

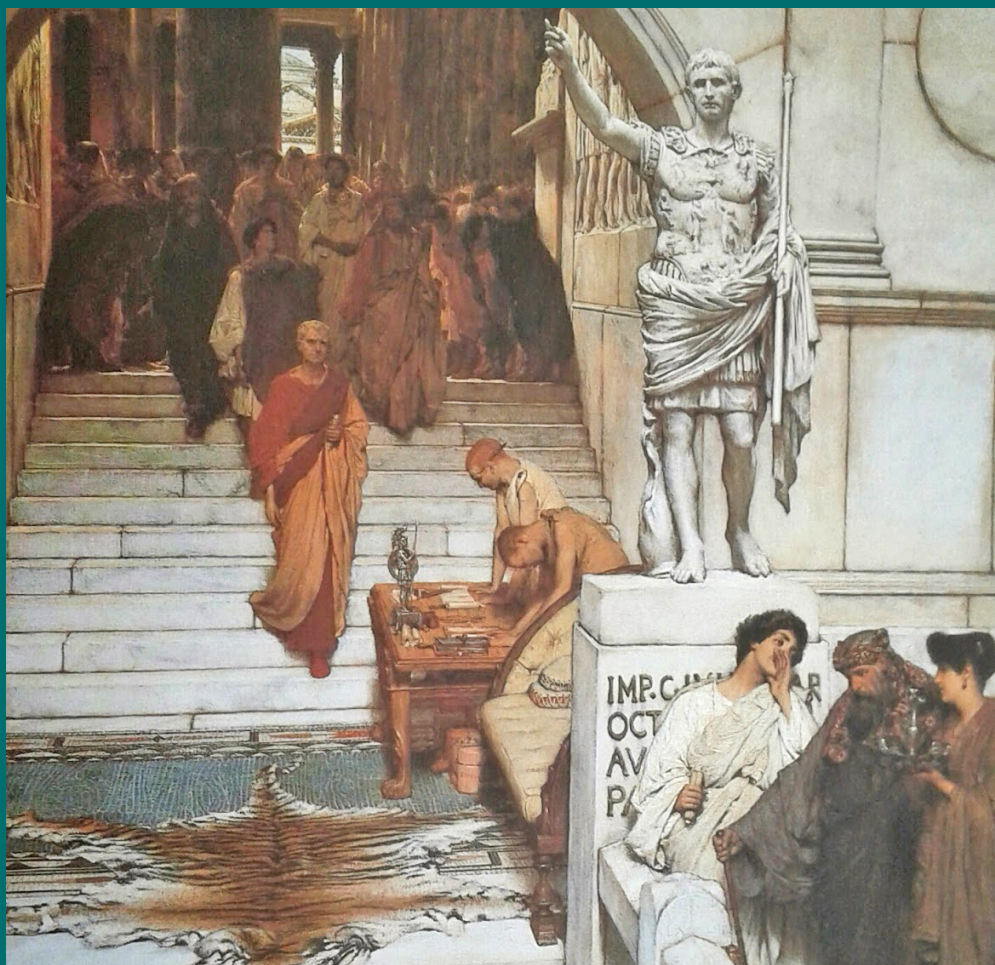


Defensoría
del Pueblo
COLOMBIA

Dirección Nacional de Defensoría Pública

Temas de Defensa Penal

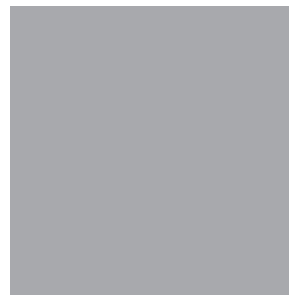
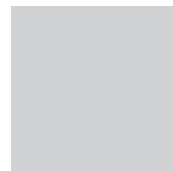
Tomo II





Temas de Defensa Penal

Tomo II



ISBN: 978-958-8571-95-9

Diagramación e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

© DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Calle 55 No. 10-32

Apartado Aéreo No. 24299 - Bogotá, D. C.

Tels.: 3147300 - 3144000

www.defensoria.gov.co

[Twitter@DefensoriaCol](https://twitter.com/DefensoriaCol)

Portada: La Audiencia, firmado y fechado: 1875 óleo s/tabla 91 x 63 cms.

Lawrence Alma-Tadema

Lo expuesto en los artículos de esta edición es responsabilidad exclusiva de sus autores.

