta audiencia es sólo posible en una sola ocasión.

QUINTA AUDIENCIA

REVOCATORIA Y SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El artículo 318 del Código de Procedimiento Penal consagra la posibilidad de que cualquiera de la partes, por una sola vez, solicite la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento.

¿CUÁL SERÍA EL TRÁMITE DE DICHA AUDIENCIA?

Vemos que la norma no dice de qué manera debe tramitarse la solicitud de Revocatoria de la Medida de Aseguramiento. Sin embargo, al revisar el artículo 154, donde se establecen los asuntos que se tramitarán en audiencia preliminar, se observa que es en este tipo de audiencias donde hay la oportunidad para plantearla.

Así las cosas, concluimos, pues, que el trámite debe ser similar al de la petición para imponer medida de aseguramiento, es decir:

- La parte interesada en la revocatoria debe presentar solicitud en el Centro de Servicios Administrativos, indicando el motivo, las personas que deben comparecer, lugar donde se pueden citar, solicitud que se someterá a reparto. El Centro de Servicios fijará fecha, hora y sala para realizar la audiencia.
- Una vez instalada la audiencia, el juez concederá el uso de la palabra a quien solicitó la audiencia para que exprese los argumentos y los elementos de convicción en que sustenta su petición.
- Una vez expuestos los argumentos por parte del peticionario, se corre traslado de los mismos a la otra parte y al representante del Ministerio Público, para que expresen lo que consideren conveniente, que bien puede ser coadyuvar u oponerse a la petición.
- Posteriormente, el juez debe tomar la decisión, previa evaluación de los elementos aportados por la parte interesada, habiendo permitido la controversia a los demás sujetos procesales, ya que estamos frente a un procedimiento adversarial.
- En este momento cobra importancia conocer si la medida impuesta fue privativa de la libertad, porque la norma dice que contra la decisión del juez no cabe recurso alguno; sin embargo, en tratándose de detención preventiva, debe darse aplicación al artículo 20 del C. P. P. en el sentido de que las decisiones que tengan que ver con la libertad tienen segunda instancia, institución contemplada en los instrumentos internacionales, que forma parte del debido proceso, lo que nos lleva a concluir que sí proceden los recursos de ley, además de que la norma rectora (art. 20), prima sobre las demás.

¿QUIÉNES PUEDEN HACER LA PETICIÓN?

LA FISCALÍA. Puede suceder que el fiscal en su labor investigativa, encuentre: evidencia física, elementos materiales; Información legalmente obtenida que indique que los requisitos del artículo 308 del C.P.P. han desaparecido, por ejemplo, encuentra un testigo que asegura que había otra persona en el lugar de los hechos además del imputado, y hay la posibilidad de que esa otra persona haya sido la autora del hecho investigado. O que los bienes apropiados no pertenecían al Estado, en los eventos en que esta situación tiene trascendencia, o que exista probabilidad de aplicar el principio de oportunidad o realizar un preacuerdo con el imputado y así lo manifieste ante el juez de control de garantías a efecto de obtener una revocatoria de medida de aseguramiento.

LA DEFENSA: Es probable también que el defensor, dentro de su función de investigador, pueda encontrar nuevos elementos que desvirtúan los que se tuvieron en cuenta al momento de imponer la medida de aseguramiento por el Juez de Control de Garantías, y así se lo comunique a este mismo funcionario para que revoque la medida de aseguramiento porque la situación ha cambiado.

EL MINISTERIO PÚBLICO. También tiene capacidad para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento porque con esa actividad está restableciendo la libertad personal de un imputado, en cumplimiento de una de sus obligaciones constitucionales y legales, como es promover el respeto de los derechos o garantías fundamentales.

7.5. REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Es importante hacer resaltar que el Código de Procedimiento Penal establece otras medidas de aseguramiento además de las restrictivas de la libertad, así como también permite que el juez imponga una o varias medidas, según el caso.

A este respecto, debe manifestarse que, si se da el caso, se puede pedir la revocatoria de esta medida si las circunstancias que la motivaron han cambiado, es decir, la revocatoria no sólo procede contra la detención preventiva. Y se solicita mediante el mismo trámite, haciendo la salvedad de que, por no tratarse de los eventos contemplados en el artículo 20 de la ley 906 contra la decisión del juez, no cabe recurso alguno.

SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Respecto de esta figura tenemos tres posibilidades:

1. La sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, para lo cual nos remitimos al artículo 314 del C. P. P., en el cual se establecen las causas por las cuales procede tal sustitución, anotando desde ya que las causales incluídas en este artículo no constituyen la única posibilidad de sustitución de medida de aseguramiento de detención preventiva.

A. Debemos anotar que, en tratándose de las causales contenidas en los numerales 1 y 2, se debe analizar un aspecto objetivo y otro subjetivo, es decir, además de darse la causal objetiva, edad superior a 65 años,

se debe verificar si se cumple el factor subjetivo, caso en el cual, quien solicite la sustitución debe llevar elementos materiales probatorios tendientes a demostrar ambos aspectos, ya que el juez, para resolver, debe verificarlos.

- B. En relación con las causales contenidas en los numerales 3,4 5, manifestamos que son causales objetivas, y se deben llevar a la audiencia los elementos que sustenten la causal invocada, vale decir, dictamen médico en que se indique la fecha probable del parto; como estamos en un sistema oral, debe llevarse al médico a declarar, y el respectivo dictamen para ser autenticado por él, de acuerdo con lo normado en el artículo 426 del C. P. P.

2. SUSTITUCIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Otra circunstancia se da cuando la persona tiene una medida de aseguramiento consistente en prohibición de salir de su lugar de habitación entre las 6 de la noche y las 6 de la mañana, y comienza a trabajar en un horario nocturno, para mantener a su familia, caso en el cual se podría solicitar la sustitución por otra medida que él pueda cumplir, de pronto la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada. O la persona que tiene prohibición de salir del país, y necesita viajar a hacerse un tratamiento médico, también podría solicitar la sustitución de la medida por otra que se ajuste a sus reales necesidades, debidamente justificadas.

Así las cosas, tenemos que nada impide que, una vez impuesta una medida de aseguramiento, se pueda pedir o la REVOCATORIA o la SUSTITUCION, analizando la contundencia de los elementos de conocimiento que tenemos para hacer valer en la respectiva audiencia, sin perder el norte de que es lo que más favorece a nuestro defendido.

3. SUSTITUCIÓN DE MEDIDA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD POR UNA MEDIDA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Puede suceder también que al imputado se le haya impuesto una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, a pesar de estar siendo procesado por un delito que tiene una sanción de más de cuatro años de prisión; pero si incumple las obligaciones impuestas con esa medida, según el artículo 316 del C. P. P., se le podrá sustituir esa medida por una privativa de la libertad, **PERO SI Y SÓLO SI** el supuesto delito lo amerita, porque, si la conducta no contempla pena superior a 4 años de prisión, no se le podrá imponer nunca una medida privativa de la libertad.

7.6. LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DE REFERENCIA PARA FUNDAMENTAR LAS DECISIONES EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Los principios de inmediación y contradicción deben aplicarse durante las audiencias preliminares

El artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplicará «*en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*» y agrega que quien sea sindicado tiene derecho «a presentar pruebas y a *controvertir las que se alleguen en su contra*».

La persona capturada, al tenor del artículo 126 del CPP, ya tiene la calidad de imputada, aunque con posterioridad se formule imputación en su contra, de manera que la captura enviste al sujeto de la calidad de interviniente en la actuación procesal, y es un «sindicado» en el sentido en que lo establece la norma constitucional. Esta calidad la faculta para que, directamente o por medio de su defensor, interrogue a quienes en forma directa y personal hayan tenido ocasión de observar y percibir los hechos sobre los cuales declaran, aun durante las audiencias preliminares. La prueba de referencia impide al imputado y a su defensor ejercer este derecho de contradicción, pues no tienen acceso a la fuente de prueba. Es preciso destacar que la norma constitucional no prevé ninguna excepción al derecho de contradicción, el cual forma parte del debido proceso, y, por el contrario, señala la Carta que éste será aplicable «*en toda clase de actuaciones*», de manera que no puede excluirse su reconocimiento durante las audiencias preliminares.

Por ser pertinente respecto de este punto, valga citar la siguiente referencia jurisprudencial:

«La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso CASTILLO PETRUZZI, considera violatoria de esta garantía la legislación que prohíbe el interrogatorio de agentes estatales que participan en la recolección de pruebas durante la fase de investigación cuando estas fundamenten una acusación... Además de esta consideración, la Corte Interamericana ha reiterado que obstaculizar el principio de contradicción equivale a una violación del debido proceso, aspecto que resulta plenamente compatible con la Constitución colombiana...»³⁷

³⁷ Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. Fundamentos Teórico-Constitucionales del Nuevo Proceso Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005. Pág. 100.

Ahora bien, en lo que atañe al principio de inmediación, puede verificarse en el texto del artículo 379 CPP que éste es imperativo para los jueces de conocimiento y para los de control de garantías:

« *El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional*» (cursivas fuera de texto).

La prueba de referencia impide al juez escuchar a la fuente original de conocimiento, y averiguar la forma como obtuvo sus percepciones, y los criterios para fundamentar la credibilidad. No puede permitirse que un Juez de Control de Garantías tome decisiones con base en informes que presenta la Fiscalía, o basándose en las declaraciones de funcionarios de policía judicial, que se limitan a deponer frente al juez lo que les dijeron víctimas o testigos. El Juez de Control de Garantías, dada su investidura y la trascendencia de las decisiones que toma respecto de la validez en la restricción de derechos fundamentales, no puede ser ligero en los elementos de juicio que requiere, debe ser consecuente con su investidura y funciones aplicando todas las reglas del debido proceso como la inmediación y la contradicción.

La prueba de referencia en las audiencias preliminares vulnera el principio de igualdad

Al tenor del artículo 4° del CPP, «es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes *en el desarrollo de la actividad procesal*». El sistema acusatorio se caracteriza porque en él constantemente se busca el equilibrio, que como lo dice el profesor Oscar Julián Guerrero, «permita un juego claro y transparente de los contrincantes del proceso»³⁸. No pueden argumentar legítimamente los jueces que la «igualdad de armas» rige sólo para el juicio oral, y no para las audiencias preliminares, pues una excepción tal resquebraja el sistema acusatorio y sus principios.

Utilizar la prueba de referencia durante las audiencias preliminares, fuera de las excepciones previstas en el artículo 438 del CPP, desconoce el principio de igualdad de los intervinientes. Este desequilibrio se evidencia en el hecho de que el órgano acusador puede obtener una decisión favorable a sus pretensiones, valiéndose de un testigo que no ha sido sometido a un contrainterrogatorio de la defensa que le permita demostrar al juez que no merece credibilidad.

¹ Cfr. GUERRERO PERALTA. Cit. Pág. 98.

No es de poca monta lo que es objeto de debate en las audiencias preliminares; en varias de ellas lo que evalúa el Juez de Control de Garantías es justamente si hay o no violación de derechos fundamentales con las actuaciones que realiza el Estado en la persecución del delito, o bien autoriza la práctica de diligencias que podrían afectar tales derechos. No tiene ninguna presentación que los jueces de control de garantías en lugar de aumentar la protección de las garantías a los intervinientes, salvaguardando su igualdad de armas, las disminuya con el argumento de que la prueba de referencia sólo es inadmisibile en el juicio oral y no en las audiencias preliminares. Ninguna razón justifica que se disminuyan las garantías procesales durante las actuaciones previas al juicio oral.

No existe autorización legal para admitir la prueba de referencia durante las audiencias preliminares

El procedimiento que debe seguirse en las audiencias preliminares no fue regulado en el código de procedimiento penal, tal vez por falta de previsión del legislador, o bien porque consideró que no todo debía reglamentarlo, dado que las pautas generales del proceso acusatorio se encuentran en el Título preliminar sobre los Principios Rectores y las Garantías Constitucionales, en el Título relativo al desarrollo del juicio oral, especialmente en el capítulo que se refiere a la práctica de pruebas, y, por último, en todas las demás normas que rigen la actuación.

La ausencia de reglas relativas a la recepción de declaraciones y elementos materiales probatorios o evidencia física durante las audiencias preliminares de ninguna manera faculta a los jueces de control de garantías para dictar sus propias normas y desconocer la aplicación de los artículos del código de procedimiento penal que se refieren a la práctica de pruebas durante el juicio oral. Por el contrario, ante la ausencia de disposiciones que rijan un acto procesal determinado, lo pertinente es acudir a los principios Constitucionales relativos al debido proceso (art. 29), y a las normas que desarrollen esos principios y regulen actividades procesales análogas o semejantes; de esta manera, se brinda seguridad jurídica a los comparecientes y se salvaguardan las garantías procesales.

El debido proceso está robustecido por otras garantías de raigambre constitucional y, aunque carezcan de ley que las reglamente, son de aplicación directa e inmediata. Como bien lo dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-217 de 1996, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo:

«El derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir las sanciones pertinentes por su violación *no se necesita ley alguna que lo establezca o permita*. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible» (cursivas fuera de texto).

Desde la perspectiva expuesta, los principios de libertad, pertinencia, admisibilidad, publicidad, contradicción, intermediación, y los criterios de valoración probatoria, previstos en los artículos 373, 375 a 380 del CPP, respectivamente, son aplicables por analogía durante las audiencias preliminares, pues son desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política que obliga a respetar el debido proceso en «todas las actuaciones».

La recepción de declaraciones testimoniales durante las audiencias preliminares debe ceñirse a las reglas previstas en los artículos 383 y ss. del CPP, porque ése es el debido proceso de esa clase de medio probatorio. Si no fuera así, podría llegarse al absurdo de afirmar que durante las audiencias preliminares es permitido al juez recibir declaraciones sin juramentar, o que no es imperativo para el juez advertir a la persona que no está obligada a declarar contra ella misma u otras personas constitucionalmente amparadas, pues este principio de autoprotección no regiría para las audiencias preliminares.

Así mismo, el Juez de Control de Garantías, durante las audiencias preliminares, debe ceñirse a las normas previstas para el juicio oral cuando se trate de la recepción de la declaración de un experto (perito), la aducción de documentos y la inadmisibilidad general de la prueba de referencia, pues no existe norma que le prohíba aplicarlas, y tampoco hay un motivo razonablemente fundado para apartarse de ellas; por el contrario, resulta un acto arbitrario e inconstitucional desconocer disposiciones que señalan el debido proceso para actos semejantes o análogos.

Siguiendo los criterios moduladores de la actividad procesal, a los cuales deben ceñirse los servidores públicos (art. 27 del CPP), resulta desproporcionado e innecesario desconocer las reglas que rigen los medios probatorios durante las audiencias preliminares; no se obtiene un fin constitucionalmente legítimo y, por el contrario, hay un abierto desconocimiento de derechos constitucionales. Valen en este sentido las siguientes reflexiones que hacen los profesores BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT:

«... la práctica de la ponderación en estas actuaciones es imprescindible para evitar la nulidad de la actuación, de la cual pueda derivarse una exclusión de las evidencias que en ella se recauden... uno de los «requisitos formales previstos en este Código» para la práctica de actuaciones y el recaudo de pruebas que impliquen la afectación de derechos fundamentales es la ponderación, bien sea por parte del fiscal, o por parte del juez de garantías. Omitir esta ponderación cuando se afecten derechos fundamentales implica vulnerar los principios y las reglas básicas del procedimiento penal, y los derechos fundamentales que estos principios y reglas protegen»³⁹

Existe en Puerto Rico una norma de admisibilidad de prueba que señala que las reglas de evidencia se aplican en toda la Sala del Tribunal de Justicia del Estado Libre Asociado en Procedimiento Criminal; es precisamente la Regla 1ª de Evidencia, con la que se pretende señalar que las Reglas sobre admisibilidad que se exigen para el juicio plenario o para el juicio oral tienen vigencia también en cualquier procedimiento anterior de audiencia preliminar, y resalta su importancia a la hora de determinar causa probable (motivo fundado-inferencia razonable) que permita establecer la conexión o vínculo entre el imputado y el delito (lo cual es exigido por el artículo 308 de nuestro C. de P.P.)

A ese respecto se ha establecido, por parte del Tribunal Supremo de Puerto Rico⁴⁰, que: «El Ministerio Público debe presentar evidencia, legalmente admisible en un juicio plenario, sobre todos los elementos del delito imputado en la denuncia, y su conexión con el imputado. La vista preliminar no es un mini-juicio y una vez quedan establecidos todos los elementos del delito y la conexión con el imputado con el mismo a base de evidencia legalmente admisible al tenor con las reglas de evidencia en vigor en ese momento, se justifica una determinación de causa probable.»

El comentarista CHIESSA⁴¹, manifiesta al respecto: «El alcance, importante como es, se limita a que, al hacer la determinación de causa probable, el Tribunal deberá estimar si se ha presentado evidencia que sería admisible en juicio plenario, sobre todos los elementos del delito imputado y la conexión del acusado con ese delito.»

³⁹ Cfr. BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal. Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema acusatorio. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2004. Págs. 278 y 279.

⁴⁰ Sentencia dentro del caso Pueblo Vs Andaluz, 97JTS, comentada en Tratado de Derecho Probatorio, Tomo II, de Ernesto Chiessa Aponte, página 1253, publicaciones JTS, Luiggi Abraham Editor, 1998 .

⁴¹ Obra citada, página 1253.

Ya en nuestro medio⁴², también se ha creado un antecedente en relación con la inaplicación de la prueba de referencia en las audiencias preliminares, particularmente dentro de una audiencia de sustentación del recurso de apelación celebrada en el Juzgado 2º Penal del Circuito de Bogotá, en la que el defensor público planteó la ausencia de prueba legalmente admisible de que trata el artículo 308 de nuestro C. de P.P., donde se aplicó la regla de inadmisibilidad, ya que la única evidencia de la Fiscalía fue la declaración realizada en audiencia de solicitud de medida de aseguramiento del agente de la policía a quien le fue entregado el capturado por parte del particular que realizó la captura. En este orden, el juzgado consideró que la declaración del policial era ilegal en aplicación de los artículos 402 y 360 del C. de P.P., y por ello le dio aplicación a la regla de exclusión de prueba del artículo 23 del texto procesal penal.

Ese Despacho judicial acertadamente considera que las entrevistas adelantadas por policía judicial son meramente herramientas para impugnar credibilidad, y que en manera alguna pueden tenerse en cuenta como medio de convicción para imponer con fundamento en ellas medida de aseguramiento.

En conclusión, no es admisible que el Juez de Control de Garantías, durante las audiencias preliminares, discrecionalmente y sin un motivo fundado aplique algunas normas que rigen la práctica de la prueba testimonial para las declaraciones que recibe, como juramentar al testigo y advertirle de la exoneración del deber de declarar, y en cambio no aplique otras, como aquélla que impone al testigo declarar «únicamente» sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar y percibir (art. 402 CPP).

Obsérvese que el artículo 402 del CPP es la única norma del código que se refiere a la necesidad de que el testigo declare sobre su conocimiento personal. Esta norma no tiene ninguna excepción y es aplicable a todas aquellas personas que rindan una declaración durante la actuación procesal, incluyendo las audiencias preliminares.

Cuando un Juez de Control de Garantías permite testimonios de oídas o la prueba de referencia, durante las audiencias preliminares, desconoce aquellos derechos fundamentales que debe proteger, como son la publicidad, contradicción, defensa y debido proceso; crea desequilibrio entre las partes, pues resquebraja la «igualdad de armas», e incurre en un acto arbitrario e injustificado de la administración de justicia.

⁴² Dentro del proceso 1100160000192005171, contra JHON JAIRO VANEGAS AMAYA, por el delito de acto sexual abusivo, Juzgado 2º Penal del Circuito.

La prueba de referencia, por regla general, es inadmisibile durante la actuación procesal, y las excepciones en que puede recibirse están taxativamente reguladas en el artículo 438 del CPP. Se repite, esta norma no es de aplicación exclusiva durante el juicio oral, debe ser aplicada durante las audiencias preliminares cuando durante su desarrollo pretenda alguno de los sujetos procesales introducirla.

No puede permitirse que haga carrera la tesis de que para las actuaciones previas al juicio oral rigen unos principios y, con posterioridad a la formulación de acusación, otros, sin que exista ninguna norma legal que así lo disponga. La actuación procesal debe regirse por los criterios de legalidad y corrección, atendiendo a los principios de igualdad y debido proceso, con homogeneidad en las decisiones para que haya seguridad jurídica, y no puede permitirse el paso a la discrecionalidad judicial.

7.7. ALGUNOS INTERROGANTES ACERCA DE SITUACIONES QUE SE PRESENTAN EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

Error al apreciar la flagrancia al momento de la captura. ¿Qué debe hacer el fiscal? ¿Procede la audiencia de control de legalidad?

Legalmente es posible que cualquier persona efectúe una captura, por considerar que se ha realizado en flagrancia, pese a que no se presentan realmente los presupuestos para ella. Incluso, la misma autoridad de policía puede capturar con la creencia errada de que existe estado de flagrancia.

En este caso, le corresponde a la Fiscalía examinar, de acuerdo con la información suministrada si existe o no flagrancia, y si la conducta es constitutiva de delito.

En caso de no existir flagrancia y tratarse de una conducta típica, el fiscal debe disponer la libertad inmediata de la persona capturada, imponiéndole bajo palabra el compromiso de comparecer cuando sea necesario (art. 302 inc. 3 CPP). Podrá formular imputación con posterioridad, pero debe haber puesto en libertad a la persona capturada.

De no existir flagrancia y tratarse de una conducta que no es típica, le corresponderá al fiscal disponer la libertad inmediata, sin imponer compromiso alguno.

No es necesario en los casos planteados la realización de audiencia de control de legalidad, como quiera que ya el fiscal ha restablecido el derecho a la libertad, por cuanto su restricción no fue realizada con los requisitos legales. No obstante lo anterior, si el defensor tiene conocimiento de que fueron cometidas irregularidades durante la captura que acarrearían su ilegalidad, aunque el defendido goce ya de su libertad, el defensor puede solicitar la audiencia preliminar para que el Juez de Control de Garantías se pronuncie sobre la ilegalidad de la misma.

La audiencia de control de legalidad procede siempre en aquellos casos en los cuales el fiscal considera que la captura fue legal y se trata de un caso de flagrancia. Éste es el sentido de la redacción del último inciso del artículo 302 del C.P.P., que señala que la audiencia de control de legalidad se realiza con la persona aprehendida, fundamentándose en el informe recibido por el particular o la autoridad policiva, o con base en los elementos materiales probatorios y la evidencia física aportados por quienes realizaron la captura.

¿El compromiso que suscribe la persona puesta en libertad por la Fiscalía de acuerdo con el Art. 302 del CPP debe ser avalado por el defensor?

De ninguna manera, el sentido del compromiso es que la persona que fue aprehendida o capturada, una vez puesta en libertad, suministre los datos necesarios para su citación a una diligencia posterior si fuere necesario, y que asista a ella. El código no exige que el defensor avale ese compromiso, ni que asuma la responsabilidad de la no comparecencia posterior de la persona que lo suscribió.

¿Si la captura fue ilegal, los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que hayan sido hallados en poder de la persona aprehendida deben ser excluidos? ¿Qué puede hacer el fiscal para legalizarlos? ¿Qué puede hacer el defensor?

De acuerdo con el artículo 23 del CPP, toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Lo mismo sucederá con aquellas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse por razón de su existencia. De otra parte, establece el artículo 455 del CPP que para la exclusión de las pruebas deben considerarse los siguientes criterios: El vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, y los demás que establezca la ley; eventos que, de presentarse, no excluyen la prueba.

En caso de que la captura sea ilegal, por ejemplo, porque no se le advirtió a la persona inmediatamente de su derecho de no

autoincriminarse, y los elementos materiales probatorios o evidencia física hayan sido encontrados porque el aprehendido decide autoinculparse y revelar el sitio donde se encuentran determinados objetos relacionados con sus conductas ilícitas, el fiscal deberá abstenerse de utilizar los elementos materiales probatorios y evidencias físicas como prueba. En caso de que decida utilizarlas y descubrirlas en la audiencia de formulación de la acusación, podrán ser objeto de solicitud de exclusión por parte de la defensa en audiencia preparatoria, sin perjuicio de que el defensor, si conoce de la existencia de ellas, en audiencia preliminar pida su exclusión.

Si el fiscal considera que una captura es ilegal, y hay elementos materiales probatorios y evidencia física, cuyo vínculo con la captura es atenuado, o fueron obtenidos de fuente independiente, o su descubrimiento era inevitable, podrá acudir al Juez de Control de Garantías para que, en audiencia preliminar, sea realizado el control de legalidad de los mismos, audiencia que podrá realizarse con la presencia del defensor. No obstante, la Fiscalía simplemente podrá descubrir tales elementos con la formulación de acusación, y fundamentar su licitud en la audiencia preparatoria, si hay solicitudes de exclusión por la defensa o el Ministerio Público.

En el evento en que el defensor se abstenga de intervenir en la audiencia preliminar que convoque la Fiscalía para legalizar los elementos materiales probatorios o evidencia física hallados durante la captura, podrá en audiencia preliminar o en la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas, aplicando en forma análoga lo que refiere el artículo 238 del CPP para los casos de allanamientos.

¿Si la captura fue ilegal, y el fiscal dispuso la libertad con fundamento en el artículo 302 del CPP, pero fueron hallados elementos materiales probatorios o evidencia física en poder del aprehendido al momento de su captura, pueden ser utilizados tales elementos por la Fiscalía? ¿Qué debe hacer? ¿Qué puede hacer la defensa?

El artículo 248 del CPP recoge, dentro de las actuaciones que requieren autorización judicial previa para su realización, el registro personal; no obstante fue exceptuado el registro incidental a la captura, con lo cual este último no exige la autorización del juez. Significa lo anterior que no son ilícitos los elementos materiales o evidencias halladas en poder del aprehendido al momento de su captura, pues el registro personal sin previa orden judicial está permitido legalmente.

Ahora bien, si la captura es ilegal, el fundamento del hallazgo de los elementos materiales probatorios y evidencias se derrumba, con lo cual éstos también se contaminan de la ilegalidad, a menos que el fiscal demuestre el vínculo atenuado, la fuente independiente o el descubrimiento inevitable.

En este último caso, la Fiscalía puede solicitar una audiencia preliminar para que el Juez de Control de Garantías decrete la legalidad de tales evidencias y elementos materiales probatorios. Si la defensa no comparece a la audiencia preliminar, la decisión del Juez de Control de Garantías no la vincula y podrá solicitar la exclusión en una audiencia preliminar solicitada por ella, o en audiencia preparatoria.

¿Si el fiscal dispone la libertad del capturado porque el delito no amerita detención preventiva, es necesario realizar audiencia de control de legalidad de la captura?

Realmente no es necesaria tal audiencia preliminar; ésta sólo se justifica si hay una persona aprehendida. Ahora bien, si el defensor tiene conocimiento de que fueron cometidas irregularidades durante la captura que ameritan un pronunciamiento por parte del juez, del cual pueden desprenderse responsabilidades penales y/o disciplinarias para quienes incurrieron en ellas, el defensor podrá solicitar la audiencia preliminar de control de legalidad de la captura, si el fiscal se abstiene de hacerlo.

¿Si lo que se pretende con el control de legalidad de la captura de una persona que ya fue puesta en libertad por la Fiscalía con fundamento en el art. 302 CPP, es legalizar los elementos materiales probatorios y evidencia física encontrada, la legalidad de la captura los cobija?

Si la Fiscalía persigue que con la declaratoria de legalidad de la captura sean investidos de legalidad los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados, sin solicitarlo así al juez expresamente, la decisión carecerá de tales efectos, aunque esté presente el defensor, pues la decisión no tiene ese alcance. Bien puede suceder que la captura sea legal, pero no la forma como fueron obtenidos los elementos materiales probatorios y la evidencia física. Éste es un aspecto que aún puede debatirse por la defensa en una audiencia preliminar de exclusión de tales elementos materiales y evidencias, o bien, en la audiencia preparatoria.

Lo que puede hacer la Fiscalía es solicitar la declaratoria de legalidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física en una audiencia preliminar independiente, o bien simplemente descubrirlos al formular

la acusación, a efectos de que en la audiencia preparatoria sea debatida su admisibilidad.

¿Qué procedimiento debe seguirse luego de que una persona es capturada por un delito querellable? ¿Es preciso realizar audiencia de control de legalidad de la captura?

Ni a los particulares ni a los funcionarios de policía judicial se les debe exigir conocimiento de las normas sustanciales y procedimentales penales; por consiguiente, ellos pueden capturar sin saber que la conducta ilícita es querellable; esto es algo que le corresponde evaluar al fiscal al momento en que le ponen a su disposición al capturado; debe realizar a la mayor brevedad las diligencias necesarias para resolver este aspecto. Por ejemplo: Debe disponer lo necesario para determinar si en un caso de lesiones la incapacidad generada es inferior a 60 días, o si las secuelas de perturbación funcional o deformidad física son transitorias; así mismo, para determinar si la cuantía de un delito de hurto simple es inferior a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o la estafa no excede de 150 salarios mínimos legales vigentes.

Una vez establecido que se trata de un delito querellable, debe poner a la persona inmediatamente en libertad. Si ha sido formulada una querrela, debe procurar la conciliación (art. 522 CPP), y sólo en caso de que ésta fracase, formulará imputación.

¿Si se trata de pluralidad de delitos, algunos de los cuales son querellables y otros investigables de oficio, procede la legalización de la captura y la formulación de imputación?

La captura procede respecto de cualquier delito si se realiza en flagrancia. Pero si se trata de un delito querellable al tenor del artículo 302, inciso 3°, C.P.P., debe disponerse la libertad inmediatamente.

Ahora bien, en lo que atañe a la formulación de imputación, ésta procede para los delitos investigables de oficio y para aquéllos querellables en los cuales no sólo haya sido formulada la querrela, sino, inclusive, intentada la conciliación y ésta haya fracasado.

Si el fiscal formula imputación respecto de los delitos investigables de oficio y de aquéllos que son querellables sin agotar los requisitos de procedibilidad de la querrela (art. 70 C.P.P.) y conciliación (art. 522 C.P.P.), la formulación de imputación respecto de estos últimos es nula por violación de la garantía fundamental del debido proceso (art. 457

C.P.P.). Ahora bien, el defensor deberá por estrategia escoger si manifiesta tal irregularidad durante la audiencia de formulación de imputación ante el Juez de Control de Garantías, o durante la audiencia de formulación de acusación ante el juez del conocimiento; en este último caso, el juicio sólo podrá seguirse por los delitos que se investigan de oficio y, para entonces, seguramente habrá caducado la posibilidad de presentar querrela, o puede obtenerse una conciliación.

En el último evento planteado, si en el lapso que transcurre entre la formulación de la acusación y la audiencia preparatoria se obtuvo la querrela, se intentó la conciliación y fracasó, fue formulada imputación y acusación por los delitos querellables, la defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar se decrete la conexidad invocando alguna de las causales previstas en el artículo 51 CPP, según lo señala el parágrafo de la misma norma.

¿Luego de las lesiones u homicidio agravados (art. 110 CP) producidos en accidente de tránsito, puede la persona permanecer privada de su libertad?

Si las lesiones u homicidio son culposos y la persona es capturada en flagrancia, debe ponerse a disposición del fiscal inmediatamente, y éste ordenará su libertad de acuerdo con el inciso 3° del artículo 302 C.P.P., pues ninguno de estos delitos implica detención preventiva por el factor punitivo.

¿Puede el fiscal, luego de disponer la libertad en virtud del Art. 302 del C.P.P., retener a la persona hasta que haga audiencia de control de legalidad de la captura o formulación de imputación?

No puede mantener a una persona aprehendida luego de haber dispuesto su libertad; si lo hace, incurre en una prolongación ilícita de la privación de la libertad, que acarrea responsabilidades penales y disciplinarias; además, se puede intentar la acción constitucional de habeas corpus.

La diligencia de compromiso que suscribe la persona puesta en libertad implica que ésta comparecerá cuando sea necesario, con lo cual el Fiscal debe solicitar las audiencias preliminares y el Juez de Control de Garantías ordenará las citaciones para que los intervinientes comparezcan a ellas (art. 171 C.P.P.)

¿Si el fiscal, en un caso en que no procede la detención preventiva, no pone en libertad al aprehendido, qué puede hacer la defensa?

El defensor puede solicitar la audiencia preliminar de legalización de la captura, a efectos de pedir al juez que declare la captura ilegal, por cuanto la Fiscalía no acató el procedimiento previsto en el artículo 302 del CPP, que hace referencia al trámite que debe seguirse en los eventos de captura en flagrancia. Así mismo, solicitará al juez que ordene las investigaciones penales y disciplinarias pertinentes por prolongación ilícita de la privación de la libertad. Es preciso agregar que el Juez de Control de Garantías debe examinar la legalidad no solo de la aprehensión, sino también del procedimiento que siguió a ésta, como la lectura de los derechos del capturado, la puesta a disposición del aprehendido ante la Fiscalía General de la Nación, y la obligación que ésta tiene de ponerlo en libertad si el delito por el cual fue aprehendido no implica detención preventiva.

Los Jueces de Control de Garantías no pueden ser permisivos en las violaciones del derecho a la libertad. Por ello, deben por encima de todo dar aplicación a los artículos 295 y 296 del CPP, entendiendo que las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad tienen carácter excepcional y deben ser interpretadas restrictivamente. No tiene ninguna presentación que un juez que controla las garantías constitucionales afirme la legalidad de una captura, por el hecho de que la persona le fue puesta a disposición dentro de las 36 horas, cuando ésta ha estado retenida a cargo de la Fiscalía por un delito que no amerita la privación de la libertad. La restricción de la libertad injustificada por parte de la Fiscalía, luego de una aprehensión en flagrancia, acarrea la ilegalidad de la captura, además de las responsabilidades penales y disciplinarias correspondientes.

¿Es procedente el registro y allanamiento con la finalidad única de capturar a un indiciado?

Según el artículo 219 del C.P.P., el fiscal está facultado para ordenar el registro y allanamiento de inmuebles, naves o aeronaves; pero si éste sólo tiene como finalidad la captura del indiciado, sólo podrá ordenarla en relación con los delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva, es decir, los referidos en el artículo 313 CPP; son estos:

- Los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados.
- Los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de 4 años.
- En los delitos contra los derechos de autor, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¿Qué determina la legalidad del registro y allanamiento ordenado por el fiscal?

Si el objeto es la captura de una persona o encontrar instrumentos con los cuales se cometió un ilícito, o el producto de éste, debe examinarse lo siguiente:

1. Que el delito sea susceptible de medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Que haya motivos razonablemente fundados, apoyados en un informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o elementos materiales probatorios o evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos que establezcan:
 - 2.1. Que ocurrió el delito investigado.
 - 2.2. Que el bien por registrar tiene vinculación con el delito investigado porque:
 - 2.2.1. El probable autor o partícipe es propietario, tenedor, u ocupa el inmueble, nave o aeronave que pretende allanarse.
 - 2.2.2. En el interior del inmueble, nave o aeronave se hallan los instrumentos con los cuales se cometió una infracción o los objetos producto del ilícito.
 - 2.3. Que respecto de los elementos materiales probatorios, evidencia física, videos o fotografías haya cadena de custodia y exista el oficio pro forma en el cual bajo juramento el funcionario de policía judicial certifique que corroboró la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de los elementos (art. 221 CPP).
 - 2.4. Que la orden de allanamiento haya determinado con precisión los lugares que van a ser registrados; si son edificaciones, naves o aeronaves con varias habitaciones o compartimentos, se haya indicado cuáles están comprendidos en las diligencias.
 - 2.5. Que no se trate de objetos que no pueden registrarse, como las comunicaciones del indiciado, imputado o acusado, con sus abogados; las comunicaciones de éste con quienes por razón legal están excluidos del deber de testificar; y los archivos de tales personas que contengan información confidencial (art. 223 CPP).
 - 2.6. Que se haya efectuado en un plazo máximo de 30 días después de su

diligenciamiento, si se trata de indagación, y de 15 días, si se expide luego de formulada la imputación.

2.7. Que se cumplan las reglas del artículo 225 C.P.P.

2.8. Que en el acta de la diligencia de allanamiento y registro se hayan identificado y descrito las cosas examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y las constancias de quienes intervinieron. Así mismo, deben relacionarse las personas capturadas. El acta debe estar firmada por las personas o debe aparecer constancia por parte del responsable del operativo de que se negaron a hacerlo (núms. 4 y 5 del art. 225, y art. 227 C.P.P.)

2.9. Que en el término de la distancia, sin sobrepasar 12 horas luego de practicada la diligencia, la policía judicial informe al fiscal los pormenores del operativo y le remita el inventario si hubo incautación de objetos.

2.10. Si hubo persona capturada poner inmediatamente al capturado a órdenes del fiscal, junto con el informe (art. 228 C.P.P.)

¿Qué sucede si la orden de registro y allanamiento expedida por el fiscal no cumple los requisitos esenciales?

El artículo 232 del C.P.P. señala que la orden viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en el código genera invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán utilizarse para fines de impugnación.

¿Durante la audiencia de control de legalidad de la captura o del allanamiento, tiene derecho la defensa a intervenir?

Audiencia, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio⁴³, significa:

«Acto de oír los soberanos u otras autoridades a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa. / También,

⁴³ Cfr. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª Edición actualizada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1999. Pág. 109.

ocasión para aducir razones o pruebas, que se ofrece a un interesado en juicio o en expediente. / (...) Las diligencias que se practican ante el juez o tribunal, principalmente para probar o alegar.» (Subrayado fuera de texto.)

En el Diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, respecto del significado de la palabra «audiencia»⁴⁴, se lee lo siguiente:

«Del verbo *audire*; significa el acto de oír un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas...» (Subrayado fuera de texto.)

Como se desprende del significado de la palabra «audiencia», a quien le corresponde oír es al juez y no al defensor; si al defensor se le cita a una audiencia es para que intervenga y haga solicitudes en igualdad de condiciones a su contraparte, que es la Fiscalía. El defensor no es un convidado de piedra. Así se desprende del último inciso del artículo 302, que se refiere a la audiencia de control de legalidad de la captura en flagrancia; se dice allí que el Juez de Control de Garantías se pronunciará no sólo sobre la legalidad de la aprehensión, sino también sobre «las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del ministerio público». (Subrayado fuera de texto.)

Pese a que el inciso 2° del artículo 237 del C.P.P. establece que, durante el trámite de la audiencia de control de legalidad posterior al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, «sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia», es preciso señalar que el defensor tiene derecho a intervenir en tal audiencia, y debe ser citado. Diferente es que, por estrategia, el defensor decida no asistir a la audiencia y esperar un momento posterior para obtener la exclusión de evidencias y elementos materiales probatorios en una audiencia preliminar que solicite para tal efecto, o bien solicitar la exclusión en la audiencia preparatoria; téngase presente que, según lo reglado por el artículo 238 del C.P.P., ante la inimpugnabilidad de la decisión y la aparente imposibilidad de solicitar la exclusión de evidencias si asistió a la audiencia, mientras no se declaren

⁴⁴ Cfr. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo I A-B. 28ª edición, revisada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 2003. Pág. 410.

inconstitucionales tales restricciones a la defensa, la mejor alternativa siempre es no asistir a esa audiencia del artículo 237 C.P.P.

La facultad de la defensa para intervenir en las audiencias preliminares surge de varias normas: La relativa a que la persona capturada tiene derecho a la designación de un defensor desde el momento de su aprehensión, quien deberá asistirlo desde la primera audiencia a que fuere citado (art. 119 C.P.P.); el artículo 125, numeral 1° del código, regla que la defensa tiene el deber y la atribución de «asistir personalmente al imputado desde su captura, a partir de la cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él»; así mismo, el artículo 155 del C.P.P. señala que las audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado «o su defensor», de manera que legalmente está fundamentado el derecho a que la defensa esté presente. Las normas citadas tienen como fundamento el artículo 29 de la Constitución que destaca que quien sea sindicado «tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación».

¿Puede argüirse la ilegalidad de la captura cuando no se advierten y explican al capturado sus derechos inmediatamente?

Si, como quiera que el artículo 303 del C.P.P. expresa que al capturado se le debe informar de sus derechos «de manera inmediata», la demora en hacerlo pone en riesgo los derechos constitucionales a la defensa desde la investigación (art. 29) y a la no autoincriminación (art. 33).

¿Puede alegarse la ilegalidad de la captura por la falta de designación de un defensor inmediatamente se realice la captura?

La práctica de designar al defensor para la audiencia de control de legalidad de la captura es ilegal, no sólo porque los artículos 119 y 125 num. 1° del CPP señalan que la designación del defensor debe hacerse desde la captura, momento a partir del cual deberá garantizársele la oportunidad de mantener comunicación privada con él, sino también porque, de no hacerse con anterioridad a la audiencia, se están desconociendo los derechos del aprehendido a «tener comunicación privada con su defensor antes de comparecer frente a las autoridades» (art. 8 lit. g. C.P.P.), y a «disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de su defensa» (art. 8 lit. i. C.P.P.), cosas que forman parte de una norma rectora prevalente y de obligatorio cumplimiento, según el Código de Procedimiento Penal (art. 26). Si el defensor no dispone del tiempo necesario antes de la audiencia para entrevistar al capturado y revisar los

informes de captura, mal puede argumentar en la audiencia posiciones favorables al aprehendido, y solicitar la declaratoria de ilegalidad de la captura.

Las autoridades deben informar inmediatamente a la persona de sus derechos, ponerla a disposición del fiscal, y éste procurar que el capturado cuente inmediatamente con un defensor que tenga el tiempo suficiente (2 horas por lo menos), para entrevistar al capturado y conocer la forma como fue realizada la detención y disponga de acceso a los informes, testimonios o elementos materiales probatorios que la motivaron, así como la posibilidad de presentar testigos que desvirtúen la presunta legalidad de la captura.

¿Es posible que el defensor presente declarantes y elementos probatorios que demuestren la ilegalidad de la captura?

Sí es posible, pues forma parte del derecho a la defensa; de otra manera no se entendería que la defensa pudiera hacer solicitudes en la audiencia de control de legalidad de la captura, como lo establece el inciso final del artículo 302 del C.P.P., sólo así tiene posibilidades de fundamentarlas controvirtiendo los elementos probatorios presentados para la audiencia por la Fiscalía y presentando los que demuestran la ilegalidad de la captura. Es preciso ser cauteloso en presentar declaraciones y elementos probatorios pertinentes, es decir sólo aquéllos encaminados a desvirtuar los presentados por la Fiscalía; de esta manera no se pierde credibilidad, y se evita que una audiencia preliminar se convierta en un mini-juicio, situación que el juez no permitirá.

¿Tiene el defensor derecho de conocer los informes de policía judicial en relación con la captura y allanamiento?

Forma parte del derecho de defensa el acceder a los elementos probatorios que fundamentan la legalidad de la captura, del registro o del allanamiento; de otra manera no tendría posibilidad de intervenir en la audiencia en favor de los derechos de su representado, y su presencia se convertiría simplemente en la convalidación de procedimientos policiales, y ése no es el objeto de la presencia del defensor. Estos informes deben ponerse a disposición del defensor antes de la audiencia de control de legalidad, para permitir que prepare su intervención en la misma y evalúe la necesidad de presentar pruebas para desvirtuar la veracidad o precisión de los informes; es la esencia del derecho de contradicción que la defensa conozca los elementos que pretende hacer valer la Fiscalía.

¿Tiene derecho la defensa a conainterrogar a los miembros de policía judicial y demás personas que cita la Fiscalía para fundamentar la legalidad de la captura?

Forma parte del derecho a la defensa el contrainterrogar a las personas que representan elementos de cargo en contra de la persona aprehendida; éste no puede ser desconocido, pues el derecho de defensa no tiene limitación alguna, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política.

¿Puede el Juez de Control de Garantías interrogar a los testigos presentados por la Fiscalía o por la defensa?

A diferencia de lo que sucede con el juez de conocimiento, a quien la posibilidad de interrogar se le limitó a eventos excepcionales previstos en el artículo 397 del CPP, al Juez de Control de Garantías el código lo facultó expresamente y en casos excepcionales para interrogar en algunas de las audiencias de control de legalidad, lo cual resulta poco coherente con la estructura del sistema acusatorio y con el significado de la palabra «audiencia», que significa que el juez «oye» las declaraciones y las solicitudes de las partes, limitándose tan sólo a resolverlas.

Los casos excepcionales en los cuales el Juez de Control de Garantías puede interrogar son los previstos en las siguientes disposiciones:

1. El artículo 237 del CPP permite que en la audiencia de control de legalidad posterior al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el juez «si lo estima conveniente», interroge directamente a los comparecientes».
2. El artículo 297 del CPP en la audiencia preliminar en la cual la Fiscalía solicita orden de captura al Juez de Control de Garantías, éste «podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial».

En consecuencia, ni en la audiencia de formulación de imputación, ni en la de solicitud de medida de aseguramiento, tampoco en la de prueba anticipada, ni en la relativa a la aplicación del principio de oportunidad, ni en ninguna otra, el Juez de Control de Garantías puede iniciar la audiencia interrogando a los funcionarios de policía judicial, peritos o particulares que presente la Fiscalía para fundamentar su solicitud. El juez debe permitir que quien solicita la audiencia interroge a sus testigos y que la contraparte haga el contrainterrogatorio y sólo si lo considera necesario podrá hacer uso de las facultades que tiene el juez de conocimiento, de conformidad con el artículo 397 del CPP. Finalizada esta breve etapa de presentación de evidencias, declaraciones e informes,

el juez debe escuchar las conclusiones finales de la Fiscalía y la defensa, sus solicitudes y resolverlas.

¿Son susceptibles de recursos las decisiones que toman los Jueces de Control de Garantías en las audiencias preliminares?

En efecto, el artículo 176 del CPP expresa que la reposición procede para todas las decisiones, y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

El recurso de apelación procede contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y lo será en el efecto devolutivo, caso en el cual no se suspende el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación. Debe tenerse en cuenta que el efecto devolutivo para la apelación, según la doctrina procesal penal, es de carácter residual en aquellos casos en que la ley no lo señala expresamente.

Un argumento más para fundamentar la procedencia de los recursos ordinarios en contra de autos que afecten la libertad del imputado o la práctica de pruebas, como sucede con la audiencia de control de legalidad de la captura o de imposición de medida de aseguramiento, cuando se declara legal una captura en la cual, por ejemplo, no se le pusieron de presente en forma «inmediata» a la aprehensión los derechos al capturado, o el juez niega elementos probatorios solicitados por la defensa para demostrar la ilegalidad de la captura o la improcedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva, es el consistente en que la norma rectora de la doble instancia, prevista en el artículo 20 C.P.P., que es obligatoria y prevalente al tenor del artículo 26 del CPP, señala que tales providencias son apelables.

Debe tenerse en cuenta que el recurso de apelación se interpone oralmente en la respectiva audiencia; en ella se la concede de inmediato, y luego el juez o magistrado a quien corresponda resolverlo, citará a las partes a audiencia de argumentación oral (art. 178 C.P.P.).

¿Es susceptible de algún recurso la decisión del Juez de Control de Garantías, respecto de la legalidad de registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet?