Publicación editada en Bogotá, D. C., Colombia, diciembre de 2015.

Defensoría del Pueblo. Calle 55 No. 10-32 Tel. 3147300, Bogotá, D. C., Colombia.

Jorge Armando Otálora Gómez
Defensor del Pueblo

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Vicedefensor del Pueblo

Alfonso Cajiao Cabrera
Secretario General

Alexandra Cárdenas Castañeda
Directora Nacional de Defensoría Pública

Jorge Armando Otálora Gómez
Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Comite Editorial

Carlos Roberto Solórzano Garavito
Carlos Andrés Bernal Castro
Coordinadores

Abogados adscritos a las oficinas especiales de apoyo
Autores

	Págs.
Presentación.....	7
<i>Jorge Armando Otálora Gómez</i>	
Prólogo	9
<i>Esiquio Manuel Sánchez Herrera</i>	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO PENAL	
La captura y sus efectos en el derecho humano fundamental a la libertad personal	15
<i>Carlos Felipe Sánchez Lugo</i>	
<i>Jaime Augusto Castillo Farfán</i>	
El control difuso de convencionalidad en la medida de aseguramiento de detención preventiva intramural	73
<i>Adalberto de la Hoz</i>	
La retención de correspondencia como acto de investigación “Límites y restricciones legales y constitucionales”	99
<i>Carlos Peñaranda Molina</i>	
<i>Miguel Jiménez Meléndez</i>	
Audiencias de control previo para obtención de muestras cuando el imputado o la víctima se nieguen a proporcionarlas	141
<i>Rafael Ángel Ramírez Restrepo</i>	
Búsqueda selectiva en bases de datos.....	165
<i>Francisco Álvarez Guzmán</i>	
Cautelas para una búsqueda selectiva en bases de datos.....	189
<i>Carlos Francisco Arias Duque</i>	
<i>William Salazar Prieto</i>	
El control de legalidad de la «Recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones»	213
<i>Sory Miryed Delgado Arboleda</i>	
<i>Patricia Guevara García</i>	
ACTOS DE INVESTIGACIÓN	
La ilicitud e ilegalidad de los actos de investigación en el sistema penal acusatorio colombiano	235
<i>Jorge Manuel Camargo Gallardo</i>	

	Págs.
La entrevista en el ámbito probatorio	255
<i>Luis Gonzalo Bonilla Botero</i>	
<i>Hernán Darío Arias Aristizábal</i>	
Dstrucción de elementos materiales del delito en materia de tráfico de estupefacientes en Colombia.....	273
<i>Roberto Sarmiento Mogollón</i>	
<i>Emilia Quiñonez Forero</i>	
El reconocimiento fotográfico y en fila de personas como actos de investigación	315
<i>Luis Fernando Neira Restrepo</i>	
<i>Juan Carlos Bermúdez Robles</i>	
La exhumación como acto de investigación	329
<i>Fabio Alberto Díaz Ramírez</i>	
<i>María Cecilia Patiño Becerra</i>	
ACTOS DE INVESTIGACIÓN FRENTE A ORGANIZACIONES CRIMINALES	
Análisis e infiltración de organización criminal, artículo 241 del Código de Procedimiento Penal	361
<i>Clara Inés Muñoz Peláez</i>	
<i>Luisa Fernanda Zapata Gómez</i>	
DELITOS SEXUALES Y LA PRUEBA PERICIAL	
Valoración del dictamen sexológico en la decisión judicial	389
<i>Luis Fernando Aguirre Henao</i>	
<i>Jaime Montoya Mateus</i>	
Importancia de la exploración técnica y científica para el sustento probatorio sobre síndrome de alienación parental (SAP).....	403
<i>Luis Gildardo Hernández Aguirre</i>	
<i>Mábel Morales López</i>	
PROBLEMAS BÁSICOS DE LA INVESTIGACIÓN DESDE EL ROL DE LA DEFENSA	
Actos de investigación de la defensa frente a las tensiones procesales entre el estándar clásico de valoración probatoria y el sistema penal acusatorio colombiano	427
<i>Pedro Pablo Flórez Herrera</i>	
El registro fidedigno de las actuaciones de indagación e investigación como obligación legal	451
<i>Claudia Patricia Sánchez Pérez</i>	

PRESENTACIÓN

La Defensoría del Pueblo ha generado una política institucional cimentada en el compromiso de ayudar a los desfavorecidos, garantizar a los ciudadanos la igualdad material, para ese menester lleva a cabo diversas actuaciones que teleológicamente están encaminadas al cumplimiento de las misiones del Estado social y democrático de derecho. La Defensoría del Pueblo garantiza el acceso a la administración de justicia. Por ello, una de las tantas maneras de abordar los problemas sociales se da en permitir a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos ante la administración de justicia, en materia constitucional, administrativa, penal, civil, etc.