Al tenor del artículo 238 del C.P.P., esta decisión no es impugnabile por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en audiencia preliminar o en audiencia

preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas. Lo anterior significa que, si el defensor asiste a tales diligencias, no podrá tampoco con posterioridad pedir la exclusión de las citadas evidencias. La recomendación es no asistir a tales audiencias de control de legalidad.

En el evento en que haya sido asumida la defensa para la etapa del juicio, y otro defensor haya asistido a la diligencia de control de legalidad, ello no es óbice para que pueda solicitarse la exclusión de las evidencias y elementos materiales probatorios obtenidos con violación de las garantías fundamentales. El fundamento de esta solicitud son el artículo 29 de la Constitución y el artículo 23 del C.P.P., que es norma rectora y prevalente (art. 26 CPP); no hay ninguna norma que avale que el juez de conocimiento deba tener en cuenta elementos probatorios obtenidos con violación de las garantías fundamentales.

¿Qué puede hacer el defensor si el juez no concede el recurso de apelación cuando es procedente?

El Código de Procedimiento Penal no regló el recurso de hecho o de queja; no obstante, por la vía de la norma rectora y prevalente de la integración (art. 25 CPP), de conformidad con la cual las materias que no estén expresamente reguladas en el código o demás disposiciones complementarias, se regirán por las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil y otras normas procesales que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal, podrá interponerse el recurso de queja previsto en el artículo 377 del Código de Procedimiento Civil, en los términos y forma previstos en él.

¿Cómo se interpone el recurso de queja?

Puesto que para estos efectos es preciso remitirse al artículo 378 del CPC, deberá seguirse el siguiente trámite, adecuándolo al proceso penal:

1. Cuando el Juez de Control de Garantías o de conocimiento niegue el recurso de apelación, el recurrente deberá pedir reposición del auto que negó el recurso y, en subsidio, que se autorice la expedición de copia del registro de la audiencia (Parágrafo art. 146 C.P.P.).
2. Si el juez niega la reposición, debe ordenar la expedición de la copia del registro de la audiencia.
3. En caso de que sea concedido el recurso de apelación al recurrente, pero por causa de un recurso de reposición interpuesto por otro de

los intervinientes es revocada la decisión, el recurrente deberá solicitar, antes de terminarse la audiencia, sea expedida copia del registro para interponer el recurso de queja.

4. El recurrente debe allegar al Centro de Servicios Judiciales, a más tardar dentro de los 5 días hábiles siguientes a la audiencia (art. 157 inc. 3° C.P.P.), el disco compacto en blanco para que en él sea grabada la audiencia respectiva. Deberá hacer la solicitud por escrito en la cual refiera el nombre del imputado, el número de radicación del caso, la fecha y hora en que fue celebrada la audiencia, y el número de la sala en la cual fue efectuada.
5. La copia de la reproducción de la audiencia debe retirarse a más tardar dentro de los tres días hábiles siguientes a aquél en el cual fue expedida por parte del Centro de Servicios Judiciales.
6. Dentro de los cinco días hábiles siguientes al recibo de la copia de la reproducción, el recurrente deberá solicitar audiencia en el Centro de Servicios Judiciales o en la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito, dependiendo de quién sea el superior funcional del juez que negó el recurso de apelación. Recuérdese que el superior funcional de los jueces penales municipales y de control de garantías, respecto de la apelación de autos, es el juez penal del circuito (art. 36 num. 1 C.P.P.). El de los jueces penales del circuito es el Tribunal Superior de Distrito (art. 34 num. 1 C.P.P.).
7. La solicitud de la audiencia debe hacerse por escrito dirigido al Centro de Servicios Judiciales o a la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito, en el cual señale:
 - 7.1. El nombre del solicitante de la audiencia, la dirección y teléfono en los cuales puede ser ubicado.
 - 7.2. El número de registro del caso.
 - 7.3. El nombre del imputado, indicando si se encuentra o no privado de la libertad. Si se encuentra en libertad, la dirección y teléfono en los cuales puede ser ubicado. Si se encuentra privado de la libertad, señalar el lugar de reclusión.
 - 7.4. El número y nombre del fiscal radicado a quien le correspondió el caso, y la dirección en la cual puede ser citado, o del defensor, si quien interpone el recurso es la Fiscalía.

- 7.5. Señalar cuál es el objeto de la audiencia en forma sucinta (Ej. Recurso de queja contra decisión que negó la apelación de la declaratoria de legalidad de la captura).
8. Será convocada la audiencia, y a ella deberán ser citados el recurrente y su contraparte.
9. Durante la audiencia, el convocante deberá señalar los argumentos por los cuales considera le debió ser concedido el recurso de apelación denegado.
10. Si el Juez o el Tribunal concede el recurso de apelación, determinará el efecto que le corresponde, que por regla general será el devolutivo. En este caso, inmediatamente conocerá del recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 178 C.P.P.
11. Si el Juez o Tribunal estima bien denegado el recurso de apelación, enviará la actuación al Centro de Servicios Administrativos para que la reproducción forme parte de la actuación.
12. Si no se respetan los términos indicados para la solicitud de copia de la reproducción de la audiencia, para retirarla y para solicitar la audiencia a efectos de sustentar el recurso de queja, precluye su procedencia.

¿Debe cumplir el Juez de Control de Garantías requisitos especiales para adoptar las decisiones en las audiencias preliminares? ¿Cuáles son las consecuencias de su incumplimiento?

Según el numeral 4 del art. 139 C.P.P., es deber específico de los jueces «motivar breve y adecuadamente las medidas que afecten los derechos fundamentales del imputado y de los demás intervinientes». Es más, de conformidad con el artículo 162 del C.P.P., son requisitos comunes a las sentencias y autos los siguientes:

1. Mención de la autoridad judicial que los profiere.
2. Lugar, día y hora.
3. Identificación del número de radicación de la actuación.
4. Fundamentación fáctica, probatoria y jurídica con indicación de los motivos de estimación y desestimación de las pruebas presentadas.
5. Decisión adoptada.
6. Señalamiento del recurso que procede contra la decisión y oportunidad para interponerlo.

La falta de cumplimiento de los requisitos señalados, especialmente los previstos en los literales d y f, genera nulidad de la decisión por violación de la garantía fundamental del debido proceso (art. 457 C.P.P.) El momento para alegar esta nulidad es antes de que finalice la audiencia, exponiendo la causal y sustentando los motivos que se tienen para alegarla; si el juez no la decreta, esta decisión es susceptible de recurso de apelación. La nulidad también puede plantearse en la audiencia preparatoria, si lo que pretende la defensa por estrategia es la exclusión de evidencias y elementos materiales probatorios.

Debe anotarse que la nulidad por falta de fundamentación o motivación de la decisión, así como la no advertencia de los recursos que proceden contra la misma, no es un acto irregular que pueda convalidarse por el juez con posterioridad valiéndose de su facultad de corrección de actos irregulares (art. 10 inciso 5° y art. 139 num. 3° C.P.P.); el único remedio es la nulidad y la repetición de la audiencia en la cual fue proferida la decisión, pues la segunda instancia no puede adoptar la decisión desplazando al juez que por competencia debe conocer de la audiencia preliminar, y tampoco puede tan sólo devolver la actuación para proferir la decisión, pues uno de los principios que rige la actuación procesal es la concentración y continuidad en las audiencias para que el juez pueda adoptar decisiones con base en lo que sucede en ellas y en forma inmediata (art. 17 CPP).

¿Si es decretada la nulidad de la audiencia de control de legalidad de la captura por el juez en segunda instancia y la persona permanece privada de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva, debe solicitarse la libertad?

Si la decisión que declaró la legalidad de la captura no fue motivada y tampoco lo fue aquélla que impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, y, además, no se advirtió a las partes de los recursos que procedían en contra de ellas, la nulidad trae como consecuencia que sea decretada la libertad de la persona; el fundamento para ordenar la libertad es que la captura no fue legalizada dentro del término previsto en el código por haber sido decretada la nulidad de la diligencia, y por ello ha de disponerse la libertad inmediata.

El derecho a la libertad es intangible, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional cuando ha considerado inexistentes las decisiones que pretenden convalidar una privación ilícita de la libertad, o una prolongación ilícita de la privación de la libertad, luego de presentada una acción de habeas corpus. A este respecto puede citarse el siguiente pronunciamiento:

«La acción de habeas corpus opera cuando se solicita la libertad de una persona arbitrariamente capturada o que permanece detenida sin que exista orden judicial que ampare tal medida.

La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que la acción de habeas corpus puede ser ejercitada en los siguientes eventos: «i) cuando se aprehende a una persona en contravención con lo dispuesto en el artículo 28 superior, o ii) cuando la privación de la libertad, no obstante haberse ceñido a los estrictos lineamientos de la norma citada, es ilegal, arbitraria o se ha prolongado indebidamente, porque el derecho fundamental a la libertad es susceptible de limitación, pero sus restricciones deben 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 consisten el derecho y los límites del mismo..

El desconocimiento de los términos legales y la prolongación ilícita de la privación de la libertad, además de acarrear sanciones de tipo disciplinario para el funcionario que despliegue dicha conducta, puede vulnerar el derecho al debido proceso, amparable, en determinadas circunstancias, por vía de la acción de tutela. «En efecto, admitir que decisiones ulteriores puedan convalidar automáticamente la situación irregular de privación de la libertad equivale a hacer nugatorio, en muchos casos, el derecho al debido proceso y a la eficacia misma del habeas corpus.

En este orden de ideas, la regularización tardía de la privación ilegal de la libertad personal por prolongación ilícita de términos contra la cual se formuló acción de habeas corpus es inconstitucional.

Al respecto la Corte señaló: «Los artículos 28 y 29 de la Constitución establecen los requisitos mínimos para que una persona pueda ser privada de la libertad. Entre ellos se destaca la observancia de las formalidades propias de cada juicio. En materia de medidas restrictivas de la libertad es presupuesto legal de su existencia que éstas sean dictadas dentro del término y según los requisitos legales, con anterioridad a la presentación de la solicitud de habeas corpus. De lo contrario, sería totalmente ineficaz la garantía constitucional de habeas corpus ya que la presentación del recurso daría oportunidad a la autoridad

infractora de enmendar impunemente su actuación u omisión violatoria de los derechos fundamentales y de las leyes» (7) (negritas fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las decisiones que contengan limitaciones del derecho a la libertad personal que se adopten dentro de un proceso penal con posterioridad al ejercicio de la acción de habeas corpus, y que pretendan legalizar la privación ilegal de la libertad, deben ser tomadas como inexistentes.

Al respecto la Sentencia T-260 de 1999 argumentó: «Las medidas restrictivas del derecho a la libertad personal, proferidas con posterioridad a la solicitud de habeas corpus, y encaminadas a legalizar la privación ilegal de la libertad, deben ser tenidas como inexistentes. En criterio de esta corporación, la tardía «regulación» de una situación de privación indebida de la libertad por prolongación ilícita contra la cual se ha interpuesto el recurso de habeas corpus, es inconstitucional.

La acción de habeas corpus que hubiese sido entablada durante la privación ilegal de la libertad deberá siempre concederse, sin importar que luego se dicte una resolución judicial que busque legalizar la arbitrariedad cometida.»⁴⁵.

¿Cuál es el orden de intervención de las partes en las audiencias preliminares?

Ante la ausencia de una norma que señale el orden de intervención de las partes, debe acudir a aquellos artículos que rigen el juicio oral; en todas ellas la intervención de la defensa siempre es la última, con posterioridad a lo que plantee la Fiscalía o el Ministerio Público. Para tales efectos, puede acudir a los artículos 362, 371 y especialmente al 443, de acuerdo con el cual «en todo caso», la defensa tiene el último turno de intervención argumentativa.

¿Cuáles de las capturas tienen control de legalidad?

Todas: La captura con orden judicial (art. 297 CPP), la captura en flagrancia (art. 302 CPP), y la captura practicada en virtud de orden de allanamiento para tal efecto (art. 237 CPP).

⁴⁵ Sentencia T-1081 de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

¿Es legal la captura administrativa?

La captura administrativa es ilegal de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional proferidos con posterioridad a la sentencia C-024 de 1994. En sentencias C-199 de 1998, C-189 de 1999, C-237 de 2005, C-730 de 2005, C-850 1001 de 2005, ha sostenido la Corte Constitucional que las autoridades administrativas carecen de competencia, según la Constitución, para privar a las personas de su libertad, con excepción de la captura en flagrancia determinada en el artículo 32 de la Constitución Política.

En las decisiones antes referidas, ha sostenido la Corte Constitucional que la Carta establece una reserva judicial, con lo cual sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad. «En consecuencia, las autoridades administrativas no poseen la facultad, motu proprio, de privar de la libertad sea directa o indirectamente, a menos que esta decisión provenga de la autoridad judicial competente» (sentencia C-237/05). Y agrega: «Así las cosas, si una norma establece la privación de la libertad, en principio, sin que la decisión tomada provenga de *autoridad judicial competente*, no estaría ajustada a los postulados constitucionales que declaran la reserva judicial en este aspecto; y por lo tanto deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico» (*Idem*).

Reconoce la Corte Constitucional que la única excepción constitucional a la reserva judicial de la privación de la libertad es la captura en flagrancia, pero aun en este caso, para que opere la excepción, no sólo debe demostrarse la flagrancia que es el sustento de la privación de la libertad, sino, incluso, que la persona debe ser conducida inmediatamente ante un juez.

¿Puede la Fiscalía General de la Nación ordenar capturas?

Ha sido la Corte Constitucional tan estricta con la exigencia del mandato judicial para privar de la libertad a una persona, que en sentencia C-730 de 2005 declaró inexecutable algunas expresiones contenidas en el inciso final del artículo 2° de la Ley 906 de 2004, en las cuales se facultaba a la Fiscalía General de la Nación para realizar capturas sin mandamiento judicial y, manifestó la Corte que la competencia para ordenar la privación de la libertad se reserva, como regla general, al juez de garantías (art. 250-1 Const. Pol.). Este pronunciamiento hace inaplicable el artículo 300 del CPP.

¿Legalizada la captura por parte del juez, puede la persona permanecer privada de su libertad?

No, a menos que el fiscal haya formulado imputación y solicitado medida de aseguramiento de detención preventiva y el Juez de Control de Garantías la haya decretado. No existe ningún fundamento legal para que el Juez de Control de Garantías mantenga a una persona privada de su libertad luego de la legalización de la captura, si no ha sido decretada la detención preventiva. Es más, ni siquiera fue previsto en el código un término para formular la imputación luego de legalizada la captura, por lo cual la persona no puede permanecer en forma indefinida privada de su libertad, bajo la responsabilidad del Juez de Control de Garantías.

¿Puede el defensor ofrecer como testigo al capturado para que relate las circunstancias en que sucedió la captura, por ejemplo, si le fueron leídos o no sus derechos?

No hay ningún impedimento legal para que el defensor ofrezca elementos probatorios o declaraciones en la audiencia de control de legalidad de la captura, y si la versión del aprehendido es estratégicamente útil para obtener la declaratoria de ilegalidad de la captura, puede hacerse. No obstante, no deja de ser un riesgo ofrecer como declarante al aprehendido, pues la Fiscalía puede contrainterrogarlo, y de sus respuestas pueden surgir aquéllas que no favorezcan a la defensa. Cada defensor debe decidir estratégicamente si ofrece esa declaración. Si se arriesga a hacerlo, ha de vigilar que el aprehendido no renuncie a su derecho a no autoincriminarse y estar atento a objetar las preguntas de la Fiscalía o del juez que se encaminen a obtener autoincriminaciones o acusaciones contra personas respecto de las cuales hay protección constitucional y legal. Los alcances de la garantía de renuncia a guardar silencio sin que ello implique a su vez la renuncia al derecho de no autoincriminación se dejan lo suficientemente explicadas en la sentencia C-782 de 2005.

¿Cómo se verifica que la orden judicial de captura fue expedida atendiendo a los requisitos probatorios y legales, si el defensor sólo accede a la audiencia de control de legalidad de la captura, una vez efectuada?

Durante la audiencia de control de legalidad de la captura, el defensor puede solicitar al Juez de Control de Garantías que le ordene a la Fiscalía manifestar cuáles fueron los elementos probatorios, evidencia física o información que utilizó para solicitar la orden de captura; que los ponga de presente, pues la reserva ya desapareció con el cumplimiento de la orden. Ahora bien, si lo que el defensor pretende establecer, es que al solicitar la orden de captura el fiscal no argumentó la necesidad, adecuación, posibilidad y razonabilidad de la misma, frente a los contenidos constitucionales, y que además el juez no motivó su decisión

explicando la procedencia de cada uno de estos criterios, el defensor puede solicitar al Juez de Control de Garantías sea exhibida o escuchada la grabación de la audiencia en la cual fue ordenada la captura, que, como se dijo ya, no tiene ninguna reserva legal.

Es probable que la Fiscalía se oponga a las anteriores solicitudes manifestando que la orden provino de un juez y no puede cuestionarse. No obstante, la defensa no tuvo la posibilidad de participar en esa audiencia, desconoce los fundamentos de la misma, y puede debatirlos en el examen de legalidad de la captura ejecutada por orden judicial; en otra forma, se estaría limitando el derecho de contradicción, que forma parte de la defensa según el artículo 29 de la Constitución.

¿Ante quién se pone a disposición a la persona capturada en virtud de una orden de captura?

Por la redacción del inciso 3° del artículo 297 del C.P.P. la persona debe ponerse a disposición de «un» Juez de Control de Garantías, es decir, puede no ser el mismo que expidió el mandamiento escrito, pero debe corresponder con la copia de la orden de captura que reposa en el despacho del juez que la ordenó (art. 298 C.P.P.). El fiscal que solicita la orden de captura debe ser aquél encargado de dirigir la investigación (arts. 297 y 298 C.P.P.).

¿Puede haber aceptación parcial de la imputación?

Sí, el artículo 353 C.P.P. faculta al imputado para aceptar parcialmente los cargos. Esta norma se encuentra dentro del Título relativo a los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado; no obstante, a ese capítulo se remite el numeral 3 del artículo 288, cuando prevé la posibilidad de que el imputado se allane a la imputación, para obtener la rebaja de pena prevista en el artículo 351 C.P.P. En consecuencia, los beneficios de punibilidad sólo se aplicarán respecto de los cargos aceptados; respecto de los no aceptados, deberá continuarse la actuación, y habrá rompimiento de la unidad procesal.

¿Qué son los cargos?

Los cargos son hechos jurídicamente relevantes, que por sí mismos se adecuan a una descripción típica. Un cargo está constituido por hechos que estructuran una descripción típica. Cuando se trata de varios hechos, que en forma simultánea o sucesiva se adecuan a la misma descripción penal o a varias descripciones de conductas punibles, nos encontramos

frente a varios cargos. La relevancia de este concepto es justamente determinar cuándo es posible el allanamiento o la aceptación parcial de los mismos.

¿Si el fiscal en el escrito de acusación cambia o agrava las imputaciones hechas en la audiencia de formulación de imputación y el juez acepta, qué puede hacer el defensor?

Si no ha habido allanamiento a la imputación ni preacuerdos, la imputación es un acto en el cual se le informa a la persona que se la está investigando, se le da la calidad de imputado, y se le ponen en conocimiento los hechos por los cuales se la investiga. Teniendo en cuenta que la imputación es fáctica (art. 288 C.P.P.), no puede el imputado ser acusado por hechos distintos de los relacionados en la audiencia de formulación de imputación. No obstante, al formular la acusación, el fiscal podrá incluir hechos que sean jurídicamente relevantes y conexos con los que imputó. Por ello, el artículo 51 del C.P.P. faculta al fiscal para solicitar al juez de conocimiento que decrete la conexidad cuando:

1. El delito haya sido cometido en coparticipación criminal.
2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión, o varias acciones u omisiones realizadas con unidad de tiempo y lugar.
3. Se impute a una persona la comisión de varios delitos, cuando unos se han realizado con el fin de facilitar la ejecución o procurar la impunidad de otros, o con ocasión o como consecuencia de otro.
4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en los que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra.

¿Qué debe verificar el juez de conocimiento en un preacuerdo?

1. Que haya una aceptación libre, consciente, voluntaria, informada y asesorada por la defensa.
2. Para ello, debe interrogar personalmente al imputado o acusado (art. 131 C.P.P.)
3. Que haya un mínimo de prueba de la autoría o participación, y la tipicidad (C.P.P., arts. 7 y 327 último inciso).
4. Que haya congruencia entre el acuerdo, el escrito de acusación y la sentencia. Esto se verifica en la audiencia de individualización de la pena (arts. 447 y 448 C.P.P.).

¿Tiene derecho la defensa a intervenir en la audiencia de individualización de pena y sentencia, que se convoca después del allanamiento a la imputación?

Sí, por las siguientes razones:

1. El art. 293 del C.P.P. expresa que, en caso de aceptación de la imputación, el juez de conocimiento debe examinarlo y convocar a «audiencia para la individualización de la pena y sentencia».
2. El art. 447 del C.P.P., al regular la audiencia de «individualización de la pena y sentencia», prevé que el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal, y luego a la defensa, para que se refieran a «las condiciones individuales, familiares y sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado». Luego de escuchados los intervinientes, el juez señalará lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia.

¿Qué puede hacer el defensor en caso de que el juez le impida intervenir en la audiencia de individualización de pena?

Puede solicitar la nulidad. Al tenor del art. 457 del C.P.P., es causal de nulidad la violación del debido proceso en aspectos sustanciales, y el negar la intervención a la defensa en la audiencia de «individualización de pena y sentencia» desconoce lo previsto en los artículos 293 y 447 del CPP.

¿Si el juez no decreta la nulidad, qué se puede hacer?

Apelar. El art. 176 inc. 3 del CPP señala que procede la apelación contra los autos adoptados en desarrollo de las audiencias, y el art. 177, num. 3, del CPP señala que esta apelación se concede en efecto suspensivo, si se trata de un auto que decide una nulidad.

8. PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES FISCALÍA-IMPUTADO

Finalidades. Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.

Se trata de figuras que consagran la terminación anormal del proceso, pero que necesariamente conllevan una declaratoria de responsabilidad penal en contra del imputado o acusado. Dicho de otra manera, el debido proceso que informan los artículos 29 y 250 de nuestra Constitución imponen el deber al Estado-Fiscalía de demostrar en un Juicio oral, público, concentrado, contradictorio, con inmediación de la prueba, la responsabilidad del acusado, amparado siempre por la presunción de inocencia; sin embargo, a través de los preacuerdos o de cualquier reconocimiento unilateral del imputado o acusado sobre su responsabilidad, a cambio de unos beneficios punitivos, el imputado renuncia a ciertos derechos, y se flexibilizan ciertas garantías para permitir que el proceso culmine de manera anticipada.

La reglamentación de tales institutos se encuentra prevista en los artículos 348 a 354 de la ley 906 de 2004, con algunas referencias puntuales en

otras normas de la misma codificación, que también hacemos resaltar en este escrito.

A grandes rasgos, podríamos identificar dos modalidades de los preacuerdos y negociaciones, a saber: 1.- El allanamiento a la imputación, o la aceptación de los cargos formulados en la acusación; 2.- Los preacuerdos propiamente dichos.

La primera modalidad tiene su esencia en la manifestación unilateral, voluntaria y sin ningún condicionamiento del imputado o acusado de aceptar los cargos que le hace la Fiscalía, en la audiencia de formulación de imputación, antes de presentarse el escrito de acusación, o con posterioridad a ésta.

Características.

- El allanamiento de la imputación se verifica ante un juez, generalmente en la audiencia de formulación de imputación. Nada impide que el imputado, con posterioridad a esa fase y hasta antes de presentada la acusación, cuando no haya sido posible materializar un preacuerdo, pueda manifestar su intención de allanarse a la imputación en los términos que se hicieran en la audiencia respectiva, sujeta a la rebaja entre una tercera parte, un día, hasta la mitad que le correspondería ponderar al juez al momento de la individualización de la pena.

En este último evento, consideramos que la defensa puede promover ante un Juez de Control de Garantía o ante un Juez de conocimiento, con citación de la Fiscalía, la respectiva audiencia para que se formalice esa intención de allanarse o aceptar la imputación y se verifique que se trata de una manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por el defensor, y que provenga del imputado, tal como lo previene el artículo 131 de la ley 906 de 2004.

Si aceptamos que el imputado tiene el derecho de renunciar a las garantías de guardar silencio y al juicio oral, no vemos cómo tendría que esperar hasta la primera Audiencia de Juicio (lectura del escrito de acusación ante el juez de conocimiento) para ejercer el derecho, so pretexto de que no lo invocó en la audiencia de formulación de la imputación, siendo que este derecho se extiende hasta el momento mismo de inicio del juicio propiamente dicho, máxime cuando responde a la filosofía consistente en recompensar la disposición del imputado a admitir su responsabilidad frente a los delitos que se le

imputan, evitando con ello el mayor desgaste de la Fiscalía que comporta la tramitación íntegra de la actuación procesal.

- El imputado siempre estará asistido por su defensor. En caso de diferencias sobre la aceptación misma, prevalece la del imputado que es quien goza del derecho de renunciar a la autoincriminación y a un juicio con todas las garantías.
- Se concreta en la manifestación unilateral y voluntaria de aceptar responsabilidad a cambio de la rebaja.
- En principio, no se admite la retractación del allanamiento o la aceptación de los cargos; sin embargo, cuando se presentan deficiencias en la formulación de imputación, por ser incompleta y poco comprensiva, que definitivamente incida en el reconocimiento de responsabilidad, el juez de conocimiento debe improbar esa aceptación o, por lo menos, darle la oportunidad al imputado, previa aclaración de la imputación por parte de la Fiscalía, para que determine si finalmente se allana o no a los cargos. En suma, por esta vía, el juez o profiere sentencia condenatoria o decreta la nulidad si se afectaron garantías constitucionales.
- El allanamiento o aceptación de cargos puede ser parcial
- En este trámite, al momento de la individualización de pena, también se autoriza a las partes para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable (art. 447).

Oportunidades.

El allanamiento a la imputación se puede presentar en tres momentos, a saber:

- En la audiencia de imputación o con posterioridad a ella, pero siempre hasta antes de la audiencia de formulación de la acusación. En este momento procesal, la ley prevé una rebaja entre una tercera parte, un día, hasta la mitad de la pena imponible, dándole margen de ponderación al juez, de acuerdo con las reglas para la determinación de la pena, y según la oportunidad en que ella se verifica.
- Un segundo momento, que se extiende desde la formulación de acusación hasta la audiencia preparatoria, tal como lo previene el

artículo 356 en concordancia con el artículo 351 de la ley 906 de 2004, evento en el cual la rebaja será entre una sexta y una tercera parte de la pena a imponer.

- Por último, cuando la aceptación de los cargos se verifica al inicio del juicio oral o de audiencia del debate, en la cual se fija una rebaja en una proporción equivalente a la sexta parte de la pena imponible.
- El juez de conocimiento, como garante de la legalidad, debe verificar que haya un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta, y su tipicidad.

La segunda modalidad, preacuerdos o negociaciones, implica la intervención de las partes que, luego de conversaciones y acercamientos, llegan a un pacto y convención que supone el reconocimiento de responsabilidad del imputado o acusado a cambio de que se elimine de la acusación alguna causal de agravación, o el reconocimiento de una de atenuación que se tipifique de una manera específica con miras a disminuir la pena, o sobre los hechos imputados y sus consecuencias. La oportunidad para ello puede ser hasta antes de la acusación, o con posterioridad a ella.

Características.

- Impone cambio de cultura entender que el principio de legalidad se torna flexible para procurar lo objetivos inherentes a dicha figura. Si interponemos el principio de legalidad a cualquier negociación, significaría en la práctica la negación de la figura, puesto que ello supone suprimir agravantes o reconocer atenuantes o modificar la adecuación del comportamiento, todo ello a favor del imputado y acusado, quien a su vez se despoja del derecho de no autoincriminación y de la garantías de ser vencido en juicio.
- Siempre tiene que estar presente el defensor.
- Aquí se autoriza de manera expresa la retractación de los términos del preacuerdo hasta antes que lo verifique el juez de conocimiento, debido a que en el trámite anterior no ha intervenido ningún juez que le haya hecho control.
- En la audiencia respectiva, el juez de conocimiento procederá a ejercer control para verificar que se hayan respetado las garantías del imputado

o acusado, especialmente aquellos puntos que se destacan en el artículo 131 de la ley 906.

- Los registros relacionados con las conversaciones sobre acuerdo y negociaciones, en el evento en que no lleguen a feliz término, no serán tenidos en cuenta para ningún efecto.
- Si el juez acepta las manifestaciones de las partes, no podrá imponer una pena superior a la que le ha solicitado la Fiscalía (art. 370); que el sistema de cuartos no se aplicará en los eventos de preacuerdos y negociaciones de Fiscalía y la defensa.
- No existe limitante o prohibición para que delitos cometidos en «flagrancia» no puedan terminar a través de estos mecanismo de reconocimiento anticipado de responsabilidad.
- El juez de conocimiento, como garante de la legalidad, debe verificar que haya un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta, y su tipicidad.

Oportunidad.

En la fase preprocesal o de la investigación, los preacuerdos se pueden implementar desde la audiencia misma de formulación de imputación hasta antes de que se formule la acusación, evento en el cual la rebaja podría estar en una proporción de hasta la mitad, según lo que se pacte al respecto.

Pensamos que nada se opone a que el preacuerdo se haga antes de la imputación y cuando se formule ésta ya llevaría incluido el preacuerdo, sin ninguna rebaja adicional. Esta salida sería aún más beneficiosa para el futuro imputado en la medida en que los términos de esa imputación (acordada en los términos del artículo 350 y 351, inciso segundo, del C.P.P.), ya vendría con los beneficios incluidos, y ello permitiría, por ejemplo, que no hubiera lugar a la medida de detención preventiva.

En la Fase de juicio se puede intentar desde *«presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral»*, para concluir que la pena imponible se reducirá en una tercera parte (art. 352).

Además, según los términos de los artículos 369 y 370 del C.P.P., el preacuerdo puede versar también sobre la eliminación de agravantes, o tipificación de una específica forma, con miras a reducir la pena.

Para tener en cuenta

Tal como se recomienda en el texto Módulo instruccional para defensores⁴⁶, aplicable a allanamiento de imputación y preacuerdos, el defensor siempre deberá verificar y valorar la existencia de elementos probatorios, que se derivan del contexto de la pretensión de la Fiscalía (imputación o acusación), que acrediten:

- La existencia del hecho.
- Que el hecho constituye delito.
- Que hay suficientes elementos que incriminan al imputado o acusado en los mismos.
- Que no existe ninguna causa de justificación o exculpación que afecte una eventual responsabilidad criminal, o cualquier otra circunstancia de derecho penal general o especial que invalide la acusación.
- Que no existe posibilidad de negociar ninguna modalidad del principio de oportunidad, salvo en aquellas donde se solicita una colaboración al imputado donde a riesgo de perder la vida o amenazar la integridad del imputado o su familia, puede resultar más conveniente un preacuerdo.

También son atendible por su importancia, sugerencias referidas a que el defensor explique al acusado con detalle en qué consiste el preacuerdo, su procedimiento y consecuencias; debe procurar negociar la mejor opción, entre las alternativas que ofrece el preacuerdo, sin esperar a que el Fiscal llegue con su ofrecimiento, sino atento a los intereses de su representado; deberá verificar que los términos acordados se consignen fielmente, y, al menos, no en perjuicio del imputado, y permanecer alerta al control de legalidad que realice el Juez de Control de Garantías.

⁴⁶ Texto «Proceso Oral», publicado por USAID-Defensoría del Pueblo.

9) LOS RECURSOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES Y PREVIAS AL JUICIO ORAL

Algunas reflexiones y recomendaciones al defensor público en materia de recursos:

EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS FRENTE AL TEMA DE LOS MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN

Lo primero que debe tenerse en cuenta al momento de elevar cualquier petición o impugnación ante el Juez de Control de Garantías, es que este funcionario es un verdadero juez de constitucionalidad o de tutela, siendo su segunda instancia, esto es, el Juez Penal de Circuito, la jurisdicción de cierre en materia de afectación de derechos fundamentales durante la etapa de investigación.

Por eso, lo primero que debe recomendarse es que el defensor no esté para suplir o ayudar a corregir las fallas argumentativas, probatorias o de legalidad de su adversario natural en el proceso; en muchas ocasiones será mejor guardar silencio a efectos de atacar la legalidad de las determinaciones del juez de garantías frente a su superior funcional jerárquico.

También es recomendable que el defensor conozca detalladamente los manuales o protocolos que rigen la actuación de los jueces de

garantías⁴⁷, para poder plantear sus solicitudes y recursos, lo mismo que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal que dan cuenta de la proporcionalidad como metodología constitucional de selección de las medidas adecuadas para afectar sólo en lo necesario los derechos fundamentales.⁴⁸

El juicio de proporcionalidad significa que el juez de primera o de segunda instancia, al momento de resolver cualquier clase de petición, por ejemplo, un recurso, ha de llevar a cabo un test basado en el equilibrio de los derechos fundamentales, los cuales no tienen primacía uno sobre otro, sino que se encuentran en un plano de igualdad, lo que implica que su afectación únicamente puede tener validez si es razonable o proporcional.

Implica lo anterior fijar la finalidad constitucional de la medida o del medio empleado para afectar legítimamente derechos fundamentales, examinar si es adecuado para el cumplimiento del fin y, por último, considerar los costos y beneficios de la medida empleada (metodología continental europea).

EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA

Se encuentra consagrado en la Constitución, en el artículo 31, referido a la sentencia condenatoria.

Los instrumentos internacionales enfatizan esta garantía en relación exclusivamente con los fallos⁴⁹, dejando al legislador la posibilidad de establecer excepciones razonables y de extender la garantía a providencias diferentes de la sentencia condenatoria.

En Colombia, el principio de la doble instancia se amplió por el legislador para aquellas decisiones que se refieran a la libertad, que afecten la práctica de las pruebas o que tengan efectos patrimoniales, además de establecerse la prohibición de reforma en perjuicio para toda clase de apelaciones.

⁴⁷ Especialmente las obras publicadas por el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA: *Manual para el Juez de Control de Garantías y Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del juez penal colombiano.*

⁴⁸ El Código de Procedimiento Penal consagra de manera recurrente la terminología referente al juicio de proporcionalidad, v.gr. necesidad (art. 2º, inciso 2º), ponderación (art. 27), adecuación y razonabilidad (art. 295), proporcionalidad (art. 94), etc.

⁴⁹ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 8.2 h y artículo 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

CONSAGRACIÓN LEGAL DE LOS RECURSOS ORDINARIOS

El desarrollo normativo del principio rector citado se encuentra a partir del artículo 176, que consagra los recursos ordinarios, y en el artículo 177 se mencionan puntualmente algunas de esas otras hipótesis de doble instancia, por ejemplo, la decisión sobre una nulidad y el tema de la preclusión.

En lo relacionado con los efectos en que se concede el recurso de apelación, se dejaron por fuera algunos eventos de providencias apelables, como la legalización de la captura, pero el juez bien puede disponer la concesión de la apelación y señalar el efecto devolutivo, como aquél en el que se concede la apelación cuando no va en el suspensivo, y para casos extremos en que sea razonable la necesidad de suspender su competencia, otorgarlo excepcionalmente en el efecto suspensivo.

Por lo tanto, podríamos señalar que todas las decisiones de alzada se conceden en el efecto devolutivo, excepto la sentencia, el auto que decreta o rechaza la preclusión, el que decide una nulidad, el que niega la práctica de pruebas en el juicio oral y el que se pronuncia sobre su exclusión; todas estas decisiones son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, con excepción de la sentencia, que por mandato legal sólo admite la apelación.

TRÁMITE DE LOS RECURSOS ORDINARIOS

El **recurso de apelación** contra autos se interpone de manera oral en la audiencia en que fue dictado, se concede de inmediato, se sustenta en audiencia ante el superior jerárquico, con la intervención de las partes e intervinientes presentes que a bien tengan hacerlo, y se resuelve por el juez o magistrado, pudiéndose decretar un receso de dos (2) horas para adoptar la determinación.

La sentencia sigue los mismos lineamientos, con la diferencia de que el apelante deberá solicitar los apartes pertinentes de los registros que en su criterio guardan relación con la impugnación, lo que en la práctica significa que debe indicar al juez de primera instancia cuáles son las copias de las audiencias que solicita enviar al funcionario de alzada, pudiendo tal solicitud comprender audiencias preliminares.

Llegada la apelación contra sentencias al superior jerárquico, se surten dos audiencias, la de sustentación y la de lectura de fallo, que se verifica dentro de los diez (10) días siguientes a la primera.

Existe una norma que merece especial comentario en cuanto contraría la norma rectora 20 del Estatuto Procedimental. Se trata del artículo 318 sobre la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, que considera inimpugnabile dicha decisión.

En cuanto a la **reposición**, es un recurso horizontal cuya finalidad es que el mismo juez que dictó el auto lo reponga o revoque, aclare, adicione o modifique. Procede contra todos los autos adoptados en audiencia, salvo la sentencia, y se interpone, sustenta y resuelve en la misma audiencia ante el juez que dictó el auto cuestionado, dando traslado del recurso a las demás partes o intervinientes presentes.

El auto que resuelve la reposición no es susceptible de recurso, salvo que contenga puntos nuevos, aspecto no regulado por el C.P.P. pero aplicable por integración con el Código de Procedimiento Civil.

Es recomendable la utilización del recurso de reposición únicamente cuando se tenga seguridad de que la decisión se aparta de manera manifiesta de la ley o que obedece a una omisión involuntaria del juez, pues de lo contrario, la reposición sirve únicamente para afianzar la determinación adoptada o cubrir los vacíos de la determinación atacada.

La oportunidad para la interposición de recursos es entonces la de la respectiva audiencia en que se dicta la providencia.

Puede suceder que la audiencia se lleve a cabo en **varias sesiones**, en cuyo caso es pertinente mencionar que la oportunidad precluye en la última sesión de la audiencia, pudiendo cuestionarse decisiones que se adoptaron en una sesión anterior.

En cuanto a las audiencias de **tres fases o complejas**, tales como la de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento, las cuales por lo general se llevan a cabo en una sola diligencia, la impugnación debe presentarse antes de clausurada la respectiva audiencia, pues a pesar de llevarse a cabo en una sola audiencia, se entiende que cada aspecto se ventila independientemente en audiencia diferente, que se evacua y clausura, y dar paso a la siguiente.

El Código de Procedimiento Penal no consagró el **recurso de queja**, por lo que es menester precisar que dicho recurso es perfectamente aplicable conforme a la norma rectora de la integración, ya que es materia no regulada, que de ninguna manera pugna con la naturaleza del proceso penal y, por el contrario, redundaría en mayores garantías de claro parentesco con el principio de la segunda instancia.

Lo contrario supondría que campeara la arbitrariedad y el capricho del juez que simplemente decidiera no conceder el recurso de apelación, sin que hubiera en el proceso mecanismos de control contra dicha actuación.

LÍMITES A LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA⁵⁰

A pesar de que el código tampoco se refiere a la competencia del superior, excepto en lo ya mencionado de la prohibición de *reformatio in pejus*, por integración de materia no regulada, el procedimiento civil en su artículo 357 señala que «*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla*», tal como igualmente lo señalaba el anterior estatuto procedimental penal.

Aceptar que el juez de segunda instancia se pronuncie más allá de lo pedido, aun sin perjuicio del recurrente, sería pretermitirle una instancia a dicha decisión. En todo caso, siendo un proceso de partes, un juez de segunda instancia que resuelva más allá de lo pedido, estaría compensando las deficiencias de una parte y colocando en abierta desventaja a la otra parte.

Esta situación se presenta con mucha frecuencia cuando se apela a raíz de la medida de aseguramiento de detención y el superior revoca la medida pero impone otras medidas no privativas de la libertad, que no son sometidas a impugnación porque no se conocían al momento de dictar el auto impugnado.

Otro de los puntos importantes al momento de sustentar el recurso de apelación es la prohibición para presentar nuevos elementos de convicción que no se tuvieron en cuenta al momento de decidir, pues tal proceder sorprende a la contraparte y desborda la finalidad de la apelación, que es un ataque a la legalidad del pronunciamiento judicial.

TÉCNICA EN LA SUSTENTACION DE LOS RECURSOS

Como quiera que los recursos se presentan de manera oral, es menester tener en cuenta algunas recomendaciones que tienden a posibilitar la persuasión racional sobre el juez que adoptará la decisión.

⁵⁰ Cfr. ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *Los recursos en el nuevo código de procedimiento penal. Ponencia para conversatorio en sesión de seguimiento al sistema acusatorio, promovida por el Consejo Superior de la Judicatura. Sin publicar.*

Precisamente lo primero que se debe tener en cuenta es el juez a quien se va a dirigir el discurso, pues, dependiendo de sus características, se argumentará de manera gráfica, con sentido común, se escogerán las fuentes del derecho a las que se acudirá para sustentar la argumentación, se determinará el tiempo de duración de la intervención, y otras.

Una vez escogido el estilo con que se pronunciará la intervención, se debe considerar la **providencia objeto de censura**, con miras a lograr absoluta precisión y claridad sobre la materia o materias de inconformidad, lo cual requiere inmediatez, tratándose de reposición; en materia de apelación, sí es perfectamente posible hacer un estudio minucioso de la providencia atacada, ya que la sustentación se verifica en audiencia posterior ante el superior jerárquico de quien la dictó.

En segundo lugar viene la **refutación** de los argumentos exhibidos por el juez, los cuales se relacionan fundamentalmente con hechos, medios de prueba, y fundamentos de derecho.⁵¹

Unido a lo anterior o, si es necesario para mayor claridad, en forma separada, se sugiere presentar la **fundamentación jurídica** o argumentación propiamente tal, mediante la invocación de los argumentos constitucionales, legales y jurisprudenciales que sustentan la pretensión.

Por último, se formula la **petición** del caso; subsidiariamente caben otras solicitudes compatibles con la sustentación del recurso.

Brevedad, fundamentación, precisión y claridad deben brillar en la actuación de la parte que interpone y sustenta un recurso en el sistema acusatorio, la cual debe siempre estar en capacidad de prever vicisitudes de las diferentes audiencias preliminares y de aquéllas que se llevan a cabo en el juicio.

ALGUNOS ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE RECURSOS EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES

1. CAPTURA

El defensor debe revisar que se cumplan los requisitos de la **captura en flagrancia** (artículo 32 de la Constitución Nacional y 301 del Código de

⁵¹ Cfr. *DEFENSORÍA DEL PUEBLO y USAID PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA. Habilidades comunicativas del defensor en el juicio oral. Módulo III. p. 93-98.*

Procedimiento Penal), con base en los elementos probatorios y evidencia física presentada.

Cualquier clase de captura debe ser necesaria, proporcional y razonable, según los fines legítimos que persigue; por ello, una captura no puede hacerse depender de la apreciación subjetiva del agente de policía que la ejecuta (art. 7.2 CADH).⁵²

En lo atinente a la **captura sin orden judicial** efectuada por la Fiscalía General de la Nación, por motivos fundados y urgencia, debe tenerse en cuenta que esta figura fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-730 del 2005, con ponencia del doctor ÁLVARO TAFUR GALVIS, por considerar que «...la norma acusada carece de la claridad y precisión que exige la regulación del ejercicio de una facultad excepcional que restringe la libertad personal, y por ende, viola el principio de legalidad y los artículos 29 y 250, numeral 1 de la Constitución Política. Lo anterior por cuanto la indeterminación de las condiciones en que se concibe la posibilidad de captura por la Fiscalía General, atenta contra la presunción de inocencia y la garantía de la libertad, pues deja al arbitrio del fiscal la calificación de los «motivos fundados» y de las razones por las cuales no tuvo la oportunidad de solicitar la orden del juez para proceder a una captura, con lo cual, la excepción se convierte en regla general».⁵³

La H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-1001 de 2005, reiteró su tesis, esta vez declarando inexecutable el artículo 300 de la ley 906 de 2004, al considerar igualmente que esa facultad excepcional no estaba lo suficientemente reglamentada, y se podía abusar de ella.

Las últimas sentencias de la H. Corte Constitucional, en reivindicación de la garantía de la reserva judicial, en tratándose de la restricción al derecho a la libertad, salvo en caso de flagrancia, refuerzan la tesis sostenida por la defensa en el sentido de que la captura administrativa ya no tiene vigencia en el nuevo esquema penal.

La **captura con orden judicial** tiene doble control por parte del juez. El primero, cuando se autoriza la orden, diligencia en la que difícilmente podrá existir controversia, por lo menos de parte del natural contradictor de la Fiscalía, que es la defensa, ya que esta diligencia es reservada; pero una vez capturada, la persona debe ser puesta a disposición del Juez de Control de Garantías, conforme lo dispone el artículo 297 del C.P.P.

⁵² Cfr. Caso *Levoyer contra Ecuador*, No. 11.992, informe 66/01. Comisión Interamericana.

⁵³ En www.ramajudicial.gov.co Comunicado de prensa de la Corte Constitucional de 12 de Julio del 2005.

En general, los aspectos susceptibles de controversia e impugnación de la captura se vinculan con la **afirmación de la libertad**, finalidades de la restricción de la libertad contenidas en el artículo 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal, y requisitos generales de la captura (artículo 297).

Debe reiterarse que la decisión mediante la cual se legaliza una captura es susceptible de impugnación por vía de reposición y de apelación, conforme a las voces diáfanos del artículo 20 del C.P.P.

2. SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

El debate y, consiguientemente, los medios de impugnación se relacionan, en primer lugar, con la inferencia razonable de autoría o participación, siendo recomendable que, si falla o falta la sustentación de la petición de la medida por parte de la Fiscalía, por carencia de cualquiera de los requisitos a que aluden los artículos 306 y 308, el defensor escoja el camino de la apelación, para no advertir a la Fiscalía de sus fallas, ni al juez sobre la ausencia o deficiencia de sustentación de la medida.

En segundo lugar, la impugnación puede versar sobre la procedencia de la medida, al tenor de los artículos 313 y 315 del estatuto adjetivo.

Debe anotarse que el numeral 2° de la primera norma en mención consagra que únicamente cabe detención preventiva para delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años, siendo indispensable tener en cuenta todas las circunstancias modificadoras del mínimo de pena establecido en la ley para el respectivo delito, tales como las específicas que atenúan la punibilidad, por ejemplo, la cuantía en los delitos contra el patrimonio económico (art. 268 del Código Penal), la tentativa, la participación, la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (art. 56 C.P), la ira o intenso dolor (57 *ibídem*), y, en general, todos los fundamentos modificadores de la pena en tanto atenúen la responsabilidad y por ende disminuyan el extremo mínimo punitivo de la pena en abstracto.⁵⁴

2.1. NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD, RAZONABILIDAD Y ADECUACIÓN DE LA MEDIDA

El recurso de apelación se puede interponer contra la decisión que desatiende estos principios, con arreglo a lo establecido en primer lugar

⁵⁴ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 26 de Julio del 2001. Proceso 7026. M.P.: Dr. Carlos E. Mejía Escobar y auto de segunda instancia de 29 de noviembre del 2001. Proceso 18915. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. En www.ramajudicial.gov.co

por la Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 25 de julio del 2001, jurisprudencia que debe esgrimirse siempre que se alegue que la detención es innecesaria o desproporcionada.