Nuestro compromiso con la ciudadanía se ha concretado en asesorías, presentación de las acciones constitucionales, representaciones judiciales y sobre todo en la participación diaria ante la institucionalidad en favor del ejercicio de los derechos de los asociados; en realidad la Defensoría del Pueblo llega a todas las personas y sectores sociales, convirtiéndose en un órgano impulsor de políticas abiertas al dialogo democrático y la confrontación de ideas en la búsqueda de la Paz, derecho fundamental, que impregna la naturaleza de nuestra institución.

Somos conscientes que el derecho penal ha transformado sus estructuras en la posmodernidad, básicamente porque la sociedad pretende dar solu-

ciones eficaces frente a la criminalidad que perturba la paz. En aras de garantizar los derechos de los ciudadanos, el Estado interviene proponiendo en su agenda legislativa nuevos delitos, reforzamiento de los valores sociales, aplicando sanciones ejemplarizantes y desarrollando normatividades que recortan garantías penales con la finalidad de hacer más expedito el camino para condenar personas, proponiéndose la consecución de resultados significativos para la sociedad, generando castigos que calmen su sentimiento de inseguridad y miedo en que convive.

Ese panorama implica que el derecho penal se debata entre el garantismo y eficientismo, generándose un problema mediático expresado en definir una verdadera política criminal, que hiciese posible encontrar una respuesta justa entre el acto considerado como delito, la imposición de la pena y su ejecución por parte del Estado. La solución que brinda el derecho penal a los problemas sociales es mínimo frente al problema fundamental que tiene la sociedad, la desigualdad material en que vive permanentemente, por ello la política criminal basada en la imposición de nuevos delitos y penas es en realidad la política criminal del día a día lo que se denominaría: punitivismo.

La misión de nuestra institución concentrada en el respeto por los derechos humanos, pretende reforzar las garantías penales delimitadas constitucionalmente, para evitar que el eficientismo aparte a la humanidad de sus valores esenciales, generando acciones que expresen una aparente tranquilidad; por ello, siendo coherentes con nuestra filosofía gerencial de actuación Defensorial, denominada: “Litigio Estratégico Institucional”, presentamos a la comunidad académica y jurídica la obra: **“TEMAS DE DEFENSA PENAL TOMO II”**, en la que se abordan temáticas del diario vivir de nuestros defensores públicos en los procesos penales que cursan en los diferentes estrados judiciales.

JORGE ARMANDO OTÁLORA GÓMEZ

Defensor del Pueblo

PRÓLOGO

Un modelo procesal acorde con la filosofía del Estado social y democrático de derecho, se asienta en unos pilares fundamentales que identifican su entramado, ellos son, entre otros:

Respeto del principio acusatorio, que significa principalmente no sólo división de las tareas de acusación y juzgamiento en cabeza de diferentes autoridades, sino principalmente que el objeto esencial del proceso es la garantía de imparcialidad del juzgador.

Respeto y acatamiento del principio de igualdad de armas, que implica que las partes procesales tengan las mismas posibilidades de actuación y cuenten con las mismas herramientas para hacer valer sus pretensiones.

Garantía de la presunción de inocencia, cuya virtud principal debería ser que el conjunto de derechos de que es titular el procesado no serían afectados, hasta que fuera vencido en juicio.

Garantía plena del derecho de defensa y el contradictorio, una defensa real, material, técnica y profesional es un valor nuclear de un proceso penal acorde con nuestro modelo de Estado. La contradicción como manifestación del derecho de defensa debe garantizar que el procesado conozca la acusación formulada en su contra, que sea escuchado en el juicio, controvirtiendo las pruebas en su contra y que tenga la oportunidad efectiva de defensa.