Igualmente existen en el derecho internacional de los derechos humanos muchísimas decisiones que dan cuenta de la necesidad y proporcionalidad que han de gobernar la medida.⁵⁵

En la misma orientación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado concretamente el punto de la **gravedad de la conducta imputada** y la pena imponible aseverando que, a la hora de resolver sobre la libertad o detención de una persona, no pueden confundirse los fines de la detención preventiva con los fines de la pena, lo que significa que la gravedad de la conducta delictiva y la pena no son criterios definitivos para detener preventivamente, pues ellos son fines de la pena y lo que prima en materia de detención preventiva son los ya enunciados fines procesales de la detención.⁵⁶

El defensor también debe estar alerta para que el juez de garantías o el de circuito en apelación, tengan en cuenta, al momento de resolver el punto de la detención preventiva, **todas las circunstancias pertinentes**⁵⁷, especialmente el arraigo del sindicado en el país, las facilidades que puede tener para huír o permanecer oculto, sus relaciones personales, especialmente sus vínculos familiares, el asiento de su familia, de sus negocios y trabajo, la utilización de nombres falsos, y el comportamiento durante el procedimiento, entre otros.⁵⁸

Todo lo anterior fue tenido en cuenta por el legislador, al regular el tema en el **Código de Procedimiento Penal Colombiano**⁵⁹, consagrando criterios de necesidad, proporcionalidad, adecuación y ponderación, al momento de solicitarse y decretarse una medida de aseguramiento, criterios éstos que deben ser controvertidos por la defensa en el momento en que encuentre que no están satisfechos.

⁵⁵ En el caso de Hill y Hill contra España, 1995, el Comité reconoció internacionalmente las razones tradicionales para detener, posibilidad de fuga, alteración probatoria y reincidencia. La medida debe ser razonable y necesaria. En GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. *Fundamentos Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. p. 334.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Jiménez vs. Argentina (1996). En GUERRERO PERALTA, ob. cit. p. 334.

⁵⁷ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Pág. 294.

⁵⁸ BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Ibidem*, p. 223

⁵⁹ LEGIS EDITORES. *Código de Procedimiento Penal*. Ley 906 del 2004. Artículo 310, p. 65

2.2. DECISIONES RELATIVAS A MEDIOS DE CONVICCIÓN

La defensa puede presentar en audiencias preliminares, especialmente en la que decide la imposición de aseguramiento preventivo, elementos materiales probatorios, evidencia física e información relevante para el objeto de la diligencia, tales como declarantes que haya entrevistado durante la etapa de indagación previa a la imputación formal, con la única finalidad de derruir el sustento fáctico, jurídico y probatorio presentado por la Fiscalía para solicitar la imposición de medida cautelar.

Si el Juez de Control de Garantías inadmite sin fundamento atendible jurídicamente el ejercicio del contradictorio en estas audiencias, proceden los recursos de reposición y apelación.

RECURSOS EN AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO

El **escrito de acusación** carece de recurso alguno.

La **formulación oral de la acusación** tampoco es susceptible de recurso, sino de observaciones y aclaraciones.

De los impedimentos, recusaciones o impugnaciones de competencia conocerá el superior jerárquico del juez.

El tema de las nulidades es el único susceptible de recursos en audiencia de formulación de la acusación.

En audiencia preparatoria, por regla general, son susceptibles de recursos ordinarios todas las decisiones relativas a las pruebas, incluido el tema de la exclusión de prueba.

10) EL DEFENSOR Y LA PRECLUSIÓN

¿QUÉ ES LA PRECLUSIÓN?

Es una de las formas jurídicas que emplea la Fiscalía para calificar su labor investigativa, y tiene como consecuencia dar por terminada la investigación penal cuando se presentan las causales previstas por la Ley. Evita llegar hasta la última instancia del juzgamiento, es decir, a la Audiencia de Juicio Oral.

¿CÓMO OPERA?

La preclusión opera mediante decisión judicial decretada por un juez de conocimiento en la audiencia correspondiente, llamada audiencia de preclusión.

¿QUIÉN LA SOLICITA?

La preclusión puede ser solicitada al juez de conocimiento, por el fiscal, el defensor y el Ministerio Público, en los eventos autorizados por la ley para estos dos últimos intervinientes.

¿ANTE QUIÉN SE PIDE LA PRECLUSIÓN?

La preclusión se solicita ante el Juez de Conocimiento.

¿QUE RELACIÓN TIENE CON EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL?

La titularidad de la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, a la cual corresponde perseguir el delito. Si, durante el desarrollo de la investigación, no reúne los elementos materiales probatorios o evidencia física que lleven más allá de toda duda razonable al juez que deba dictar la sentencia, debe solicitar la audiencia de preclusión de la investigación, a fin de no incurrir en desgastes innecesarios.

¿PUEDE LA FISCALÍA RENUNCIAR A LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO Y SUS AUTORES?

No, la Fiscalía no puede renunciar, suspender, ni interrumpir la investigación penal, excepto en los casos autorizados por la Ley para aplicar el principio de oportunidad, el cual estará sometido al control de legalidad, por parte del Juez de Garantías

¿PUEDE EL FISCAL PRECLUIR MOTU PROPIO ANTES DE LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN?

No, porque como se ha dicho, la preclusión es una decisión judicial, y el fiscal no tiene esta función. El fiscal tiene, desde el inicio de la investigación y durante el curso de la misma, la facultad de accionar el principio de oportunidad. Tiene la facultad de acusar o no a la persona. Decisión que no equivale a una preclusión, pues, entre el principio de oportunidad y la preclusión, existen diferencias sustanciales; entre otras, las siguientes:

- a) La preclusión la autoriza un juez, es decisión judicial.
- b) La Fiscalía no tiene poder judicial para tomar este tipo de decisiones de manera autónoma. Debe pedir autorización al juez para precluir la investigación.
- c) La aplicación del principio de oportunidad no necesita autorización del juez de conocimiento. El control legal para la aplicación del principio de oportunidad se hace ante un Juez de Garantías. El fiscal es autónomo para hacer uso o no de dicho principio.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD

Inicialmente, la preclusión debía ser solicitada por el fiscal, al juez de conocimiento, a partir de la audiencia de imputación. Pero la Corte Constitucional, en decisión No. 591 de 2005 (Junio 9), declaró inexecutable la parte del artículo 331 del N. C. P. P., que dice: «**a partir de la formulación de la imputación**» se establece que en cualquier momento el fiscal puede solicitar la preclusión. No necesariamente de debe realizar audiencia de imputación, para solicitar la audiencia de preclusión.

¿ES LEGAL QUE LA FISCALÍA RECOLECTE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA DURANTE EL TRÁMITE DE LA PRECLUSIÓN?

Sí, pues la Fiscalía es el titular de la acción penal, y no existe normativa que le prohíba recolectar evidencia y elementos materiales probatorios.

¿SE PUEDEN SOLICITAR PRUEBAS QUE HAYAN DE PRACTICARSE EN LA AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN?

No, por imperativo legal (art. 333, Inciso 4, C. P. P.).

¿QUÉ RECURSOS SE PUEDEN INTERPONER FRENTE A LA DECISIÓN QUE RECHAZA LA PRECLUSIÓN?

Los recursos de reposición, apelación y queja.

IMPEDIMENTO DEL JUEZ

El juez que conozca de la preclusión en primera instancia queda impedido para conocer del juicio.

¿SE PUEDE INVOCAR LA MISMA CAUSAL DE PRECLUSIÓN POSTERIORMENTE, SI ÉSTA ES NEGADA?

Sí, pues no existe norma legal que lo impida.

CUANDO EL FISCAL RENUNCIA A LA IMPUTACION DE CARGO, ¿ESTÁ PRECLUYENDO, SIN QUE ESTA DECISION TENGA CONTROL?

No, porque la preclusión, como ya quedó establecido, es una decisión judicial. Ahora bien, si el fiscal no hace imputación de un cargo, lo hace dentro de un marco discrecional propio de su función, siguiendo eso sí, una Política Criminal del Estado; o no hace la imputación de un cargo, como consecuencia de un preacuerdo entre la Fiscalía y el imputado, y eso no equivale a una preclusión. El preacuerdo obliga al juez.

LA PRECLUSIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS VÍCTIMAS DEL DELITO

La regla general es que toda persona autora de un delito debe indemnizar material y moralmente a la víctima. Esta regla admite excepciones, y

dependerá de la causal invocada para que opere la preclusión. Así, por ejemplo si se presenta causal que excluya la responsabilidad penal (numeral 2 del art. 331 C.P.P., en armonía con los numerales 1, 2, 3, 4, - excepto los delitos de Genocidio, Desaparición Forzada y Tortura - 5, 6, 8 y 9 del artículo 32 C. P.), es indudable que el autor del hecho punible no estaría obligado a indemnizar a la víctima o a sus familiares. Si la causal invocada es la inexistencia del hecho investigado (art. 331, numeral 3º, C. P. P.), Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado (art. 331, numeral 5º, C. P. P.), o Atipicidad de la conducta, tampoco está obligado a indemnizar, por obvias razones.

Pero si se precluye por vencimiento de términos (artículo 294 del C. P. P.), la víctima o sus familiares quedan en libertad de iniciar la acción civil indemnizatoria contra el autor del hecho, o contra el Estado por fallas en el servicio, ya que la preclusión por vencimiento de términos sería imputable a la Fiscalía (art. 90 C.N.). De igual manera se estaría obligado a indemnizar por parte de los familiares del autor del delito, si la causa de preclusión es la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, verbi gracia, por muerte del indiciado, imputado o acusado. Claro está que la acción indemnizatoria debe adelantarse ante la jurisdicción civil.

CAUSALES ESPECÍFICAS QUE DEBE INVOCAR EL DEFENSOR PARA PRECLUIR EN EL JUZGAMIENTO

El párrafo único del artículo 332 del C.P.P. señala dos causales específicas: La imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, y la inexistencia de los hechos investigados. El defensor puede invocar las causales 1 y 3 del artículo mencionado, solamente en la etapa del juicio. En mi criterio, estas causales también se pueden invocar en cualquier momento, y no necesariamente en la etapa de juicio, pues puede ocurrir que, después de presentada la imputación por la Fiscalía, se observe por ejemplo, que no hay querellante legítimo o que, existiendo querellante legítimo, no se agotó la conciliación; en tal eventualidad, sería innecesario esperar por parte de la defensa, a la audiencia de acusación, para solicitar la preclusión, cuando perfectamente se puede solicitar la audiencia ante el juez de conocimiento.

También puede solicitar la preclusión por vencimiento de los términos de instrucción (60 días, máximo), de acuerdo con el artículo 294, inciso 2º, del C.P.P.

OTRA CAUSAL DE PRECLUSIÓN

Numeral 6, artículo 332 C. P. P. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia. Por imperativo constitucional y legal, el investigado goza de la presunción legal de inocencia, hasta tanto no se desvirtúe dicha presunción mediante un fallo de responsabilidad ejecutoriado. La imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia giraría, en la causal en comento, en torno a la prueba, que, si no es incriminatoria después de ser recaudada por parte del fiscal, debe citar a audiencia de preclusión, pues la evidencia no quebrantaría la presunción legal de que está investido el investigado.

¿QUÉ DELITOS REQUIEREN QUERELLA DE PARTE COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD?

Los delitos enumerados en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, con el requisito de haberse agotado la etapa de conciliación de que trata el artículo 522 de la misma ley y los delitos que requieren petición especial del Procurador General de la Nación (artículo 75 de la precitada Ley).

11) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El acto legislativo No. 03 de 2002 reformó el artículo 250 de la Carta Política. Reafirmó el principio de legalidad, también conocido como de obligatoriedad. Se parte del postulado de que, ante la comisión de un delito, el Estado debe desplegar las actividades tendientes a la persecución del delito y de los delincuentes, por intermedio del órgano fiscal. No obstante, la reforma del citado artículo trae como excepción que la Fiscalía puede aplicar el *principio de oportunidad*, de manera reglada, que consiste en la facultad que este órgano tiene para renunciar a la persecución penal.

El artículo 321 y ss. del C. de P. P., en concordancia con las Resoluciones Nos. 0-6657, 0-6658 del 30 de diciembre de 2004 y el memorando 0009 del 3 de febrero de 2005, emanados de la Fiscalía General de la Nación, regulan la aplicación discrecional del principio de oportunidad.

¿Cuáles son las causales legales para aplicar el principio de oportunidad?

El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en su artículo 324, ha consagrado, de manera taxativa, las causales por las cuales se puede dar aplicación al principio de oportunidad:

1. «Cuando se trate de delito sancionado con pena privativa de la libertad, que no exceda en su máxima de seis años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse ésta, y además, pueda determinar de manera objetiva la ausencia

o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal».

De vital importancia resulta esta regla ya que es una herramienta valiosa respecto de aquellas conductas que atentan contra el patrimonio económico; una vez resarcidos los daños de orden tanto material como moral, puede el defensor solicitarle a la Fiscalía que dé aplicación a esta primera causal. Al momento de presentar la solicitud de aplicación del principio de oportunidad para aprobación ante el Juez de Control de Garantías, tanto el fiscal como el defensor deberán no sólo acreditar el resarcimiento del daño ocasionado con la conducta, sino también manejar elementos de política criminal relacionados con la ausencia o decadencia del interés para perseguir el delito.

2. «Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible».

A una persona no se la puede juzgar dos veces por los mismos hechos, así sea en países diferentes. Esta regla busca acentuar aún más el principio de non bis in ídem, de tal manera que es el mismo Estado colombiano, el que, al entregar a la persona en extradición, renuncia a iniciar o proseguir cualquier acción penal por esos mismos hechos. (Los arts. 508 a 534 del C. de P. P. regulan la extradición.)

3. «Cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible sólo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal».

En igual sentido del numeral anterior, se agrega que, cuando sean varias las conductas por investigar, y no todas vayan a ser sometidas a juzgamiento en la Corte Penal Internacional, sólo se aplicará el acto preparatorio de suspender o interrumpir la persecución penal para el delito o los delitos que sigan en conocimiento de la Justicia Colombiana. (La Ley 742 de 2002 adoptó el Estatuto de Roma.)

4. «Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta penal, y la sanción a que pudiese llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiere sido impuesta con efecto de cosa juzgada contra él en el extranjero».

Dentro de la política criminal tendiente a la humanización del proceso penal y a no desgastar a la Administración de Justicia, en delitos que

resulten irrelevantes en comparación con otras conductas, la aplicación resulta acertada. Tal sería el caso de una persona que es extraditada por el delito de narcotráfico, y en Colombia se la encausa por el delito de porte ilegal de armas (artículos 508 a 534 del C. de P. P.).

5. «Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.»

Se estimula la colaboración de las personas que saben o conocen del funcionamiento de los grupos de delincuencia organizada. La regla no resulta tan novedosa, ya que en la Ley 600 de 2002 se estipula este tipo de beneficio por colaboración eficaz, con la diferencia de que allí se presentaba una rebaja de penas, y en la actual aplicación del principio de oportunidad se puede llegar hasta la renuncia total de perseguir a la persona que haya colaborado de manera eficaz.

Constituye ejemplo de procedimiento la persona que es capturada con una pequeña cantidad de sustancia estupefaciente. Formulada la imputación por la Fiscalía, el procesado ofrece colaborar de manera eficaz, ya que dice tener información de un sitio en donde se almacena una considerable cantidad del estupefaciente, e igualmente sobre la identidad de los cabecillas de la organización. Verificada la información por la Fiscalía, resulta positiva por cuanto se logra la incautación de considerable cantidad de la sustancia, y se logra la captura de varias personas. En este caso, procedería la aplicación del principio de oportunidad para el imputado que colaboró con la investigación.

6. «Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó.»

Resulta novedosa la aplicación de esta regla, ya que consiste en colocar en el estrado judicial, en audiencia de juicio oral, a un testigo que hizo parte de una hipotética organización criminal, y cuyo testimonio sirve para demostrar responsabilidad de otro integrante. Dentro de nuestra historia procesal penal, se institucionaliza la figura del testigo con inmunidad total o parcial. Ha de tenerse especial cuidado en el

asesoramiento a este tipo de usuarios, ya que su papel de copartícipe en una organización criminal pasa a ser el de un testigo de la Fiscalía, con los consecuentes riesgos y contingencias que puede implicar la delación.

Constituye ejemplo de procedimiento el que ha hecho parte de una organización delictiva y, capturado por la comisión de un hecho punible, en su calidad de imputado, ofrece declarar como testigo principal de cargo contra el autor intelectual del hecho, cerebro y financista de la organización. Si se lleva a cabo el enjuiciamiento del autor intelectual, al potencial testigo la Fiscalía le debe otorgar la inmunidad total o parcial. Lo que declare en la audiencia del juicio oral no puede ser usado en su contra, y sobre la comisión del hecho delictivo imputado le será aplicado el principio de oportunidad.

7. «Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva».

Es la aplicación de lo estipulado en el artículo 34 del Código Penal (Ley 599 de 2000), con la diferencia, de que, aplicando la ley procesal 906 de 2004, principio de oportunidad, el sujeto activo de la acción ya no se ve sometido a un proceso largo y deshumanizante, que forzosamente concluiría con una preclusión o una absolucón, vr. gr., el padre que en un accidente de tránsito mata a su hijo.

8. «Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y, como consecuencia de éste, se cumpla con las condiciones impuestas».

La suspensión del proceso a prueba se puede aplicar hasta por un término de tres (3) años. Además, si se han indemnizado los daños y perjuicios, y el imputado ha cumplido con las obligaciones impuestas por la Fiscalía, procederá la extinción de la acción penal.

9. «Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza grave a la seguridad exterior del Estado».

No resulta claro cómo se podría aplicar esta causal, habida cuenta de que en parte el Estado estaría renunciando a su soberanía en cuanto al principio de que toda persona que cometa un delito en territorio nacional, e inclusive bajo la extraterritorialidad, debe ser procesada por la jurisdicción del país.

¿Qué factores de política exterior pueden incidir y a quiénes no se les podría aplicar la ley penal, so pretexto de poner en riesgo la seguridad exterior del Estado?

10. «Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios».

Se busca que no en todos los casos en que se ve involucrado un funcionario público necesariamente se llegue a una sanción de tipo penal, pues si la sanción disciplinaria ha tenido un mayor reproche, se debe aplicar el principio de oportunidad, por cuanto resultaría baladí una persecución de carácter penal.

11.» Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio».

Se trata de bienes que prácticamente sean inservibles o que se encuentren dañados, de tal manera que no tengan casi ningún valor como mercancías, dentro del tráfico comercial. No obstante, como se trata de un delito contra el patrimonio económico, consideramos que deberá buscarse el resarcimiento de los perjuicios que se han ocasionado, así éstos sean mínimos.

12. «Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de merma de significación jurídica y social».

La aplicación de esta causal requiere verificar dos aspectos:

- Que la actuación procesal penal tenga origen en un comportamiento típico que admita la modalidad culposa, esto es «cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo»; y,
- Que las causas que determinaron la infracción al deber objetivo de cuidado de la persona que incurre en la conducta típica sean de poca importancia jurídica e intrascendencia social.

Por ejemplo, en el delito de lesiones personales culposas, que ocasionen una perturbación funcional, descrita en los artículos 114 Y 120 del Código Penal, así como cuando un motociclista que por evitar un trancón utiliza la ciclo-ruta y a la cuadra lesiona a un peatón que imprudente y fortuitamente ocupa la misma ciclo-ruta. En este caso, la conducta típica admite la modalidad culposa, y, además, se trata de una infracción al deber objetivo de cuidado, pero las causas que generan esta infracción al deber objetivo de cuidado tienen poca significación jurídica dentro del contexto penal, siendo la infracción a las normas de tránsito mucho más significativas y relevantes desde el punto de vista jurídico y social.

La aplicación de esta causal estaría supeditada a la participación activa de la víctima.

13. «Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social».

Esta causal contiene los siguientes aspectos:

- Que la actuación procesal emane de conducta típica dolosa, culposa o preterintencional.
- Que la conducta típica en cualquiera de sus modalidades, conlleve la antijuridicidad y la culpabilidad.
- Que al analizar la categoría de culpabilidad, observemos un juicio de reproche insignificante, en donde una sanción penal considerada bajo los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, al tenor del artículo 3° del Código Penal, sea una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

Por ejemplo, un agente de policía que conduce un vehículo de uso oficial, al enterarse de la hospitalización de su cónyuge, se desvía su ruta y, al llegar al hospital, parquea el rodante oficial en una esquina no autorizada para tal efecto, e ingresa al hospital; cuando sale, el automotor ha sido hurtado. Al agente de policía se le imputa el delito de peculado culposo. En el presente caso, si bien existe una conducta típica, antijurídica y culpable, el grado de reproche es de poca significación atendiendo a las circunstancias personales y modales en que se dio la acción censurada; procedería, entonces, la aplicación del principio de oportunidad establecida en esta causal.

14. «Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse».

Esta causal presupone:

- Que la conducta típica lesione o ponga en peligro «bienes colectivos» jurídicamente tutelados; la antijuridicidad o el daño debe ser formal. El artículo 78 de la Constitución Nacional considera el medio ambiente, el espacio público y los derechos de los consumidores como «bienes colectivos»; el Código Penal los relaciona en el Título X (Delitos contra el Orden Económico y Social), Capítulo Primero (Del acaparamiento, la Especulación y Otras Infracciones); Título XI (De los Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente), Capítulo Único (Delitos Contra los Recursos Naturales y Medio Ambiente); Título XII (Delitos Contra la Seguridad Pública), Capítulo Segundo (De los Delitos de Peligro común o que pueden Ocasionar Grave Perjuicio para la Comunidad, y otras Infracciones.).
- Que la lesión o puesta en peligro de estos bienes colectivos lo sea en una expresión mínima, esto es, de poca antijuridicidad.
- Que se restaure íntegramente la lesión o puesta en peligro del bien colectivo tutelado.

15. «Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas».

Para la aplicación de esta causal, se debe considerar:

- Que la indagación o investigación para verificar la materialidad del delito y sus autores o partícipes genere «*problemas sociales más significativos*» que los resultados que de aquéllas se pueden obtener. Este novedoso concepto de «problemas sociales más significativos» implica valoraciones de tipo sociológico que se superponen al concepto de «persecución penal» por parte del Estado, y que, proyectados, no necesariamente deben tener una solución de tipo penal, ya que de él se deriva un problema social mayor; entonces, el ponderado debe primar, ya que se explica dentro de un contexto sociológico más bien que el jurídico.
- Que los intereses particulares de la víctima tengan una solución alternativa y adecuada, esto es, que se restaure plenamente el derecho particular lesionado o puesto en peligro por la conducta perseguida penalmente.

Por ejemplo, la investigación que adelanta la Fiscalía por una tentativa de homicidio en contra de un procesado que se ha reinsertado mediante

los programas ofrecidos por el Gobierno, dentro del proceso de paz, en que el sujeto pasivo es otra persona reinsertada del mismo albergue. Se puede considerar que la investigación de esta conducta se enmarca dentro de un contexto social complejo, como son la calidad de las personas y el sitio en donde ocurrieron los hechos. Se puede afirmar que este tipo de conflicto penal puede generar problemas sociales de mayor relevancia que los resultados judiciales que puedan arrojar la investigación y el juzgamiento de los hechos.

16. «Cuando la persecución penal del delito cometido por el imputado, como autor o partícipe, dificulte, obstaculice o impida al titular de la acción orientar sus esfuerzos de investigación hacia hechos delictivos de mayor relevancia o trascendencia para la sociedad, cometidos por él mismo o por otras personas».

Declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia de la Corte Constitucional C-673/05 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

17. «Cuando los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta permitan considerar el exceso en la justificante como representativo de menor valor jurídico o social por explicarse el mismo en la culpa».

La aplicación de esta causal requiere precisiones:

- El Fiscal deberá determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la acción típica perseguida penalmente para cerciorarse de si hay algo que determine el amparo de una causal de justificación de las señaladas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del Código Penal.
- El autor o partícipe debe haber excedido los límites propios de la causal de justificación, y a esto tienen que haber contribuido las precisas circunstancias en que se configura la justificante.
- La situación psíquica del autor o partícipe en el momento en que se desarrolló la conducta perseguida penalmente debe ser tenida en cuenta como factor o elemento a considerar para que este exceso se haya dado.
- El exceso de la justificante se debe considerar como un producto de las circunstancias fácticas y psicológicas en que se actuó, y esto debe representar un menor valor jurídico y social, ya que en tales situaciones se obra bajo apremio, y no se puede exigir racionalidad absoluta; se comprende, entonces, que un exceso se explica en una falta de deber

de cuidado. La culpa se desdibuja frente a la complejidad de la situación fáctica y psicológica vivida por el autor.

Ejemplo: La Fiscalía adelanta investigación por el delito de homicidio. Se considera que el imputado obró bajo una causal de justificación como la señalada en el numeral 6° del artículo 32 del C. P., pero excedió los límites de la justificante porque disparó contra tres personas que se encontraban en el escenario de los hechos, a saber: quien esgrimía el arma de fuego, persona que a la postre resultó muerta, su esposa e hijo, quienes resultaron heridos. El investigado, supuestamente faltó al deber de cuidado, ya que hirió a las dos personas que acompañaban a su agresor al momento del ataque. No obstante, el exceso se explicaría por las circunstancias fácticas y psicológicas que condicionaron la forma en que se desenvolvió la acción investigada; en consecuencia, frente a los contenidos jurídicos y sociales, las heridas sufridas por la esposa y el hijo del ofensor representan un menor valor en consideración a los contenidos jurídicos y sociales, como es la legítima defensa de la propia vida.

¿Qué anotaciones podemos hacer a las Resoluciones Nos. 06657 y 06658 y al manual de procedimientos emitidos por la Fiscalía general de la Nación, en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad?

- I. Será de competencia exclusiva del Despacho del Fiscal General de la Nación, o de su delegado, la aplicación del principio de oportunidad:

Quando el asunto trate de las causales establecidas en los numerales 2, (sobre asuntos de extradición), 3 (sobre asuntos de competencia de la Corte Penal Internacional), 4 (sobre asuntos de extradición), 5 (por colaboración eficaz con la Fiscalía) y 9 (por seguridad exterior del Estado), (artículo 324 de la Ley 906 de 2004), solamente el Fiscal General de la Nación, de manera directa, aplicará o no el principio de oportunidad, sin importar que la pena exceda o no de seis (6) años de prisión. Una vez definida la aplicación del principio de oportunidad por el Fiscal General en cuanto a la renuncia de la persecución penal, será el fiscal de conocimiento quien sustente ante el Juez de Garantías la aplicación de este principio.

Quando la decisión esté relacionada con la interrupción o suspensión de la acción penal, el control de la investigación y las respectivas diligencias permanecerán en poder del fiscal de conocimiento, quien informará sobre el cumplimiento o no de las obligaciones impuestas. El Fiscal General de la Nación se pronunciará sobre la extinción o no de la acción penal, o de la ampliación de la suspensión o interrupción, previo informe del fiscal de conocimiento.

La aplicación del criterio de oportunidad estará a cargo del Fiscal Delegado especial, en aquellos delitos que tengan una pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años de prisión. Los delegados especiales son los fiscales que desempeñan funciones de coordinador ante los tribunales superiores en su Distrito, y el coordinador de la fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

Excepcionalmente, el Fiscal General podrá delegar especialmente la aplicación del principio de oportunidad en el mismo fiscal de conocimiento.

El fiscal de conocimiento podrá de manera directa aplicar la interrupción o suspensión del procedimiento, e igualmente la renuncia a la persecución de la acción penal, en los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años.

- II. La aplicación efectiva del principio de oportunidad se concreta cuando el Juez de Control de Garantías lo aprueba y extingue la acción penal.
- III. Si bien es cierto que la aplicación del principio es discrecional de la Fiscalía, el imputado podrá solicitar su aplicación amparado en el derecho de petición, y el fiscal está en la obligación de responder por qué no accede a ella.
- IV. La suspensión del procedimiento a prueba no podrá exceder de tres años, y se condiciona a la reparación del daño y al cumplimiento de las obligaciones impuestas. La interrupción de la persecución penal no tiene señalado un término, y se condiciona al cumplimiento de las causales descritas en el artículo 324 del C. P. P., tales como la colaboración eficaz o la extradición a la Corte Penal Internacional.

INTERROGANTES USUALES SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD:

¿Cómo debemos sustentar la solicitud de aplicación del principio de oportunidad ante el Fiscal?

Se debe sustentar con elementos de convicción que fundamenten la petición, planteando políticas criminales. Para ello se puede utilizar el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, lo que no obsta para que se pueda hacer la petición de manera verbal ante el funcionario fiscal.

¿Desde qué momento se puede solicitar la aplicación del principio de oportunidad?

Antes de la formulación de la imputación puede decirse que nos encontramos en una etapa de investigación, y después de la imputación se considera que la persona se encuentra legalmente vinculada al proceso. El artículo 77 del C. de P. P. regula lo pertinente a la extinción de la acción penal, y una de ellas es la aplicación del principio de oportunidad.

Antes y después de presentarse la formulación de imputación podemos solicitarle a la Fiscalía que aplique el principio de oportunidad. Esta tesis es concordante con lo dispuesto en la sentencia C-799/05 de la Corte Constitucional, que condicionó la exequibilidad del art. 8º del C.P.P., por cuanto a las personas les asiste el derecho de defensa antes y después de la formulación de la imputación. Igualmente, el artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental a la defensa, tanto en la investigación, como en el juzgamiento.

En resumen, es procedente la aplicación del principio de oportunidad antes y después de la formulación de la imputación.

¿Hasta qué momento procesal podemos solicitar la aplicación del principio de oportunidad?

El término máximo para pedirle a la Fiscalía que estudie y se pronuncie sobre el principio de oportunidad está regulado en el artículo 175 del C. P. P., ya que el fiscal deberá pronunciarse dentro de los treinta días siguientes a la formulación de la imputación. No obstante, si han transcurrido estos términos y la Fiscalía no ha presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, también procede la solicitud de la aplicación.

¿A qué delitos se les puede aplicar el principio de oportunidad?

Todas las conductas punibles son susceptibles de la aplicación del principio de oportunidad, excepto:

- Violaciones graves al DIH.
- Crímenes de lesa humanidad.
- Genocidio.
- Delitos tipificados en el Estatuto de Roma.
- Delitos de narcotráfico.
- Terrorismo.

Nota: En lo relacionado con el delito de narcotráfico, consideramos que la excepción no es absoluta, pues dentro de los criterios de racionalidad y ponderación de la aplicación del criterio, y buscando la humanización del procedimiento, la excepción hace referencia a los delitos graves de narcotráfico que realmente causen un impacto social y que, de acuerdo con la convención de Viena, sean los llamados a reprimirse por la fuerza legítima del Estado. En consecuencia, los delitos de menor entidad de narcotráfico, como aquéllos de posesión de cantidades que sobrepasan razonablemente la dosis personal o inclusive, atendiendo a la personalidad del indiciado, imputado o acusado, así como la situación fáctica, sí se les puede aplicar el principio, dentro de un marco de política criminal.

¿A qué personas se les puede aplicar el principio de oportunidad?

A todas las personas que se encuentren bajo proceso penal, sin importar edad, sexo, religión, raza, nacionalidad, etc., así como tampoco importa que tengan antecedentes penales o anotaciones de Policía.

¿Qué efectos procesales surte la aplicación del principio de oportunidad?

El efecto procesal de la aplicación del principio de oportunidad es la extinción de la acción penal. La aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba y la suspensión o interrupción del proceso son actos preparatorios para la renuncia a la persecución penal por parte de la Fiscalía. No obstante, la Fiscalía puede renunciar a la persecución del delito directamente, sin seguir los actos mencionados.

¿Qué controles judiciales tiene la aplicación del principio de oportunidad?

La Fiscalía deberá solicitar la celebración de una audiencia ante un Juez de Control de Garantías y, conjuntamente con la defensa, deberá sustentar los motivos para la aplicación del principio de oportunidad. El Juez de Control de Garantías es el llamado a aprobarlo o improbarlo; este control es obligatorio y automático.

¿Es susceptible de recursos la decisión adoptada por el Juez de Control de Garantías sobre la aplicación del principio de oportunidad?

No, la decisión que tome el Juez de Control de Garantías no es susceptible de recurso alguno por expreso mandato legal; el juez resuelve de plano. Lo anterior, de conformidad con el artículo 327 del C. P. P.

Al respecto, anotamos que según información suministrada por la oficina de coordinación de los Jueces Penales de Garantías se han aprobado a

septiembre 15 de 2005 doscientos noventa y siete (297) principios de oportunidad, mayoritariamente sobre aquellos delitos de conocimiento de los jueces Penales Municipales. Con lo anterior se demuestra que la institución sí ha tenido reconocimiento por parte de la Fiscalía, con la aprobación de los jueces de garantías, sobre aquellos delitos que de alguna manera tienen relación con la descomposición social y económica a que se ve abocado el país.

¿Qué sucede si el Juez de Control de Garantías no aprueba la aplicación del principio de oportunidad por la causal invocada por la Fiscalía?

Consideramos que como no existe prohibición expresa, se puede solicitar su aprobación nuevamente ante otro Juez de Control de Garantías, pero invocando una causal diferente de la que ya fue objeto de examen por parte del Juez de Garantías.

¿Es lo mismo los preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad?

No, no es lo mismo. La naturaleza jurídica de las dos figuras procesales son diferentes. En los preacuerdos se busca:

- Que se elimine de la acusación alguna causal de agravación punitiva.
- Que se elimine algún cargo concreto.
- Que se tipifique la conducta en una forma determinada.
- Que, en el caso en que el procesado no haya aceptado la formulación de imputación en la respectiva audiencia, la pueda aceptar mediante un preacuerdo.

Estas situaciones están encaminadas a disminuir la pena.

En la aplicación del principio de oportunidad lo que se busca es que la Fiscalía renuncie a la persecución penal.

Las figuras se asemejan en que deben darse conversaciones entre el defensor y el fiscal, no obstante que el principio de oportunidad es una facultad discrecional de la Fiscalía, y en nada incide, para los efectos procesales, que esta decisión la tome de manera unilateral sin consultar a la defensa.

12) SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Este documento sobre la denominada «SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA», sólo pretende inquietar a los defensores públicos para que busquen la aplicación de este nuevo instituto procesal penal, pues dada su escasa regulación (arts. 325, 326 y el 343 - 3 de la Ley 906/04), no ha sido explotado.

¿En qué consiste?

Se trata de una de las modalidades de aplicación del principio de oportunidad⁶⁰, por medio de la cual la Fiscalía General de la Nación suspende la persecución penal hasta tanto el imputado, por un período previamente fijado, satisfaga una o unas obligaciones impuestas. Si se cumple, la acción penal se extingue.

¿Quién puede elevar la petición?

El artículo 325 de la Ley 906 de 2004 señala que el peticionario es el *imputado*; no obstante, es conveniente hacer las siguientes precisiones:

Con base en la eficiencia pretendida por el nuevo sistema procesal, y aun

⁶⁰ Inciso 1º del artículo 250 de la C. N. (artículo 2º del Acto Legislativo número 03/02) en concordancia con el art. 323 de la Ley 906 de 2004.

cuando en estricto sentido antes de la formulación de imputación no existe un «procedimiento» que se pueda suspender, en aras del ahorro de recursos humanos y económicos, se considera que también podría hacerlo un *indiciado*, por ejemplo, a quien se le legalizó captura y no se le ha formulado imputación, pero desea una solución pronta, justa y beneficiosa a su caso. Es más, si se impone con válidos argumentos de carácter jurídico procesal la necesidad de requerirse la condición de *imputado*, la solución es muy sencilla insistir ante el Fiscal Delegado para que formule la imputación, claro está, previo compromiso por su parte de aplicar en el menor término la suspensión del procedimiento a prueba.

De otro lado, nada impide que el *defensor*, y aun la propia *víctima*, puedan solicitar que se cite al imputado para que, si lo considera conveniente, exponga un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir. Es obvio que, en el caso de mediar solicitud de la presunta víctima y/o del defensor, si el imputado no está interesado en esta figura, no podría existir ningún mecanismo, ni el más sutil, para que se obligue a su aceptación.

En lo que concierne a la petición elevada por el defensor, debe haber un diálogo amplio con su representado con el ánimo de explicarle las bondades y las consecuencias de suspender el procedimiento a prueba y, por tanto, un consentimiento informado del usuario.

Las precedentes situaciones constituirán la excepción, por cuanto la literalidad de la norma⁶¹ exige que la solicitud únicamente sea elevada por el imputado, en aras de evitar que, por interpretación exegética, se denieguen las otras iniciativas. Por ende, aquí es donde la defensa pública ha de ser activa, para sugerir y obtener una interpretación amplia, o, la manifestación expresa de su representado.

Por último, cabe advertir que, en algunas ocasiones el *Fiscal*⁶² mismo, sin intervención primigenia del imputado, dispondrá la suspensión con las correlativas obligaciones, a fin de aplicar con posterioridad el principio de oportunidad en su modalidad de renuncia. Significa esto que, en eventos cuya gravedad y modalidad de la conducta punible así ameriten, el Fiscal, para verificar si es viable concederle una nueva oportunidad al imputado, establecerá su procedencia a través del efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas.

⁶¹ Art. 325 de la Ley 906 de 2004.

⁶² Parágrafo del artículo, 325 *ibidem*.

¿Ante quién se hace la solicitud?

El inciso 3º del artículo 325 del nuevo C. de P. P. limita su solicitud a la presentación ante el *Fiscal Delegado*; sin embargo, gracias al numeral 3º del artículo 343, cabe pensar que sería viable la mediación del *Juez de Conocimiento*, a quien se le explicaría la intención del acusado de acogerse al mecanismo de la suspensión, en procura de que recomiende a la Fiscalía Delegada analizar esa opción.

¿Cuáles son las consecuencias de aplicar la «suspensión del procedimiento a prueba»?

Si se cumplen el plan de reparación y las obligaciones decretadas de la amplia gama enumerada en el artículo 326, lo que se impone es la extinción de la acción penal, según lo dispone el artículo 77, en concordancia con el último inciso del artículo 326.

Por el contrario, de no cumplirse las condiciones, cesará la suspensión y, por tanto, proseguirá la acción penal. Eso sí, no podrá considerarse esta circunstancia para efectos de responsabilidad, por expresa prohibición legal⁶³, y, por supuesto, habida cuenta de la «presunción de inocencia».

Procedimiento

1. Propuesta de plan de reparación del daño y condiciones a cumplir.
2. Consulta a la víctima respecto de la propuesta.
3. Decisión del Fiscal Delegado por medio de la cual aprueba o modifica la propuesta y señala las obligaciones a cumplir.
4. Extinción de la acción penal en caso de cumplimiento satisfactorio de las condiciones impuestas.

Recomendaciones a los defensores públicos:

Ante la posibilidad de la extinción de la acción penal claramente ventajosa para el imputado, toda vez que no sufrirá las diversas consecuencias negativas de una condena, y también favorable para la víctima en cuanto a lograr por parte de su antagonico un compromiso de realizar acciones en su beneficio⁶⁴, es importante emplear esta novedosa figura procesal en Colombia permite la solución del

⁶³ Inc. 4 del art. 325, parte inicial del inc. 3º del art. 327 y literal d) del art. 8 - norma rectora - *ibidem*.

⁶⁴ Ver numerales 7, 8, 9 y 10 del art. 326 *ibidem*.

conflicto sin acudir al agotamiento del juicio oral, perjudicial tanto para el acusado como para la presunta víctima, pues, entre otros aspectos desagradables, deben ventilarse ante la opinión pública situaciones que en muchos casos sólo son de su resorte.

En otros términos, se trata de una solución efectiva y menos traumática, máxime cuando la víctima recibe una reparación⁶⁵, y la «sanción» al imputado - para sosegar a los «retribucionistas» - consiste en las obligaciones señaladas en el artículo 326 del nuevo C. de P. P. Varias de éstas podrían imponerse atendiendo la gravedad y modalidad de la conducta, con un período de prueba de hasta tres años. Lo anterior no significa, y por ello se alude a la gravedad y modalidad de la conducta, que se abuse del término de fijación de las obligaciones, así como del número de ellas, pues aquí también son aplicables los principios de *proporcionalidad*⁶⁶ y *razonabilidad* desarrollados ampliamente por la Corte Constitucional. Es decir, que el defensor público deberá estar atento a que no se vulneren estos principios imponiendo condiciones que no guarden relación con la presunta conducta punible del usuario, y un período de prueba exagerado.

En fin, antes de considerar el allanamiento a los cargos por parte del usuario, suscribir un acuerdo con la Fiscalía o enfrentar un juicio oral con una probabilidad alta de derrota, es imperioso analizar la pertinencia de la suspensión aquí analizada.

Ahora bien, ¿cuáles serían las razones válidas para pedir la «suspensión del procedimiento a prueba» y no directamente la aplicación del principio de oportunidad en su modalidad de renuncia?

En primer término, porque la solicitud de suspensión es una facultad propia del *imputado* - como ya vimos en una de las respuestas precedentes -, en tanto que la aplicación del principio de oportunidad en su modalidad de «renuncia» es una facultad exclusiva del fiscal; tanto es así que si se eleva una deprecación por parte del imputado en este sentido, la única obligación del fiscal es la de responder sucintamente al solicitante, preservando así el derecho fundamental de petición, cuando no es viable aplicar la mencionada figura⁶⁷. En

⁶⁵ Inciso 2º del art. 325, en concordancia con los arts. 518 a 520, *ibidem*.

⁶⁶ Ver sentencia C-371/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Incluso, la misma guarda relación con el numeral 11 del artículo 326 *ibidem*.

⁶⁷ Parte final del artículo 3º de la Resolución No. 0-6657 del 30 de Diciembre de 2004, emitida por el entonces Fiscal General de la Nación.

segundo lugar, por cuanto en aquellos casos en que el Fiscal Delegado ya ha expresado, así sea de manera informal, que no aplicará el principio de oportunidad, el camino que nos queda es el de recordarle el párrafo del artículo 325 de la Ley 906 de 2004, el cual relaciona ambas figuras, una como consecuencia de la otra, e instar la aplicación de lo allí dispuesto, vale decir, hacer uso de la suspensión con miras a verificar la finalidad del principio de oportunidad, antes de solicitar al Juez de Control de Garantías la extinción de la acción penal.

13) AUDIENCIAS PREVIAS AL JUICIO

13.1. ESQUEMA DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACION

Tanto el escrito de acusación elaborado por el fiscal competente como el acto mismo de la formulación de acusación ante el juez de conocimiento, encuentran suficiente desarrollo y reglamentación en los artículos 336 a 347 de la ley 906 de 2004.

En ese contexto normativo se advierten el trámite, objeto y alcances de la audiencia de formulación de acusación, a saber:

Presentación del escrito de acusación y su citación.

El fiscal competente presenta el escrito de Acusación ante la Secretaría de los Juzgados de conocimiento para que se asigne el juez que conocerá del respectivo Juicio (*público, oral, con inmediatez de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías*), el cual procederá a fijar fecha y hora para la realización de la audiencia de formulación de acusación, ordenando las citaciones respectivas.

Enterada del objeto y fecha de la audiencia, la defensa debe procurar que el despacho del juez le haga entrega anticipada de copia del escrito de acusación, lo cual significa un plazo razonable para preparar de manera adecuada los diferentes puntos objeto de discusión en la audiencia, al

paso que contribuye para que ésta sea más ágil y dinámica. Este paso previo no debe confundirse con el traslado formal del escrito que se hace en la audiencia misma (artículo 339). Esperar hasta ese momento u oportunidad implicaría y exigiría del defensor la solicitud de una suspensión (razonable) de la audiencia para tener la posibilidad de estudiar los puntos objeto de tal diligencia.

Objeto de la audiencia

- Revisar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de acusación (Art. 337). El control es formal y no material, por tanto no procede recurso alguno. Ello no obsta para que la defensa presente observaciones o exija al fiscal complementarlo, a instancias del juez director de la audiencia (de conocimiento), para una mayor claridad y comprensión de los cargos y términos de la acusación.
- No debe olvidarse que se trata de la oportunidad procesal como garantía de la defensa para conocer los hechos sobre los cuales versará el juicio; por eso, la defensa debe conocer los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información que ubicó, recogió, aseguró y preparó la Fiscalía.
- Para que las partes y el Ministerio Público presenten las causales de impedimento, recusación o nulidades.
- Formulación oral de la acusación.
- Determinar la calidad de víctima y reconocer su representación legal, si se constituye.
- Adoptar, si así se solicitan, medidas de protección de víctimas o testigos.
- Iniciar el descubrimiento de elementos materiales probatorios, evidencia física o información que posea la Fiscalía .

En esta audiencia resulta trascendental el descubrimiento de prueba y por ello resulta importante detenernos en ello, saber:

Concepto de descubrimiento de la evidencia

El descubrimiento de evidencia es el deber que se impone, a la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación (344), y a la Defensa en la audiencia preparatoria, de dar a conocer de manera integra la

evidencia que presentarán en el juicio. Este deber es manifestación del principio de igualdad de las partes, del de contradicción y del de lealtad procesal.

Como atribución propia de la defensa (125,#3), y deber del acusador (142,#2), el defensor debe conocer, por intermedio del juez, todos los medios de conocimiento en poder de la Fiscalía, en el momento de realizar la acusación.

DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN

- Instalación de la audiencia y verificación de las partes. Obligatorio es que estén el Juez, Fiscal y el defensor. El acusado tiene el derecho de estar en su juicio, si opta por ello.
- Luego se decide alguna petición de las partes e intervinientes presentes, referida a la existencia de alguna causal de impedimento, recusación o nulidad.
- Traslado a la defensa y Ministerio Público para que hagan las observaciones sobre la falta de requisitos legales del escrito de acusación.
- Saneado el procedimiento, procede el Fiscal de manera oral a formular la acusación.
- Se ventilarán igualmente solicitudes sobre suspensión condicional del procedimiento a prueba, para futura aplicación del principio de oportunidad; trámite ante la aceptación de cargo o de la acusación; verificación de un eventual preacuerdo Fiscalía-defensa.

Decisión

El señor juez de conocimiento se pronuncia sobre cada uno de los puntos objeto de la audiencia: Dar como legalmente formulada la acusación; fijar fecha para la realización de la audiencia preparatoria; referirse de manera expresa a las solicitudes presentadas en el desarrollo de la audiencia, e imprimir el trámite subsiguiente que corresponda.

Recursos. NO PROCEDEN.

13.1.1) DESCUBRIMIENTO DE PRUEBAS

1. ¿Qué es el descubrimiento de pruebas?

Técnicamente son pruebas aquéllas que son presentadas en juicio, y excepcionalmente tienen el carácter de tales aquéllas que son practicadas en forma anticipada atendiendo a lo previsto en los artículos 284 y 285 del CPP. El descubrimiento de pruebas se refiere al acto procesal en el cual una parte informa a la otra sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física que pretende llevar a juicio, los documentos con que cuenta, los testigos y peritos con los cuales los aducirá, aquéllos que declararán como testigos y sus datos de ubicación e identificación; así como las entrevistas, declaraciones o deposiciones que hubiere practicado a los mismos, y los informes de policía o técnicos obtenidos durante sus actos de investigación. Para la Fiscalía, la obligación del descubrimiento de pruebas es mayor que para la defensa; la Fiscalía debe entregar a la defensa la totalidad de las entrevistas, declaraciones, deposiciones e informes con que cuente, aunque no vaya a presentarlos al juicio (inciso final del art. 250 Const. Pol.).

2. ¿Para qué sirve el descubrimiento de prueba?

Para hacer efectivos los principios de igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal (art. 4 CPP), defensa tanto material como técnica (art. 8 lit. j, y 125, num. 3 CPP), y contradicción (art. 15 CPP)⁶⁸.

3. ¿Qué puede hacer el defensor con el descubrimiento de pruebas?

Le facilita anticipar la teoría del caso de la Fiscalía, e identificar los aspectos que debe abordar en el juicio.

El defensor debe examinar cuidadosamente los procedimientos adelantados por la Fiscalía, la policía y los investigadores en el recaudo de evidencia, informaciones, elementos materiales probatorios o entrevistas. Debe estar atento, tanto a su legalidad como a su licitud, para solicitar si es del caso su exclusión o rechazo en la audiencia preparatoria.

⁶⁸ En Puerto Rico y Estados Unidos, el acusado puede solicitar la desestimación de la acusación cuando la Fiscalía no le haya entregado la lista de nombres y direcciones de los testigos que se propone usar en juicio, y esta protección del acusado tiene apoyo constitucional en la «cláusula de confrontación». Cfr. CHIESA APONTE, Ernesto L. Derecho Penal de Puerto Rico y Estados Unidos. Vol. III. Editorial Forum. 1995. Pág. 117.

Un ejemplo práctico para la defensa es el siguiente: En un caso de tentativa de extorsión, la Fiscalía, en el documento de descubrimiento de pruebas que anexa a la acusación, anuncia que llamará como testigo al funcionario del Gaula que realizó la captura, quien llegó al sitio en virtud de una interceptación de la llamada telefónica que hacía el sospechoso, y dice la Fiscalía que para tales efectos presentará al juicio un casete con la grabación de la comunicación telefónica, que aducirá con un técnico del DAS que realizó la interceptación. En este caso la defensa debe solicitar a la Fiscalía que ponga de presente no sólo la orden del fiscal que dispuso tal interceptación (art. 235 CPP), sino también las audiencias de control de legalidad de la orden (art. 237 CPP) y la atinente a la puesta a disposición del juez de los elementos recogidos como consecuencia de la interceptación (art. 114 num. 3 CPP). Si la Fiscalía no realizó tales audiencias de control de legalidad, o no descubre a la defensa tales audiencias, la defensa en la audiencia preparatoria podrá solicitar al juez la exclusión del testimonio del funcionario del Gaula que realizó la captura (quien llegó al lugar por el rastreo de la llamada telefónica interceptada ilegalmente); la exclusión de los casetes por no haber sido legalizada su recolección y la del testigo con el cual pretendían aportarse al juicio, todo ello con fundamento en el artículo 360 del CPP, como quiera que las audiencias de control de legalidad de las actuaciones que realiza la Fiscalía son requisitos formales previos a la aducción de medios de prueba.

4. ¿A quién le corresponde realizar el descubrimiento de prueba?

La obligación de descubrir las pruebas le corresponde tanto a la Fiscalía como a la defensa, pero las normas constitucionales y legales imponen una carga mayor a la Fiscalía y son más exigentes con ella. El último inciso del artículo 250 de la Constitución Política señala:

«En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado».

5. ¿Cuándo le corresponde a la Fiscalía realizar el descubrimiento de pruebas?

De conformidad con lo previsto en el artículo 250 de la Constitución Política y el numeral 5 del artículo 337 del CPP, la oportunidad para descubrir la prueba por parte de la Fiscalía es la presentación del escrito de acusación; así lo manifestó la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en auto de segunda instancia proferido el 30 de septiembre de 2005, con ponencia del Magistrado Marco Antonio Rueda Soto.

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal, que se ajusta plenamente a las normas constitucionales y legales, la Fiscalía debe presentar, con destino al acusado y a su defensor, copia del escrito de acusación con los anexos correspondientes al descubrimiento de sus pruebas; esto es, debe suministrar todos los elementos materiales probatorios, evidencia física e informaciones recogidas durante la investigación.

Como bien lo dice el Tribunal Superior de Bogotá en el pronunciamiento citado, el descubrimiento de pruebas no se satisface con la relación de los testigos ni de los elementos materiales probatorios que se aducirán a juicio, sino con la entrega de las copias de informes, entrevistas y demás documentos que comprendan su investigación, salvo los casos previstos en el artículo 345 CPP. Agregó el Tribunal en esta oportunidad que el descubrimiento de prueba no es gradual, sino que debe ser completo desde la presentación del escrito de acusación, salvo que surja durante el juicio algún elemento material probatorio no conocido antes.

Como fue señalado en varias de las actas del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), con el escrito de acusación la Fiscalía debe acompañar los elementos probatorios con que cuenta, pues el descubrimiento de pruebas «es el tema más importante para que un juicio sea justo»⁶⁹. «El defensor tiene derecho de recibir todo con la acusación del cliente, es decir, se tiene acceso a todas las declaraciones, a todos los informes, a todas las piezas de evidencia, es decir, acceso a todo»⁷⁰.

El descubrimiento de pruebas que haga la Fiscalía con la presentación del escrito de acusación debe ser lo más completo posible. En caso de que la defensa conozca que la Fiscalía cuenta con elementos materiales probatorios específicos, evidencia física o información que no ha descubierto, así lo manifestará y, si el juez lo encuentra pertinente, ordenará a la Fiscalía que descubra, exhiba o entregue copia de ellos dentro de un plazo máximo de tres (3) días después de celebrada la audiencia.

En consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el código de procedimiento penal, el término que tiene la Fiscalía para realizar su descubrimiento de pruebas es la presentación del escrito de acusación y

⁶⁹ Cfr. OSORIO ISAZA, Luis Camilo y MORALES MARÍN, Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005. Acta N° 023 sesión del 27 de junio de 2003 celebrada en Bogotá. Tal observación es hecha reiteradamente por el Dr. Jaime Granados Peña, académico. Págs. 566 y 567.

⁷⁰ Cfr. Cit. Acta N° 025, sesión del 30 de junio de 2003, celebrada en la ciudad de Cartagena, lo anotado entre comillas cita lo dicho por Kim Lindquist, Fiscal Federal de Estados Unidos. Pág. 592.

a más tardar los tres (3) días posteriores a ella, previstos por el juez para ordenar el descubrimiento, entrega o exhibición de algún elemento o información solicitados por la defensa. Este término perentorio explica lo previsto por el numeral 1° del artículo 356 del CPP; señala esta norma que si las partes durante la audiencia preparatoria manifiestan que el descubrimiento de pruebas no ha sido completo, especialmente el efectuado fuera de la sala de audiencias, «el juez lo rechazará».

Durante la audiencia preparatoria, la Fiscalía enunciará las pruebas que hará valer en la audiencia de juicio oral o público, pero de manera alguna debe confundirse esta enunciación con el descubrimiento de pruebas. En el momento de enunciar las pruebas, la Fiscalía ya ha agotado la oportunidad de descubrir sus pruebas.

Atendiendo a lo señalado por los artículos 344, 346 y 356 num. 1 del CPP, la Fiscalía no puede enunciar para la audiencia de juicio oral pruebas diferentes de aquéllas que hayan sido objeto de descubrimiento a la defensa en la oportunidad ya señalada.

La Fiscalía puede desistir de llevar a la audiencia de juicio oral determinada prueba de las enunciadas en el descubrimiento con el escrito de acusación, pero no puede enunciar en la audiencia preparatoria, como prueba que pretenda hacer valer en la audiencia de juicio oral, una no incluida en el descubrimiento de prueba.

6. ¿Qué sucede si la Fiscalía no cuenta con un elemento material probatorio, evidencia física, documento, objeto o libro que solicita la defensa?

Debe manifestarlo al juez para que éste ordene a la entidad pública, privada, persona natural o jurídica que descubra, exhiba o entregue copia a la defensa de la información solicitada por la defensa con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento. La Fiscalía no puede resguardarse para impedir el descubrimiento de prueba a la defensa en que no la tiene en su poder o bajo su custodia, debe informarlo al juez para que éste, de acuerdo con el primer inciso del artículo 344 del CPP, ordene a «quien corresponda», permita el conocimiento de lo requerido por la defensa.

7. ¿Qué sucede si la Fiscalía no cumple con el descubrimiento de pruebas dentro del término señalado por el artículo 344 del CPP?

Se aplica la sanción prevista por el artículo 346 del CPP, esto es, que si la Fiscalía «incumple con el deber de revelar información durante el

procedimiento de descubrimiento», los elementos probatorios y evidencia física que deban descubrirse y no sean descubiertos, sea con o sin orden específica del juez, «no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada».

Los presupuestos para aplicar la sanción señalada en la norma citada prevén aspectos que deben destacarse y son de interés para la defensa. Por ejemplo, que el descubrimiento de la prueba que requiera la defensa no está limitado a una orden del juez, sino que si la defensa solicita a la Fiscalía que le descubra determinado elemento probatorio, información o evidencia física que pretenda aducirse como prueba de cargo, y tal solicitud es efectuada en la audiencia de formulación de acusación o dentro de los tres (3) días siguientes a ésta, la Fiscalía debe descubrirla; si no lo hace, se aplica a ella la sanción prevista en el artículo 346 del CPP.

Ha de tenerse en cuenta que la sanción se aplica a la parte que omite descubrir una prueba que pretende hacer valer en el juicio oral. Esta sanción no opera, por ejemplo, cuando lo que solicita la defensa y omite descubrir la Fiscalía no va a ser utilizado por ésta como prueba en la audiencia de juicio oral.

No obstante lo anterior, si lo que omite descubrir la Fiscalía es una prueba exculpatoria para la defensa, hay mala fe y deslealtad por parte del representante del órgano acusador, lo cual tiene implicaciones procesales, pues afecta de nulidad la actuación por violación al debido proceso⁷¹, además de acarrear responsabilidad penal, si es ocultado un elemento material probatorio (art. 454 B CP), y disciplinaria para el fiscal que incurra en tal actuación, que es manifiestamente dolosa.

8. El descubrimiento de pruebas que hace la Fiscalía ¿es también para el juez de conocimiento?

De ninguna manera. El juez de conocimiento no puede tener en su poder ni conocer el escrito de acusación, y tampoco los informes entrevistas o denuncias realizadas por la Fiscalía, pues pierde la imparcialidad y neutralidad que debe tener para afrontar el juicio. En

⁷¹ CHIESA refiere que en las cortes norteamericanas se considera que hay mala fe del fiscal, que viola el debido proceso, cuando conociendo evidencia exculpatoria no la revela a la defensa. Cfr: Cit. Vol. II Pág. 7.

caso de que el juez tenga en su carpeta copia de estos documentos, válidamente la defensa puede plantear una nulidad del juicio por violación al debido proceso, al vulnerarse los principios de imparcialidad del juez, igualdad y de presunción de inocencia.

Obsérvese que claramente el último inciso del artículo 337 CPP señala que la Fiscalía «solamente» entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al ministerio público y a las víctimas. En ninguna parte se menciona que una de las copias sea para el juez.

Ahora bien, cuando el último inciso del artículo 250 de la Constitución se refiere a que la Fiscalía deberá suministrar por conducto del juez de conocimiento todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado, se refiere a que el juez es un medio para hacer llegar esos documentos a la defensa, pero no que él sea el destinatario de ellos.

El juez conocerá de las pruebas cuando le sean presentadas en el juicio, no antes.

9. ¿Tienen la policía judicial y la Fiscalía la obligación de registrar las entrevistas?

Sí. De conformidad con el inciso 2 del artículo 206 CPP, cuando la policía judicial en desarrollo de su actividad realice entrevistas, las deberá efectuar observando las reglas técnicas pertinentes «y se emplearán los medios idóneos *para registrar los resultados del acto investigativo*».

De otra parte, el literal d) del artículo 209 CPP, al referirse a las características que debe contener el informe del investigador de campo, señala que debe acompañarlo «con el *registro de las entrevistas e interrogatorios* que hubiese realizado».

10. ¿Tiene derecho la defensa a conocer y a que le sean entregadas copias de las entrevistas que hayan hecho la Fiscalía, la policía o los investigadores a los testigos que pretenda llevar la Fiscalía al juicio oral?

Sí. El último inciso del artículo 250 de la Constitución ordena claramente que la Fiscalía deberá suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado. Por su parte, el artículo 125 del CPP señala, dentro de los deberes y atribuciones especiales de la defensa, el siguiente:

«3. En el evento de una acusación, conocer en su oportunidad todos los elementos probatorios, evidencia física e informaciones de que tenga noticia la Fiscalía General de la Nación, incluidos los que sean favorables al procesado».

La defensa tiene derecho a que le sean entregadas copias de las entrevistas; de otra manera no podrá prepararse en forma adecuada y podría afectarse el debido proceso y el derecho de defensa.

11. ¿Qué sucede si la Fiscalía entrega copias incompletas, ilegibles, mutiladas o fragmentarias?

Que está incumpliendo con el descubrimiento de prueba y está actuando en forma desleal. La Fiscalía debe entregar o exhibir todos los medios de conocimiento con que cuenta y, además, debe entregarlos completos y legibles; no puede limitar el conocimiento pleno que debe tener la defensa sobre el estado y contenido de los mismos, so pena de que le sea aplicada la sanción prevista en el artículo 346 del CPP.

Debe precisarse que si la defensa solicita la exhibición de un lugar, un objeto o un elemento material probatorio, la Fiscalía debe entregar a la defensa copia de la cadena de custodia que demuestra su autenticidad y preservación. Además, si tales objetos no están en el despacho del fiscal, éste debe adelantar las diligencias pertinentes para facilitar a la defensa desplazarse al lugar donde se encuentren para que le sean exhibidos; para tales efectos debe remitir los oficios respectivos y certificar que el defensor o sus investigadores (previamente identificados por la defensa) pueden observar tales elementos. Ahora bien, si la Fiscalía obstaculiza a la defensa la preparación de su caso bien impidiendo el acceso, o bien dilatando el envío de las constancias, certificaciones u oficios, así se informará al juez en la audiencia preparatoria para que aplique la sanción prevista en el artículo 346 CPP.

12. ¿En qué forma y en cuál oportunidad debe el defensor solicitar el descubrimiento de otras pruebas que requiere para la preparación de su caso?

Lo ideal sería hacer esa solicitud en la audiencia de formulación de acusación cuando la Fiscalía descubre sus pruebas; para ello sería útil que los jueces entregaran con anticipación a la audiencia mencionada el escrito de acusación a efectos de que la defensa pueda preparar su intervención y solicitudes. Así mismo, en aras de la celeridad y economía procesal deben los jueces exigir a la Fiscalía que al momento de radicar el escrito de acusación acompañe los anexos atinentes al descubrimiento de prueba, so pena de no radicar el escrito de acusación.

Pero si el escrito no se entrega a los defensores con anterioridad, pues equivocadamente algunos jueces piensan que la entrega del escrito es lo mismo que el traslado del mismo, y que ello se hace durante la audiencia, o si el anexo de descubrimiento de pruebas que presenta la Fiscalía está incompleto por no llevar consigo las copias de entrevistas, informes y otros documentos, el defensor debe solicitar a la Fiscalía, por escrito, dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación el descubrimiento de los elementos probatorios que requiera para su defensa, relacionándolos en forma clara y precisa. Con este escrito de solicitud de descubrimiento presentado por la defensa, se puede demostrar al juez, en la audiencia preparatoria, que pese a la solicitud hecha en forma oportuna por la defensa, la Fiscalía no cumplió con el descubrimiento de pruebas, y que es procedente aplicar a ella la sanción prevista en el artículo 346 del CPP. Obsérvese que en esta norma se dice que el descubrimiento no está supeditado a que exista una orden específica del juez, lo cual implica que si hay una solicitud de descubrimiento de prueba que presenta la defensa oportunamente, y no se cumple, es procedente concluir que la Fiscalía ha incumplido con el descubrimiento de pruebas.

Para los efectos anteriores sería útil que los jueces manifestaran al culminar el descubrimiento de pruebas de la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, que la defensa puede dentro de los tres días hábiles siguientes solicitar el descubrimiento de algún elemento probatorio que requiera para preparar su caso y que la Fiscalía debe atender esa solicitud en un término que deberá señalar el juez. Así mismo, puede ordenar que la radicación de la solicitud de la defensa y la entrega de las copias o la exhibición de los elementos materiales probatorios u objetos, se haga en el despacho del fiscal. Existiendo unas órdenes claras en este sentido por parte de los jueces, se evitan inconvenientes entre las partes.

13. ¿Debe descubrirse la evidencia demostrativa que pretenda utilizar la Fiscalía durante el juicio?

Sí. Debe anunciar qué evidencia demostrativa utilizará y explicarla en forma clara a la defensa durante la audiencia de formulación de acusación, cuando hace su descubrimiento de pruebas. Ahora bien, si se trata de croquis, diagramas, planos, fotografías, videos, simulaciones, etc., deberá ponerlas a disposición de la defensa o entregar copia de ellas en la citada audiencia o, a más tardar, dentro de los tres (3) días siguientes a ella. También debe decir la Fiscalía con qué testigo o testigos presentará tales evidencias, entregando a la defensa nombres, direcciones y datos personales (art. 337 num. 5 lit. c. CPP).

14. ¿Está obligada la defensa a hacer descubrimiento de pruebas?

Sí. Pero esta obligación está limitada a las pruebas que va a hacer valer en la audiencia de juicio oral. A diferencia de la Fiscalía, no existe ninguna norma que la obligue a entregar todos los elementos materiales probatorios e informaciones «de que tenga noticia», y tampoco de las entrevistas que realice.

El inciso 2° del artículo 344 CPP señala con claridad que la defensa por orden del juez entregará a la Fiscalía los elementos materiales de convicción, declaraciones juradas y demás medios probatorios que «pretenda hacer valer en el juicio», incluyendo la evidencia demostrativa o ilustrativa como planos, croquis, fotografías, etc. Como puede observarse, no está obligada la defensa a entregar copia de las entrevistas realizadas por ella o sus investigadores con fundamento en el artículo 271 del CPP, las cuales son útiles como medio de impugnación del testigo (art. 403 CPP). La alusión que hace el artículo 344 del CPP remite a la posibilidad que tienen el imputado o su defensor de obtener declaraciones juradas, como lo prevé el artículo 272 CPP.

Ahora bien, cuando la defensa pretenda alegar inimputabilidad, en cualquiera de sus variantes, luego de que la Fiscalía haga el descubrimiento de prueba en la audiencia de formulación de acusación, deberá entregar a ésta los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado. Es ésta una obligación taxativa y especial de descubrimiento de prueba que prevé el artículo 344, inciso 2°, del CPP, para la defensa, y que por excepción ocurre en la audiencia de formulación de acusación. La sanción que tiene la defensa por no revelar en ese momento procesal que se alegará la inimputabilidad, y por abstenerse de entregar los exámenes periciales practicados al acusado, es la prevista en el artículo 346 del CPP, esto es, que no podrá aducir tales exámenes periciales ni podrá obtener testimonio pericial alguno relativo a este aspecto durante el juicio.

15. ¿Cuál es la oportunidad para que la defensa descubra sus pruebas?

El descubrimiento de prueba por parte de la defensa puede iniciarse en la audiencia de formulación de acusación, si la Fiscalía requiere determinados elementos de convicción o declaraciones juradas, y también cuando se anuncia que se alegará inimputabilidad (art. 344 CPP). No obstante, la oportunidad en la cual hay la clara obligación de descubrir la prueba que la defensa hará valer en el juicio es la audiencia preparatoria; señala claramente esta obligación el numeral 2 del artículo 356 del CPP. Con posterioridad a este momento no es posible para la defensa descubrir

pruebas; esto implica que no pueden llevarse a juicio elementos probatorios o testimonios que no hayan sido anunciados en la audiencia preparatoria.

16. ¿Puede la defensa entrevistar a los testigos de la Fiscalía?

Sí puede hacerlo, aunque no es aconsejable que lo haga directamente el defensor; para ello debe valerse de sus investigadores o auxiliares; piénsese en el caso en que deba acudir a la prueba de referencia porque muera el testigo; si la entrevista la hace el defensor, él sería el testigo de referencia.

Quienes realicen la entrevista al testigo de la Fiscalía deben asegurarse de dejar constancia de que el testigo accede a la entrevista voluntariamente; por ello, lo ideal es acudir al video como forma de registrarla, aunque pueden ser utilizados otros medios.

17. ¿Tiene la defensa la obligación de entregar a la Fiscalía copia de las entrevistas hechas a los testigos de cargo?

No. Tan sólo tiene la obligación de entregar copia de las declaraciones juradas que obtenga, como lo señala el artículo 344 del CPP, y dentro de ellas están incluidas las exposiciones a las cuales se refiere el artículo 347 del CPP. Las entrevistas son útiles para la defensa como medios de impugnación (art. 403 CPP), pero no son pruebas que hará valer en juicio, y por ello no tiene la obligación de entregarlas. Recuérdese que mientras la Fiscalía tiene la obligación de entregar «toda la información de la cual tenga noticia», por mandato constitucional (art. 250), la defensa sólo tiene la obligación de descubrir los elementos de convicción, las declaraciones juradas y los medios probatorios «que hará valer en juicio» (art. 344, inc. 2 CPP).

18. Si la defensa va a utilizar entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o hechas en audiencias preliminares para impugnar testigos durante el juicio, ¿debe manifestarlo en la audiencia preparatoria? ¿Qué procedimiento debe seguir?

Para responder esta pregunta deben hacerse algunas precisiones:

- a) Si las entrevistas fueron efectuadas por la policía judicial o por la Fiscalía, y van a ser utilizadas por la defensa para impugnar al testigo que las rindió durante el conainterrogatorio que se efectúe a éste en el juicio, no es necesario mencionarlas al juez en la audiencia

preparatoria como descubrimiento de prueba, pues tales entrevistas no son medio de prueba que se pretenda hacer valer en el juicio, y la ley no exige a la defensa que haga descubrimiento de ellas, de conformidad con el inciso 2 del artículo 344 CPP. Es conveniente que estas entrevistas sean solicitadas por el defensor a la Fiscalía durante su descubrimiento de pruebas, para que no se presenten inconvenientes y no pueda alegar deslealtad de la defensa.

- b) En el evento en que la defensa vaya a utilizar las entrevistas como prueba de referencia en los casos en que esta prueba es admisible (art. 438 CPP), o como prueba de referencia con fines de impugnación (art. 440 CPP), debe anunciar que las va a hacer valer como prueba en el juicio.
- c) En tratándose de exposiciones o declaraciones juradas que haya obtenido la defensa, sólo habrá obligación de descubrirlas si van a ser utilizadas en juicio como prueba de referencia (arts. 437 y 440 CPP), o para impugnar a un testigo que declare durante él (art. 347 CPP). Tal descubrimiento debe hacerse a más tardar en la audiencia preparatoria, conforme lo señala el artículo 344, inciso 2, CPP, en concordancia con los artículos 347 y 356, num. 1 y 2, *idem*.
- d) No deben confundirse las pruebas de refutación con las impugnaciones. Las pruebas de refutación deben ser anunciadas en la audiencia preparatoria, según se infiere de lo previsto en el artículo 362 del CPP, pues se altera el orden de presentación de la prueba. Las pruebas de refutación son medios probatorios que se presentan para desacreditar los allegados por la Fiscalía. Ejemplo: Si el testigo Y de la Fiscalía dice haber visto al acusado en compañía de X el día de los hechos, puede llevarse como testigo de refutación a X, quien podrá demostrar que estaba fuera del país ese día. No es estratégico manifestar en la audiencia preparatoria qué dirá el testigo X; basta con decir que X es testigo de refutación de Y.
- e) Si la defensa pretende impugnar a un testigo que declara en el juicio, con sus respuestas rendidas en audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías dentro del trámite del mismo proceso, no es necesario anunciarlo en la audiencia preparatoria. No obstante, en caso de oposición a la impugnación durante el juicio, puede argumentarse que no era necesario el descubrimiento pues tanto la Fiscalía como el juez de conocimiento tienen acceso a las grabaciones de las audiencias preliminares por tener en su poder los registros; además, tales declaraciones no son prueba anticipada, y también puede

alegarse que la defensa no podía suponer en la audiencia preparatoria que el testigo cambiaría las respuestas dadas en la audiencia preliminar.

No obstante lo anterior, por precaución, es conveniente advertir en la audiencia preparatoria que la defensa utilizará en el juicio las declaraciones recibidas en las audiencias preliminares, y conainterrogará a los testigos de la Fiscalía.

- f) Cuando se impugne a un testigo con base en una declaración rendida en una audiencia preliminar, es necesario exhibir la grabación correspondiente; para ello es aconsejable que el defensor cuente con el número del record y el minuto de la audiencia preliminar, a partir del cual declaró el testigo que se impugna.

19. ¿Puede la Fiscalía entrevistar, previamente al juicio oral, a los testigos de la defensa?

El artículo 347 del CPP faculta a cualquiera de las partes para aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad.

La facultad que tiene la Fiscalía para obtener exposiciones voluntarias de los testigos de la defensa expira con la presentación del escrito de acusación, que es la oportunidad de descubrir las pruebas no sólo incriminatorias, sino también exculpatorias.

Con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación, ya no existe la posibilidad para la Fiscalía de obtener exposiciones o declaraciones juradas, pues ya no tendría oportunidad de descubrirlas a la defensa como es su obligación; permitir a la Fiscalía que lo haga rompería el equilibrio que debe existir entre las partes. De manera que la única posibilidad que le queda a la Fiscalía es conainterrogar a los testigos de la defensa en el estrado durante la audiencia de juicio oral, e impugnarlos con las exposiciones, entrevistas o declaraciones obtenidas antes de presentar su escrito de acusación (num. 4 del art. 403 CPP), siempre y cuando las haya descubierto en esa oportunidad a la defensa; en caso contrario ésta puede oponerse durante la audiencia a que sean utilizadas⁷².

⁷² Refiere CHIESA que en la legislación de Estados Unidos y Puerto Rico existen limitaciones o excepciones al descubrimiento de prueba a favor de la Fiscalía y son las siguientes: Una es el producto del trabajo del acusado o su abogado; otra es la comunicación o declaraciones hechas por el acusado a su defensor o auxiliares y, por último, las declaraciones hechas por los testigos o posibles testigos del acusado o la Fiscalía para el acusado, sus agentes o abogados. En este último caso, existe incluso la siguiente prohibición en el artículo 11 del Código de Enjuiciamiento Criminal: El fiscal «no deberá interrogar a los testigos del acusado, excepto en el acto de celebrarse el juicio público». Cfr. Cit.. Vol. III. Págs. 245 y 246 nota pie N° 75.

20. ¿Qué le sucede a la defensa si no descubre la prueba que hará valer en juicio oral a más tardar en la audiencia preparatoria?

Que le será aplicada la sanción prevista en el artículo 346 del CPP, esto es, que no podrá aducir las pruebas al proceso ni practicarlas durante el juicio; el juez rechazará su práctica, a menos que la defensa acredite que omitió su descubrimiento por causas no imputables a ella.

21. ¿Existen excepciones al descubrimiento de prueba?

Sí, pese a que la obligación de descubrir pruebas para la Fiscalía es tan exigente, tanto ella, como la defensa están eximidas de descubrir pruebas en los casos previstos por el artículo 345 del CPP. Son ellos:

- 1) La información sobre la cual alguna norma imponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras. Es decir que caben otros eventos en los cuales hay privilegio, como los previstos en el artículo 385 del CPP⁷³.
- 2) Información sobre hechos ajenos a la acusación, y la información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.

Hace referencia este numeral, en la primera parte, a la pertinencia, esto es que la Fiscalía no estaría obligada a descubrir pruebas que no tengan relación con los hechos de la acusación, y tampoco está obligada a hacerlo la defensa.

En la segunda parte de la norma se dice que tampoco hay obligación de descubrir pruebas sobre hechos que no pueden ser objeto de prueba según disposiciones constitucionales y legales. Se sabe por conocimientos de la teoría del derecho probatorio que el objeto de prueba son los hechos presentes, pasados o futuros y lo que puede asimilarse a ellos, como son los estados o hechos síquicos o internos del hombre; no son objeto de prueba las reglas o máximas de la experiencia y tampoco las normas jurídicas, si se trata de leyes nacionales⁷⁴.

⁷³ Debe precisarse que hay privilegio en aquellos casos en los cuales el acusado ha hecho manifestaciones a personas que están facultadas constitucional o legalmente para guardar el secreto; no hay tal privilegio si estas personas han obtenido la información relativa al acusado por una vía diferente de su propia manifestación, aunque podrían resguardarse en la norma que les imponga el secreto para no rendir testimonio; si declaran no violan el privilegio del acusado.

⁷⁴ Cfr: DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Tomo II. Novena Edición. Editorial ABC. Bogotá, 1988. Pags. 41-50.

Al examinar las disposiciones legales que excluyen hechos como objeto de prueba, nos encontramos con el artículo 376 del CPP, que señala tres excepciones a la admisibilidad de pruebas: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y, c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

- 3) Tampoco hay obligación de descubrir los apuntes personales, archivos o documentos que estén en poder de la Fiscalía o la defensa, y que forman parte de la preparación del caso, siempre que no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición. En este último aspecto, debe recordarse de acuerdo con lo expuesto, que la obligación de descubrir entrevistas y deposiciones es para la Fiscalía, no para la defensa; ésta tan sólo está obligada a descubrir declaraciones juradas, y si no hay obligación para ella de descubrir entrevistas o deposiciones, tampoco la hay de descubrir los apuntes sobre la forma como se condujeron.
- 4) No hay obligación de develar «información» cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores. Esta excepción no puede entenderse de manera ligera. Obsérvese que hace referencia a «información», no a elementos materiales probatorios, evidencias físicas, informes de policía que se refieran a los hechos que son objeto de la acusación, ni a las entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas y otros elementos probatorios. Aquéllos que sustenten los hechos de la acusación y que serán llevados a juicio deben descubrirse; en caso contrario, con este pretexto se puede dar al traste con la defensa, y promover un proceso con violación de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa material.
- 5) De la misma manera, aquella información que afecta la seguridad del Estado no hay obligación de descubrirla; lo mismo que en el numeral anterior, la norma se refiere a «información», no a elementos probatorios que sustentan la acusación y serán llevados a juicio, éstos siempre deben descubrirse a la defensa.

22. ¿Pueden ser descubiertas pruebas fuera de las oportunidades señaladas en la ley procesal para la Fiscalía y para la defensa?

Sí, la ley prevé una exigente excepción en el inciso final del artículo 344 CPP. Se tiene entonces que esta excepción opera dentro de los siguientes presupuestos:

- 1) La Fiscalía debe haber descubierto la prueba que hará valer en juicio en la audiencia de formulación de acusación, y la defensa a más tardar en la audiencia preparatoria, salvo lo atinente a los exámenes periciales practicados al acusado si va a alegar inimputabilidad, pues debe descubrirlos en la audiencia de formulación de acusación.
- 2) La evidencia o prueba que se solicite fuera de las oportunidades señaladas debe ser rechazada por el juez, con fundamento en el artículo 346 del CPP, salvo que el descubrimiento no haya sido posible por causa no atribuible a la parte a la cual afecta la exclusión, por ejemplo, porque la defensa no acudió al lugar donde se encontraba el elemento material probatorio o la evidencia que había solicitado le fuera exhibida.
- 3) Las pruebas solicitadas por la Fiscalía y por la defensa en la audiencia preparatoria serán decretadas por el juez en la audiencia preparatoria, siempre que sean atinentes a los hechos consignados en el escrito de acusación; que se trate de hechos que sean objeto de prueba; y que no sean pruebas repetitivas, inútiles o inadmisibles (arts. 357 y 359 CPP).
- 4) Agotadas las solicitudes probatorias de las partes en la audiencia preparatoria, excepcionalmente el ministerio público podrá solicitar una prueba no pedida por ellas, de la cual tenga conocimiento, siempre que tenga esencial influencia en los resultados del juicio (art. 357, inc. final CPP).
- 5) El juez no podrá decretar pruebas de oficio (art. 361 CPP).
- 6) Si con posterioridad a la audiencia preparatoria, alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos, que deba ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez.
- 7) La excepción es de interpretación restrictiva; sólo opera frente a elementos materiales y evidencia física, es decir, que hace referencia a la aparición de elementos u objetos tangibles vinculados con el caso, productos o instrumentos del delito. No es admisible para testimonios, informes periciales, inspecciones, ni pruebas de referencia.
- 8) Debe comprobarse por parte de la Fiscalía que ese elemento material probatorio o evidencia física no era conocido por ella al momento en que formuló su acusación. Si se trata de la defensa, debe acreditarse que no la conocía en el momento en que hizo su solicitud de pruebas

durante la audiencia preparatoria. Si la otra parte demuestra que la evidencia era conocida y que fue ocultada, quien haya obrado así incurre en falta disciplinaria y en el delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio (art. 454B CP).

- 9) Que la falta de descubrimiento oportuno no es imputable a la parte que presenta la evidencia o elemento material probatorio.
- 10) Que la evidencia o elemento material sea muy significativo, es decir, que sea esencial para la decisión del proceso, que tenga la capacidad determinante de demostrar la inocencia o la responsabilidad del acusado en el hecho.
- 11) El juez debe oír la posición de ambas partes en relación con esa nueva evidencia en una audiencia que debe quedar grabada y debe permitirles plantear sus puntos de vista.
- 12) El Juez al tomar la decisión debe evaluar si la prueba beneficia o afecta el ejercicio de la defensa, y bajo este criterio tomará su decisión. Si la admisión de la evidencia o elemento material probatorio implica el adelantar estudios técnicos por parte de la Fiscalía, y la defensa carece del tiempo y recursos para controvertirla, deberá inadmitirla.
- 13) El juez también debe examinar si la admisión del elemento material probatorio o evidencia física afecta la integridad del juicio, especialmente su concentración, atendiendo a lo previsto en el artículo 454 del CPP. Si encuentra que con las pruebas a evacuar puede decidirse el caso, y que es mayor la afectación a las partes y al proceso, porque éste deba suspenderse o repetirse, no accederá a su admisión.

23. ¿Puede la Fiscalía descubrir con posterioridad a la presentación del escrito de acusación informes periciales que no haya obtenido con anterioridad?

Sí, siempre y cuando la Fiscalía informe a la defensa en el descubrimiento de pruebas que haga en la audiencia de formulación de acusación que está a la espera de obtener el resultado de unas pruebas técnicas o de informes periciales que se han ordenado con anterioridad a tal audiencia. En este caso, debe explicar claramente en qué consiste el estudio técnico y qué elementos materiales probatorios o evidencias físicas son examinados. En este evento, el juez ordenará a la Fiscalía que, inmediatamente obtenga el resultado esperado o el informe técnico, lo ponga en conocimiento de

la defensa, dejando constancia de la fecha, hora y lugar en el cual se hace tal descubrimiento.

En el caso de que, al momento de celebrarse la audiencia preparatoria aún no se haya obtenido tal resultado o estudio técnico, la Fiscalía no podrá utilizarlo durante el juicio, pues crea una condición de desigualdad frente a la defensa, que no tuvo el tiempo para realizar los estudios pertinentes y decidir la forma de controvertir el medio probatorio.

Cuando la entrega de resultados a la defensa sea tan próxima a la fecha señalada para la audiencia preparatoria que no le permita preparar el caso y realizar las pesquisas necesarias para controvertir el nuevo elemento probatorio, con fundamento en los artículos 8 literal i), 124 numeral 2 y 158 del CPP, podrá pedir al juez prórroga del término, el cual puede ser hasta el doble del término prorrogado, esto es, otros 30 días.

Lo que no es admisible bajo ninguna circunstancia es que la Fiscalía aduzca elementos materiales probatorios, evidencia física, informes periciales o estudios técnicos no anunciados en la audiencia de formulación de acusación, o cuya práctica no haya sido ordenada hasta ese momento. Si la Fiscalía contaba con los elementos materiales probatorios o evidencias, o tuvo la posibilidad de ordenar un examen pericial, o solicitar su práctica a un Juez de Control de Garantías, el hacerlo con posterioridad a la audiencia de formulación de acusación es una omisión imputable a su negligencia o a su dolo, y debe ser rechazada por el juez. Es ése un acto de deslealtad de la Fiscalía, que rompe el equilibrio en el proceso y sorprende a la parte acusada. El juez debe velar por que la Fiscalía no cree condiciones de indefensión en la parte acusada sorprendiéndola con pruebas no descubiertas, pues ella carecería del tiempo necesario para preparar su defensa y examinar qué medios probatorios llevará al juicio.

24. ¿Tiene algún recurso la decisión del juez de rechazar en el Juicio la práctica de una prueba que fue descubierta oportunamente, o la de ordenar que sea practicada en juicio una prueba descubierta en forma extemporánea?

El artículo 176 del CPP prevé que la reposición procede para todas las decisiones. El artículo 177 *idem*, por su parte, regla que la apelación se concederá en el efecto suspensivo para el auto que niega la práctica de una prueba en el juicio oral (num. 4) y para el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral (num. 5). En este último evento la decisión objeto de recurso de alzada es tanto la que niega excluir una

prueba como aquélla que decide no excluir una prueba, previa solicitud de alguna de las partes.

Así mismo, el artículo 359 del CPP, en el último inciso, establece que cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión, y contra ésta procederán los recursos ordinarios.

Es importante tener en cuenta que, siempre que se rechace o inadmita una prueba, pueden ser interpuestos los recursos ordinarios; cuando se decreta una prueba, la decisión no será susceptible de recurso, a menos que la parte interesada en su rechazo o exclusión haya solicitado el mismo, y es sobre la decisión de rechazo o exclusión sobre la que puede interponerse recurso de apelación.

25. ¿Tiene algún recurso la decisión del juez que ordena descubrir una prueba que la parte no tenía la obligación de descubrir?

Sí. Proceden los recursos ordinarios, siempre que la parte haya solicitado la exclusión o rechazo de esa prueba. El recurso de apelación procede contra la decisión que niega la exclusión o rechazo de la prueba.

26. ¿Existe alguna otra consecuencia procesal para el descubrimiento indebido o inoportuno de un elemento probatorio?

Sí, la nulidad por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, prevista en el artículo 457 del CPP. Esta nulidad puede invocarse una vez iniciado el juicio oral, al momento de presentar el alegato de conclusión o en el recurso de apelación que se interponga contra la sentencia.

Debe tenerse en cuenta que, contra una sentencia proferida con desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, procede la casación; igualmente, cuando se haya desconocido el debido proceso por afectación sustancial de su estructura o de la garantía debida a cualquiera de las partes, y el descubrimiento de prueba oportuno y sobre lo que puede ser objeto de descubrimiento, forma parte de estas garantías (art. 181 num. 2 y 3 CPP).

Si la defensa presenta una defensa afirmativa con base en una causal de inimputabilidad, deberá descubrir los elementos materiales que la respalden (excepción), pues la obligación de la defensa y su escenario natural para descubrir es la audiencia preparatoria (art.356).

13.2) AUDIENCIA PREPARATORIA

Verificada la audiencia de formulación de acusación, el señor juez de conocimiento convoca para fecha posterior la realización de audiencia preparatoria, diligencia reglamentada en los artículos 355 a 365 de la ley 906 de 2004.

Objeto.

- Revisar si el proceso de descubrimiento de prueba por parte de la Fiscalía fue completo y leal.
- Enunciar las pruebas que cada parte hará valer en el juicio, incluida la prueba anticipada, y presentar o enunciar los elementos materiales probatorios que se desea exhibir en la audiencia oral de juzgamiento.
- Descubrimiento por parte de la defensa de los elementos materiales probatorios y evidencia física que hará valer en juicio
- Solicitar la exclusión, el rechazo o inadmisibilidad de los medios de conocimiento o prueba, de acuerdo con las reglas de prueba.
- Que las partes hagan manifestaciones sobre estipulaciones probatorias.
- Que el acusado manifieste si acepta los cargos.

Desarrollo de la audiencia.

- Instalación de la audiencia y verificación de las partes. Obligatoriamente deben estar el juez, el fiscal y el defensor. El acusado tiene el derecho de estar en su juicio, si así lo desea.
- Un primer punto está referido a que el juez de conocimiento verifique si la defensa tiene alguna observación sobre el descubrimiento de evidencia a que estaba obligada la Fiscalía. El juez toma las medidas y decisión al respecto, en los términos de los artículos 344 y 346 de la ley 906 de 2004.
- Luego se solicita a la defensa que haga el descubrimiento de evidencia que pretenda aducir o utilizar en juicio.
- Agotada la fase de descubrimiento, se inicia trámite de enunciado,

ofrecimiento y solicitud de las pruebas que las partes pretenden hacer valer en juicio.

En este momento cobran la mayor importancia *las reglas de prueba y su exclusión*, entendidas como toda la normativa que reglamenta y controla el acto de juicio mediante reglas que tienen el objetivo de garantizar confiabilidad de la prueba presentada: excluir la prueba que no tiene valor probatorio o que viola principios de política pública o constitucional, proteger los derechos de las partes, especialmente los de los acusados, entre otros. En síntesis, las reglas de prueba están dirigidas fundamentalmente a *regular lo que se puede o debe probar, y la manera de probarlo*.

La discusión se centrará en verificar si un determinado elemento de conocimiento puede o no entrar al debate probatorio, para lo cual se determinará:

a) LA LEGALIDAD

El juez determina la legalidad del medio de conocimiento ofrecido para admisión, confrontándolo con las garantías constitucionales (art. 29, 28, 15, de la C.N.) y su desarrollo legal (artículos. 23, 232, 276, 360, 455 de la ley 906 de 2004).

Resulta fundamental detenernos a hacer una aproximación a la problemática, alcance y aplicación de la regla de exclusión constitucional, pues ello va a ser definitivo a la hora de determinar la ilicitud, ilegalidad o rechazo de un elemento de conocimiento o medio de prueba que se pretenda aducir en juicio.

13.2.1. REGLAS PROBATORIAS

· LA REGLA DE EXCLUSIÓN CONSTITUCIONAL.

Algunas consideraciones sobre su aplicación antes del juicio.

1. ¿Qué se entiende por Regla de la Exclusión probatoria?

El inciso final del artículo 29 constitucional contempla una regla que señala: «Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.» A esta regla, cuyo origen está en el derecho anglosajón (exclusionary rule), se la conoce en nuestro medio como regla de exclusión

constitucional, y el debido proceso se entiende como debido proceso constitucional, en la medida en que se refiere a las normas que regulan el proceso penal y a las que regulan la limitación a cualquier derecho fundamental como la intimidad, el secreto profesional, etc. Es decir, la regla custodia no sólo las garantías individuales sino que abarca también el resguardo de las formas probatorias previstas en la ley. Por su parte, la doctrina (M. Miranda Estrampes, E. Jauchen y Cafferata Nores) distingue entre prueba ilícita o prohibida, como aquélla en que se violan derechos fundamentales en las fuentes mismas de la prueba, y la prueba ilegal, como aquélla en que se violan previsiones normativas probatorias a nivel de medios de prueba.

La nulidad alude a la prohibición de dar cualquier efecto jurídico a las pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

Según la Corte Constitucional (SU-159/02), esta regla ha sido desarrollada por el legislador para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de pruebas, a saber, i) la prueba inconstitucional, o que se obtiene violando derechos fundamentales, y ii) la prueba ilícita, o adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado, consagradas en particular para cada tipo de prueba. Al respecto, el CPP, en su artículo 276, se refiere a la obtención constitucional de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. Por su parte, el 360 se refiere a la obtención, aducción y práctica legales, de medios probatorios.

La nulidad de la prueba se predica no sólo de las declaraciones testimoniales sino también de cualquier medio probatorio. Es decir, la nulidad constitucional no se refiere a la nulidad del proceso sino sólo de la prueba, a menos que esa prueba haya sido el fundamento de la sentencia o que esa prueba haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, y aun así, presentada en el juicio (C-591-05).

2. ¿Qué elementos de juicio y qué criterios orientan al juez al momento de decidir si una prueba debe ser excluída?

Lo orientan los siguientes criterios: i) si se trata de una irregularidad menor, no se compromete seriamente el debido proceso; ii) el concepto de debido proceso es el constitucional; iii) el artículo décimo del código de procedimiento penal contempla el principio de la eficacia y el equilibrio en la administración de justicia.

3. Potestad de configuración legislativa.

La regla de exclusión es establecida y justificada en la Constitución de 1.991, como una manera de evitar violación de derechos humanos,

especialmente la tortura; pero también para disuadir a las autoridades de obtener pruebas sin respetar los derechos y garantías constitucionales de las personas.

Habría un fundamento ético, consistente en afirmar que el Estado no debe aprovecharse de las actuaciones irregulares o ilícitas producidas por los órganos dependientes de él.

4. Cuáles son los efectos de la Regla de Exclusión?

Los efectos jurídicos a que da lugar la decisión judicial de exclusión de una prueba son los de rechazo y no utilización ni valoración alguna, en la actuación procesal. Es decir, que la prueba que amerita ser excluida no puede ser considerada, de ninguna manera, por el juez que va a decidir acerca de la responsabilidad del acusado.

Según el derecho comparado, se puede decir que la investigación de los delitos en el sistema de procedimiento penal alemán, por ejemplo, es una actividad en que el factor discrecionalidad tiene una gran importancia y en que los jueces utilizan un método de ponderación al momento de la exclusión de pruebas.

En Estados Unidos no sucede lo mismo. Una vez la regla ha sido establecida, se aplica rigurosamente. Sin embargo, hoy en día las excepciones a la regla han aumentado.

En Colombia, la investigación criminal es una función judicial, en que las decisiones de los jueces están sujetas al principio de legalidad, entendido como sometimiento de las actuaciones judiciales a la integridad del ordenamiento jurídico. Esto significa que, una vez desarrollada legislativamente la regla y su excepción, éstas deben cumplirse sin dar espacio alguno a la discrecionalidad o a la ponderación judiciales en su aplicación.

5. ¿Cuáles son las funciones de la Regla de Exclusión?

Según la corte constitucional (SU 159 de 2002), la regla cumple las siguientes funciones: a) función disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función garante del respeto de las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado.

6. ¿En qué consiste la prueba derivada de la prueba ilícita, y cuáles son sus condiciones de exclusión?

Puede suceder que la obtención de la prueba que resultó excluida, denominada principal o primaria, haya dado lugar a la obtención de otra prueba que le es derivada, directa o indirectamente, de esa prueba principal. En este caso, la prueba derivada debe ser, igualmente, excluida del acervo probatorio. Es la teoría que se conoce como «frutos del árbol envenenado».

El método que se aplica para determinar si la prueba regularmente obtenida deriva o no de la prueba ilícita es el de la supresión mental hipotética: se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular. Si la respuesta es positiva, el elemento de prueba obtenido se puede valorar. Aquí operan el buen sentido, las reglas de la experiencia, el *in dubio pro reo*.