La privación provisional de la libertad en el trámite del proceso, debe ser excepcional. En ese sentido las causales que soportan la imposición de la medida no deben ser asimiladas a un adelantamiento de la imposición de la pena.

No aplicación del principio de permanencia de la prueba, que significa, de manera concreta, que solo debe ser considerada prueba aquella que es aducida en el juicio conforme con los principios de inmediación, concentración y publicidad.

La existencia de esos presupuestos de garantía no tendrían sentido, sin un previo entrelazamiento entre los derechos que surgen del derecho penal sustancial y las garantías procesales.

Por esa razón, acertadamente Ferrajoli, ha dicho: “La correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal. Especialmente en el plano lógico, estricta jurisdiccionalidad y estricta legalidad se presuponen recíprocamente y valen en su conjunto no sólo para definir, sino también para garantizar el carácter cognoscitivo de un sistema penal: la jurisdicción penal se configura de hecho, más que la administración u otras formas de jurisdicción, como aplicación o afirmación de la ley”¹.

Ha sido una tendencia siempre en nuestra vida profesional la de fundamentar las instituciones procesales a partir de los principios constitucionales, teniendo siempre de presente nuestro modelo de Estado, y partiendo de la sentida necesidad de vincular garantías penales sustanciales y garantías procesales, pues el proceso penal no es más que realización del *ius puniendi*.

Bajo ese prisma la obra que ahora prologamos tiene impresa esa impronta.

En efecto, el Tomo II, de la línea “Temas de Defensa Penal”, si bien hace énfasis en los actos de investigación, los autores abordan con especial tino cada uno de los institutos procesales con referencia a los derechos fundamentales; con las matizaciones que impone el control difuso de convencionalidad y con los límites y restricciones que devienen de la normatividad legal y constitucional.

1 Cfr. Ferrajoli, Luigi. “Derecho y Razón- Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Madrid 1995, página 538.

Importa destacar en esta obra, la decidida y encomiable participación de los investigadores de la unidad de investigación defensorial, quienes hacen importantes aportes en temas como las técnicas de entrevistas, el reconocimiento fotográfico y la búsqueda selectiva de datos, entre otros.

Los temas procesales complejos son abordados por los defensores públicos de las oficinas especiales de apoyo, quienes siempre han asumido con responsabilidad y compromiso la loable tarea de servir de soporte científico a los demás defensores de la entidad.

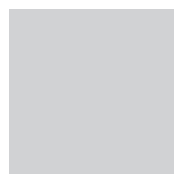
La configuración del Tomo II, de esta colección de estudios rompe la línea del Tomo I, con el sano propósito de darle calado a posturas enraizadas en las pesquisas y en las tareas de investigación que contribuyen a la búsqueda de la verdad material al interior del proceso penal.

Sin duda, esta obra contribuirá a hacer más sencilla la siempre compleja labor de defender a un ciudadano que carece de recursos económicos para proveerse un defensor de confianza, que incumbe a nuestros defensores públicos como defensores de derechos humanos.

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Vicedefensor del Pueblo

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO PENAL



LA CAPTURA Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL

UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Felipe Sánchez Lugo¹

Jaime Augusto Castillo Farfán²

Resumen

La captura y sus efectos sobre el derecho humano fundamental de la libertad personal abordarán las estadísticas más actualizadas sobre aprehensión física en el país, año 2013, en las que se observa que la captura se realiza en un alto porcentaje en estado de flagrancia. Seguidamente se mostrará que, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la captura en flagrancia no es contraria a los derechos fundamentales de la persona capturada, siempre y cuando se realice con las ritualidades establecidas para el debido

- 1 Abogado en ejercicio desde 1985. Defensor público de la Defensoría del Pueblo en asuntos constitucionales y defensas penales desde 1992. Adscrito a la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá. Egresado de la Universidad Educacional Autónoma de Colombia. Especializado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre, en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica y en Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Becario con el apoyo de USAID en San Juan de Puerto Rico sobre el Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio. Docente USAID - American Bar Association en el proceso de *coaching* al rol del Defensor Público en el del nuevo sistema penal acusatorio en la República de Panamá. Docente en el proceso de capacitación sobre el sistema penal peruano, dirigido a los fiscales de la República del Perú por la Agencia Litigación Oral. Docente consultorios jurídicos Miembro de la red de formadores de la Escuela de Capacitación de la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.
- 2 Abogado en ejercicio desde 1987. Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo de Bogotá. Egresado de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, especializado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Capacitador docente miembro de la red de formadores de la Escuela de Defensoría Pública "Roberto Camacho Werberger".