Si bien es cierto que por el derecho comparado no puede identificarse un patrón común que pueda servir de referente para solucionar los problemas atinentes a la fundamentación de la exclusión de la prueba derivada, sí existe la tendencia a no admitir las pruebas que son el resultado de conductas ilícitas o inconstitucionales, sobre todo cuando éstas son realizadas de manera premeditada por agentes del Estado.

Pero esta inadmisión de la prueba derivada implica que tampoco debe ser valorada ni apreciada; vale decir, su ineficacia es total.

No obstante, la doctrina internacional ha introducido algunas excepciones a la regla general de exclusión de las pruebas derivadas. Entre estas excepciones, se encuentran i) **la de atenuación**, consistente en afirmar que el vínculo entre la prueba derivada y la prueba principal es muy débil y por tanto no afecta el debido proceso; ii) **la de la fuente independiente**, referida a que el conocimiento que dio lugar a la obtención de la prueba derivada es completamente diferente del que dio lugar a la obtención de la prueba principal; iii) **la del descubrimiento inevitable**, es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía; iv) la doctrina del acto de voluntad propia, según la cual, cuando una prueba es obtenida por la decisión libre de una persona, se rompe el vínculo con la prueba principal.⁷⁵

⁷⁵ Confrontar Sentencia C-591 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. «Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por **vínculo atenuado** se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda

A manera de ilustración, algunos ejemplos de la jurisprudencia estadounidense respecto de las excepciones a la regla del efecto reflejo de la prueba ilícita:

- Respecto del criterio de la **fuerza independiente**: Un caso de la Justicia Norteamericana en el que agentes del Estado tenían suficiente información de que en determinado inmueble se depositaba droga ilícita y, sin solicitar la orden judicial para verificar la información, lo hicieron con penetración ilícita en el inmueble (encontraron la droga), luego de lo cual fueron y solicitaron la orden al juez y practicaron el registro con el resultado esperado.

Justificación de la Corte para no excluir la evidencia: La determinación de los agentes de solicitar la orden no se basó en lo que observaron durante la entrada ilegal, sino que la información era anterior.

La reflexión en el salvamento de voto: *¿estimulará a que los agentes «verifiquen» primero ilegalmente que la evidencia o información deseada está en el lugar cuyo allanamiento se va a solicitar? SÍ.*

- Respecto del criterio del **descubrimiento inevitable**: Es decir, que la prueba derivada en todo caso habría sido encontrada por otra vía.

*es admisible² atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la **fuerza independiente**, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso³; y (v) el **descubrimiento inevitable**, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquella habría sido de todas formas obtenida por un medio lícito;*

«Sobre el particular esta Corporación en sentencia SU- 159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa⁴, examinó las diversas soluciones que el derecho comparado ofrece en materia de exclusión de pruebas derivadas, en los siguientes términos:

«Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.»

Así, la Corte Suprema estadounidense no excluyó como prueba un cadáver ubicado gracias a que el sospechoso contó dónde estaba el cuerpo, en una confesión extraída sin presencia de su abogado. La Corte advirtió que ya había 200 voluntarios rastreando la región donde el cadáver fue encontrado, lo cual hacía inevitable su descubrimiento⁷⁶.

- Respecto del criterio del **vínculo atenuado**: «En este caso, los agentes arrestan ilegalmente a A, quien entonces involucra a B, y éste a C (Wong Sun). Éste es arrestado ilegalmente. Luégo, ya libre en espera del juicio, Wong Sun confiesa libremente. La Corte Suprema resolvió que tal confesión era admisible, a pesar de que pudiera estimarse que no habría confesado a no ser por su arresto ilegal, ya que al quedar libre y recibir las advertencias sobre su derecho a guardar silencio, el vínculo con la anterior ilegalidad quedó lo suficientemente atenuado o curado como para no aplicar la regla de exclusión.

En nuestro país, demostrada la existencia de una conexión causal, directa o indirecta, entre la prueba principal, obtenida con violación de garantías fundamentales, y la prueba derivada de aquélla, ésta se excluye de la actuación procesal en virtud del artículo 23 del código procesal penal. Igualmente, cuando la prueba derivada sólo pueda explicarse por razón de la existencia de la prueba principal.

Decimos que el vínculo entre las dos pruebas puede ser directo o indirecto no sólo porque así lo quiso el constituyente, al retirar del proyecto de código procesal penal inicialmente presentado al Congreso la palabra «directa» en la expresión : «(I) igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia directa de las pruebas excluidas...», sino también porque la sentencia C- 591/05 declaró inexecutable la expresión «directa y exclusivamente» del artículo 232 CPP, lo cual indica que la dependencia entre lo viciado y sus resultados puede ser directa o indirecta. No obstante, en la misma sentencia, la H. Corte declaró ajustado a la Carta el artículo 455 respecto de la existencia de ciertas excepciones (criterio arriba enunciado) a la hora de aplicar la regla constitucional.

7.- ¿Quién puede solicitar que se aplique la Regla de Exclusión?

⁷⁶ Caso Nix C. Williams (1984) 487 U.S. 431.

En principio, el directamente afectado con la prueba cuya exclusión se solicita. (art. 231 de la ley 906 de 2004)⁷⁷.

Sin embargo, también puede solicitarla un tercero, es decir, quien no es directamente afectado con la prueba viciada de inconstitucionalidad o ilegalidad esencial, pues puede suceder que los acontecimientos que generaron la ilicitud de la prueba hayan estado fuera del ámbito de protección del directamente implicado, pero resultan indisolublemente relacionados con la situación del tercero.

En la jurisprudencia estadounidense y de Puerto Rico se manejan dos conceptos íntimamente ligados con la problemática:

«*Estanding*» o acción legítimada para invocar la regla de exclusión: si la persona que reclama la protección constitucional tenía una expectativa legítima de intimidad en el lugar invadido.

Expectativa razonable de intimidad: expectativa legítima de todo ciudadano de que ninguna clase de intrusión en su intimidad ocurrirá por orden del gobierno, salvo los casos de autorización judicial.

Cinco son los factores que deben ser considerados al evaluar la razonable expectativa de intimidad respecto del lugar registrado:

- a. Si la persona que reclama la protección tenía derecho de excluir a la demás gente del lugar registrado.
- b. Si el lugar registrado es tal que una persona prudente pueda suponerse exenta de intrusión gubernamental.
- c. Si la persona, aunque no esté en posesión o control del lugar registrado, tiene acceso legítimo a dicho lugar.
- d. Si la persona ha tomado algunas medidas o precauciones para mantener su privacidad en el lugar registrado.

⁷⁷ *En cuanto a registro y allanamiento ilegales: Artículo 231. Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el Juez de Control de Garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.*

- e. Si la persona razonablemente espera estar protegida en su intimidad en el lugar registrado.

Un ejemplo hipotético sería: Se investiga a A por un supuesto tráfico de armas, y se allana de manera ilegal su domicilio, y efectivamente se encuentran armas (o no), y el registro también se extiende a la habitación de B (inquilino del lugar) y en este lugar se encuentra droga. Aquí A y B pueden reclamar la regla de exclusión de evidencia por cuanto cada uno de ellos en forma separada tenía una expectativa razonable de intimidad de no ser objeto de molestia o intrusión en su intimidad por acción de los agentes del Estado sin los requisitos de orden sustancial que manda la Constitución.

8. La exclusión de prueba en algunas etapas de la actuación procesal y en algunas audiencias preliminares.

A. EN LA ETAPA DE INDAGACIÓN.

Hay un control que hace el fiscal a las labores de pesquisa realizadas por la policía judicial, cuando considera que se han desconocido garantías procesales, caso en el cual ordenará su rechazo. Este control puede hacerse también en la investigación (art. 212 CPP).

El artículo 238, en concordancia con el 237 del CPP, prevé la posibilidad de que, durante la audiencia preliminar o en la preparatoria, la defensa solicite exclusión de las evidencias obtenidas en las diligencias de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet, u otros medios similares.

Problema 1.- ¿Qué pasa cuando en una diligencia, ilegalmente practicada, de registro y allanamiento de morada de quien es indiciado, se lo captura, y se obtiene evidencia ?

En relación con la diligencia, decimos: El artículo 232 ordena la exclusión de los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenidos con base en la expedición de una orden ilegal de registro y allanamiento, cuando ellos dependan (directa o indirectamente) del registro (cfr. C- 591/05).

Si al indiciado se lo captura, obviamente deja de ser considerado indiciado (art. 231 CPP), y, en su condición de capturado, va a audiencia de legalización de captura a ejercer sus derechos.

Si a ese indiciado no se lo captura, conforme al artículo 231 CPP, queda facultado para solicitar ante el Juez de Control de Garantías la exclusión de esa evidencia, por violación del debido proceso (art. 23 CPP).

Problema 2.- ¿Qué pasa cuando en una diligencia, diferente de la prevista en el artículo 237 CPP, se obtiene información de manera inconstitucional (bajo tortura, por ejemplo), la cual conduce a la obtención de evidencia (un arma de fuego de uso no privativo por ejemplo) que sirve a la Fiscalía para formular imputación? ¿Puede la defensa solicitar la exclusión de esa evidencia en esta audiencia de formulación de imputación?

En esa audiencia de formulación de la imputación, si el defensor tiene evidencia que demuestre la justificación de la exclusión de la evidencia que según la Fiscalía soporta la imputación, la ofrece, y el juez debe escucharla y, si es del caso, ordenar la exclusión.

B. EN LA INVESTIGACIÓN FORMAL.

a) Interceptación de comunicaciones.

Tiene relación con el derecho fundamental a la intimidad, el cual tiene dos facetas principales: una, que tutela la confidencialidad o inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y de las relaciones familiares, y otra, que consagra el derecho del individuo a desarrollar su personalidad.

Las grabaciones magnetofónicas de conversaciones privadas realizadas por la Fiscalía o por particulares, con el objeto de utilizarlas en un proceso penal no tienen ningún valor probatorio cuando carecen de los siguientes requisitos: i) que sea autorizada por la persona contra quien se pretende utilizar la prueba, previa información del derecho de no auto-incriminación, ii) que el fiscal la haya ordenado, iii) que no haya habido posibilidad de conseguir evidencia incriminatoria de otro modo, iv) que si esa posibilidad se da, la evidencia a obtener sea de una relevancia menor.

Es decir, que no es suficiente para ejercer el derecho de contradicción en juicio.

b) Allanamientos domiciliarios.

El allanamiento es una diligencia mediante la cual, con la debida autorización, se llevan a cabo el registro de un domicilio y,

eventualmente, el secuestro de cosas que se hallan en él. Por ello, todas las condiciones que habilitan el ingreso a un domicilio deben ser consideradas. Resulta, así, indispensable determinar quién es la autoridad competente para ordenar el allanamiento o la ocupación, en qué casos y con qué justificativos puede hacerlo; además, bajo qué formas procedimentales se hace ese allanamiento.

c) Detenciones ilegales.

Uno de los problemas es el relacionado con la prueba de referencia y su aplicación en las audiencias preliminares. En el juicio, la prueba de referencia se aplica si no se da alguna de las excepciones previstas en el artículo 438 del CPP. La pregunta concreta es si en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento también se aplica. Al respecto hay varias tesis:

Una primera tesis consiste en afirmar que la prueba de referencia en realidad es sinónimo de «información legalmente obtenida», o se le asimila (artículo 287 CPP), por lo cual, se asevera que al tratarse de información, se hace alusión a un medio de conocimiento mediato, indirecto, no-presencial, al que sólo se le exige ser «legalmente obtenido». Una segunda tesis afirma que la declaración en la audiencia preliminar no debe ser vista como prueba de referencia, sino que debe analizarse desde el punto de vista de su credibilidad y de la confianza que le brinda al juez. Una tercera tesis dice que la prueba de referencia no debe ser admitida en las audiencias preliminares, a ningún título, porque la contradicción no puede impedirse en ninguna etapa del proceso (artículo 29 de la Constitución Política); que la aplicación del principio «igualdad de armas» (artículo 4 del CPP) no admite excepciones; que los principios generales y específicos establecidos para las pruebas se aplican, por analogía, para las audiencias preliminares; que no existe norma legal que prohíba aplicar estos principios, y que, finalmente, el juez debe acudir a los moduladores de la actividad judicial previstos en el artículo 27 CPP.

En el acápite de las audiencias preliminares se deja suficientemente fundamentada la posición de la defensa en el manejo de la valoración de la prueba de referencia, a lo cual nos remitimos.

9. La regla de exclusión y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8º, se establece como parte de las garantías judiciales que «la confesión del

inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. De la misma manera, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 10º lo dice. El Estatuto de Roma, en el artículo 69, prevé: «Práctica de pruebas.(...) 7. No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando:

- a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas
- b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.

b) LA PERTINENCIA

Del contexto de los artículos 359, 375⁷⁸ y 376 de la ley 906, amén de la prescripción constitucional contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, y su reafirmación en el artículo 23 de la reforma procesal, se desprenden las siguientes conclusiones: **Regla general** : «toda prueba y evidencia pertinente es admisible»; «evidencia no pertinente es inadmisible»; «toda prueba admisible tiene que ser pertinente».

Se trata de la correspondencia directa o indirecta entre la prueba ofrecida y los hechos controvertidos en el proceso. La prueba puede ser directa o indirecta según que de ella se obtenga una referencia del delito mismo, o bien de algún otro hecho que haga posible inferir o conocer indirectamente aquél.

No será sólo la proximidad directa con el hecho delictivo, pues también se predica la pertinencia cuando se recurre a la demostración de hechos que pueden hacer más o menos probable la ocurrencia del delito o la participación del acusado.

La pertinencia se puede predicar cuando se trata de demostrar la dudosa veracidad de un testigo que refiere haber presenciado el hecho ilícito, o cualquier punto relacionado con la verosimilitud.

⁷⁸ :»**Pertinencia.** El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito».

c) LA CONFIABILIDAD

Aquí, la cuestión apunta a que, habiendo determinado la pertinencia del medio de conocimiento, el juez debe verificar que el medio no deba ser excluído cuando su valor probatorio no compensa el potencial de error, confusión o dilación que entraña admitirlo, de acuerdo con los factores legales de exclusión.

Relacionándolo con el concepto de pertinencia, se entiende como una excepción que traduce «siendo pertinentes y no existiendo causal de exclusión, el juez la puede inadmitir.», tal como expresamente lo autoriza el artículo 376 de la ley 906 de 2004.⁷⁹

d) EL CONOCIMIENTO PERSONAL

Finalmente, el juez debe verificar que el testigo va a declarar sobre aspectos que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, salvo que se esté ante alguna de las circunstancias y supuestos del artículo 438 de la ley 906, que regula la prueba de referencia.

Prueba de referencia (como excepción).

En el nuevo código se adopta el criterio universal, propio de los sistemas adversariales, en el sentido de que la prueba de referencia no es admisible por que a que no sólo se cuestiona su confiabilidad sino, además porque desconoce el derecho del acusado a la confrontación con el testigo de cargo o el de estar presente mientras el testigo declara en su contra, cuando las declaraciones se verifican por fuera del juicio y el testigo está ausente para testimoniar, salvo contadas excepciones que sí la permiten, tal como lo previene el artículo 438⁸⁰ del C.P.P., en concordancia con el artículo 437⁸¹,

⁷⁹ Admisibilidad. Toda prueba pertinente es admisible, salvo en los siguientes casos:

- a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido.
- b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio.
- c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento.

⁸⁰ El artículo 438, establece «Admisión excepcional de la prueba de referencia. Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos, y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

ibídem. En esta regla se justifica su admisibilidad cuando el testigo (declarante) no está disponible para testificar en juicio, siempre que se den los presupuestos excepcionales que en forma taxativa establece la norma.

La dinámica propia de la audiencia en cuanto al ofrecimiento de cada elemento de conocimiento o medio de prueba, uno a uno, que se pretenda hacer valer en juicio a solicitud de las partes, es la siguiente:

Se ofrece y solicita su práctica, turno que corresponde inicialmente a la Fiscalía, y de ello se corre traslado a la defensa y al Ministerio Público. Si alguno pretende la exclusión o inadmisión de algún elemento material probatorio, evidencia física o medio de prueba, deberá entregar el fundamento jurídico y fáctico para ello, de lo cual se le corre traslado a la parte que la ofreció para que se pronuncie o se oponga a los argumentos de la parte que solicitó la exclusión o inadmisión. Acto seguido, el juez toma la determinación que corresponda.

Luego le corresponde el turno a la defensa para que ofrezca el elemento de conocimiento o medio de prueba que pretenda hacer valer en juicio, y se adelanta igual procedimiento.

Hay que aclarar que el único medio de prueba que no es necesario que ofrezca la defensa, así se tenga el propósito de practicarlo en juicio, es el testimonio del acusado, ya que a él lo ampara el derecho a guardar silencio y a no auto- incriminarse, y en cualquier momento, antes que finalice el debate, puede solicitar ser escuchado.

- El juez también preguntará a las partes si van a presentar estipulaciones probatorias; de ser así, procederá a revisar que las mismas no violen ninguna garantía fundamental; Luego las aprobará y devolverá para que se introduzcan en el juicio oral.

⁸¹ La prueba de referencia se define: «Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio»

- Finalmente, el juez concederá la palabra al acusado para que, asesorado por su defensor, manifieste si acepta los cargos formulados en la acusación.

Decisión.

- Si acepta los cargos, se procede a proferir la correspondiente sentencia.

Si el proceso sigue en trámite normal, entonces el juez:

- Decreta las pruebas solicitadas y admitidas.
- Revisa las estipulaciones hechas por las partes.
- Determina el orden en que se presentará la prueba de la Fiscalía, y luego la de la defensa, a petición de éstas.
- Fija la fecha y hora para la celebración del juicio oral.

Recursos:

Contra la decisión del juez de inadmitir o negar la exclusión de un medio de conocimiento, procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

13.2.2) ESTIPULACIONES PROBATORIAS

1. ¿Qué son las estipulaciones probatorias?

De conformidad con lo previsto en el Parágrafo del numeral 4 del artículo 356 CPP, las estipulaciones son los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la Defensa, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. Las estipulaciones, tal como lo señala el inciso 4 del artículo 10 CPP, deben versar sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que ello implique renuncia a los derechos constitucionales.

2. ¿Quiénes hacen las estipulaciones probatorias?

Están legítimados para hacerlas exclusivamente el fiscal y el defensor; no tienen ninguna facultad en este acto procesal el Ministerio Público ni el representante de las víctimas. Tampoco puede el juez sugerir ni obligar a las partes a que hagan estipulaciones.

3. ¿Qué puede estipularse?

Pueden estipularse los hechos o circunstancias relativos a la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad del acusado.

Son improcedentes e inadmisibles las estipulaciones que se refieran a la responsabilidad del acusado; para tales efectos la ley procesal ha previsto otras vías procesales: puede acudirse a un preacuerdo (artículo 352 CPP), ora a una aceptación de cargos durante la audiencia preparatoria (num. 5 art. 356 CPP) o durante la audiencia de juicio oral (art. 367 CPP), ora, a una manifestación de culpabilidad preacordada (art. 369 CPP).

No pueden ser estipulados los hechos que estén exentos del descubrimiento de prueba al tenor del artículo 345 del CPP, ni aquéllos que sean impertinentes de conformidad con los hechos y circunstancias a que se refiera la formulación de acusación. En estos casos, el juez puede no autorizar las estipulaciones (inciso 4 del artículo 10 CPP). La misma decisión procederá cuando los hechos o circunstancias que se pretende sean tenidos como probados son inadmisibles, inútiles, repetitivos, son hechos notorios o no requieren prueba (art. 359 CPP).

La defensa debe analizar los efectos de las estipulaciones que haga, pues ellas pueden afectar su teoría del caso. De un hecho o circunstancia que ha sido objeto de estipulación pueden hacerse inferencias que pueden comprometer la responsabilidad del defendido y ser tenidas en cuenta por el juez al dictar sentencia. Así mismo, debe recordarse que la estipulación por sí misma no impide al defensor plantear en su alegato de conclusión una valoración probatoria distinta de la expuesta por la Fiscalía, ni tampoco controvertir la credibilidad del testigo cuya declaración dio origen a la estipulación.

Es importante que los defensores utilicen las estipulaciones para favorecer su teoría del caso durante el juicio, no sólo en el alegato de apertura y de conclusión, sino también en los interrogatorios y contrainterrogatorios.

Por ejemplo, las partes deciden estipular lo siguiente: 1) Si hubiera declarado en juicio el perito X, éste hubiera dicho que la mancha de sangre encontrada en el lugar donde fue cometido el homicidio objeto del juicio, es tipo O Positivo; 2) Si hubiera declarado en juicio, el perito W hubiera dicho que el tipo de sangre del acusado es O Positivo, de conformidad con la toma de muestra que se hizo al mismo por orden del Juez de Control de Garantías. El defensor no debe ignorar los efectos que estas estipulaciones pueden tener para inferir responsabilidad del acusado, de manera que debe acudir a alguna estrategia para restarles impacto, como las siguientes: controvertir la credibilidad del perito;

cuestionar las bases científicas o técnicas que tuvo el perito para llegar a la conclusión; atacar la cadena de custodia de las muestras; establecer el índice poblacional que tiene el tipo de sangre aludido y las pocas probabilidades que hay de que sea el acusado el responsable del homicidio, etc. Lo importante para la defensa es evaluar si es conveniente estipular o no, y la forma de controvertir la estipulación para que no afecte la teoría del caso de la defensa.

Los defensores no deben suscribir estipulaciones cuya redacción sea confusa o equívoca. Tampoco aquéllas que no tengan una base probatoria. Por ejemplo, los fiscales buscan estipular lo que ellos llaman «plena identidad», pero ésta es una frase que no es clara ni precisa en su alcance, de manera que debe concretarse en el escrito de estipulación que el acuerdo versa sobre la conclusión consignada en el informe del perito que confrontó la tarjeta decadactilar elaborada con el acusado al momento de la captura y la que obra en la Registraduría Nacional del Estado Civil. Además, deben existir tales documentos, ser conocidos por la defensa, y anexados a la estipulación.

4. ¿En qué momento procesal deben hacerse y presentarse las estipulaciones?

El interés en hacer estipulaciones lo manifiestan las partes durante la audiencia preparatoria, después que se ha hecho el descubrimiento de pruebas por parte de la Fiscalía y la defensa, y han enunciado la totalidad de las pruebas que harán valer en el juicio oral. Agotada la solicitud de pruebas, el juez pregunta a las partes si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias; ellas pueden manifestar de plano que no existe ningún interés, caso en el cual el juez continúa con el desarrollo de la audiencia, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 356 CPP. Pero si aún las partes no han definido si harán o no estipulaciones, el numeral 4 artículo 356 CPP ha previsto un receso de una (1) hora, tiempo que tiene por objeto que las partes lleguen a un acuerdo y redacten el escrito de estipulaciones.

Terminado el receso, las partes pueden manifestar que no hay interés en hacer estipulaciones, o bien que se ha llegado a un acuerdo, caso en el cual deben presentar un escrito al juez quien, al tenor del inciso 4 del artículo 10 CPP, debe analizar las estipulaciones y cerciorarse de que versan sobre hechos o circunstancias no controvertidos para poder autorizarlas.

Lo anterior no es óbice para que antes de la audiencia preparatoria ya la Fiscalía y la defensa hayan tenido conversaciones respecto de si van a hacer o no estipulaciones, a efectos de manifestarlo así ante el juez, con lo cual se evita el receso al cual se hizo referencia.

En la audiencia de juicio oral, es posible hacer estipulaciones, bien sea al inicio de la misma, o bien durante su desarrollo, como cuando la defensa encuentra que son llamados por la Fiscalía varios testigos que hacen la misma afirmación, por ejemplo, respecto de la existencia de un semáforo en el lugar donde ocurrió un accidente de tránsito. Si ello sucediere, y no es un aspecto que afecte la teoría del caso de la defensa, puede el defensor estipular con el fiscal que, si todos los testigos llamados a juicio declararan, manifestarían esa circunstancia. Pero recuérdese, la estipulación no impide al defensor controvertir el hecho, la circunstancia, la relación con el acusado, ni la credibilidad de los testigos que declararían sobre lo estipulado.

5. ¿Cómo se hacen las estipulaciones?

Por lo general, las estipulaciones deben consignarse en un escrito que esté firmado por el fiscal y el defensor, en el cual se enumeran los hechos y circunstancias que se tienen por probados, y sobre los cuales no habrá presentación de prueba durante la audiencia de juicio oral. Este escrito debe entregarse durante la audiencia preparatoria.

Para tales efectos el escrito contendrá, como mínimo, lo siguiente:

- a. Ciudad y fecha en la cual es redactado el escrito.
- b. Ha de dirigirse al juez, que es el competente para tramitar el juicio oral.
- c. Deben enumerarse, en forma separada, cada uno de los hechos y circunstancias que se acuerda tener por probados.
- d. Es preciso en cada numeral anunciar y anexar el medio probatorio o de convicción que respalda tal hecho o circunstancia. Para estos efectos pueden allegarse, por ejemplo, informes periciales que hacen referencia a la causa de la muerte en un caso de homicidio; los informes elaborados por la policía judicial que dan cuenta de la identificación o individualización del acusado; las declaraciones juradas, entrevistas o exposiciones de determinado testigo, siempre que los hechos o circunstancias que éste refiera no sean objeto de debate, según la teoría del caso que tenga la Fiscalía o la defensa. Debe recordarse que estos elementos probatorios o de convicción deben existir y han debido formar parte del descubrimiento de prueba que han hecho las partes. Las estipulaciones no sustituyen el olvido o descuido de una de las partes respecto de los hechos que necesitan acreditar para demostrar su teoría del caso.
- e. En cada numeral, cuando se haga referencia al medio de prueba o convicción que se anexa, debe decirse que si el perito o el testigo que

suscribieron el informe, la declaración jurada, entrevista, exposición o deposición, se presentaran en la audiencia de juicio oral, manifestarían lo que aparece consignado en el documento suscrito por ellos.

- f. El escrito de estipulaciones debe estar firmado por el fiscal y el defensor.

Excepcionalmente, durante el desarrollo del juicio, pueden hacerse estipulaciones escritas o en forma oral, respecto de hechos o circunstancias que las partes acuerdan tener por probados. En el evento de que se hagan estipulaciones orales, es necesario que en el registro de la audiencia obre el consentimiento expreso de la Fiscalía y la defensa.

6. ¿Ante quién se presentan las estipulaciones?

Las estipulaciones deben entregarlas el fiscal o el defensor al juez de conocimiento durante la audiencia preparatoria, cuando éste pregunte si hay interés en hacer estipulaciones, o bien cuando haya terminado el receso al cual se refiere el numeral 4 artículo 356 CPP. También, durante el curso de la audiencia de juicio oral, es posible presentar estipulaciones, como ya se ha dicho; en este caso deben anunciarse o leerse, y las partes manifestar su acuerdo respecto de ellas.

Es importante durante la audiencia de juicio oral no olvidar incorporar las estipulaciones y solicitar que sean tenidas como hechos probados, pues, en caso contrario, el juez no podrá valorarlas, e incurrirá en un error de hecho en su sentencia por tener en cuenta hechos que carecen de demostración durante el juicio. Significa lo anterior, que no basta con entregar el escrito de estipulaciones ni manifestar al juez que ellas existen, sino que es preciso incorporarlas adecuadamente y solicitar expresamente que sean tenidas como hechos probados.

Para incorporar estipulaciones deben seguirse los siguientes pasos:

- a) *Establecer las bases probatorias para la incorporación:* Para estos efectos debe preguntarse al testigo correspondiente respecto de la existencia del elemento material probatorio o evidencia física sobre la cual se practicó el examen técnico o pericial cuyo informe se estipuló; o preguntar si él efectuó la entrevista que se estipuló; o indagarle si dispuso fuera elaborado un croquis o plano del lugar de los hechos que se estipuló. Ejemplo: *Defensa:* Luego de haber encontrado el documento y haberlo embalado, ¿lo envió a un experto para practicar algún examen?. *Testigo:* Sí. Lo envié a grafología para determinar quién lo había firmado.

- b) *Anunciar la estipulación:* Establecida la base probatoria del hecho estipulado, debe anunciarse la estipulación. Por ejemplo: *Defensor:* Señor juez, la defensa hubiera llamado al perito grafólogo de la Defensoría del Pueblo, Doctor Amanuense Martínez, para que declarara ante usted sobre el examen que practicó a la evidencia N° 1 de la defensa, admitida como medio de prueba, si no fuera porque la Fiscalía y la defensa estipularon la conclusión a que él llegó.
- c) *Dar publicidad a la estipulación:* El juez debe solicitar a la parte que pretende incorporar la estipulación, que dé lectura a la misma. Ejemplo: *Juez:* Señor defensor, por favor lea la estipulación. *Defensor:* Sí, señor juez: «La Fiscalía y la defensa estipulan que de haber declarado en juicio el perito grafólogo, Doctor Amanuense Martínez, hubiera manifestado que la conclusión de su informe pericial era que luego de haber confrontado la evidencia N°1 de la defensa (documento dubitado) y la evidencia N°2 de la defensa (escritura pública suscrita por el señor XX, documento indubitado), se concluye que la firma corresponde al señor XX».
- d) *Ratificar los términos de la estipulación:* El juez debe verificar con la otra parte si esos fueron los términos de la estipulación; en caso afirmativo, se solicitará tener como probado el hecho o circunstancia contenido en ella. En caso contrario, deben precisarse los términos de la estipulación y, si la otra parte manifiesta definitivamente no estar de acuerdo con ella, no puede ser admitida la estipulación, y debe probarse en juicio el hecho o circunstancia objeto de la misma. Ejemplo: *Juez:* Señor fiscal, ¿fue ésa la estipulación hecha por usted?. *Fiscal:* Sí, señor juez. O bien: *Fiscal:* No, señor juez. *Juez:* Si es así, no se admite la estipulación.
- e) *Solicitar sean tenidos como hechos probados los contenidos en la estipulación.* Éste es otro de los pasos necesarios en la incorporación de pruebas al juicio que no son practicadas en el mismo; lo mismo que sucede con la incorporación de evidencia física: si no se solicita sean tenidos como hechos probados los consignados en la estipulación, el juez no puede valorarlos. Además no debe olvidarse solicitar al juez que tenga como prueba los medios probatorios o de convicción que se anexan a las estipulaciones, siempre y cuando hayan sido objeto de descubrimiento de prueba en su oportunidad. Ejemplo: *Defensor:* Señor juez, solicito a usted tener el contenido de la estipulación como un hecho probado.
- f) *Admisión como hecho probado:* Es el pronunciamiento que hace el juez a la solicitud que hace la parte. Ejemplo: *Juez:* El contenido de la estipulación se tendrá como hecho probado.

7. ¿Qué debe hacer el juez con las estipulaciones que presentan las partes?

- 7.1. El juez de conocimiento, durante la audiencia preparatoria, debe examinar y confrontar tanto los hechos como las circunstancias estipuladas con la explicación de pertinencia que hicieron las partes al solicitar las pruebas que serían practicadas durante el juicio oral, pues como bien lo dice el inciso 4 del artículo 10 CPP, las estipulaciones deben ser autorizadas por el juez si versan sobre aspectos sobre los cuales no haya controversia. Si el juez se percatara de que han sido ordenadas pruebas encaminadas a desvirtuar los hechos o circunstancias consignados en el escrito de estipulaciones, no las autorizará. En este caso es preciso presentar en el juicio oral la prueba que acredita el hecho o circunstancia, y la solicitud la hará la parte interesada en probarlo durante la audiencia preparatoria.
- 7.2. Si las estipulaciones son presentadas durante la audiencia preparatoria, en ella deberá darse lectura al escrito, y el juez debe ratificar con la Fiscalía y la defensa si están de acuerdo con ellas. En caso de presentarse las estipulaciones durante el juicio oral, antes de su admisión, el juez debe verificar que la Fiscalía y la defensa estén de acuerdo en los términos de las mismas.
- 7.3. Si alguna de las partes manifiesta no estar de acuerdo con las estipulaciones, total o parcialmente, el juez advertirá que los hechos o circunstancias sobre los cuales no ha habido acuerdo deberán ser probados en juicio, so pena de no ser tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia.
- 7.4. Durante el juicio, el juez concederá las objeciones que haga una de las partes a la otra cuando pretenda debatir la existencia de los hechos o circunstancias estipulados. Pero no prosperará la objeción cuando la parte pretenda controvertir los medios probatorios o de convicción anexados a la estipulación para acreditar tales hechos o circunstancias. Con tal propósito se permitirá a la parte debatir la credibilidad de la persona entrevistada, cuya declaración fue estipulada, presentando otras pruebas en juicio, o bien, al apreciarla en conjunto con otras pruebas practicadas durante el juicio. Así mismo, el juez permitirá cuestionar la autenticidad de los elementos materiales probatorios o evidencia física sobre la cual se hizo alguna estipulación.
- 7.5. Una vez que la parte incorpore las estipulaciones debidamente, el juez deberá apreciarlas en conjunto con las demás pruebas practicadas durante el juicio y debe valorar, de acuerdo con las reglas que rigen el

medio probatorio respectivo, los medios de prueba o de convicción anexados a las estipulaciones. Esto significa, por ejemplo, que si se estipula que un testigo en el juicio manifiesta lo mismo que sostuvo en la entrevista que rindió al funcionario de policía judicial, las partes y el juez deberán valorar tal entrevista como si se hubiera rendido testimonio en juicio, esto es, que para apreciarla deberán acudir a los criterios previstos en el artículo 404 del CPP. Ahora bien, si lo estipulado es la conclusión de un informe pericial, según el cual la sustancia examinada es cocaína, no están privadas las partes de cuestionar la autenticidad y el manejo de la sustancia antes o después de llegar esta al laboratorio.

- 7.6. Las partes no podrán referirse en interrogatorios, contrainterrogatorios ni alegatos de conclusión a estipulaciones que no hayan sido incorporadas durante el juicio. En caso de hacerlo, si hay objeción, prosperará.
- 7.7. El juez no puede valorar como hechos probados los consignados en estipulaciones que no hayan sido incorporadas durante el juicio. En caso de hacerlo, afectará la legalidad de la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial: error de hecho de falsa apreciación de la prueba, por tener en cuenta hechos que no fueron demostrados en juicio. Recuérdese que, al tenor del artículo 381 del CPP, la sentencia debe fundarse en «las pruebas debatidas en juicio».
- 7.8. Si el juez valora estipulaciones que no fueron incorporadas siguiendo el procedimiento debido, la sentencia estará afectada en su legalidad por un error de derecho por falso juicio de convicción, al valorar pruebas que fueron aportadas contraviniendo las reglas que regulan su incorporación.

8. ¿Pueden las partes retractarse de las estipulaciones que han hecho?

Sí, pues las estipulaciones se basan en el principio de autonomía de la voluntad. No obstante, la oportunidad para retractarse caduca en el momento en que el juez pregunta a la Fiscalía y a la defensa si están de acuerdo con la estipulación presentada. Si alguna de las partes o ambas manifiesta en ese momento que se retracta de las estipulaciones, el juez advertirá que los hechos o circunstancias sobre los cuales no ha habido acuerdo deberán ser probados en juicio, so pena de no ser tenidos en cuenta al momento de proferir sentencia. En este evento, la parte que resulte afectada con la retractación, podrá pedir al juez que decrete la prueba que requiere para acreditar el hecho o circunstancia a que se

refería la estipulación; si bien la solicitud es en principio extemporánea, se puede hacer con fundamento en que, si no se solicitó la prueba en la audiencia preparatoria, fue por una causa no imputable a la parte afectada (art. 346 CPP). En este evento, si es necesario, el juez decretará la suspensión de la audiencia por el tiempo que se requiera para garantizar la igualdad entre las partes, y el debido proceso.

9. ¿Qué sucede si no se presentan las estipulaciones?

La consecuencia de no presentar las estipulaciones es que los hechos y circunstancias a que ellas se refieren deben probarse.

Si se percatan las partes del tal omisión al momento de presentar sus alegatos de conclusión, deben entender que tales hechos o circunstancias no forman parte del objeto de la sentencia, y por ello no pueden referirse a ellos como hechos probados. Debe recordarse que hacer referencia en el alegato de conclusión a hechos o circunstancias que no fueron probados es objetable. De otra parte, la sentencia que tenga por probados hechos cuya prueba o estipulación es inexistente, está afectada en su legalidad por error de hecho (falsa apreciación de la prueba).

Esta omisión puede acarrear efectos contraproducentes para la Fiscalía, que es la que tiene la carga de la prueba; por ejemplo, si los hechos o circunstancias que pretendió fueran estipulados comprometían la responsabilidad del acusado, no pueden ser tenidos como hechos o circunstancias probados ni en los alegatos de conclusión ni en la sentencia, como quiera que no fue aducida ninguna prueba durante la audiencia de juicio oral.

Tampoco la defensa queda a salvo de los efectos de no presentar el escrito de estipulaciones: si éste contenía un acuerdo de tener por probados hechos o circunstancias que favorecían al defendido, y no presentó prueba de ellos durante el juicio, no podrá referirse a ellos como hechos o circunstancias probados en los alegatos de conclusión, ni podrán ser tenidos en cuenta en la sentencia.

La defensa debe estar atenta a incorporar las estipulaciones que convienen a su teoría del caso durante el juicio y utilizarlas en los alegatos de conclusión. Así mismo, en los alegatos de conclusión, el defensor debe llamar la atención al juez sobre la falta de incorporación de estipulaciones por parte de la Fiscalía, a efectos de sustentar la ausencia de diligencia y de prueba para fundar en ellas una sentencia condenatoria.

10. ¿Qué efecto procesal tienen las estipulaciones?

Que los hechos y circunstancias que se acuerda tener por probados no forman parte de la práctica de prueba durante la audiencia de juicio oral, pero sí del análisis probatorio que hacen las partes en sus alegatos de conclusión y de las pruebas que valora el juez al momento de dictar sentencia. Significa lo expuesto que, aunque se estipulen hechos o circunstancias, las partes pueden controvertir los medios probatorios o de convicción que fueron anexados a la estipulación, y pueden cuestionar la credibilidad de los testigos, o la autenticidad de los elementos materiales probatorios o evidencia física en que se basaron las estipulaciones.

11. ¿Son las estipulaciones medio de prueba?

Las estipulaciones no son un medio probatorio, ni siquiera un medio de conocimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 382 del CPP. Son, como lo señala el parágrafo del numeral 4 del artículo 356 CPP, acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o circunstancias, respecto de los cuales proceden las estipulaciones.

Como ya se dijo al hacer referencia a lo que debe contener el escrito de estipulaciones, los hechos o circunstancias que aceptan la Fiscalía y la defensa tener como probados tienen que estar respaldados en informes periciales, declaraciones juradas, deposiciones o entrevistas que han sido descubiertos como prueba por las partes, pues de otra manera no les sería posible realizar un análisis en conjunto de las pruebas ni a las partes ni al juez. Tales medios de convicción o probatorios pueden ser cuestionados o valorados por las partes en sus alegatos de conclusión, atendiendo a los criterios que los rigen de acuerdo con lo previsto en la ley procesal.

Estos medios probatorios o de convicción deben ser valorados por el juez no sólo en sí mismos, sino también en conjunto con las pruebas practicadas durante el juicio oral, atendiendo a lo señalado por el artículo 380 CPP. Con base en esta apreciación de las pruebas, el juez, pese a lo expuesto por las partes en su escrito de estipulaciones o en sus alegatos de conclusión, puede reconocerles o negarles credibilidad, motivando su decisión.

12. ¿Si el juez no autoriza las estipulaciones, puede interponerse algún recurso contra su decisión?

De conformidad con lo previsto por los artículos 10, 176, 177 y 359 CPP, puede concluirse que la decisión del juez de no autorizar las

estipulaciones hechas por las partes no admite el recurso de apelación, tan sólo el de reposición.

La negativa del juez a autorizar las estipulaciones no puede asimilarse a la decisión que niega la práctica de una prueba en el juicio oral, ni a la que decide sobre la exclusión de una prueba, como quiera que el efecto que tiene la decisión del juez al no autorizar las estipulaciones es la de que las partes tendrán que probar en el juicio oral los hechos o circunstancias a que ellas se refieren. Ahora bien, una razón más para no interpretar por analogía estas normas es, como ya se dijo, que las estipulaciones no son prueba.

13. ¿Cómo puede la defensa aprovechar los hechos o circunstancias estipuladas para su teoría del caso?

Las estipulaciones implican un acuerdo de tener por probados los hechos o circunstancias a los cuales se refieren, de manera que una vez incorporadas, el defensor puede utilizarlas para interrogar o contrainterrogar testigos, y en su alegato de conclusión, bien para respaldar su teoría del caso bien, para desvirtuar la de su contraparte.

Para que la defensa o la Fiscalía puedan utilizar las estipulaciones, es preciso que hayan sido incorporadas debidamente y que el juez haya manifestado que tiene por probados los hechos o circunstancias sobre los cuales versan las estipulaciones, y que tiene como prueba los medios probatorios o de convicción que se anexan a las mismas. Si no ha habido incorporación de las estipulaciones, es objetable cualquier pregunta o referencia que se haga de las mismas como hechos probados.

De conformidad con el inciso 4 del artículo 10 CPP, la autorización de acuerdos o estipulaciones por parte del juez no implica la renuncia de los derechos constitucionales. Uno de tales derechos es el de contradicción, que no se limita al contrainterrogatorio de los testigos durante la audiencia de juicio oral. Puede la defensa cuestionar en sus alegatos de conclusión los hechos o circunstancias estipulados, refiriéndose, por ejemplo, a la credibilidad que tienen los declarantes que se refieren a ellos en las entrevistas, exposiciones o deposiciones anexadas con el escrito de estipulaciones; siempre y cuando hayan surgido de las pruebas practicadas durante el juicio oral hechos o circunstancias que permitan cuestionar esa credibilidad. Así mismo, puede referirse la defensa a la falta de veracidad o confiabilidad de los informes periciales o policiales, al apreciarlos o confrontarlos con el conjunto de las pruebas practicadas durante la audiencia del juicio oral.

Ahora bien, si los hechos o circunstancias estipuladas apoyan la teoría del caso de la defensa, siempre resulta de utilidad referirse a ellos en el alegato de conclusión, y demostrar que su credibilidad está apoyada en los medios probatorios practicados durante la audiencia del juicio oral.

13.2.3. ACTOS QUE GENERAN NULIDADES

¿Qué es la nulidad procesal?

Es una extrema sanción que sufre la actuación penal, ante ciertas, concretas e insuperables irregularidades de orden sustancial, que, declaradas formal y expresamente por el órgano judicial competente, privan al acto procesal de sus eficacia jurídica. Se apuntalan el debido proceso y los derechos y libertades fundamentales individuales de raigambre constitucional.

¿Es lo mismo la nulidad y la inexistencia?

No. Son dos figuras totalmente diferentes. La inexistencia nunca ha tenido eficacia procesal, simplemente no ha nacido a la vida del proceso; mientras que la nulidad, sí la ha tenido, por lo que es menester una formal declaratoria en tal sentido, para quitarle esa eficacia.

Así por ejemplo, un caso de inexistencia se tiene en el inciso 1º del artículo 354 de la Ley 906 de 2004: «Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor». Por tanto, es deber del juez inadmitir ese acuerdo, o, dicho de otra manera, nunca ingresa ese acuerdo al proceso; por lo tanto, adolece de efectos jurídicos.

La nulidad, como ya tiene existencia dentro del proceso, con efectos jurídicos, es deber del órgano judicial competente, de oficio o a petición de parte, declararla, precisando si es parcial o total, desde qué estadio procesal, y qué partes eventualmente quedan con validez.

¿Es lo mismo la nulidad y la irregularidad?

La nulidad se genera en una irregularidad del operador judicial o de una de las partes procesales, la cual, por ser trascendente, afecta un elemento integrador del debido proceso. No toda irregularidad genera nulidad, sino sólo aquélla que es grave, trascendente a la buena salud del proceso; pero toda nulidad necesariamente es una irregularidad.

De manera que, para que la irregularidad sea generadora de una nulidad, es necesario que sea sustancial a la existencia del juicio penal, en forma

tal que la comisión del acto afecte la base del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que en él intervienen.

El acto legislativo No. 3 de 2002 y la ley 906 de 2004, ¿introdujeron cambios en el tema de la nulidad?

La respuesta es afirmativa. Un cambio en la estructura de un proceso penal, inquisitivo con tendencia acusatoria, más de contextura vertical, a uno acusatorio, de partes; siendo ahora horizontal, con presencia de un juez imparcial, con las características de oral, público, concentrado y de intermediación, conlleva a que las irregularidades o vicios que puedan generar una nulidad, tienen otros escenarios. El juez, como el fiscal, el procesado y el defensor tienen funciones diferentes de las que ostentaban en el reciente pretérito. Por ende, la nulidad procesal ha sufrido una importante mutación, como consecuencia de la implantación del sistema acusatorio, que conlleva a una redefinición del debido proceso, de su contenido, y de sus alcances.

Desde la Constitución Política de 1991, los motivos de nulidad se constitucionalizaron, debido al diseño del Estado que se institucionalizó: social y democrático de derecho, en el que tienen protagonismo esencial los derechos y libertades fundamentales del ciudadano, por lo cual están garantizados en la Ley Fundamental misma. Su vulneración acarrea una declaratoria de nulidad. Ahora, con la institucionalización del sistema procesal penal acusatorio, el juez tiene el deber de proteger la legalidad de la actuación, pero las partes tienen una función más activa para la guarda de esa legalidad.

¿Qué se protege con la declaratoria de nulidad?

En términos generales, la legalidad en la actuación penal, esto es, el debido proceso en todos sus elementos integradores. Todo depende de que se entienda y proteja el debido proceso, en sus contenidos como en sus límites. Con la vigencia de la Constitución Política de 1991, se rediseñó el concepto del debido proceso con la constitucionalización de los derechos y libertades individuales del destinatario de la acción penal, en su condición de imputado o acusado.

¿Qué es el debido proceso?

Es un concepto filosófico y político, característico de las sociedades con organización en forma de Estados sociales de derecho, que protege los valores y cometidos esenciales que guían la actividad procesal, en el ejercicio

del *ius puniendi* estatal, y los derechos y libertades individuales. Están contenidos en la Ley Fundamental, y en los principios rectores de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, sin ser los únicos.

La demarcación conceptual del debido proceso tiene un amplio y calificado campo de aplicación por su origen constitucional y su desarrollo legal, que reafirma la tesis de la redefinición del listado de irregularidades que afectan esos derechos y libertades fundamentales. Así que, toda vulneración de ellos, constitutivas del debido proceso, indefectiblemente vicia la actuación de nulidad.

¿Qué definiciones existen de debido proceso?

En este punto existen tres concepciones de debido proceso: (i) Un concepto restringido, propio de la Constitución Política de 1886 que, en el artículo 26, lo reducía a cuatro elementos: «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable»; (ii) Un concepto intermedio, que tiene sus raíces tanto en las convenciones, pactos, tratados y declaraciones internacionales, como en la jurisprudencia de los organismos judiciales internacionales, conforme a los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de 1991 y artículo 3º de la Ley 906 de 2004, y, en los artículos que conforman la parte dogmática de la Constitución, vale decir, artículos 1º⁸², 2º-2⁸³, 11, 12, 28⁸⁴, 31, 32⁸⁵, 33, 34, 93⁸⁶,

⁸² El artículo 1º, define el Estado como Social y Democrático de Derecho, circunscribiendo a los operadores judiciales a actuar dentro del sistema que desde allí se determina. No se entendería un Estado de Derecho, actuando por fuera de los parámetros del sistema jurídico, para la realización de sus propósitos; como es también imperativo que el Estado está al servicio del hombre, de la sociedad, por ser social.

⁸³ «Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, (...)». Dentro del mismo artículo, inciso primero, se señala cómo uno de los fines del Estado es «(...) garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...».

⁸⁴ «Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley».

⁸⁵ «El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el Juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguieren y se refugiare en su propio domicilio, podrán entrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador».

⁸⁶ Bloque de constitucionalidad, construido por la Corte Constitucional. Consultar Sentencia C-358 de 1997.

116, 212-2, 214-2⁸⁷, 228, 229, 230, 250 y 252⁸⁸ y todos con desarrollo en los principios rectores del Código Penal y del de Procedimiento Penal; y (iii) Un concepto amplio, por el cual el debido proceso se vulnera con cualquier afectación normativa, independientemente de su contenido material y jerarquía dentro del sistema jurídico positivo, que bien puede ser, una ley regional, como una ordenanza o un acuerdo.

¿Qué concepto de debido proceso maneja la ley 906 de 2004?

La intermedia. En efecto, cuando se dice (i) en el artículo primero, en sintonía con la Constitución Política, que la dignidad humana será la base para el trato de los intervinientes en el proceso penal; (ii) los «Tratados internacionales», que traten sobre derechos humanos y prohíban su limitación durante los estados de excepción, ratificados por Colombia, tienen prelación en la actuación; (iii) el Título Preliminar, atinente a «Los principios rectores y garantías procesales», no se limita únicamente al artículo 29 constitucional, sino que apuntala, por ejemplo, la libertad del artículo 28 constitucional, la igualdad del artículo 13 constitucional, la legalidad del artículo 6 constitucional, derecho de las víctimas del artículo 250-7 constitucional, la intimidad del artículo 15 constitucional, la doble instancia del artículo 31 ídem, el artículo 252 que prohíbe al Gobierno «suprimir, ni modificar los organismos básicos de acusación y juzgamiento». Entonces, es un concepto de Debido Proceso, que no se limita a un solo valor u objetivo, sino que está inmerso en la parte dogmática de la Ley Fundamental, como en su parte orgánica.

¿Qué principios son los que inspiran la nulidad?

Los principios que gobiernan la declaratoria de nulidad están fundados en marcos normativos, doctrinales y jurisprudenciales. Así, en providencia de 27 de mayo de 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Fernando Arboleda Ripoll, reiterado en fallo de marzo 3 de 2004 la Sala Penal de la Corte, con ponencia de los magistrados Marina Pulido de Barón y Jorge Luis Quintero Milanés, reafirmó estos principios:

- a) **Taxatividad.** En principio, y bajo la Constitución Política de 1886, ningún acto debía ser declarado nulo, si no estaba en el cerrado

⁸⁷ «No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales», en los estados de excepción.

⁸⁸ «Aun en los estados de excepción de que trata la Constitución en los artículos 212 y 213, el gobierno no podrá suprimir, ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento».

catálogo, previsto en la ley⁸⁹. A partir de la institucionalización del Estado Social y democrático de Derecho en 1991, se constitucionalizó el procedimiento penal, basado en el respeto de los derechos y libertades fundamentales individuales, plenamente garantizadas en ejercicio del **ius puniendi**, que se constituye en su límite infranqueable. De manera que este principio de redefinió con la obligatoria y necesaria remisión tanto al marco constitucional, como a los principios rectores que informan la ley 906 de 2004 o las que le sucedan, complementen o modifiquen. Si en el pretérito, la nulidad estaba gobernada únicamente por las causales que consagraba la normativa procesal punitiva, ahora necesaria e ineludiblemente, se tiene que remitir a la normativa superior, léase bloque de constitucionalidad, la Constitución misma y los «Principios Rectores» del Código de procedimiento penal. Así debe interpretarse el artículo 458 de la Ley 906 de 2004: «**Principio de taxatividad.** No podrá decretarse ninguna nulidad por causal diferente a las señaladas en este título». En efecto, el inciso 1º del artículo 457 ejusdem, dispone: «Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales».

- b) **Trascendencia.** En desarrollo de las actividades judiciales, a cargo de seres humanos, es normal que se presenten irregularidades de procedimiento, tanto en desarrollo de la actuación, como en la sentencia misma. Significa lo anterior que no existe el proceso judicial perfecto, y que por el contrario, es lo normal que en estos se presenten irregularidades. Entonces, las irregularidades que originan una nulidad, la invalidación de lo actuado, sólo son aquéllas que son trascendentes para la salud del proceso. Las demás irregularidades son intrascendentes y, por ende, no generadoras de nulidad.

La nulidad no tiene su finalidad en sí misma; no existe en el solo interés de la ley, o por la simple salvaguardia de las formas; por el contrario, es un instrumento de garantía de los derechos y libertades fundamentales de los intervinientes en la actuación; preserva la estructura del proceso penal, que por ser de orden público, es de imperativo cumplimiento. Por ende, se debe aplicar la nulidad en

⁸⁹ En la Constitución de 1886, como resultado de la actividad jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se avanzó en la estructuración de las nulidades supraleales o constitucionales, que al no estar previstas en la ley, fueron deducidas del texto constitucional. Así, dentro de la dinámica social recogida por la jurisprudencia y la doctrina se estructuró un nuevo catálogo de nulidades que posteriormente fueron constitucionalizadas en la Carta de 1991, y desarrolladas por la ley.

casos insalvables y de importancia. No opera por el frágil y engañoso argumento de la ‘nulidad por la nulidad misma’⁹⁰.

La parte que solicita la declaratoria de nulidad tiene el indeclinable deber de demostrar no sólo la ocurrencia de la incorrección denunciada, sino también que ésta afecta de manera real y cierta su garantía procesal o socava las bases fundamentales del proceso. Para que el juez declare la nulidad, se hace menester demostrar la existencia de la irregularidad, y además, que con ella se produjo un daño sustancial o que se afectó de manera grave la estructura del proceso.

- c) **Convalidación.** La irregularidad que engendra el vicio puede ser convalidada de manera expresa o tácita por la parte procesal perjudicada, siempre que estén a salvo las garantías constitucionales fundamentales, que son irrenunciables; o en los eventos en que la irregularidad afecta de manera trascendente la estructura del proceso. De manera que procede sólo para algunas irregularidades.

Algunos actos irregulares pueden ser convalidados con el consentimiento de las partes, como (i) no hacer una notificación, convalidada con la actuación posterior de las partes procesales; (ii) o la omisión del lugar y fecha de una audiencia pública.

- d) **Protección.** La parte procesal que haya dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica y lo plantee el procesado

⁹⁰ En sentencia de agosto 6 de 2003, con ponencia del magistrado Jorge Anibal Gómez Gallego, dijo la Sala Penal de la Corte: «Las nulidades son (i) taxativas y esenciales, (ii) sólo pueden decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad, puesto que (...) únicamente los defectos que atacan las bases estructurales de la instrucción o el juzgamiento, o aquéllos que afecten las garantías fundamentales de los sujetos procesales, caben erigirse como circunstancias invalidantes de la actuación. (La parte procesal) que aspire al reconocimiento de una nulidad, debe correr con la carga de acreditar la existencia de la irregularidad y, adicionalmente, probar de qué manera un tal vicio menoscaba derechos sustanciales de los sujetos procesales, pues la nulidad no tiene la finalidad en la misma, ni existe en mero interés de la ley (...). Un planteamiento de esta índole requiere de la demostración de que tal actuación constituye una irregularidad sustancial con incidencia nociva en las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa, por lo cual el fallo proferido al interior del trámite procesal cuestionado deviene ilegal, haciéndose por necesario la declaración de nulidad del proceso en casación. (...) la violación de los mentados derechos constitucionales fundamentales amerita postulación y desarrollo autónomos por tratarse de dos motivos de nulidad claramente diferenciados por la ley y la jurisprudencia, porque si bien el derecho de defensa se deriva del debido proceso, éste es un vicio de estructura en tanto que aquél es de garantía».

o su nuevo defensor⁹¹. Está reglado como principio rector en el artículo 12 de la Ley 906 de 2004, bajo el epígrafe de la «Lealtad»⁹².

La parte procesal que, con su actuar omisivo o activo, diere lugar a la irregularidad, no podrá alegar la invalidez del acto. Nadie puede alegar en su favor su propia torpeza. Así que la torpeza, por ejemplo, de un defensor, no puede crear derechos, y por ello la parte que actúa irregularmente en el proceso debe atenerse a sus propias consecuencias⁹³.

- e) **Conservación.** El acto procesal es válido, es decir, produce efectos jurídicos. De este postulado se derivan dos consecuencias: (i) El acto es válido aun siendo irregular o defectuoso, si ha logrado el fin para el que estaba destinado; (ii) en caso de duda sobre la configuración de un vicio procesal, corresponde al órgano judicial declarar la nulidad, siempre en la consideración de que se trata de un remedio excepcional y último.

Una vez que un acto procesal se declara nulo, pierde eficacia dentro del proceso y se lo tiene como no ocurrido. Esto es, se lo priva de (i) los efectos que debió producir; y, (ii) de esos efectos, a los actos que de él dependan. De manera que si no existe expresa declaración de nulidad, el acto irregular cumple sus finalidades; tiene su eficacia jurídica, mientras esa declaración no se produzca.

- f) **Residual o de excepción.** Compete a la parte procesal peticionaria acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad. La nulidad es el último mecanismo a que debe acudir el sistema judicial para resolver la problemática surgida de una actuación irregular.

Las irregularidades sustanciales producidas en la actuación se enmiendan sólo rehaciendo esa actuación. No obstante, existen excepciones en que el vicio, por grave que sea, puede subsanarse por otro medio procesal que no implica la declaratoria de nulidad para regresar a estadios procesales ya superados.

⁹¹ El numeral 3° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal de 1991 y el numeral 3° del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, reglaban: «No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado con su conducta a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica» y haya cambio de togado.

⁹² «Todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe», dispone la preceptiva en mención.

⁹³ Edgar Saavedra Rojas, *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Tomo I, p. 218.

- g) **Instrumentalidad de las formas.** No procede la declaratoria de nulidad cuando el acto calificado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se hayan afectado garantías constitucionales fundamentales. El proceso, como herencia romana, tiene como característica esencial, el ser formal: imperan las ritualidades destinadas a satisfacer determinadas finalidades, y pese a las irregularidades que puedan aparecer, si cumple con su finalidad, no tienen éstas vocación de producir la declaratoria de nulidad.

Empero, esta instrumentalidad de las formas, que se traduce en la relación forma-finalidad de las formas, debe estar proyectada a la protección de principios, derechos o garantías, que en conjunción conforman el universo del debido proceso⁹⁴. La figura *per se*, no tiene existencia, sino siempre en la protección de algo más, que básicamente sea esencial para la salud del proceso.

Así, cualquier vulneración de los principios esenciales del proceso, como la oralidad, la publicidad, la concentración, la inmediación, la contradicción, es una irregularidad que necesariamente vicia la actuación de nulidad, que debe ser deprecada al juez correspondiente. Éstas son características esenciales del proceso acusatorio, por lo que mal puede el acusador o el juez desconocer una o varias garantías de raigambre constitucional.

¿Qué clase de errores originan la nulidad?

No existe resistencia en la doctrina ni en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ni en la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como organismos judiciales supremos en la interpretación del sistema jurídico nacional, que se pueden distinguir:

- 1) **De estructura.** El proceso penal –como el general– está estructurado sobre una serie de actos procesales, unos dependientes de otros, conforme al principio de preclusión, de manera que sin haberse agotado en su esencia y ritualidad los primeros, no se pueden tramitar los segundos y, así sucesivamente. En el proceso penal, se encuentran decisiones que conceptualmente dependen unas de otras, como, por ejemplo, la sentencia de la acusación⁹⁵.

⁹⁴ Germán Pabón Gómez, *De la casación y la revisión penal*, pag. 408.

⁹⁵ *En la legislación procesal punitiva de 1991 y 2000, eran algunos ejemplos, escuchar en diligencia de indagatoria sin abrir la investigación; calificar sin haber cerrado la investigación; desarrollar el juicio, sin haber calificación; dictar sentencia sin haber realizado audiencia pública, etc. Congruencia entre la acusación y la sentencia, por lo que ésta quedaba ligada a aquella acusación.*

Con la normatividad procesal punitiva, Ley 906 de 2004, que desarrolla el Acto Legislativo No. 3º de 2002, conforme a la naturaleza del proceso acusatorio, de partes, sustentada sobre la práctica de las audiencias preliminares y de juzgamiento, públicas y orales, se debe seguir la secuencia establecida en la ley, de manera que no se puede abordar una etapa procesal mientras no se haya precluido en su totalidad la etapa anterior.

El proceso penal acusatorio está estructurado sobre la realización de dos grandes partes: la investigación y el juzgamiento. No se puede acceder a la segunda sin haberse rituado en su totalidad la primera; en la misma forma, en el interior de cada una de estas etapas procesales, existen audiencias, que se deben realizar para acceder a las siguientes. Así, por ejemplo, la audiencia de acusación sin haber realizado la audiencia de imputación; o, primero realizar la audiencia de acusación y luego sí la audiencia preparatoria; como la audiencia de juzgamiento debe ser posterior a la preparatoria.

De lo anterior se tiene que, siempre que no se haya agotado una etapa procesal, rituándose en su totalidad la audiencia, por ejemplo, de imputación, mal se puede continuar con la actuación; o sin la celebración de la audiencia de acusación no se puede acceder a la audiencia preparatoria del juicio. Estas irregularidades son generadores de nulidad, que debe ser peticionada y sustentada por la defensa pública, para nuestro caso.

2) **De Concepto.** Vernáculamente, en el proceso penal⁹⁶, se distinguen dos estadios: investigación y juicio, predicable en el proceso vertical y unilateral inquisitivo y en el proceso penal horizontal, bilateral, el acusatorio.

La acusación, como eslabón estructural del proceso penal, integrador del debido proceso penal, es insalvable para la actuación posterior: Sin acusación no existe juicio. La acusación estatal es la piedra angular que delimita el marco conceptual, el tema sobre el que se adelanta el juicio oral, la confrontación dialéctica entre acusador y defensor, como el contenido material del pronunciamiento del juez en sentencia, en la que finalmente se resuelven los cargos contenidos en la acusación.

Estas dos (2) piezas procesales, acusación y sentencia, deben ser armónicas y congruentes. La sentencia debe ser congruente con los cargos

⁹⁶ *A diferencia del proceso civil, administrativo, laboral, que se inicia con la demanda del actor y termina con la sentencia de juez.*

formulados por la Fiscalía, los cuales se debatieron en el juicio oral y público. Sería una irregularidad grave, con vocación suficiente para una declaratoria de nulidad, que (i) la Fiscalía acusara por unos hechos, y se debatieran otros, o (ii) que se debatieran unos hechos en el juicio oral y público, y el juez sentenciara por otros, por fuera de los marcos conceptuales de orden fáctico y jurídico contenidos en la acusación. Si no existe congruencia, se ha roto la estructura conceptual del proceso.

La relación entre acusación⁹⁷ y sentencia debe ser respetada de manera que, si se produce un desbordamiento que conlleve una incongruencia entre aquélla y ésta, con perjuicio para una parte o sujeto procesal, genera un error conceptual que implica nulidad.

Empero, el sistema procesal penal consagra otras formas de acusación, que de manera semejante guardan armonía con la sentencia final. En este procedimiento, se obvia el juicio oral y público. Esta acusación, en el sistema procesal que desarrolla el Acto Legislativo No. 3° de 2002, tiene dos grandes escenarios: (i) aceptación unilateral de cargos, que bien puede ocurrir en la audiencia de imputación (art. 288-3 del CPP); en la audiencia preparatoria (artículo 356-5 del CPP); o en cualquier otro estadio procesal posterior, incluso, en la audiencia de juzgamiento (artículo 367-2° ibídem); (ii) aceptación bilateral de cargos, en aplicación de una política criminal de Estado, consistente en acuerdos y preacuerdos entre el imputado, asistido por su defensa profesional y el investigador con perspectivas de acusación (arts. 348 y siguientes de la Ley 9067 de 2004).

Huelga decir, que, en estas hipótesis, romper el marco conceptual de la aceptación unilateral o bilateral de cargos que son motivo de acusación, por una sentencia en que se desborde el parámetro de lo fáctico o jurídico, constituye una grave irregularidad que inexorablemente vicia la sentencia de nulidad.

3) **De garantía**⁹⁸. Es característica esencial de un Estado social y democrático de Derecho garantizar los derechos y libertades fundamentales en desarrollo del ejercicio del *ius puniendi*. Los motivos que originan la nulidad están referidos al desconocimiento de las garantías fundamentales. Entre otros, son los derechos a la defensa material y técnica; motivación

⁹⁷ La acusación la hace inicialmente el Fiscal mediante escrito, conforme al artículo 336 y siguientes y luego la formaliza en la correspondiente audiencia (artículo 338 del CPP-04) con presencia de las partes.

⁹⁸ Se pueden presentar otras irregularidades, que son errores de garantía, como la falta de motivación de las providencias judiciales, o la violación de términos procesales para la investigación y el juzgamiento, que en otra oportunidad serán tratados.

de las resoluciones judiciales, afectaciones de la libertad personal, etc.; del **ab initio** del artículo 457 de la ley 906 de 2004: «**Nulidad por violación a garantías fundamentales**. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales». Entre éstos se encuentran:

3.1) **Derecho de defensa**. Ante la formulación de una imputación, el destinatario de la acción penal, está en el derecho fundamental de ejercer su propia defensa, como de asesorarse de manera eficaz de un profesional en leyes, que lo asista. El derecho a la defensa, lo consagra el artículo 29 constitucional, como integrador del debido proceso: «se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas»⁹⁹.

El **ab initio** del artículo 3º de la Ley 270 de marzo 7 de 1996, «Estatutaria de la administración de justicia», establece: «En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia, y la ley».

El artículo 8º de la Ley 906 de 2004 hace un exhaustivo reglamento de la operatividad del derecho de defensa, en desarrollo de la actuación procesal punitiva. También tiene desarrollo en los artículos 118 y siguientes del mismo Estatuto Procesal Penal, en el título correspondiente a la «Defensa»; y en los artículos 126 y siguientes del mismo, referentes al «Imputado»¹⁰⁰.

El hecho de tener raigambre constitucional y ser principio rector tiene importancia para el procesado, porque: a) vincula y obliga a las tres ramas del poder público (legislativa, ejecutiva que incluye la Contraloría, Procuraduría, institutos descentralizados, departamentos y municipios y judicial), dentro de sus correspondientes competencias; b) No sólo comprende la presencia material o física de un profesional en leyes que represente los intereses del procesado, sino que también debe ser efectiva, integral, dinámica y real.

Con el derecho a la defensa se pretende la igualdad procesal, manifestada en plurales oportunidades: (i) Impugnando las pruebas de la acusación

⁹⁹ El bloque de constitucionalidad, especialmente los pactos de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, ley 74 de 1968 y 16 de 1972, en sus artículos 14 y 8, respectivamente los consagran.

¹⁰⁰ La Ley 941 de enero 14 de 2005 organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública (SNDP). En el artículo 4º regula: «El Sistema Nacional de Defensoría Pública garantizará el derecho a una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente».

en la audiencia preparatoria; (ii) aportando medios de prueba que confronten las alegadas por el agente acusador; (iii) formulando la contrateoría del caso; (iv) participar en la producción de la prueba, contrainterrogando a los testigos asertivos; (iv) aportando los testigos de refutación conforme a los resultados de la práctica de la declaración; y, (v) ejerciendo la impugnación a las decisiones judiciales que lo afecten.

Procesalmente, para garantizar el derecho de defensa, se requiere que el procesado (imputado y acusado) y su defensor técnico operativamente puedan: a) conocer personalmente las diligencias investigativas, o en la causa, que le permitan conocer los cargos y los medios de prueba que los sustentan; b) en el ejercicio del derecho de contradicción, aportar los medios de prueba que desvirtúen los cargos formulados; pedir la práctica de pruebas y participar en su producción; y, c) notificación oportuna de las providencias para poder impugnar, si es su opción.

Por ello, es una irregularidad que genera la nulidad de la actuación, formular la imputación o la verificación de cualquiera otra audiencia preliminar, sin la presencia del defensor profesional. Conforme a lo establecido en el artículo 119 del Código de procedimiento penal de 2004: «La designación de defensor del imputado deberá hacerse desde (i) la captura si hubiere lugar a ella o (ii) desde la formulación de la imputación».

Entonces, de lo expuesto se deduce que cualquier afectación por parte del fiscal o del juez, que afecte este derecho, indubitablemente genera una irregularidad con la suficiente vocación para invalidar la actuación con la formal declaratoria de nulidad, desde el momento procesal en que se presente ese vicio.

3.2) Indebido emplazamiento de la persona ausente. La persona destinataria de la acción penal, debe procesalmente estar presente en desarrollo de la investigación. {Ésta es la regla general¹⁰¹. Para ello existe un régimen general, como es su presencia desde la audiencia de imputación hasta la formal finalización del proceso. Excepcionalmente, existe la presencia del imputado a través de la defensoría pública, previa declaratoria de persona ausente, con la insoslayable exigencia de estar plena y fehacientemente identificada.

¹⁰¹ El artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a...hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección».

Ésta es una medida con que cuenta la administración de justicia para la realización de los principios, valores y objetivos generales; de ella no puede desentenderse so pretexto de que el procesado no ha comparecido al llamado de la justicia, ni esperar a que éste voluntariamente se presente o a que sea capturado o a que la acción penal prescriba. La actuación procesal debe adelantarse procurando por todos los medios posibles comunicarle la existencia de la investigación que cursa en su contra, y designarle un Defensor Público que lo represente en el ejercicio de su derecho, además de brindarle mecanismos legales que le permitan obtener la corrección de los vicios y errores en que se pueda incurrir por falta de adecuada defensa.

En los procesos que se adelanten con persona ausente no se vulnera el derecho a la igualdad de los imputados, pues éstos cuentan con las garantías y oportunidades procesales concedidas a quienes están presentes, las cuales pueden ser ejercidas por el defensor público, previa solicitud del Juez de Control de Garantías. La normativa procesal punitiva de 2004 se ocupa expresamente de esta figura de la manera siguiente:

Según el artículo 127 de la Ley 906 de 2004¹⁰², el fiscal debe agotar los mecanismos para hacer comparecer a la persona destinataria de la acción penal, para la formulación de la imputación o aplicación de medida de aseguramiento que lo afecte. Esta actividad debe ser demostrada suficientemente al Juez de Control de Garantías con los elementos materiales probatorios o la evidencia física de tal actuar, para que éste haga la formal declaración de persona ausente, mediante providencia motivada. El juez verificará que en verdad se hayan agotado los mecanismos de localización y búsqueda, con las citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. No se trata de acudir por negligencia o incapacidad o falta de diligencia a solicitar esta declaratoria, sino que debe demostrársele al juez esa actividad, con los elementos materiales probatorios y la evidencia física suficiente, so riesgo

¹⁰² Esta norma regula: «Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el Juez de Control de Garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. El imputado se emplazará mediante edicto que se fijará en un lugar visible de la secretaria por el término de cinco (5) días hábiles y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. Cumplido lo anterior, el juez lo declarará persona ausente, actuación que quedará debidamente registrada, así como la identidad del abogado designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública que lo asistirá y representará en todas las actuaciones, con el cual se surtirán todos los avisos o notificaciones. Esta declaratoria es válida para toda la actuación. El juez verificará que se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado».

de vulnerar de manera grave una garantía constitucional, como es el derecho de comparecer a la administración de justicia y garantizarle el debido proceso.

Ahora, para la formulación de la imputación, el artículo 291 de la ley 906 de 2004 consagra: «Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este Código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, ésta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si éste último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación».

De manera que, es una irregularidad que el fiscal no agote razonablemente todos los recursos para lograr la comparecencia física del imputado. El no agotar todos los medios lógicos a su disposición y proceder a emplazarlo ha dado lugar a sostener, que en verdad no existe sujeto pasivo de la acción penal¹⁰³. La Corte constitucional, en su función de guarda de la

¹⁰³ *La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene una pacífica postura garantista frente a esta figura. En efecto, desde la vigencia del Código de Procedimiento penal de 1971, ha sido exigente en los presupuestos para proceder al mecanismo residual de la declaratoria de persona ausente. Así, el 23 de junio de 1977, con ponencia del magistrado, Dr. Pedro Elías Serrano Abadía, sostuvo: «No existe prueba de que el procesado se ocultara, se trasladara a parte distinta de aquélla en donde dijo residir, o, de alguna manera eludiera la acción de las autoridades a quienes se había confiado la tarea de darle captura, para someterlo a indagatoria. No podía predicarse de él que se ignoraba su paradero si en el expediente existen señales precisas de su ubicación y estas señales se encuentran consignadas en las órdenes de captura emitidas por el juez de conocimiento. En estas circunstancias, no puede afirmarse que estaba 'ausente', porque lo cierto es que no se le buscó o, por lo menos, no existe seguridad alguna que tal actividad se ejecutara ya que los organismos policiales encargados de esa misión no contestaron, ni se les reiteró la orden, ni se recurrió a otros medios para lograr su presencia en el proceso. Así las cosas la declaratoria de 'reo ausente' no procedía pues no se habían agotado medios y recursos para llegar a la conclusión indubitable de la imposibilidad de encontrarle (...). Estos actos de comunicación deben ser reales y no puramente formales y es por ello que si se trata de procesos en los que no procede la captura, se debe citar al sindicado a su domicilio, a su lugar de trabajo si son conocidos o a los sitios que se conoce frecuente cotidianamente; y si es de aquellos en que opera la captura se deben dar a los funcionarios encargados de realizarla todos los datos conocidos que permitan a los agentes policiales el poder buscar a quien pretendan capturar en su domicilio, sitio de trabajo o lugares mayormente frecuentados por el mismo. En caso de imposibilidad de poderse hacer la citación o la captura, antes de proceder al emplazamiento se han de esperar los informes del citador o los agentes policiales, que informen la imposibilidad de poder dar con el paradero del requerido. De no procederse de esta manera se incurre en causal de nulidad como así ha sido reconocido por esta corporación, porque se corre el peligro de que se adelante un proceso contra una persona como contumaz, cuando la misma se encuentra en el domicilio que siempre ha ocupado o en el lugar de trabajo que siempre ha tenido». Esta postura jurisprudencial ha sido reiterada así: (i) En sentencia de mayo 6 de 1980, Ponencia del magistrado Gustavo Gómez Velásquez, (ii) En septiembre 1º de*

Constitución Nacional y protectora de los derechos individuales, mediante sentencias de tutela¹⁰⁴ también ha hecho importantes pronunciamientos sobre este tema.

¿Es nula la actuación cuando se declara persona ausente al imputado y luego se lo captura?

Para contestar este interrogante debe tenerse presente que la situación de ausencia del procesado no es homogénea. Nada mejor que acudir al precedente judicial desarrollado por la Corte Constitucional.

En la sentencia C-488 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, precisó la diferencia entre el procesado que se oculta y el que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso. Dijo en aquella oportunidad el Juez Constitucional: «En el caso del **procesado ausente**, debe distinguirse entre el procesado que se **oculta** y el **sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia** del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asisten. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él, o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento, e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica. Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado».

Recientemente la misma Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, con ponencia de la magistrado Dra. Clara Inés Vargas

1983, Ponencia del Magistrado Darío Velásquez Gaviria; (iii) En fallo de constitucionalidad marzo 8 de 1990, resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal de 1987, que regulaba lo relacionado con el «emplazamiento para indagatoria», con ponencia del magistrado Hernando Gómez Otálora.

¹⁰⁴ En sentencia de T-639 de 1996 Ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell, tuteló el derecho de defensa por encontrar que el organismo judicial cerró la investigación, sin adelantar diligencia alguna tendiente a lograr la comparecencia del procesado, a pesar de que tenía a su disposición la dirección donde podía ser localizado.

Hernández, dijo: «La Ley 906 de 2004 establece tres excepciones a la regla general, según la cual no se pueden adelantar investigaciones y juicios en ausencia: (i) la declaratoria de persona ausente cuando se hayan agotado los mecanismos de búsqueda y citación suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado, y ésta no ha sido posible; (ii) la rebeldía o contumacia a comparecer al proceso; y (iii) la renuncia a hallarse presente durante la audiencia de formulación de cargos».

En tratando del renuente, dijo la misma Corporación Judicial en la misma Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005: «La figura de la **contumacia** se produce cuando el indiciado, *habiendo sido citado*, sin causa justificada, así sea sumariamente, no comparece a la audiencia de formulación de imputación, caso en el cual ésta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su ausencia, el Juez de Control de Garantías procederá a designar un defensor de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación. Se trata, en consecuencia, de un **acto de rebeldía** del imputado frente a la administración de justicia, por cuanto, se insiste, tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra».

Concluyó la Corte Constitucional, en la **in comento** sentencia C-591 de 9 de junio de 2005: «(...) la Corte extrae las siguientes conclusiones: (i) Es la **regla general**, que no se pueden adelantar investigaciones o juicios en ausencia; tanto menos en el marco de un sistema procesal penal de tendencia acusatoria caracterizado por la realización de un juicio oral, público, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; (ii) Sólo de manera **excepcional**, y con el único propósito de dar continuidad y eficacia a la administración de justicia en tanto que servicio público esencial, la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, pueden admitirse las figuras de la declaratoria de persona ausente y la contumacia, casos en los cuales la audiencia respectiva se realizará con el defensor que haya designado para su representación, o con el defensor que le designe el juez, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, según el caso. Adicionalmente, la persona puede renunciar a su derecho a hallarse presente durante la audiencia de formulación de la acusación. Con todo, siendo mecanismos de carácter excepcional, su ejecución debe estar rodeada de un conjunto de garantías y controles judiciales; (iii) La **declaratoria de persona ausente** por parte del Juez de Control de Garantías sólo procederá cuando verifique de manera real y material y no meramente formal, que al fiscal le ha sido imposible localizar a quien requiera para formularle la imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, y se le hayan adjuntado los elementos de conocimiento que demuestren la insistencia

en ubicarlo mediante el agotamiento de mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del procesado. Una vez verificados tales requisitos, la persona será emplazada mediante un edicto que se fijará por el término de cinco días en un lugar visible de la secretaría del juzgado, y se publicará en un medio radial y de prensa de cobertura local. De igual manera, se le nombrará un defensor designado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública; y, (iv) En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la fiscalía para demostrarle al Juez de Control de Garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, bien de oficio o a solicitud del acusado, de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que en materia de juicios en ausencia el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso».

Ahora, el procesado (imputado o acusado) que no conoce la existencia del proceso, no puede comparecer; su situación es diametralmente opuesta. Cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no actúan en forma diligente para informarlo de la existencia del proceso, cuenta con la posibilidad de solicitar, en cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, incluso puede acudir a la acción de tutela¹⁰⁵, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecer el derecho fundamental que se le ha vulnerado.

¹⁰⁵ Mediante sentencia T-039 de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, la Corte amparó los derechos sustanciales y procesales reclamados por el actor, en contra de quien se adelantó un proceso penal al cual fue completamente ajeno por culpa imputable a los funcionarios del Estado de comunicarle la existencia del mismo.

Así, en sentencia T- 266 de 1999, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado, Dr. Carlos Gaviria Díaz, amparó el derecho al debido proceso de un indígena por cuanto «ni el Juzgado de Instrucción, ni el de juzgamiento, ni el defensor de oficio, ni el representante del Ministerio Público intentaron localizarlo por esos medios, que son los disponibles, y que para el efecto resultan eficaces».

Entonces, para declarar a una persona ausente y con defensor público continuar el trámite, debe el Estado: (i) realizar todas las diligencias para garantizarle al procesado su comparecencia, (ii) se debe reclamar la renuencia del imputado a comparecer, y el organismo judicial acreditarlo; (iii) si se adelanta el proceso con una persona a la que no se le ha garantizado el derecho de defensa, es reclamable, incluso por nulidad o tutela, en caso extremo, el restablecimiento de su garantía constitucional. Así que la sola captura de una persona declarada ausente dentro de un proceso no es motivo para deprecar y declarar la nulidad. Se deben distinguir las hipótesis a que ha hecho referencia la Corte Constitucional.

¿Se puede originar la nulidad en la investigación?

Desde el momento de la formal aparición de las partes procesales con la formulación de la imputación en audiencia, se pueden presentar irregularidades que pueden afectar grave y trascendentemente el debido proceso, en uno cualquiera de sus elementos integradores; eso puede viciar la actuación y ameritar la inmediata declaratoria de nulidad, bien de oficio, bien a instancia de parte.

Una vez formulada la acusación, también se puede presentar la irregularidad que vicie la actuación o parte de ella de nulidad. Conforme al inciso 2º del artículo 355 del Código de procedimiento penal, se puede presentar una hipótesis generadora de nulidad: la realización de la audiencia preparatoria, sin la presencia del juez, o del fiscal o del defensor. La ausencia en esta audiencia, de uno cualquiera de estos operadores judiciales, necesariamente vicia la actuación de nulidad, por lo que se impone su declaratoria.

¿Cuál es la oportunidad para declarar la nulidad?

Las irregularidades sustanciales que se presenten en la etapa de investigación, que afecten sensiblemente el debido proceso, deben ser alegadas por la parte interesada en este escenario, si es que no proceden los recursos legales, bien de reposición, bien de apelación. Así que, por principio de economía procesal, si la nulidad se genera en una audiencia

preliminar (artículo 154 de la Ley 906 de 2004), no se debe diferir para el momento de la audiencia de acusación o preparatoria del juicio.

Un segundo escenario para plantear la nulidad por la falta de competencia del juez se da en la audiencia de formulación de la acusación. En efecto, el inciso 3º del artículo 43 de la Ley 906 de 2004, expresamente consagra: «Las partes podrán controvertir la competencia del juez únicamente en audiencia de formulación de la acusación».

Conforme a esta preceptiva, existe un único momento para proponer la nulidad por la falta de competencia: en la audiencia de acusación, que es cuando realmente se inicia y se traba la litis entre las partes y ante el juez de conocimiento. Luego, ni antes ni después de este espacio procesal puede plantearse. No puede plantearse, por ejemplo, en la audiencia de imputación, por ser previa y ser ante un Juez de Control de Garantías.

¿Procede la declaratoria de nulidad de oficio?

Sí. Colombia es Estado-parte de la comunidad internacional comprometida con el respeto de los derechos y libertades fundamentales del individuo¹⁰⁶, por lo cual debe observarlos y respetarlos. Consagrados en la legislación interna, una vez sea avizorada la irregularidad sustancial, debe ser invalidada la actuación viciada, con la formal declaratoria de nulidad del órgano judicial competente.

Por ello, tanto el juez de control de garantías como el de conocimiento, deben inadmitir toda actuación que vulnere el debido proceso, entendido en su concepción supranacional y constitucional, con desarrollo en la normativa subalterna, vale decir, en la Ley 906 de 2004, que consagra principios y garantías en un proceso oral, público, bilateral, concentrado, contradictorio y con intermediación.

En la ley 906 de 2004, existen plurales mandatos que expresamente obligan al juez a actuar oficiosamente: (i) el artículo 5º: «(...) los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia», como valores supremos; (ii) el inciso 1º del artículo 10 del código procesal de 2004: «La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que

¹⁰⁶ Es lo que modernamente se denomina Bloque de constitucionalidad, del que hace parte la Ley 74 de 1968, por el que se incorporó el Pacto de derechos civiles y políticos de Nueva York de 1968; y la ley 16 de 1972, que introdujo la Convención americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial»; (iii) el artículo 27: «En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia»; y, (iv) el artículo 139 del Código de Procedimiento penal que desarrolla el Acto Legislativo No. 3 de 2002: los jueces deben : «3. Corregir los actos irregulares».

14. AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

También se la conoce como audiencia de juzgamiento, del debate o de juicio plenario, y constituye la fase medular del nuevo proceso penal con tendencia acusatoria, en cuanto es allí en donde se materializan los principios de *publicidad, oralidad, inmediación de la prueba, contradicción, concentración, con todas las garantías*, presupuestos de validez para que exista un pronunciamiento de fondo de un juez independiente e imparcial, que defina la controversia sometida a consideración por las partes.

Se encuentra detalladamente reglamentada en los artículos 366 a 424 de la ley 906 de 2004, dentro de un contexto de interpretación a la luz del artículo 250 de la Constitución, de las normas que conforman bloque de constitucionalidad en los términos del artículo 93 también de nuestra Carta, y de los principios consagrados en los artículos 1 a 27 de la codificación procesal.

Dinámica de la audiencia

- Instalación y verificación de la partes: Obligatoriamente han de estar el Fiscal y el defensor. Lo más importante es que, en ausencia del acusado, el juez verifique y garantice que se han agotado todos los medios para la oportuna comparecencia. Sólo se justifica la ausencia en su propio juicio por voluntad propia y expresa, o cuando, requerido por parte del Estado, en los términos y alcances de la

Sentencia C-591 de 2005¹⁰⁷, se muestre renuente; entonces sí procede de manera excepcional el juzgamiento en ausencia.

- Acto seguido, si el acusado se encuentra presente, el juez debe explicarle los derechos que le asisten en el juicio (en términos generales, los contenidos en el artículo 8 de la ley 906 de 2004) y también las garantías constitucionales, a guardar silencio y a no auto-incriminarse. Los efectos y consecuencias penales en cuanto a declarar en el juicio deben entenderse en los precisos términos y alcances de la Sentencia C-782 de 2005¹⁰⁸, la cual reivindica los derechos constitucionales de defensa y no auto-incriminación que serán siempre oponibles, y se

¹⁰⁷ En tal sentido, la Corte considera que la declaratoria de persona ausente debe estar rodeada de las debidas garantías procesales y ser objeto de un estricto control judicial, y que por lo tanto no se agota con la actividad que despliega de manera obligatoria la Fiscalía para demostrarle al juez de control de garantías el agotamiento de las diligencias suficientes y razonables para la declaratoria de ausencia, sino que igualmente éstas deben continuar por parte de la Fiscalía con posterioridad a esta declaración, a fin de que el juez de conocimiento, al momento de la citación para la celebración de la audiencia de formulación de acusación, realice una labor de ponderación en relación con el cumplimiento de la carga de ubicación del procesado, y constate que el Estado ha continuado con su labor de dar con el paradero del acusado, a fin de autorizar de manera excepcional el juicio en ausencia, o declare la nulidad de lo actuado por violación del derecho fundamental al debido proceso, de oficio o a solicitud del acusado de conformidad con lo previsto en el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, o del defensor respectivo. Cabe recordar, que la actividad del Sistema Nacional de Defensoría Pública debe encaminarse a que, en materia de juicios en ausencia, el Estado cumpla efectivamente con su deber de demostrar que adelantó todas las gestiones necesarias y pertinentes para localizar al investigado o enjuiciado, así como que el rol que juega el Ministerio público en estos casos se acentúa para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales en el proceso.

¹⁰⁸ No obstante lo dicho, la norma acusada admite también una interpretación distinta de la anterior y acorde con la Constitución Política. Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación.

No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta. De igual modo, resulta indispensable que desaparezca la disyuntiva inconstitucional de poner al sindicado a escoger entre su propia defensa y la posibilidad de resultar doblemente enjuiciado. Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la

harán valer ante cualquier apremio o coacción derivada del juramento. En cuanto a la oportunidad de renuncia al derecho de guardar silencio y decidirse a declarar, la puede hacer valer hasta antes que finalice la fase probatoria del juicio, decisión trascendental que deben estudiar y analizar cuidadosamente el defensor y acusado.

- Luego de esas advertencias, el juez le preguntará al acusado sin apremio o juramento alguno, cómo se declara si culpable o no culpable. Si lo primero, el juez debe verificar que esta aceptación de responsabilidad se haya hecho de manera libre, voluntaria, consciente y de manera informada e inteligente, para enseguida ordenar que el proceso se siga por el trámite abreviado, que no es otro que el de individualización de pena y de la correspondiente reducción con ocasión de la aceptación de responsabilidad en los términos de la acusación.
- Si el acusado no se declara culpable, entonces el proceso sigue su curso normal.
- Acto seguido, el juez ordena que por secretaría se lean las estipulaciones, y pregunta a las partes si están conformes y aceptan su contenido según lo acordado, y ordena en consecuencia que estas estipulaciones sean tenidas como si las pruebas realmente se hubieran producido en el juicio, para posterior valoración.
- Posteriormente, el juez solicita a la Fiscalía y defensa, en su orden, que indiquen el orden de presentación de sus testigos.
- Acto seguido, se concede la palabra a la Fiscalía para que presente sus alegatos iniciales o de apertura; luego concede el turno a la defensa para que, si lo desea, proceda a ello (facultativo).
- Cumplido lo anterior, se inicia la fase probatoria o práctica de pruebas, observándose los requisitos y formalidades de cada medio probatorio (artículos 383 a 441 de la ley 906 de 2004).

no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio.

- Agotado el debate probatorio, el juez procede a conceder la palabra, en su orden: Fiscal, Parte Civil (si la hubiere), Ministerio Público, y defensa.
- La norma (artículo 443, inciso final) autoriza a la Fiscalía para que controvierta los argumentos de la defensa, evento en el cual habilita a la defensa para que ejerza el derecho de réplica, como última intervención argumentativa.
- Verificado lo anterior, el juez anunciará el sentido del fallo: culpable o inocente.
- En el caso de decisión condenatoria, el juez concederá la palabra a las partes para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable; también se podrán referir a la probable determinación de la pena aplicable, y cabe ahí cualquier solicitud relacionada con algún subrogado o con la sustitución de la pena.
- Luego fija fecha para el proferimiento de la sentencia con su debida motivación, oportunidad en la cual se podrá interponer recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del respectivo Distrito judicial. Es ante esta autoridad donde se procede a sustentar el recurso, una vez se convoque a la audiencia para tales fines.

14.1 INCORPORACIÓN DE EVIDENCIA

1. PRESENTACIÓN.

Se había advertido antes de entrar a regir la Ley 906 de 2004, que la marcada diferencia en la labor probatoria entre nuestro tradicional sistema de enjuiciamiento y el de corte acusatorio contenido en esta ley, tratándose en especial de la presentación de evidencia física y documental, sería ¹⁰⁹ «... un tema donde dicha diferencia romperá de plano esquemas mentales y pondrá a prueba la imaginación de jueces y litigantes...». Al efecto, transcurridos nueve meses de implementación del sistema acusatorio, no han sido pocos los casos perdidos por defensores y fiscales por no adelantar en forma legal, adecuada y eficaz los procedimientos de incorporación de elementos materiales probatorios, evidencia física y documental, aun en presencia de sólidas teorías fácticas y jurídicas, más aún, contando con prueba testimonial abundante e

¹⁰⁹ Cfr. ALBARRACÍN David, CALDERÓN Henry, Et.Al, SISTEMA ACUSATORIO COLOMBIANO, Tomo I. Pags. 335 y ss. Ed. Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. D. C. 2004

idónea. Siendo ésta la experiencia vivida, se hace más que necesario e inaplazable, iniciar con este manual el camino hacía la construcción de un conjunto de reglas y procedimientos que permitan a los defensores públicos incorporar evidencia en juicio con posibilidades de éxito en tal menester, y orientarse en la controversia crítica de los procedimientos de incorporación que adelanten sus adversarios naturales, los fiscales.

En estos meses de vigencia de la ley 906 de 2004 se ha develado, como se preveía, que una de las mayores encrucijadas que tienen que salvar los litigantes, defensores y fiscales, dentro de la práctica de las audiencias orales propias del sistema acusatorio, es la de la incorporación de evidencia física y documental en el juicio oral. En efecto, no han sido pocos los casos en que la adecuada o inadecuada observancia de efectivos procedimientos de incorporación ha determinado el sentido del fallo.

2. MARCO DE REFERENCIA.

Antes de abordar el recorrido práctico motivo de este artículo, se hace necesario citar, en forma sucinta, algunos de los ¹¹⁰principios y fundamentos teóricos que sirven de contexto:

2.1. Deficiente tratamiento normativo

En primer término, se advierte que la Ley 906 de 2004 no trae disposiciones que se refieran en forma directa y explícita a la incorporación de elementos materiales probatorios y evidencia física y documental para que sean tenidos en cuenta como pruebas dentro del juicio oral. En efecto, si se examina el contenido normativo de la Ley 906 de 2004, se encontrará que no existe un solo artículo que reglamente en forma directa la incorporación de evidencia física dentro del juicio.

Para el caso colombiano, sin bases normativas específicas ni antecedentes jurisprudenciales aplicables, ha sido necesario partir de los principios generales de derecho probatorio contenidos en la Ley 906 de 2004 y de los conceptos usuales de nuestra doctrina en materia de derecho probatorio, además del derecho comparado.

2.2. Principio de incorporación de la prueba

El concepto teórico de «incorporación» y su desenvolvimiento práctico resultan contrarios al principio de permanencia de la prueba, propio de

¹¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 336 y ss.

los sistemas escriturales, según el cual, tanto las declaraciones de testigos como las evidencias físicas y documentales se reputan como pruebas durante todo el proceso desde que son allegadas en la etapa de instrucción y/o en la de juzgamiento.

En el sistema procesal penal de corte acusatorio, las pruebas físicas y documentales sólo podrán reputarse como tales en la medida en que sean debidamente incorporadas ante el juez en la audiencia de juicio oral, con sustentación de su pertinencia, conducencia, autenticidad y admisibilidad, de una parte, y de otra, con la posibilidad del ejercicio del derecho de contradicción desde su aducción hasta su completa incorporación, para que así puedan ser medios legítimos de conocimiento a valorar por el juzgador en su juicio de responsabilidad, quien, en últimas, determinará si dichos objetos y documentos han sido o no tomados en cuenta como pruebas en la medida en que hayan generado o no convencimiento en el juez para tomar su decisión.

2.3. Conducencia y estrategia

Como la prueba testimonial, la incorporación de evidencia física y documental debe surgir de necesidades probatorias propias de la planeación y estrategia del caso, de tal manera que no todos los elementos materiales probatorios y documentos de que se disponga deben ser, en forma necesaria, incorporados al juicio. Dicha incorporación tiene como primer objetivo la presentación y utilización de los objetos físicos y documentos que sean conducentes para complementar, aclarar, o sentar las bases probatorias de los supuestos fácticos y jurídicos que integran la teoría del caso.

2.4. Inmediación

La incorporación de evidencia física y documental es requisito indispensable para la realización del principio de la inmediación¹¹¹, según el cual, el juez sólo podrá valorar como prueba aquella que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a la confrontación y contradicción en su presencia. Siendo esto así, para que un elemento material probatorio y la evidencia física y documental puedan en algún momento ser reputados como pruebas, han de ser incorporados ante el juez dentro de la misma audiencia pública.

¹¹¹ Consagrado en forma específica en los artículos 16 y 379 de la Ley 906 de 2004.

2.5. Pertinencia

Si bien es cierto que el juez hace un primer pronunciamiento sobre la pertinencia de los elementos materiales probatorios, evidencia física y documental desde la audiencia preparatoria, cuando decreta la práctica de pruebas solicitadas por las partes¹¹², es en la audiencia de juicio oral, en el momento mismo en que dichos objetos y documentos son incorporados, cuando la pertinencia se «realiza» ante el juez, y es objeto de controversia real entre las partes, porque es allí cuando al cimentar las bases probatorias de cada objeto o documento, tanto el juez como la parte contraria pueden percibir y valorar en forma efectiva su pertinencia¹¹³.

2.6. Autenticidad

La incorporación en el juicio de la evidencia física elementos materiales probatorios, y documentos permite que tanto el juez como el litigante contendor puedan determinar si éstos satisfacen o no el requisito de autenticidad¹¹⁴: quien los pretende aducir como prueba debe demostrar que fueron *detectados*, *fijados*, *recogidos* y *embalados* en forma técnica, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. Estos supuestos de autenticidad se demuestran ante el juez mediante el recorrido propio de su incorporación en juicio y, en tal sentido, se erigen en presupuestos probatorios necesarios para su admisión y valoración.

Vale la pena hacer resaltar en este aspecto que la autenticidad NO es sinónimo del concepto de cadena de custodia, tal como parece han entendido los litigantes en la práctica judicial durante estos meses, por cuanto la autenticidad exige un esfuerzo mayor que el de acreditar el simple cumplimiento de la cadena de custodia, sobre todo si ésta es entendida como el mero «formato». El formato de cadena de custodia es a la evidencia como la historia clínica al paciente: sirve para determinar su recorrido en cuanto a instancias y personas.

2.7. Admisibilidad

Los anteriores objetivos y fundamentos de la incorporación de objetos y documentos son la base, sobre la cual se pretende que sean admitidos como prueba, porque así hayan sido descubiertos, ofrecidos y decretados

¹¹² Cfr. artículo 357, inciso 2º Ley 906 de 2004.

¹¹³ Cfr. artículo 375 de la Ley 906 de 2004.

¹¹⁴ Cfr. artículo 277 de la Ley 906 de 2004.

en las audiencias de acusación y preparatoria, sólo mediante el cumplimiento riguroso de los presupuestos para su incorporación en el juicio se podrá determinar si son o no admisibles, según cumplan o no con una estrategia acorde con la teoría del caso.

Así no todo elemento material probatorio o evidencia física ofrecidos y decretados como prueba en la audiencia preparatoria necesariamente serán admitidos como prueba en el juicio, y si, en forma errada, en criterio nuestro, fueran admitidos, no podrían ser objeto de valoración por parte del juez, al sustentar su decisión final.

2.8. Contradicción

Mediante la adecuada y eficiente incorporación de objetos y documentos en juicio se realiza el derecho de contradicción, porque es a lo largo de la actividad de la incorporación cuando el litigante contrario puede criticar y objetar la conducencia, pertinencia, y autenticidad del elemento material probatorio o de la evidencia física o documental, con miras a obtener la inadmisión o atacar la debilidad de la prueba.

2.9. Convencimiento

Si la incorporación de evidencia material y documental parte del fundamento de una estrategia para procurar su admisión y permite el ejercicio de contradicción, es lógico inferir que su objetivo final es el de generar convencimiento en el juzgador respecto de las pretensiones fácticas o jurídicas alegadas.

2.10. Clasificación de los medios de prueba

Para efectos de la incorporación, y sin perjuicio de clasificaciones más elaboradas desde diferentes perspectivas del derecho probatorio, los medios de prueba se clasifican por su naturaleza y tratamiento normativo en: 1) tangibles, dentro de los cuales se encuentran los objetos y documentos; 2) reales y demostrativos, según tengan o no relación directa con los hechos. Esta clasificación incide desde la misma admisibilidad de las pruebas, por cuanto la sustentación de pertinencia, de conformidad con el artículo 375 de la Ley 906 de 2004, variará según sea documental, objeto o sea real o demostrativa. En igual forma, según sea la tipología del medio de prueba, se requerirán uno o más testigos «medio» para su incorporación, y se determinará el contenido específico de la generación de las bases probatorias, según sea el medio de prueba.

2.11. Pasos para la incorporación de evidencia en juicio

Aunque la doctrina comparada difiere en cuanto al número y alcance de cada uno de los pasos requeridos para incorporar en forma adecuada y eficaz la evidencia en juicio, de tiempo atrás hemos propuesto ¹¹⁵dos fases bien delimitadas: A) Labor previa al juicio, de planificación, estrategia, selección de testigos medio, y alistamiento; B) presentación de la evidencia en juicio, la cual consta de siete pasos básicos: 1) generación de bases probatorias, 2)marcación de la evidencia, 3) presentación del objeto a la otra parte, 4) presentación del objeto al testigo, 5)identificación o reconocimiento por parte del testigo, 6) solicitud de admisión de la evidencia como prueba y 7) utilización de la misma dentro de la audiencia.

A. LABOR PREVIA AL JUICIO

No obstante que la incorporación de objetos y documentos consiste en una serie de actos que, en forma preponderante, se desarrollan dentro de la audiencia de juzgamiento, es indispensable para garantizar su eficacia que se adelanten, en forma previa, las siguientes actividades.

- 1) Selección de la evidencia acorde con la teoría del caso.
- 2) Concreción de la pertinencia y conducencia.
 - i. Determinación de las bases probatorias
 - ii. Selección de los testigos «medio» de la incorporación
 - iii. Planificación y alistamiento.

B. PRESENTACIÓN DE OBJETOS Y DOCUMENTOS EN EL JUICIO

1) Generar las bases probatorias previas necesarias

Con pleno conocimiento de causa, Fontanet¹¹⁶ considera este paso como el de mayor dificultad, como quiera que para su realización se deben cumplir las exigencias sustantivas y procesales propias de la prueba física o documental a incorporar.

Para generar las bases probatorias previas se deben establecer los nexos necesarios entre el testigo y la evidencia, en procura de refrendar su

¹ Cfr. *Ibid.*, p. 344 y ss.

²Cfr. *Ibid.*, p. 43.

pertinencia, conducencia y autenticidad, de tal manera que las bases probatorias serán diferentes para cada clase de prueba a incorporar, vale decir, según se trate de prueba real o demostrativa, real o documental, o cualquiera otra especie de prueba que signifique una sustancial cualificación del medio probatorio, sin entrar en las mencionadas categorías.

2) Marcar el objeto o documento

Esta actividad, más bien de carácter formal, consiste en que el litigante que pretende incorporar el objeto o documento lo identifique por su origen (defensa o Fiscalía), y por un consecutivo numérico o alfabético se refiera a él como *«objeto o documento marcado con el Número tal»*, a lo largo de su presentación en la audiencia, para que sea identificado y reconocido por el testigo «medio».

3) Mostrar el objeto o documento a la otra parte

Una vez marcado el objeto o documento y sentadas las bases probatorias, lo procedente, para posibilitar un primer escenario de contradicción, es mostrar el objeto o documento marcado al litigante contrario, a efectos de que en forma breve lo analice y verifique que sea el mismo que se descubrió y ofreció en las audiencias de acusación y preparatoria.

4) Mostrar el objeto o documento al testigo o testigos «medio»

Después de que el litigante contrario haya observado el objeto o documento, se debe proceder a mostrar al testigo «medio», ora en forma directa el litigante que presenta la evidencia, ora a través del secretario del juez, según éste lo disponga. Es importante que en este paso el testigo examine con detenimiento el objeto que se le pone de presente, y sólo se refiera a él cuando se le pregunte al respecto.

5) Verificar la identificación y/o reconocimiento del objeto marcado por parte del testigo medio

Enseguida, después de que el testigo «medio» ha observado el objeto o documento, se le debe preguntar si lo reconoce e identifica, así como las razones de tal conocimiento. Siendo afirmativas las respuestas del testigo, a partir de este momento el litigante que ofrece la evidencia puede referirse a ella con la denominación que corresponda, ya no como el *«objeto o documento marcado con el número tal»*, sino con la denominación o calificación que le haya otorgado el testigo «medio».

6) Ofrecer al juez el objeto o documento como prueba

Una vez reconocido e identificado el objeto o documento, el litigante que lo está incorporando debe acercarse al juez y ofrecerlo como prueba, solicitando que sea admitido como prueba de la pretensión alegada y que, en tal sentido, sea marcado como «*prueba número tal de la defensa o la Fiscalía*». Solicitud ante la cual el juez, en garantía del derecho de contradicción, debe preguntar al litigante contra quién se aduce la prueba a incorporar, y si tiene o no objeciones a la admisión de la prueba.

Si no se formulan objeciones, o si las que se presentan las declara infundadas el juez, éste debe proceder a decretar la admisión del objeto o documento como prueba, y en tal sentido imparte las instrucciones necesarias a su secretario o dependientes, para que reciban la prueba incorporada y la marquen de acuerdo con la parte que la aduce y la numeración consecutiva correspondiente.

7) Utilizar la prueba

Una vez admitida la prueba, después de haberla incorporado a través de uno o más testigos «medio», el litigante que la incorporó puede utilizarla con estos testigos y los siguientes, incluso para contrainterrogar e impugnar la credibilidad, y así probar los supuestos fácticos y jurídicos que fundamentaron la incorporación de la prueba material o documental admitida, para poder válidamente argumentar al respecto.

3. EJEMPLOS PRÁCTICOS DE INCORPORACIÓN DE OBJETOS Y DOCUMENTOS EN JUICIO

3.1. INCORPORACIÓN DE DOCUMENTO DEMOSTRATIVO – Video

Caso hipotético: se acusa a Lucía de haber dado muerte a su esposo Calixto, mediante golpes con objeto contundente, a las 9 de la noche de un día entre semana, en el baño del inquilinato donde residían, en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá, con fundamento en el testimonio de Eneida, anterior compañera afectiva de Calixto, la cual manifestó haber escuchado la pelea y palabras de grueso calibre de Lucía a Calixto mientras lo ultimaba- Al efecto, la defensa, como LABOR PREVIA AL JUICIO, *determinó que:*

De acuerdo con su teoría del caso y estrategia para juicio, era difícil que ese día y a esa hora ninguno de los demás inquilinos hubiese escuchado

los golpes y demás pormenores sonoros de la reyerta, más aún cuando el baño del inquilinato se encontraba ubicado en un sitio equidistante de varios cuartos, con una puerta de acceso insegura y de lámina sencilla de triplex. Para generar convencimiento en este aspecto fundamental para la defensa, se decidió tomar un video al interior del inquilinato para poner de presente ante el juez la ubicación del baño, su puerta de acceso, y así restar credibilidad al testimonio de Eneida. Este video fue tomado por Luís Cámara, fotógrafo de oficio, quien gana dinero tomando videos en fiestas y reuniones sociales, y fue contactado por la defensa para estos menesteres. El video fue realizado por Luis, 40 días después de ocurridos los hechos, el día 30 de agosto de 2005.

La evidencia a incorporar es documental (video) y de carácter demostrativo, por cuanto no se relaciona directamente con los hechos ni surge de la materialidad de los mismos; es un vehículo para darle mayor claridad al juzgador de cómo probablemente NO ocurrieron las cosas.

El defensor, en el interrogatorio de Luis Cámara, *PRESENTARÁ EL VIDEO EN EL JUICIO*, siguiendo los pasos apropiados para incorporar un documento demostrativo.

Interrogatorio de Luis Cámara:

.... ... Acreditación testigo, introducción interrogatorio y otros aspectos propios del interrogatorio...

Paso 1. -GENERAR BASES PROBATORIAS

Defensor: Nos ha dicho usted que se dedica a tomar videos. Díganos ¿con qué equipos cuenta para esta actividad?

Sr. Cámara: Con una cámara Sony ref. SX2005 – de última generación, que graba en cassette y en CD pequeño, con trípode, batería recargable, sistema de iluminación y sonido autónomo.

Defensor: ¿En qué estado se encuentra ese equipo?

Sr. Cámara: Excelente, señor abogado, lo compré en la Sony en el mes de mayo, y me lo dieron con una garantía de dos años.

Defensor: Cuéntenos cuál es el procedimiento normal cuando usted toma una grabación para entregársela a sus clientes.

Sr. Cámara: Dependiendo del cliente y los equipos que tenga para reproducir los videos, los tomo en cassette o en C.D. y luego hago las transferencias pertinentes a VHS, DVD o a cualquier otro medio que se requiera; para eso poseo

- Defensor: en mi estudio los equipos pertinentes.
- Defensor: ¿Para finales del mes de agosto de este año tomó usted algún video con estos equipos que acaba de describir?
- Sr. Cámara: Sí, señor, usted me solicitó que tomara un video completo de una casa de inquilinato en el centro de la ciudad, video que debía ser tomado en CD, el cual debía ser marcado y empacado en forma celosa para presentarlo en esta audiencia, creo.
- Defensor: ¿Tomó usted efectivamente dicho video?
- Sr. Cámara: Sí, señor.
- Defensor: ¿Podría decirnos el lugar exacto donde lo tomó?
- Sr. Cámara: Sí, cómo no, en el interior de un inquilinato ubicado en la Calle 4 # 4 – 13, de acá de Bogotá, en el barrio Las Cruces.
- Defensor: ¿Recuerda usted la fecha en que tomó el video?
- Sr. Cámara: Sí, señor, el día 30 de agosto de este año.
- Defensor: ¿A qué horas tomó dicho video?
- Juez: A las 9 de la noche empecé, y terminé exactamente a las 9:17.
- Defensor: ¿Recuerda qué día era ese 30 de agosto?
- Sr. Cámara: Sí, era un día laboral, exactamente un martes.
- Defensor: ¿Por qué recuerda con tanta exactitud la fecha, la hora y el día?
- Sr. Cámara: En primer lugar, porque la solicitud del trabajo fue expresa en que tenía que ser un día entre semana y a las 9 de la noche. Además, porque esos datos quedaron registrados en el video, tal como se me solicitó que lo hiciera.
- Defensor: ¿En qué medio grabó este video que nos ha referido?
- Sr. Cámara: Como ya lo dije, en un CD de marca Sony, con capacidad para dos horas de grabación.
- Defensor: ¿Este CD tenía alguna otra grabación?
- Sr. Cámara: En absoluto, estaba totalmente en blanco.
- Defensor: ¿En estas condiciones lo introdujo a la cámara de video?
- Sr. Cámara: Sí, señor.
- Defensor: ¿Identificó usted este CD en alguna forma?.
- Sr. Cámara: Sí, Señor, con marcador indeleble de color rojo lo marqué, como «video del inquilinato», le coloqué la fecha y lo firmé. Los mismos datos coloqué en la caja donde venía el CD.
- Defensor: ¿Una vez realizado el vídeo, qué pasó con el CD?
- Sr. Cámara: Verifiqué que el visor de la cámara hubiese quedado completo y nítido, y procedí a retirarlo de la cámara
- Defensor: ¿Qué más hizo con dicho CD?

- Sr. Cámara: Lo llevé, a mi oficina, le tomé dos copias, una de seguridad y una para usted.
- Defensor: ¿Luego, que hizo?
- Sr. Cámara: Lo metí en su caja, la cual sellé con cinta de seguridad transparente.
- Defensor: ¿Qué hizo con este CD, una vez empacado y asegurado?
- Sr. Cámara: El mismo día martes 30 de agosto lo guardé en mi oficina bajo llave en la gaveta destinada a trabajos por entregar.
- Defensor: ¿Alguien pudo tener acceso a dicho CD?
- Sr. Cámara: No, señor, sólo yo, porque soy el único que tiene llaves de mi gaveta y de mi oficina, trabajo solo.
- Defensor: ¿Qué hizo después con dicho CD?
- Sr. Cámara: En las condiciones que describí, al día siguiente se lo entregué a usted personalmente, junto con una de las copias que le había tomado.
- Defensor: ¿Podría usted identificar dicho CD, de volverlo a ver?
- Sr. Cámara: Sí, cómo no.
- Defensor: ¿Cómo lo podría identificar?
- Sr. Cámara: En primer término, por la caja sellada, como dije, porque la carátula de la caja debe decir «video inquilinato», tener la fecha, todo con mi letra y mi firma. Luego, al destapar la caja, el CD debe tener los mismos datos con mi letra también. Y, como si fuera poco, al ver el video, sabría que fue el que tomé ese 30 de agosto.
- Defensor: ¿Cómo podría usted asegurar, al ver el video, que fue el mismo que tomó el día 30 de agosto?
- Sr. Cámara: Por las características de caja y CD, como dije, y al verlo, porque debe aparecer allí la fecha, el contador de tiempo y un rótulo o signo propio de mis filmaciones, que consiste en gato ubicado en la parte superior derecha del marco durante toda la filmación.
- Defensor: ¿Cuánto tiempo dura el video al que nos hemos referido?
- Sr. Cámara: Exactamente 17 minutos; ya dije que empecé a filmar a las 9 de la noche y terminé a las 9:17, además, en el contador de tiempo debe aparecer dicha duración.

Paso 2.- MARCAR OBJETO –Este paso puede ser previo al juicio

- Defensor: Solicito al Señor Juez que este objeto que tengo en mis manos sea marcado como identificación # 1 de la defensa.
- Juez: Señor secretario, sírvase marcar dicho objeto con la identificación de # 1 de la defensa.

Paso 3. - MOSTRAR EL OBJETO MARCADO A LA OTRA PARTE

- Defensor: Solicito al señor Juez que quede constancia para el registro de que estoy mostrando este CD con un video marcado como el # 1 de la defensa al señor fiscal.
- Juez: Que así conste ¿Alguna objeción u observación, señor fiscal?
- Defensor: Sí, señor Juez, que el defensor y el testigo se refieran al mismo como un «objeto» hasta tanto no se acredite por la calidad, funcionalidad, identificación y denominación del mismo por parte del mismo testigo
- Juez: Sí, cómo no. Señor defensor, por favor refiérase a la evidencia como objeto o identificación hasta tanto no sea reconocida por el testigo..
- Defensor: Sí, Señor Juez, lo tendré presente.
- Juez: Prosiga, señor defensor.

Paso 4. - MOSTRAR OBJETO MARCADO AL TESTIGO MEDIO -

- Defensor: Señor Juez, solicito permiso para mostrar la identificación # 1 de la defensa al Sr. Testigo.
- Juez: Proceda, señor defensor.
- Defensor: ...Se acerca al testigo y le deja ver ampliamente el objeto marcado como # 1 de la defensa.

Paso 5. – IDENTIFICACIÓN y/o RECONOCIMIENTO DEL OBJETO POR PARTE DEL TESTIGO MEDIO

- Defensor: ¿Sr. Cámara, ¿podría decirnos qué es el objeto identificado como el # 1 de la fiscalía?
- Sr. Cámara: Es una caja de CD marca Sony, es la misma...
- Defensor: ...Disculpe, Sr Cámara, ¿ podría decirnos si es la misma caja en la que usted empacó el CD donde registró el video que tomó el 30 de agosto de 2005 en la Clle 4 # 4 – 13 de Bogotá, entre las 9 y las 9:17 de la noche?
- Sr. Cámara: Es la misma.
- Defensor: ¿Por qué puede aseverar que es la misma en la que empacó dicho CD?
- Sr. Cámara: Porque en la etiqueta que tiene reconozco la marca que le coloqué de mi puño y letra y, además, aparecen la fecha 30 de agosto y mi firma.
- Defensor: ¿Se encuentra esta caja de CD en las mismas condiciones en las que fue sellada por usted?, Por favor, examínela con detenimiento.

- Sr. Cámara: Sí, señor, está en las mismas condiciones.
- Defensor: ¿Por qué está usted tan seguro?
- Sr. Cámara: La cinta de seguridad transparente está igual a como yo la coloqué, el papel de la etiqueta no se encuentra deteriorado; si hubiese sido removida la cinta, la carátula de papel estaría al menos rasgada o arrugada, y no lo está; está como yo la dejé el 30 de agosto.
- Defensor: Señor Juez, permiso para que el testigo remueva la cinta de seguridad y pueda ser destapada la caja.
- Juez: *Señor secretario, acérquese al testigo y proceda usted a quitar la cinta de seguridad y a sacar lo que contenga la misma.*
- Defensor: Señor Cámara, ¿éste es el mismo CD que usted empacó en esta caja el día 30 de agosto de 2005?
- Sr. Cámara: Sí, Señor.
- Defensor: ¿El mismo en que registró el video que tomó en dicha fecha en la casa de la Calle 4 # 4 – 13?
- Sr. Cámara: Sí, señor.
- Defensor: ¿Por qué está tan seguro?
- Sr. Cámara: Primero, porque lo sacaron de la caja de CD y, luego, porque el CD está marcado, como dije, con mi letra, la fecha y mi firma con tinta roja.
- Defensor: ¿Está usted seguro?
- Sr. Cámara: Sí, señor. Además al ver el video...
- Defensor: ... Disculpe, Sr. Cámara. Señor Juez, solicito permiso para que el contenido de este CD, ya reconocido por el testigo, sea exhibido y proyectado en la sala.
- Juez: Proceda, Señor secretario.
- Fiscal: Objeción, señor Juez, el testigo aún no ha reconocido el video.
- Defensor: Precisamente, Señor Juez, la evidencia consiste en el video, documento contenido en el CD, por lo cual es necesario que el testigo observe el video para que identifique si fue o no el que él tomó.
- Juez: No procede la objeción; que se proyecte el contenido del CD.

UNA VEZ PROYECTADO EL VÍDEO...

- Defensor: Sr. Cámara, ¿es éste el vídeo que usted tomó en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá, el día 30 de agosto de 2005?
- Sr. Cámara: Sí, señor es ése.
- Defensor: ¿Tiene la misma duración de cuando usted lo tomó?

- Sr. Cámara: Sí, señor.
- Defensor: ¿Tiene recortes, ediciones o variaciones con respecto a cuando usted lo tomó?
- Sr. Cámara: No, señor, es el mismo.
- Defensor: ¿Por qué está tan seguro?
- Sr. Cámara: Porque tiene la misma duración, el contador aparece en forma continua, el logo del gato, que es mi rótulo de seguridad, en igual forma. Además, venía en la caja y en el CD, tal como yo los dejé el 30 de agosto después de haber hecho la filmación. Definitivamente es el mismo, sin lugar a dudas.

Paso 6. – OFRECIMIENTO AL JUEZ DEL OBJETO COMO PRUEBA

- Defensor: Gracias, Sr. Cámara. Señor Juez, solicito que el vídeo de 17 minutos contenido en el CD marca Sony, identificado por el testigo sea admitido como prueba documental # 1 de la defensa, como el vídeo que corresponde al tomado el día 30 de agosto de 2005 entre las 9:00 y las 9:17 de la noche, en el interior de la casa ubicada en la Calle 4 # 4 – 13 de Bogotá.
- Juez: Señor fiscal, ¿tiene alguna objeción al respecto?
- Fiscal: Por lo pronto, no señor Juez.
- Juez: Se admite este documento video del interior de la casa de la Calle 4 # 4 -13 de Bogotá, tomado el día 30 de agosto de 2005 a las 9:00 de la noche y con duración de 17 minutos. Por lo tanto será admitido y marcado como prueba # 1 de la defensa.
- Defensor: Señor Juez, permiso para acercarme. Señor Juez, pongo a su disposición la caja y el CD contenido en ella, que, a su vez, registra el video anteriormente detallado.

Paso 7.- UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

- ... - (Una vez hecho lo anterior, el video marcado como prueba # 1 de la defensa podrá ser utilizado para los fines pertinentes con el mismo testigo u otros testigos de la defensa, y por la Fiscalía en su contrainterrogatorios y en los interrogatorios de sus testigos, así como en los alegatos de clausura de las partes.) -

En el anterior ejemplo, se incorpora un documento de carácter demostrativo contenido en un video, con absoluto celo de los diferentes

pasos que se deben seguir para tal fin. Se puede pensar que, en la dinámica propia de los juicios orales REALES, estos pasos y sus secuencias puedan tener variaciones y hasta causar tedio; no obstante, es conveniente guardar el celo debido para evitar tropiezos en esta actividad. Por desdeñar alguno de ellos o invertir sin sentido las secuencias propuestas, el medio probatorio puede ser inadmitido o no tomado en cuenta al hacer la valoración probatoria, tal como ocurre con frecuencia en la cotidiana práctica judicial de nuestro naciente sistema acusatorio.

3.2 INCORPORACIÓN DE OBJETO REAL¹¹⁷

«(...) *Caso hipotético*: se sindicó a Pedro de haber hurtado un equipo de sonido y un DVD del apartamento 402 de un conjunto residencial donde se lo vio merodeando; la cerradura principal había sido franqueada mediante el empleo de una ganzúa. Al efecto, la Fiscalía, como **LABOR PREVIA AL JUICIO**, manifestó que:

De acuerdo con su teoría del caso y estrategia para juicio ha seleccionado como testigo «medio» al agente de policía que requisó al acusado al momento de su captura en la caseta de vigilancia del conjunto residencial, y quien manifiesta que le encontró un singular objeto de 8 centímetros de largo, 1 de ancho y suficientemente delgado y curvado, el cual fue catalogado en su informe como una «ganzúa».

El Fiscal, dentro del interrogatorio del agente Pérez, **PRESENTARÁ EL OBJETO EN EL JUICIO**, siguiendo los pasos para la incorporación de la supuesta «ganzúa» como objeto real.

Interrogatorio del agente Pérez:

.... ... Acreditación testigo, introducción interrogatorio y otros aspectos propios del interrogatorio...

Paso 1. -GENERAR BASES PROBATORIAS-

Fiscal: ¿En qué estado encontró usted la puerta de acceso al apartamento 402?

Ag. Pérez: En general, en buen estado, excepto la cerradura, la cual presentaba signos de haber sido forzada entre el marco de la hoja de la puerta.

¹¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 353 y ss

- Fiscal: ¿A qué se refiere usted cuando dice que forzada?
- Ag. Pérez: A que, al examinar el marco de la puerta y la hoja de la misma, que son de madera, justo en el punto donde se encuentra la cerradura, se podían observar marcas o muescas recientes.
- Fiscal: ¿A qué clase de objeto podrían corresponder dichas marcas o muescas?
- Ag. Pérez: Al que en forma usual es utilizado por los ladrones para abrir las puertas, es decir una ganzúa.
- Fiscal: ¿Se encontró en el sitio algún elemento que hubiese podido ser usado para tales fines?
- Ag. Pérez: En el sitio, no señor Fiscal, con posterioridad sí.
- Fiscal: ¿A qué se refiere usted cuando dice que con posterioridad sí?
- Ag. Pérez: Mientras mi compañero inspeccionaba el apartamento, yo procedí a dirigirme a la caseta de vigilancia, donde los celadores del edificio habían retenido a un extraño que había merodeado todo el día en el edificio, y había entregado un paquete bastante grande a un taxista. Una vez allí, procedí, previo consentimiento del sospechoso, a requisarlo.
- Fiscal: ¿Qué elementos le encontró en dicha requisita?
- Ag. Pérez: Documentos personales y un objeto metálico delgado y curvo, es decir una ganzúa.
- Defensor: Objeción, señor Juez, el testigo no se encuentra acreditado como experto para determinar si dicho objeto metálico es o no una ganzúa.
- Juez: Señor Fiscal...
- Fiscal: Hacia el requerimiento del defensor, si me lo permite, se dirige el interrogatorio.
- Juez: Sin fundamento la objeción. Proceda, Señor Fiscal, y recuerde lo que acaba de anunciar.
- Fiscal: ¿En qué lugar encontró usted dicho elemento a don Pedro?
- Ag. Pérez: En el bolsillo derecho de su chaqueta.
- Fiscal: ¿La tenía oculta o camuflada de alguna manera?
- Ag. Pérez: La verdad es que no.
- Fiscal: ¿Podría usted describirnos cómo era ese objeto?
- Ag. Pérez: Sí, cómo no.
- Fiscal: Por favor, describa al señor Juez cómo era dicho objeto.
- Ag. Pérez: Como de 9 centímetros de largo, más o menos 1 centímetro de ancho, bastante delgado y curiosamente curvado.
- Fiscal: ¿Por qué usted denomina dicho objeto como una «ganzúa»?

- Ag. Pérez: Con base en la experiencia como detective del grupo de patrimonio; está uno acostumbrado a ver dichos objetos, y distingue con facilidad que se trata de una ganzúa por lo delgado y curvado, pues con ellos se pueden correr los pestillos de las cerraduras, al manipularlos entre el marco y la puerta.
- Fiscal: De volver a ser dicho objeto encontrado a Pedro, podría usted identificarlo?
- Ag. Pérez: Sí, Señor.

Paso 2.- MARCAR OBJETO

- Fiscal: Solicito al Señor Juez que este objeto que tengo en mis manos sea marcado como identificación # 1 de la Fiscalía
- Juez: Señor secretario, sírvase marcar dicho objeto con la identificación de # 1 de la Fiscalía.

Paso 3. - MOSTRAR EL OBJETO MARCADO A LA OTRA PARTE

- Fiscal: Solicito al señor Juez que quede constancia para el registro de que estoy mostrando este objeto marcado como el # 1 de la Fiscalía al señor defensor.
- Juez: Que así conste.¿Alguna objeción u observación, señor defensor?
- Defensor: Sí, señor Juez, que el fiscal y el testigo se refieran al mismo como un «objeto» hasta tanto no se acredite por un experto la calidad, funcionalidad, identificación y denominación del mismo.
- Juez: Señor Fiscal...
- Fiscal: El testigo ha sido acreditado como detective del grupo de patrimonio con más de 3 años de experiencia, y, con base en dicha experiencia, ha identificado el uso y denominación del objeto en cuestión.
- Juez: Sin fundamento la objeción, prosiga, señor fiscal.

Paso 4. - MOSTRAR OBJETO MARCADO AL TESTIGO MEDIO

- Fiscal: Señor Juez, solicito permiso para mostrar la identificación # 1 de la Fiscalía al agente Pérez.
- Juez: Proceda, señor fiscal.

Paso 5. – IDENTIFICACIÓN y/o RECONOCIMIENTO DEL OBJETO POR PARTE DEL TESTIGO MEDIO

- Fiscal: Agente Pérez,¿ podría decirnos qué es el objeto

- identificado como el # 1 de la Fiscalía?
- Ag. Pérez: Es una ganzúa.
- Fiscal: ¿Es similar a la que le encontró al acusado el día de su captura?
- Ag. Pérez: Es la misma.
- Fiscal: ¿Por qué puede aseverar que es la misma que se le encontró al acusado el día de su captura?
- Ag. Pérez: Porque en la etiqueta que tiene reconozco mi nombre, mi placa y mi firma, las cuales coloqué una vez embalé en bolsa plástica la ganzúa que le encontré al acusado el día de su captura, antes de entregarla a la bodega de evidencias físicas de la Fiscalía.
- Fiscal: ¿La ganzúa se encuentra en similar condición a la que tenía cuando se la encontró al acusado?
- Ag. Pérez: En efecto.
- Fiscal: ¿Y se ratifica en que, según su experiencia y conocimiento, se trata de una ganzúa?
- Ag. Pérez: Sí, señor.

Paso 6. – OFRECIMIENTO AL JUEZ DEL OBJETO COMO PRUEBA

- Fiscal: Señor Juez, se ofrece este objeto que el testigo califica como ganzúa, marcado como identificación # 1 de la Fiscalía, como prueba; le solicito sea marcado como prueba # 1 de la Fiscalía.
- Juez: Señor defensor, ¿tiene alguna objeción al respecto?
- Fiscal: Por lo pronto no, señor Juez.
- Juez: Se admite este objeto denominado ganzúa como prueba, y que por secretaría sea marcado como prueba # 1 de la Fiscalía. (Así se hace.)
- Fiscal: Señor Juez, permiso para acercarme. Señor Juez, pongo a su disposición y análisis la ganzúa marcada como prueba # 1 de la Fiscalía.

Paso 7.- UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA

- ...
- (Una vez hecho lo anterior, el objeto denominado como ganzúa y marcado como prueba # 1 de la Fiscalía podrá ser utilizado para los fines pertinentes con el mismo testigo u otros testigos de la Fiscalía, y por la defensa en sus contrainterrogatorios y en los interrogatorios de sus testigos, así como en los alegatos de clausura de las partes.)

- Sr. Yale: A que se dejen deformar con facilidad, a fin de poder acomodarlas a las diferentes formas que tienen las puertas montadas en los marcos, y así poder llegar con facilidad a los pasadores, pestillos de las chapas, para correrlos.
- Defensor: ¿Qué dimensiones debe tener una ganzúa para que sirva a estos propósitos?
- Sr. Yale: Como le dije, el largo es variable, el ancho no más de tres milímetros, máximo cinco, y de un grosor de dos o tres milímetros; básicamente puede ser como un alambre de los utilizados para ganchos de ropa.
- Defensor: ¿Cuántas ganzúas componen el juego que usted lleva como herramienta de trabajo?
- Sr. Yale: Yo tengo un juego con veinte piezas.
- Defensor: ¿A qué se debe que el juego de ganzúas esté integrado por tantas piezas?
- Sr. Yale: Que uno debe estar preparado para abrir cualquier tipo de chapas empotradas en diferentes puertas y marcos, y no existe un tipo de ganzúa que se acomode a todos.
- Defensor: ¿Usted prueba sus ganzúas previamente?
- Sr. Yale: Sí, cómo no.
- Defensor: ¿En qué forma?
- Sr. Yale: Tengo un banquito de pruebas que consta de una tableta de buena madera empotrada en un pequeño marco, también de buena madera, y allí instalo varias chapas, y pruebo en tal banquito las ganzúas que voy construyendo.
- Defensor: ¿Puede usted identificar su juego de ganzúas?
- Sr. Yale: Sí, cómo no.
- Defensor: ¿Y su banquito de pruebas?
- Sr. Yale: Sí, cómo no.
- Defensor: ¿Puede usted con su juego de ganzúas y su banquito de pruebas demostrar en esta audiencia cómo operan las ganzúas?
- Sr. Yale: Sí, señor.
- Fiscal: Objeción, señor Juez, esta pregunta y todo este interrogatorio son impertinentes, pues no tienen relación con los hechos y no nos conducen a nada.
- Juez: Señor defensor...
- Defensor: Es claro, señor Juez, que pretendemos presentar a su consideración evidencia demostrativa para desvirtuar que la denominada «ganzúa» incorporada por la Fiscalía no es tal, a través de comparación objetiva.
- Juez: Sin fundamento la objeción, continúe, señor defensor.

Defensor: Gracias, señor Juez.

Paso 2.- MARCAR OBJETO

Defensor: Solicito al Señor Juez que este objeto que tengo en mis manos sea marcado como identificación # 1 de la defensa.

Juez: Señor secretario, sírvase marcar dicho objeto con la identificación de # 1 de la defensa.

Paso 3. - MOSTRAR EL OBJETO MARCADO A LA OTRA PARTE

Defensor: Solicito al señor Juez que quede constancia para el registro de que estoy mostrando este objeto marcado como el # 1 de la defensa al señor fiscal.

Juez: Que así conste. ¿Alguna objeción u observación, señor fiscal?

Fiscal: No, señor Juez.

Paso 4. - MOSTRAR OBJETO MARCADO AL TESTIGO MEDIO

Defensor: Señor Juez, solicito permiso para mostrar la identificación # 1 de la defensa al Sr. Yale.

Juez: Proceda, señor defensor.

Paso 5. – IDENTIFICACIÓN y/o RECONOCIMIENTO DEL OBJETO POR PARTE DEL TESTIGO MEDIO

Defensor: Sr. Yale, ¿podría decirnos qué es el objeto identificado como el # 1 de la defensa?

Sr. Yale: Es uno de mis juegos de ganzúas.

Defensor: ¿De aquéllos que utiliza en su trabajo para abrir cerraduras de inmuebles?

Sr. Yale: Sí, señor, cómo no.

Defensor: ¿Por qué puede aseverar que es uno de sus juegos de ganzúas?

Sr. Yale: Porque yo las construí durante los últimos años, y yo fui quien para esta audiencia las limpié y ordené en la argolla en que se encuentran para entregárselas al investigador de la defensa.

Defensor: ¿El juego de ganzúas se encuentra en similar condición a la que tenía cuando usted lo entregó al investigador de la defensa?

Sr. Yale: En efecto.

Paso 6. – OFRECIMIENTO AL JUEZ DEL OBJETO COMO PRUEBA DEMOSTRATIVA

- Defensor: Señor Juez, se ofrece este objeto que el testigo ha designado como su juego de ganzúas, marcado como identificación # 1 de la defensa; le solicito sea marcado como prueba # 1 de la defensa.
- Juez: Señor fiscal, ¿tiene alguna objeción al respecto?
- Fiscal: No, señor Juez.
- Juez: Se admite este objeto denominado juego de ganzúas como prueba, y que por secretaría sea marcado como prueba # 1 de la defensa. (así se hace)
- Defensor: Señor Juez, permiso para acercarme. Señor Juez, pongo a su disposición y análisis el juego de ganzúas marcado como prueba # 1 de la defensa.
...Se deben repetir los pasos 2, 3, 4, 5 y 6 respecto del banquito de pruebas, para que sea tenido en cuenta como evidencia (prueba) # 2 de la defensa...

Paso 7.- UTILIZACIÓN DE LAS PRUEBAS

- Defensor: Sr. Juez, solicito su venia para que el testigo demuestre cómo se utiliza cada una de las veinte ganzúas que tiene en su juego para abrir la chapa de seguridad que tiene en su banquito de pruebas.
- Juez: Proceda, Sr. Defensor.
- Defensor: (Pasa el juego de ganzúas y el banquito de pruebas al Sr. Yale, y le pide haga las demostraciones.)
- Defensor: Solicito al Sr. Juez que quede constancia para el registro de que cada una de las veinte ganzúas del juego de ganzúas marcado como evidencia (prueba) # 1 de la defensa, operadas por el Sr. Yale, abrió sin dificultad la chapa de seguridad empotrada en el banquito de pruebas, evidencia marcada con el # 2 de la defensa.
- Juez: Que así quede constando para el registro.
- Defensor: Señor Juez, solicito permiso para que el testigo opere el artefacto marcado como prueba # 1 de la Fiscalía en el banquito de pruebas que constituye la prueba # 2 de la defensa.
- Juez: Proceda, señor defensor.
- Defensor: (Procede a pasarle prueba # 1 de la Fiscalía al Sr. Yale para que la opere en el banquito de pruebas)
- Defensor: Señor Juez, que conste en el registro que después de

varios intentos el Sr. Yale no pudo abrir la chapa de seguridad de su banquito de pruebas, marcado como prueba # 2 de la defensa con el objeto que la Fiscalía incorporó como prueba # 1.

Juez: Que así quede en el registro, aclarando que los muchos intentos son precisamente tres.
(Se continuará, si es del caso, con el interrogatorio sobre otros aspectos relacionados con la prueba incorporada por la defensa y/o la incorporada por la Fiscalía.)»

14.2 AUDIENCIA DE DOSIFICACIÓN DE PENA

«Absurda idea ese soñado derecho a tener un defensor.

O el acusado es inocente y no tiene necesidad de ser defendido;

o es culpable, y no tiene razón para ser defendido» (Pouyet 1539)

Un agudo reto para la defensa en el nuevo esquema de enjuiciamiento criminal está en el análisis y toma de decisiones cruciales respecto del proceso del imputado, mediante una efectiva entrevista y el acertado razonamiento de la argumentación fáctica y jurídica de la Fiscalía: tomar decisiones estratégicas en defensa técnica, y autorizar al encartado para que acepte la responsabilidad en los hechos investigados allanándose a la imputación bajo una determinada adecuación típica, opte por esperar propuestas posteriores a fin de lograr luego una negociación más favorable.

Llegar rápidamente a la audiencia de dosificación punitiva es anhelo común y es la clave del «éxito» del nuevo sistema penal. La primera opción para ello se da a partir del allanamiento realizado por el usuario en la audiencia preliminar ante el Juez de Control de Garantías, cuando se produce la Formulación de la Imputación, tal como lo dispone el Código¹¹⁹. Cuando no se acepta la imputación realizada en dicha diligencia, hay otra forma de generar la audiencia, la defensa, mediante de un acuerdo con la Fiscalía, estructura el escrito de acusación basado en la misma imputación fáctica, pero con una nueva adecuación típica más favorable, o con concesión de rebaja de pena, beneficios de subrogados al

¹¹⁹ **Artículo 293 de la Ley 906 de 2004. Procedimiento en caso de aceptación de la imputación.** *Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación. Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.*

procesado, acuerdos en materia de daños y perjuicios a la víctima, pena de multa, o ubicación para purgar la pena de prisión en su residencia.

Involucrar directamente al encartado para que se ocupe de resolver su problema, negociar con el fiscal, y coadyuvar su posición para «convencer» al juez, quien debe impartir legalidad a la aplicación del principio de oportunidad, y aprobar las negociaciones y acuerdos realizados, son actividades del defensor técnico. Para ello requiere riqueza de calidades: debe ser agente de cambio, abogado de mentalidad progresista, con un perfil que conjugue cuatro aspectos fundamentales: conocimiento, experiencia, vocación, y solvencia de comunicación. Debe actuar con diplomacia¹²⁰ y decoro suficientes para que su defensa sea verdadera y digna, pero, a su vez, ser tolerante, cortés, y respetuoso de la posición divergente y de la decisión final del juez.

Debe verificar que la adecuación típica inicial que hace la Fiscalía sea la que realmente tiene el soporte probatorio que puede aceptar el usuario. Existen imputaciones consumadas de la conducta punible, sin considerar el amplificador del tipo de la tentativa, y otras en que se considera la existencia de circunstancias que modifican la punibilidad sin tener en cuenta sus elementos materiales de prueba. En fin, verifica la adecuación típica, y, logrado un acuerdo con la Fiscalía, procede a presentar el escrito de acusación ante el juez de conocimiento competente.¹²¹

¿Cómo se llega a la audiencia de dosificación punitiva?

La primera vía de trámite para llegar a la audiencia de dosificación punitiva es, pues, el allanamiento o aceptación de la imputación, y posiblemente sea la de mayor ocurrencia en el nuevo sistema. La segunda forma se da cuando se realiza un acuerdo posterior con la Fiscalía, a partir de modificar la adecuación típica de la imputación, o suprimírsele un agravante u otra conducta punible imputada, o llegar a acuerdos respecto de los efectos de la sentencia en cuanto a rebajas de pena, forma en que se hará efectiva, pago de perjuicios o multa.

¹²⁰ «Un diplomático es un señor capaz de convencer a su mujer de que un abrigo de pieles de visón la engorda» (Alexander Graham Bell).

¹²¹ **Artículo 114 de la Ley 906 de 2004. Atribuciones.** La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: 9.- Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.

Aprobados por el juez los preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el procesado, asesorado por la defensa técnica, o producido el allanamientos en la formulación de imputación -ante el Juez de Control de Garantías-, en la audiencia preparatoria, o, incluso, proferida la declaración de responsabilidad al inicio de la audiencia de juicio oral - ante el Juez de Conocimiento-, se convoca la Audiencia de Dosificación Punitiva para dictar la sentencia condenatoria respectiva.¹²²

Un tercer camino para llegar a la audiencia de dosificación se abre con el trámite normal, vale decir, con el agotamiento del juicio y la emisión del fallo. Como acertadamente lo afirma la doctrina: «Cada vez que se inicia la investigación de unos hechos delictivos existe siempre la posibilidad de la producción de una condena como consecuencia de un juicio de reproche que en nombre de la sociedad se hace a quien la administración de justicia ha encontrado como responsable.»¹²³ De la acción efectiva de los defensores también depende que se presenten preclusiones y aplicaciones del principio de oportunidad.

En este punto, dispone el artículo 447 del C.P.P., la realización de una audiencia pública: «Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.» En principio, ese uso de la palabra para la defensa no será tan breve en la medida en que pretenda efectivamente lograr beneficios no acordados en el escrito de preacuerdo con la Fiscalía.

¿Ante qué autoridad se realiza?

Esta Audiencia de Dosificación Punitiva se realiza ante el Juez de Conocimiento. De acuerdo con la competencia de la conducta punible, el fiscal presenta el escrito de acusación con base en la imputación o el acuerdo realizado, esto es, con la individualización e identificación del imputado, los hechos jurídicamente relevantes, con su adecuación típica y demás requisitos generales establecidos en el artículo 337 del C.P.P., obviamente, relevado de soporte probatorio adicional y del descubrimiento de prueba por la misma aceptación realizada por el usuario, y, mejor aún,

¹²² Así es desarrollado el tema por los artículos 348 y ss. del C.P.P.

¹²³ **ARIAS DUQUE, JUAN CARLOS.** *El proceso Penal Acusatorio Colombiano. Las Audiencias en el Juicio Oral. Tomo II.* Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2005. Pág. 307.

con los términos del acuerdo realizado con la defensa técnica en todas las materias relevantes, de la proporción de rebaja de pena, de los daños y perjuicios materiales y morales, de la forma en que se hará efectiva la pena de prisión, y de la dosificación y cuantificación de la pena de multa.

¿Cuánto tiempo tiene la defensa para su intervención y qué puede pedir?

En principio, dispone la norma que será brevemente y por una sola vez; primero interviene el fiscal y luego la defensa. Cuando se hace presente el representante del Ministerio Público, también le conceden el uso de la palabra, y la defensa debe estar atenta a su argumentación para hacer una réplica. Pero las peticiones dependen del camino que haya tomado la actuación para llegar a la audiencia de dosificación:

1. Si se trata de un allanamiento puro y simple realizado en la audiencia de formulación de imputación, o bien de formulación de acusación, o en audiencia dispuesta exclusivamente para ello, o en la de juicio oral en que el fiscal no se comprometió a considerar ningún aspecto en relación con la pena a imponer, entonces corresponde a la defensa técnica pretender y justificar mediante una argumentación fáctica y jurídica las peticiones, para que se le conceda al procesado una determinada rebaja de pena, se le atienda una propuesta de dosificación punitiva o de petición de algún subrogado, o de la manera de hacer efectiva la sanción de prisión en establecimiento carcelario o en su residencia, en consideración a los fines y necesidad de la misma, y se le tenga en cuenta un pronunciamiento respecto de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta, o de la posibilidad de adecuación en unidades de multa.
2. Cuando se trata de negociaciones materializadas en escrito de acusación contentivo de preacuerdos o acuerdos, siempre se deberá propender porque el escrito contenga la mayor cantidad de detalles en cuanto a las consecuencias de la conducta punible, y no será necesaria sino la justificación de lo acordado.
3. Pero en todo caso será necesaria la petición y argumentación cuando el fiscal no haya incorporado en el acuerdo aspectos relevantes respecto de las consecuencias de la conducta, como los daños y perjuicios, la multa a imponer, la forma de hacerse efectiva la pena de prisión en establecimiento carcelario o en la residencia del procesado, y las especiales condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir, y antecedentes de todo orden del defendido.

¿Qué sucede si el procesado se retracta de cualquier allanamiento o negociación realizada?

Si al momento en que el juez trata de verificar que el allanamiento haya sido una decisión libre, consciente, voluntaria, espontánea, debidamente informada, asesorada por la defensa y con conocimiento de las consecuencias, el procesado se retracta, el juez determina las razones que le asisten y puede invalidar el allanamiento o la negociación hecha, a pesar de la actividad de la defensa. En todo caso, prima la decisión del encartado.¹²⁴ Por eso, el defensor debe lograr involucrar al procesado en la solución de su problema, con la explicación de sus mejores alternativas de defensa y de las reales posibilidades de tener buenos resultados. Una vez aceptado el allanamiento o la negociación por el juez de conocimiento, a ninguno de los intervinientes le será posible la retractación.

¿Qué sucede si la acusación presentada por la Fiscalía es diferente de la imputación a la que se allanó el procesado o contiene elementos nuevos?

Una vez se allana el procesado en la audiencia de formulación de la imputación, se considera que lo actuado es suficiente como escrito de acusación, y no es posible incorporar nuevos hechos o tener en cuenta nuevos elementos materiales de prueba, salvo que la Fiscalía realice nuevas imputaciones –en audiencia–, por lo cual siempre en los acuerdos debe preverse esta situación y pronunciarse sobre ella, para evitar sorpresas y darle punto final efectivo a la actuación. El juez debe rechazar la acusación que contenga elementos distintos de los señalados en la audiencia en que se allanó el procesado siempre que agraven su situación; si le son favorables, deben ser admitidos.

¿Es posible incluir alegaciones respecto del valor del bien objeto de la conducta en materia de delitos contra el patrimonio económico?

Más allá de los hechos y sus consecuencias, la defensa puede plantear la posibilidad de darle aplicación al artículo 268 del Código Penal¹²⁵, con el objeto de obtener la rebaja allí señalada. Siempre, en principio, es la Fiscalía la que hace la precisión de estos aspectos; en caso contrario, la defensa debe proponer esta situación para obtener el beneficio.

¿Es conveniente utilizar criterios jurisprudenciales en la argumentación?

¹²⁴ Tal como lo disponen apartes de los artículos 130 y 354 del C.P.P.

¹²⁵ Que señala, en materia de delitos contra el patrimonio económico, para cuando el objeto de la conducta tiene un valor inferior a un salario mínimo mensual, la posibilidad de hacer una rebaja de pena al imputado que no tiene antecedentes penales.

Sí, pero con precisión respecto de las citas y con la descripción concreta y exacta de la providencia, y en lo posible, demostrando su existencia. En el caso de referenciar varias, ofrecer su exhibición y posible aplicación, para una mejor comprensión entre los intervinientes y para evitar confusiones.

¿Se pueden ofrecer elementos materiales probatorios en esta audiencia?

Sí. Con el objeto de convencer al juez y a los demás intervinientes de la seriedad y fundamento de las peticiones de la defensa es mejor y aun necesario ofrecer la documentación suficiente para que se determine la realidad de cada una de las situaciones planteadas respecto de las condiciones personales, individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden. En caso de tener alguna defensa afirmativa, es mejor ofrecer la prueba de testigo o investigador, o entregar los documentos al fiscal para su examen y posible oposición motivada a las pretensiones de la defensa.

¿Se puede proponer una pretensión de dosificación punitiva y la concesión de algún subrogado?

Sí. En el caso de no haber sido objeto de negociación o acuerdo con la Fiscalía, la defensa tiene derecho a ello con su justificación y motivación, para exigir el cumplimiento de los artículos 59, 60 y 61 del C.P., en todo caso para verificar la motivación de la tasación de la pena.¹²⁶ Y, ante la posibilidad de que se cumplan los requisitos objetivos punitivos, el defensor debe solicitar la concesión del subrogado de la suspensión de la ejecución de la condena, y fundamentar los elementos subjetivos necesarios de conformidad con el artículo 63 del C.P. Es preciso tener en cuenta que para acceder a ella se debe cancelar la multa impuesta y acatar la determinación de la garantía de caución prendaria a cumplir por el procesado, y de las penas accesorias o privativas de otros derechos.¹²⁷ Después de impuestas no es posible nada distinto del recurso de apelación. Es antes de la decisión cuando se debe fundamentar la forma de dosificación de la multa y su cuantía, regulada por el artículo 39 del C.P., así como de la posible caución, de acuerdo con las posibilidades económicas del procesado y su familia.

¿Es posible solicitar al juez la sustitución de la detención intramural por la prisión domiciliaria en la residencia del procesado, o insistir para que se mantenga ese beneficio?

¹²⁶ **Artículo 61**, inciso final: «El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la Fiscalía y la defensa».

¹²⁷ **Artículo 63**, penúltimo inciso: «Su concesión estará supeditada al pago total de la multa».

Sí. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 461 del C.P.P., es posible la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva, lo que nos remite al artículo 314 del C.P.P., en alguno de sus cinco numerales, para luego hacer la argumentación requerida a fin de superar los requisitos subjetivos del artículo 38, es decir, los numerales 2 y 3.

Ese aspecto objetivo del *quantum* punitivo se encuentra superado. Jurisprudencia reciente se ha pronunciado al respecto respaldando incluso la concesión de beneficios en materia de favorabilidad y de igualdad entre situaciones reguladas por la Ley 600/00 y la Ley 906/04.¹²⁸ Hay otras providencias que respaldan el tema de la aplicación de la favorabilidad e igualdad como derechos y garantías por la coexistencia de los dos sistemas¹²⁹; pero, también existe una decisión que descarta otras posibilidades de aplicación *in bonam partem*.¹³⁰ Lo mismo respecto de las posibilidades y condiciones para cumplir las penas accesorias o de los mecanismos sustitutivos.

¿Y si el procesado es madre o padre cabeza de familia, procede el beneficio de la sustitución de la detención intramural por la domiciliaria?

Sí. De conformidad con las disposiciones de la Ley 750/02, «*en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido*».¹³¹ A pesar de la disposición del numeral 5 del artículo 314 del C.P.P., deberá insistirse en una inexecutable de la norma cuando exige que los menores lo sean de doce (12) años, un requisito excesivo para los cabeza de familia. Resulta importante destacar

¹²⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-592-05. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Exp. D-5412. *Que hace resaltar decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Como: Sala de Casación Penal. Auto del 4 de mayo/05. M.P. Yesid Ramírez Bastidas (Rad. Única instancia 19094).*

¹²⁹ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Providencias del 11 de agosto de 2004. Rad 14868. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo; 12 de mayo de 2004. MM.PP. Drs. Alfredo Gómez Quintero y Édgar Lombana Trujillo; 19 de noviembre de 2003. Rad. 19848. M.P. Dr. Édgar Lombana Trujillo y 28 de noviembre de 2002. Rad. 17358. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, entre otras. Y en materia de sustitución. Auto del 30 de marzo de 2005. Rad. 23353. M.P. Dra. Marina Pulido de Barón. Auto del cuatro (4) de mayo de dos mil cinco (2005) M.P. Marina Pulido de Barón (Rad. 23567).

¹³⁰ **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sala de Casación Penal. Proceso No 21954. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. 23 de agosto de 2005.

¹³¹ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-184-05 de 4 de marzo de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. *También el mismo beneficio para el padre cabeza de familia.*

cómo en el inciso siguiente se da la posibilidad cierta de otorgar permiso al procesado para trabajar.

¿Se podría argumentar allí la marginalidad del procesado y otras situaciones especiales contenidas en el artículo 56 del Código Penal?

Sí. Como se trata de la búsqueda de unos beneficios para el condenado, se parte de petición especial de la defensa, por lo que nos corresponde ofrecer los elementos materiales de convicción suficientes para acreditar la presencia de alguna de las circunstancias que describe la mencionada norma. Todo como parte de las posibilidades de la defensa técnica para el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales del procesado.¹³²

¿Si se realizó un acuerdo en materia de perjuicios con la víctima, se puede solicitar al juez lo tenga en cuenta para redosificar la pena?

Sí. Si se encuentra por escrito la indemnización integral de los daños y perjuicios a la víctima, se pone a disposición de los intervinientes y mejor si se trata de obtener para el procesado los beneficios del artículo 269 del C.P. En el artículo 351 del C.P.P., se dispone: «*Las reparaciones efectivas a la víctima que puedan resultar de los preacuerdos entre fiscal e imputado o acusado, pueden aceptarse por la víctima. En caso de rehusarlos, ésta podrá acudir a las vías judiciales pertinentes.*» También podrá el fiscal, la víctima o el ministerio público provocar la convocatoria a la audiencia del incidente de reparación integral (art. 102 y ss. del CPP).

¿Se puede solicitar la suspensión de la audiencia de lectura de la sentencia para indemnizar a la víctima para que dicha reparación afecte favorablemente la dosificación de la pena?

Sí. Dispone el artículo 447 del C. de P.P. que, escuchados los intervinientes, el juez en la sentencia incorporará la decisión que puso fin al incidente de reparación integral. Lo mismo sucede para cuando se requiere un pronunciamiento en materia de aplicación de la justicia restaurativa (artículos 518 y 521 del C.P.P.).

¿Si el procesado tiene antecedentes penales, pero por la conducta procede el subrogado de la suspensión de la ejecución de la condena, es posible que el juez le revoque el beneficio de la libertad provisional?

Sí. En el nuevo sistema acusatorio, los jueces les están dando decisivo valor a los antecedentes penales al momento de decidir la negativa de la

¹³² Dentro de los derechos y facultades de la defensa, tal como lo dispone el artículo 124 del C.P.P.

concesión del subrogado. Igual posición se mantiene frente a la aplicación del artículo 64 del C.P., de la libertad condicional, previo pago de la multa y la reparación a la víctima.

¿Es posible que el juez no apruebe el acuerdo realizado entre defensa y Fiscalía?

Sólo cuando se observa que afecta derechos fundamentales, y, además, cuando se compromete, sin un mínimo respaldo probatorio, la presunción de inocencia, según lo planteado por el inciso final del artículo 327 del C. de P.P. Pero en todos los casos debemos respaldarlo y hacer la argumentación suficiente y necesaria para «convencer» al juez y se puede reiterar la disposición de que *«los preacuerdos celebrados entre Fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales»*. Igualmente se le deben plantear las disposiciones de congruencia de la decisión y sentencia: *«El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena»*.

¿Qué pasa si el usuario en libertad provisional no se presenta, pero quiere negociar y la sentencia puede eventualmente privarlo de la libertad?

Eventualmente se puede autenticar ante notario el contenido y firma del acuerdo, o presentar una declaración juramentada extraprocesal, en la que acepta el preacuerdo. También puede suceder que el fiscal respalde la presentación personal del procesado y respete los derechos y garantías fundamentales del acuerdo realizado, por el hecho de haber sido una decisión libre, consciente, voluntaria, espontánea, debidamente informada, asesorada por la defensa y con conocimiento de las consecuencias del caso.

¿Pueden la víctima o su representante participar en la audiencia?

Si. Y es posible que se opongan a los planteamientos del acuerdo realizado o a las solicitudes, a los argumentos y elementos de prueba que se presenten.

¿En qué condiciones quedan los procesados inimputables?

El artículo 452 resuelve la situación: *«Si la razón de la decisión fuera la inimputabilidad, el juez dispondrá provisionalmente la medida de seguridad apropiada mientras se profiere el fallo respectivo.»*

¿Se puede plantear la existencia de una nulidad en la actuación?

Sí. Es posible plantearla, de conformidad con el artículo 457, cuando se presente la nulidad por violación a garantías fundamentales, el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales. Es decir, si existieron fallas en la defensa técnica planteada antes de presentarse a la audiencia o la Fiscalía de cualquier manera violó sustancialmente el debido proceso. Es preciso recordar que la tipicidad y la antijuridicidad deben estar probadas para poder preacordar.

¿Será procedente plantear la existencia del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa en la conducta punible materia de juzgamiento?

No. Desde la formulación misma de la imputación, la Fiscalía es la que realiza la adecuación típica provisional; y si hubo allanamiento o se preacordó posteriormente sin tenerla en cuenta, los jueces no tendrán en cuenta este aspecto.

¿Se Puede hacer énfasis en los criterios y reglas para la punibilidad del caso?

Ésas son facultades de la defensa técnica: plantear la existencia de especiales circunstancias de menor punibilidad –artículo 55 del C.P.-, de la inexistencia de agravantes –artículo 58 del C.P.-; todo con los soportes fácticos y, en lo posible, probatorios, vale decir, con elementos de convicción suficientes. Incluso, se pueden esbozar allí las condiciones de ira e intenso dolor –artículo 57 del C.P.- a pesar de la actual posición negativa de los jueces, para quienes ha de ser la Fiscalía la que lo argumente y valore, cuando dicha valoración corresponde al juez.

¿Si, antes de presentarse el acuerdo firmado por las partes, se vencen los términos, es posible solicitar la libertad del procesado y la preclusión?

Sí. Si cuando los jueces rechazan los acuerdos realizados, se han vencido los términos y proceden estos beneficios para el procesado, como sanción a la administración de justicia está claro que procede la libertad provisional; sin embargo hay que reconocer que se trata más de una cuestión ética del defensor¹³³.

¿Se Puede solicitar al juez reducir por debajo del mínimo el monto de la multa?

Sí. Aunque se parte de la base de la legalidad de la pena de multa y de la aplicación del numeral 3º del artículo 39 del C.P., el juez, al determinar

¹³³ Así lo dispone el artículo 294, en concordancia con el artículo 175 del C.P.P.

el monto, debe moverse dentro del margen fijado por la ley atendiendo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pero no puede prescindir de la imposición, o imponerla por fuera de esos topes. En las sentencias C-194-05 y C-239-05, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del pago de la multa como condición para disfrutar del subrogado penal otorgado al procesado, modulando las unidades de multa de acuerdo con su capacidad económica para amortizarlas con el propio trabajo del procesado, verificada su situación particular –sentencia C-191-05-, por lo cual se debe recurrir a la aplicación del numeral 7º del mismo artículo 39, pero han sido muy diversos los pronunciamientos de la sala penal para realizar la conversión.

¿En qué momento y qué recurso es posible interponer cuando no se comparte la decisión de la sentencia del juez?

Procede el recurso de apelación, y se interpone al momento en que se corre traslado en la audiencia de lectura de sentencia. En ese momento se deben precisar los apartes pertinentes o los registros correspondientes a las audiencias que en su criterio guarden relación con la impugnación. Se sustenta en todos los casos ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito, una vez se cite y convoque a la audiencia de sustentación, si no se asiste oportunamente, se declara desierto.

¿Se puede solicitar la acumulación jurídica de penas al juez de conocimiento?

No. La aplicación del artículo 460 del C.P.P., cuando se presente, debe hacerse ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Éste es el funcionario que valora en cada caso la procedencia de la medida.

¿Cómo se hacen las peticiones a los Jueces de Ejecución de Penas?

Por escrito. La Ley 906 de 2004, contrariando sus propios principios de oralidad, inmediación, concentración y otros, no dispuso la realización de audiencias públicas para las decisiones de estos funcionarios, sino las peticiones escritas y con el anexo de los documentos necesarios para fundamentarlas.

¿Es posible recurrir las decisiones de los Jueces de Ejecución?

Sí. No se apela ante el superior jerárquico; dispuso el artículo 478 del C.P.P., que: *«las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia.»*

15. LOS PODERES CORRECCIONALES DEL JUEZ

El artículo 29 de la Constitución establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Esto significa que, en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase ésta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso. Mandato que, dada su naturaleza, involucra u obliga no sólo a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino también a los particulares que se arrogan esta facultad, como una forma de mantener un principio de orden en sus organizaciones (v. gr. establecimientos educativos, empleadores, asociaciones con o sin ánimo de lucro, etc.).¹³⁴

Como abogados y profesionales del derecho, que tenemos un papel relevante en el proceso penal acusatorio cuando ejecutamos el rol de defensores públicos, en aras de lograr que una persona desprotegida económicamente tenga las mismas garantías y derechos que pueda tener otra que tiene los medios económicos para sufragar los honorarios de un equipo de profesionales, lo mínimo que podemos exigir es que se nos respete un Debido Proceso en toda sus dimensiones, cuando a criterio del señor juez cometemos una falta que merece reproche disciplinario, pues nuestra conducta se subsume en los terrenos del artículo 143 de la ley 906 de 2004.

El artículo 143 de la nueva normativa procesal penal establece sanciones que puede aplicar el juez al imputado, abogado defensor, fiscal, ministerio

¹³⁴ Sentencia T-433 de 1998. M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

público, víctima, apoderado de la víctima y particulares en algunos casos especiales; sanción que puede ser, según la falta, de multa, arresto inmutable, amonestación, desalojo y restricción del uso de la palabra.

Establece el mismo artículo que, en los casos señalados de manera taxativa, si la medida correccional fuere de multa o arresto, su aplicación deberá estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición, si las hubiere, y si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida, que, de mantenerse, dará origen a la ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.

Conductas sancionables por el juez de oficio o a petición de parte

Son varias las conductas que pueden generar el castigo por parte del funcionario judicial:

1. A quien formule una recusación o manifieste un impedimento ostensiblemente infundado, podrá el juez sancionarlo con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios legales mensuales vigentes.

El tema de los impedimentos y recusaciones es regulado por los artículos 56 a 65 del nuevo código; las *causales son taxativas*. Quien presenta una recusación debe tener presente que la recusación se propone y decide en los términos del párrafo 2 del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal¹³⁵; ello supone que hay que formular la recusación en la audiencia de formulación de acusación¹³⁶, y con total apego a las causales que establece el Código; no es dable acudir a nuevas formulaciones, porque esta atribución es exclusiva del legislador; acudir a motivos no señalados en la norma es razón por la cual el juez puede sancionar al proponente; lo mismo sucede si la formulación de recusación o manifestación de impedimento son ostensiblemente infundadas. Respecto del procesado y su defensor, adicionalmente, no corre la prescripción entre el momento de la petición y la decisión correspondiente.

Por ostensiblemente infundado debe entenderse aquel planteamiento que denota en su formulación de manera clara, evidente y notoria que no hay argumentos para formularlo; en lo anterior se circunscribe el

¹³⁵ Artículo 60 de la Ley 906 de 2004. «La recusación se propondrá y decidirá en los términos de este Código».

¹³⁶ Artículo 339 de la ley 906 de 2004.

reproche que puede hacer el juez a quienes acudan a cualquier causal sin fundamento alguno, situación que es diferente de no lograr probar la causal.

Dispone el artículo 339 que la recusación o impedimento se debe presentar en la audiencia de formulación de acusación; pero la causal se presenta en cualquier diligencia preliminar ante los Jueces de Garantías, ese también es un escenario jurídico en que podemos solicitar al funcionario que se declare impedido y, ante su negativa, recusarlo legalmente.

2. A quien violare una reserva legalmente establecida lo sancionará con multa de uno (1) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En este caso, el funcionario que conozca de la actuación será el competente para imponer la correspondiente sanción.

Bajo el esquema del nuevo proceso penal, en el que se predica la publicidad de la actuación penal, difícilmente habrá lugar a imponer una multa por esta causal, ya que la única reserva que establece el código es la expresada en los artículos 149, 150, 151 y 152, que desarrollan el principio rector establecido en el artículo 18 *ibídem*, según el cual hay lugar a limitar la publicidad y mantener una reserva durante la actuación procesal cuando el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los niños menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo o se comprometa seriamente el éxito de una investigación.

A pesar de que en las hipótesis anteriores se puede limitar la publicidad, se debe tener claro que no podrá excluirse a la Fiscalía, al acusado, a la defensa, al ministerio público, a la víctima y a su representante legal, pues por obvias razones son intervinientes durante la actuación, y la decisión de hacer de manera privada las audiencias debe consultarse a los mismos en audiencia privada.

La restricción de la norma incluye que en ningún caso se podrá presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable y tampoco se puede, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación, de lo que a su vez se infiere que, una vez proferida la sentencia, la reserva legal de la actuación se levanta y el registro grabado del procedimiento es público, para que cualquier

persona pueda acceder al mismo, salvo en casos considerados de seguridad nacional.

3. A quien impide u obstaculice la realización de cualquier diligencia durante la actuación procesal, le impondrá arresto inmutable de uno (1) a treinta (30) días, según la gravedad de la obstrucción, y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba.

En relación con esta causal, vale la pena señalar que resulta confusa en su redacción: si se sanciona a la persona que en cualquier diligencia durante la actuación procesal impida u obstaculice su realización, nada tiene que ver con que el juez tome las medidas necesarias para lograr la práctica inmediata de la prueba, porque la única diligencia en que se practican pruebas es la Audiencia de juicio oral o la de prueba anticipada.

Si lo que pretendió el legislador fue sancionar a quien impida u obstaculice la realización de la audiencia de juicio oral, debió esbozarlo así. Pero debemos ir más allá, al espíritu del legislador, y entender que lo que se busca es evitar que se impida la realización de cualquier audiencia, sean las preliminares, de acusación, preparatoria, de juicio, la de sustentación del recurso de reposición, de sustentación del recurso de casación, etc, independientemente de que se practique prueba; así mismo, hay lugar a sanción del particular que trate de evitar que se lleven a cabo las audiencias, o del grupo de personas que impiden la entrada del juez y demás intervinientes a la sala de audiencia, o que, con su escándalo en contra o a favor del acusado o del procedimiento, impiden el normal desarrollo de la actuación.

4. A quien le falte al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, o desobedezca órdenes impartidas por él en el ejercicio de sus atribuciones legales, lo sancionará con arresto inmutable hasta por cinco (5) días.

Es deber de las partes e intervinientes proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos durante las audiencias orales que se desarrollan durante el proceso penal, como también guardar el respeto debido al Señor Juez y a los demás intervinientes; ello supone abstenerse de usar expresiones groseras y descortesas hacia quien es la máxima autoridad y jefe de la dirección de las audiencias, y quien para ello expide órdenes que deben ser totalmente acatadas, so pena de arresto.

Es inadmisibles dirigirse con altanería y palabras soeces al juez, quien por más que esté equivocado en sus decisiones, merece respeto. Para disenter de sus decisiones contamos con los recursos legales y, en casos extremos, también con la facultad de denunciarlo penal y disciplinariamente. El juez, por el cargo que ocupa y su rol dentro del proceso, ostenta un dignísimo cargo que merece el total respeto: símbolo de su poder es el martillo que utiliza al concluir sus decisiones.

5. A quien en las audiencias asuma comportamiento contrario a la solemnidad del acto, a su eficacia o correcto desarrollo, le impondrá como sanción la amonestación, o el desalojo, o la restricción del uso de la palabra, o multa hasta por diez (10) salarios mínimos legales mensuales, o arresto hasta por cinco (5) días, según la gravedad y modalidades de la conducta.

Las audiencias públicas y orales están dotadas de una gran solemnidad. El uso de toga por parte del Juez; la obligación de pedir permiso para acercarse al director de la audiencia; el levantarse al momento en que el Juez entra y sale de la sala; el dirigirse con respeto a los intervinientes; el hablar de pie y sólo en el momento en que el juez lo autorice y por el tiempo que disponga, son conductas todas que revisten de seriedad y etiqueta el desarrollo de las audiencias.

6. A quien solicite pruebas manifiestamente inconducentes o impertinentes lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El legislador adoptó un concepto único y complejo, en el sentido de que la conducencia se predica de la prueba, y la pertinencia, de los hechos materia del proceso, pero ninguna prueba será conducente si no es apta para llevarnos a la verdad sobre los hechos objeto del procesamiento, que, a su vez, son los únicos pertinentes. Son dos caracteres inseparables, porque si la prueba nos guía a establecer hechos completamente ajenos al proceso, no sólo es impertinente sino también inconducente, pues se la separa drásticamente del único objeto señalado en el proceso como plan de acción. La conducencia sólo puede apreciarse a través de una relación de la prueba con los hechos (pertinencia).»¹³⁷

Si el defensor o fiscal se alejan de la conducencia y pertinencia al momento de descubrir evidencias y solicitar que sean tenidas como

¹³⁷ Providencia de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de marzo de 1998.

pruebas para el momento de la realización del juicio oral bajo el principio de la libertad probatoria¹³⁸, el juez puede sancionar siempre y cuando las peticiones elevadas sean totalmente alejadas y no tengan nada que ver con el asunto que se está ventilando.¹³⁹ Debe tenerse presente que, contra la decisión del juez de negar pruebas, procede el recurso de apelación, tal como lo ilustran el artículo 20 y el numeral 4 del artículo 177, de tal manera que, para que se active el poder correccional del juez, debe haber una postulación absurda y disparatada en relación con los hechos materia de juicio.

7. A quien en el proceso actúe con temeridad o mala fe lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El artículo 141 del nuevo código procesal penal dispone 5 casos en los cuales se considera que existe temeridad o mala fe, en los siguientes términos:

- Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal.
- Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
- Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos.
- Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia.
- Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación procesal.

Las causales anteriores surgen de la necesidad de evitar las actuaciones desprovistas de lealtad y buena fe por parte de los intervinientes, y la imposición de la multa está supeditada a la ocurrencia de una conducta *dolosa* que entorpezca e interrumpa la marcha normal de los procedimientos, los cuales deben garantizar por ser públicos y caracterizarse por la contradicción, inmediatez y concentración.

8. Al establecimiento de salud que reciba o dé entrada a persona lesionada sin dar aviso inmediato a la autoridad respectiva, lo sancionará con multa de diez (10) hasta cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
9. A la parte e interviniente que solicite definición de competencia, o cambio de radicación sin fundamento en razones serias y soporte

¹³⁸ Artículo 373 de la ley 906 de 2004.

¹³⁹ Artículo 375 de la ley 906 de 2004.

probatorio, lo sancionará con multa de uno (1) hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la audiencia de formulación de acusación se tiene, entre otras facultades, la de expresar oralmente las causales de incompetencia¹⁴⁰ y, antes de iniciarse la audiencia de juicio oral, las partes, el ministerio público o el gobierno nacional pueden pedir oralmente o por escrito el cambio de radicación por las causales que establece el artículo 46 ibídem, causales que son taxativas, y el apartarse de las mismas o alegarlas sin que existan o sin tener evidencias, genera sanción, siempre y cuando los planteamientos riñan con la naturaleza y alcance de la petición, y pasan por alto las previsiones del artículo 140, referente a los deberes de las partes e intervinientes.

10. A quienes sobrepasen las cintas o elementos usados para el aislamiento del lugar de los hechos, lo sancionará con multa de uno (1) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto por (5) cinco días, según la gravedad y modalidad de la conducta.

Reflexiones sobre el debido proceso y derecho de defensa

Señalábamos, al principio de este artículo, que el debido proceso se debe garantizar en toda actuación judicial o administrativa, y ello supone que en materia disciplinaria debe existir una reglamentación o normas que señalen de manera expresa las causales, los casos en que proceden, el proceso que se debe adelantar, la naturaleza de la falta, las clases de sanciones, los recursos, la forma de ejercer el derecho de defensa, etc.

El art. 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso, cuyos elementos constitutivos son:

- El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.
- El juzgamiento sólo es procedente ante juez o tribunal competente.
- El juzgamiento debe ser realizado con observancia de la plenitud de las formalidades procesales propias de cada juicio.

¹⁴⁰ Artículo 339 de la ley 906 de 2004.

- Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.
- Quien sea juzgado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.
- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem).

En materia penal, el derecho de defensa y al debido proceso, tiene un reforzamiento adicional, por cuanto deben observarse, además, los siguientes requisitos:

- La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica a la restrictiva o desfavorable.
- Todo sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento.
- Todo sindicado tiene derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas.
- Todo sindicado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria.¹⁴¹

La observancia del derecho al debido proceso, dada la generalidad del mandato contenido en la norma citada, se aplica necesariamente cuando el Estado ejerce la función jurisdiccional o la función administrativa, y resultan afectados desfavorablemente los derechos fundamentales de la persona. En tal virtud, dado el carácter punitivo de la sanción, asimilable a la sanción de tipo penal, cuando el juez hace uso de la potestad correccional, se deben tener presente todos los elementos del Debido Proceso.

Nos llama la atención el artículo 143 de la ley 906 de 2004, en comparación con el artículo 144 de la ley 600 de 2000. La nueva codificación procesal penal, en materia de poder disciplinario del juez, sólo permite interponer un recurso de reconsideración contra la sanción impuesta, mientras que el artículo derogado, siendo mas garantista, permitía acceder a la segunda instancia a través del recurso de apelación con la finalidad de que un funcionario de mayor jerarquía tuviera la posibilidad de ventilar y decidir el reparo e inconformidad del sancionado disciplinariamente.

¹⁴¹ Sentencia T- 351 de agosto 30 de 1993. Mp.P. Antonio Barrera Carbonel.

Al señalarse en el nuevo código que el único recurso que procede es el de reconsideración, asimilable al de reposición, ya que es decidido por el mismo funcionario que profirió la decisión, como abogados litigantes y defensores públicos, nos sentimos desprotegidos por el ordenamiento a que acudimos para defender a nuestros clientes y usuarios, cuando el principio de la doble instancia es el arma con que pretendemos lograr que prosperen los intereses que representamos, sin que la podamos usar en nuestra propia defensa.

La Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre el tema que nos ocupa en la Sentencia C- 657 de 1996, providencia en la cual declaró **EXEQUIBLES** las expresiones «*decisión contra la cual no procede recurso alguno*», del artículo 453 del Decreto Ley 2700 de 1991, y en sentencia C-759 de 2002, se declara **EXEQUIBLE** el segmento normativo demandado del artículo 409 de la Ley 600 de 2000, que reproduce el mismo artículo 453 del Decreto Ley 2700 de 1991. En esta última oportunidad se señaló que existía cosa juzgada constitucional en sentido material.

La norma demandada de la ley 600 de 2000 señalaba lo siguiente:

«**Artículo 409.** Dirección de la audiencia. Corresponde al juez la dirección de la audiencia pública. En el curso de ella tendrá amplias facultades para tomar las determinaciones que considere necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos y evitar que las partes traten temas inconducentes a los intereses que representan o que prolonguen innecesariamente sus intervenciones con perjuicio de la administración de justicia. Si es el caso, amonestará al infractor y le limitará prudencialmente el término de su intervención.

Así mismo, podrá ordenar el retiro del recinto de quienes alteren el desarrollo de la diligencia y, si considera conveniente, el arresto incommutable hasta por cuarenta y ocho (48) horas, **decisión contra la cual no procede recurso alguno**».

La anterior disposición de la ley 600 de 2000 establecía un poder correccional del juez, diferente del que establecía el artículo 144, ibídem, y del que se predicaba que era una medida correccional tendiente a la dirección de la audiencia; pero si revisamos su alcance, naturaleza y finalidad, es el mismo del numeral 3 del artículo 144 señalado, que dispone:

«3. Impondrá a quien impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de cualquier prueba o diligencia durante la actuación procesal, arresto incommutable de uno (1) a treinta (30) días según la gravedad de la obstrucción, y tomará las medidas conducentes para lograr la práctica inmediata de la prueba».

El segundo inciso del artículo 409 derogado, es recogido por el nuevo código penal procesal en el artículo 10, referente a la actuación procesal. Establece que el juez dispondrá de amplias facultades en la forma prevista en el código para sancionar por desacato a las partes, testigos, peritos y demás intervinientes que afecten con su comportamiento el orden y la marcha de los procedimientos, sin que establezca el artículo 10 sanción alguna, sino que nos remite de manera tácita al artículo 143 ya explicado.

Es de anotar que el artículo 144 de la ley 600 de 2000 daba un poder para imponer medidas correccionales en cabeza de los funcionarios judiciales, lo que supone que tal facultad también la tenía el fiscal cuando la investigación estaba en sus manos, lo que desaparece bajo la nueva legislación, pues sabido es que el fiscal cumple bajo el nuevo esquema un rol de parte, siendo el juez la única autoridad que ostenta la soberanía de sancionar a los intervinientes.

Los argumentos expresados por la Corte Constitucional en la sentencia C-657 de 1996 para declarar la exequibilidad del segmento normativo demandado es *que la regulación de los diferentes procedimientos es materia confiada al legislador en los aspectos no establecidos directamente por la Constitución Política, y que el Estatuto Superior no se ocupa de determinar la existencia de recursos contra decisiones de esta índole, que tampoco son sentencias condenatorias, evento éste en que la Carta garantiza la doble instancia y que cabe advertir que el segmento acusado hace parte de una norma que es especial y por lo tanto no contradice en este punto la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, norma general 'aplicable en todo caso cuando los respectivos códigos de procedimiento no hayan establecido una regulación especial'¹⁴²».*

Como podemos ver, en la Carta Política no existe disposición alguna que consagre recursos contra las medidas de carácter correccional que imponga el juez como director de la audiencia pública, razón por la cual el legislador goza de libertad configurativa en esta materia, que viene a ser el argumento sentado a nivel del alto Tribunal constitucional que no nos

¹⁴² Sentencia C-218/96 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

daría la razón frente a cualquier demanda presentada en contra del párrafo del artículo 143 de la ley 906 de 2004, y que sólo permite el recurso de reconsideración.

El párrafo mencionado, señala:

«**Parágrafo.** En los casos anteriores, si la medida correccional fuere de multa o arresto, su aplicación deberá estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición, si las hubiere. Si el funcionario impone la sanción, el infractor podrá solicitar la reconsideración de la medida que, de mantenerse, dará origen a la ejecución inmediata de la sanción, sin que contra ella proceda recurso alguno.»

De la lectura desprevenida del citado párrafo se infiere:

1. La aplicación de la sanción correccional debe estar precedida de la oportunidad para que el presunto infractor exprese las razones de su oposición si las hubiere, y ello implica que, antes de imponerse el castigo correccional, el juez debe correr traslado al eventual disciplinado de que ha incurrido con su conducta en algunas de las faltas del artículo 143.
2. La comunicación de haber incurrido en una conducta reprochable disciplinariamente debe hacerse de manera motivada,¹⁴³ y ello supone que debe existir fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, y bajo los presupuestos de un pliego de cargos, pues se inicia un trámite especial que concluye con una decisión de fondo que afecta a una persona, ya en su libertad, ya en su patrimonio económico, además de cuestionarse su ejercicio profesional, nombre y reputación.
3. Después de notificado el disciplinado del pliego de cargos, como lo podemos denominar, se tiene el derecho de expresar las razones de la oposición, como se hace en los procesos disciplinarios cuando se contesta el pliego de cargos. De lo que sí no habla la norma es de que se tenga la posibilidad de pedir pruebas: lo omitió el legislador, y habría permitido predicar del procedimiento una mayor garantía; pero tampoco se puede desconocer que es una potestad que tiene una persona sometida a un proceso, bajo los postulados del Debido Proceso, lo cual ha decantado la Jurisprudencia.

¹⁴³ Numeral 4 del artículo 139 de la ley 906 de 2004.

4. Después de explicar las razones de la oposición, el juez decide.
5. Contra la decisión de aplicar una medida correccional, procede el recurso de reconsideración, del que se dará traslado al disciplinado y al Ministerio Público si lo hay, para que manifiesten su inconformidad frente a la decisión e indique las razones y argumentos por los cuales el funcionario judicial debe revocar su decisión y, en el caso del Ministerio Público, para que informe su desacuerdo o conformidad.
6. Cumplido lo anterior, si el juez mantiene la medida, ordenará la ejecución inmediata de la sanción.
7. Contra la decisión anterior no procede recurso alguno.

El Juez es el responsable del proceso como máxima autoridad, y por tanto está en la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan, y, obviamente, de la sociedad en general, pues su labor trasciende el interés particular de las partes en conflicto.

Aquellos comportamientos que impliquen irrespeto contra la autoridad y la investidura del juez, desconocen los derechos no solo de éste como individuo, sino también los del pueblo soberano, lo cual no significa que se le reconozca al juez un poder omnímodo, por cuanto éste no puede hacer uso indebido de la potestad jurisdiccional que tiene, e incurrir en actuaciones no ajustadas a derecho o arbitrarias, que vulneren derechos fundamentales del individuo, como la libertad y el debido proceso. Cuando así ocurra, quien se vea afectado por esas actuaciones o decisiones puede defender sus derechos fundamentales por la vía excepcional de la tutela, o si es el caso, si en aras de imponer una sanción de tipo correccional el juez ordena arbitraria e ilegalmente su detención, puede también acudir al recurso del hábeas corpus, previsto en el artículo 30 de la Carta Política y en la ley, dirigido contra actos arbitrarios de las autoridades que vulneren el derecho a la libertad.¹⁴⁴

El poder correccional del juez está orientado a sancionar y castigar a quienes de manera dolosa incurran en algunas de las conductas del artículo 143, de tal manera que, si la acción ejecutada se fundamenta en una errada interpretación de las normas, en una interpretación plausible que no se comparte, en la buena fe y sin la intención de ejecutar actos desleales en

¹⁴⁴ Sentencia T-242 de 1999, de la Corte Constitucional. M.P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO.

la actuación procesal, mal puede el funcionario derivar de tal hecho una medida correccional, a la que debe acudirse como una medida extrema frente a actuaciones de las que se infiera la intención perniciosa de apartarse el sujeto procesal de las obligaciones y deberes del artículo 140 de la ley 906 de 2004.

El hecho de que no se comparta por parte del señor juez el criterio de un sujeto procesal no da lugar a que se reproche su comportamiento con una sanción, pues si ello fuera así, habría que sancionar a los magistrados que no comparten las providencias de las salas de decisión y salvan el voto, en pleno ejercicio del derecho a interpretar las normas de forma diferente y bajo otra visión, como cuando los magistrados de las altas Cortes deciden variar un criterio jurisprudencial.

Naturaleza y gravedad de la falta

La sanción debe ser impuesta, mediante resolución motivada, en la cual se precisen la naturaleza de la falta, las circunstancias en que la misma se produjo, su gravedad, la culpabilidad del infractor y los criterios tenidos en cuenta para dosificar la sanción, y el no hacerlo implica la violación del derecho de defensa. Se debe justificar la medida con criterios de proporcionalidad y razonabilidad, en relación con los hechos y circunstancias, debidamente comprobadas, que le sirven de causa, pues no se trata de aplicar el mayor castigo por el simple capricho de sancionar, sino que debe existir una ponderación.

Naturaleza de las sanciones del juez

La Corte Constitucional ha definido la naturaleza de esa facultad de la autoridad judicial en los siguientes términos:

«Los mencionados poderes se traducen en unas competencias específicas que se asignan a los jueces para imponer sanciones de naturaleza disciplinaria a sus empleados, o correccionales a los demás empleados públicos, o los particulares (...) Las sanciones que el Juez impone a los empleados de su despacho tienen un contenido y una esencia administrativa y los respectivos actos son actos administrativos, contra los cuales proceden los recursos gubernativos y las acciones contencioso administrativas; en cambio, los actos que imponen sanciones a particulares, son jurisdiccionales, desde los puntos de vista orgánico, funcional y material...» (Corte Constitucional, Sentencia T-351 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

16 ANEXOS

1. DIRECTRICES3020-

Bogotá. D. C. Agosto 12 de 2005

PARA: Dr. RUBÉN DARÍO MONTOYA
Defensor Regional Bogotá
Dr. GUSTAVO RESTREPO PÉREZ
Defensor Regional Caldas
Dr. LUIS CARLOS LEAL V.
Defensor Regional Risaralda
Dra. PIEDAD CORREAL R.
Defensor Regional Quindío
Dr. JUAN CARLOS ARIAS
Supervisor Programa Piloto
Dra. Mónica Suárez M.
Supervisora Programa Piloto Manizales

ASUNTO: Directrices en materia de prestación del servicio de
Defensoría Pública dentro del Sistema Penal Acusatorio.

Respetados Defensores del Pueblo Regionales:

Como ha sido ampliamente reconocido por todas las instituciones que conforman la Comisión Constitucional para la implementación del

Sistema Penal Acusatorio, el servicio de defensoría pública se ha venido prestando en forma oportuna y eficaz, supliendo suficientemente las necesidades y los diferentes requerimientos que demanda este modelo de investigación y juzgamiento.

Somos conscientes de que la presencia de la Defensoría del Pueblo ha sido fruto del esfuerzo y coordinación de las Regionales y Oficinas a su cargo, el acompañamiento de los asesores de gestión y la presencia ininterrumpida de los defensores públicos, desde donde hemos recibido importantes aportes para garantizar el éxito del Sistema.

Sin embargo, ante los inconvenientes que se han presentado con algunos fiscales y jueces por desconocimiento de las disposiciones contenidas en la Ley 941 de 2005 sobre la cobertura, solicitud y prestación del servicio, me permito participarles algunas políticas institucionales que deberán impartir a los defensores públicos y demás operadores del Sistema, para que sean tenidas en cuenta al momento de prestar el servicio de defensoría pública:

1. **Cobertura.** El Sistema Nacional de Defensoría Pública prestará sus servicios en favor de las personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.

En tal sentido, la defensoría pública es gratuita y como tal sólo se brinda a las personas que carezcan de recursos económicos para contratar los servicios de un abogado particular.

Si de la solicitud del servicio se observa que los usuarios cuentan con recursos económicos para contratar los servicios de un abogado particular, el defensor público podrá negarse a prestar el servicio. Asimismo suspenderá la atención, si durante la actuación se comprobare la capacidad económica del usuario.

En cuanto a la prestación del servicio remunerado, una vez el Defensor del Pueblo reglamente los casos excepcionales a que se refieren el inciso 1 del artículo 43 de la Ley 941 de 2005, esta Dirección les hará conocer los procedimientos para la asignación de defensores públicos.

2. **Solicitud del servicio.** En aquellos procesos radicados en el Complejo Judicial de Paloquehao de la ciudad de Bogotá, sólo se asignarán defensores públicos cuando sean requeridos a través del **Centro de Servicios Judiciales**, por solicitud del interesado, del funcionario

judicial, del fiscal o del ministerio público. En estos casos, los defensores públicos no atenderán requerimientos en donde no hayan sido informados con una antelación no inferior a tres (3) días.

En la solicitud de asignación de Defensor Público deberá señalarse la clase de diligencia que se atenderá, el lugar, fecha y hora de la misma.

Se trata, en últimas, de evitar que el defensor sea sorprendido con diligencias en que no conozca los antecedentes ni cuente con el tiempo mínimo para diseñar su teoría del caso y en torno a ella dirigir la investigación para garantizar una defensa técnica.

En los **Centros de Servicios Judiciales descentralizados** (URI), el servicio de defensoría pública se prestará a solicitud del Juez de Control de Garantías o del usuario directamente.

No serán atendidos los requerimientos ni citaciones que hagan directamente los fiscales a los defensores públicos.

La Defensoría Pública no atiende a las víctimas de las conductas punibles que carezcan de medios suficientes para contratar un abogado. La designación del abogado de oficio le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por así disponerlo el artículo 137 num. 5 del Código de Procedimiento Penal.

3. **Remoción de los defensores públicos.** El Defensor Público que asuma la representación sólo podrá ser removido del caso por la Dirección Nacional de Defensoría Pública, la Dirección Regional de Defensoría Pública o por designación que haga el usuario de un defensor de confianza. **Los jueces y los fiscales no están autorizados legalmente para cambiar a los defensores.**
4. **Lugar de atención y prestación del servicio en los Centros de Servicios Judiciales (URI).** Cada uno de los Centros de Servicios Judiciales cuenta con una oficina de la Defensoría Pública, lugar en donde serán entrevistados los usuarios privados de su libertad que requieran del servicio de defensor público para las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y demás diligencias que la requieran.

El Defensor Público no atenderá ningún caso en que no se la haya permitido entrevistar previamente al usuario con una antelación no inferior a una (1) hora de la audiencia.

Los Defensores Públicos no están autorizados para realizar entrevistas en los calabozos ni en lugares diferentes de la oficina de Defensoría Pública de los Centros de Atención referidos. Una vez el juez le haya asignado el caso al Defensor Público, las autoridades policiales podrán vigilar al detenido desde la puerta exterior de la Oficina de Defensoría.

5. **Calidad, oportunidad y eficiencia en la prestación del Servicio.** Los Defensores Públicos deben asesorar a su defendido antes de suscribir los preacuerdos entre las partes, en tal forma que el acercamiento para la discusión se realice entre el fiscal y el defensor, y no fiscal e imputado. Sólo se procederá a su perfeccionamiento cuando el imputado se encuentre suficientemente ilustrado y conozca las consecuencias del mismo.

Cuando la defensa encuentre viable solicitar la aplicación del principio de oportunidad, lo podrá hacer por medio de un derecho de petición que suscriba el imputado y/o su defensor. En todo caso, es importante reiterar que la decisión sobre el particular es discrecional de la Fiscalía General de la Nación.

En atención a lo previsto en el artículo 8 literal i) del Código de Procedimiento Penal,¹⁴⁵ los defensores públicos deberán solicitar, con antelación no inferior a tres (3) días de la audiencia de formulación de acusación, copia del escrito presentado por la Fiscalía al Despacho del Juez, con el fin de preparar la audiencia y definir qué descubrimiento de pruebas se pedirá al ente acusador.

Si no hace entrega de la copia del escrito de acusación el juez o el Centro de Servicios Judiciales, el defensor público podrá solicitar la suspensión de la audiencia por un término no superior a los tres (3) días, que es el tiempo razonable para preparar la audiencia.

6. **Sustitución del defensor.** En caso de que una audiencia coincida con otras diligencias, se sustituirá con otro defensor público, así como cuando ocurra alguna circunstancia de fuerza mayor que no permita al principal asistir a la diligencia. En todo caso se informará al juez

¹⁴⁵ Ar. 8. *Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, éste tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:*

...

i) *Disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa. De manera excepcional, podrá solicitar las prórrogas debidamente justificadas y necesarias para la celebración de las audiencias a las que deba comparecer;*

con la debida anticipación, anexando prueba sumaria de su imposibilidad de concurrir.

Las anteriores directrices sólo buscan garantizar una defensa técnica que permita no sólo satisfacer las exigencias del servicio en términos de calidad, eficiencia y oportunidad, sino también evaluar la actuación de los defensores públicos en los diferentes ámbitos en que intervienen, la atención del usuario y la información permanente que deben brindarle, los tiempos que tardan en intervenir, así como la presentación oportuna de los informes de su gestión.

Agradezco su atención y colaboración en la divulgación de estas directrices, con el único propósito de propender por un proceso penal más transparente y garantista de los derechos de las partes, en el cual la nota común debe ser la especialización de los roles de los diversos actores que participan en el procedimiento.

JULIETA MARGARITA FRANCO DAZA
Directora Nacional de Defensoría Pública

- CC. Dr. Vólmar Pérez Ortiz. - Defensor del Pueblo
Dr. Mario Iguarán Arana - Fiscal General de la Nación.
Dr. Hernando Torres Corredor, Vicepresidente, Consejo Superior de la Judicatura.
Dr. José Alfredo Escobar Araújo, Presidente Sala Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura.
Dr. Luis González León Director Nacional de Fiscalías, Fiscalía General de la Nación.
Dr. Janny Jadith Jalal Espitia, Directora Seccional de Fiscalías de Bogotá
Dr. Mariano Ospina Vélez. Director (E) Seccional de Fiscalías de Manizales.
Dr. Raúl Ramírez León, Director Seccional de Fiscalías de Pereira.
Dr. Óscar Grajales Vanegas, Director Seccional de Fiscalías de Armenia.
General Ricardo Cifuentes, Director del Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario - INPEC.



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Diagonal 22 B No. 67-70
Bogotá, D. C., Colombia