proceso. Así mismo, se hará referencia a cómo ésta forma de captura incide negativamente en lo establecido en el Código de Procedimiento Penal Acusatorio sobre la justicia premial y consensual, y se continuará con algunas reflexiones sobre su impacto en la captura administrativa. Se mostrará que la libertad personal es un derecho humano fundamental y básico, componente necesario del Estado de derecho, ligado a la protección personal de las personas, respecto del cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha determinado su alcance y contenido. Paso seguido, desde la razón práctica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Colombia, que se integra con las funciones constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo, se especificarán algunas situaciones que hacen posible la violación del derecho a la libertad personal por parte del sistema colombiano de justicia.

Frente a ello se hará una breve descripción del control de convencionalidad como un instrumento apropiado llamado a constituirse en una barrera de contención al poder punitivo del Estado. En esta línea también se hará referencia al litigio estratégico institucional por parte de la defensa pública, ya que necesariamente guarda relación con la función de la Defensoría del Pueblo como garante de la protección y promulgación de los Derechos Humanos. Finalmente se presentarán los estándares construidos por la Organización de Naciones Unidas, que de manera práctica contienen criterios de evaluación legal frente a la restricción del derecho fundamental de la libertad.

Palabras clave

Litigio estratégico institucional, captura en flagrancia, captura judicial, control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad, libertad personal, Corte Interamericana de Derechos Humanos, defensoría pública, Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Abstract

Apprehension and its consequences on the fundamental human right to personal freedom will be examined, first, from the most recent national statistics on physical apprehension, which show a high degree of flagrancy.

Then, based on constitutional jurisprudence, it will be shown that flagrancy does not violate the rights of the person being apprehended, that this jurisprudence influences the Criminal Procedure Code on plea bargain and consensual justice, and how it impacts administrative apprehension.

It will also be shown that personal freedom is a fundamental and basic human right, and a necessary component for the rule of law, linked to personal protection of individuals, for which the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has determined both its scope and content. Then, some situations that allow possible violations by the Colombian justice system to the right to personal freedom will be addressed; with the help of what has been determined by the Office of the United Nations High Commissioner for Colombia's practical reason, which is integrated into the constitutional and legal functions of the Ombudsman.

Also, a brief description of the conventionality control will be provided, as an appropriate instrument called to be a barrier to contain the punitive power of the State. Moreover, reference to institutional strategic litigation by public defense will be made, since it is necessarily linked to the role of the Ombudsman as guarantor of the protection and promulgation of Human Rights. Finally, the standards built by the United Nations Organization, which contain legal assessment criteria for the restriction of the fundamental right of freedom in a practical way, will be presented.

Keywords

Institutional strategic litigation, flagrancy, legal apprehension, conventionality control, constitutional block, personal freedom, Inter-American Court of Human Rights, public defense, international human rights law.

La captura desde la perspectiva de las estadísticas

La libertad es un derecho humano fundamental consagrado de manera positiva en el ordenamiento constitucional colombiano y en los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y, 7 del Pacto de San José de Costa Rica –Convención Americana

sobre Derechos Humanos– (en adelante Convención Americana). Por ello, cualquier privación de la misma debe realizarse con estricto cumplimiento de una serie de garantías previstas en la legislación interna, en los pactos y las convenciones sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado colombiano, y en lo que sobre ellas establezcan los tribunales internacionales respecto de los cuales el Estado colombiano haya aceptado jurisdicción. Por lo tanto, la captura, entendida, no solo como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, sino como el mecanismo con el cual se efectiviza en el fuero interno del Estado colombiano la privación de la libertad personal a una persona que es indiciada de la presunta comisión de un delito, si bien encuentra fundamento constitucional en el artículo 28 de la Carta Política, sólo puede proceder por los motivos previamente definidos en la ley, con acatamiento de las formalidades legales, siempre y cuando medie mandamiento escrito de autoridad judicial competente y, excepcionalmente, cuando la persona es sorprendida en flagrante comisión de un delito. Según las estadísticas de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, para 2012 este cuerpo capturó 264.512³ personas por, presuntamente, infringir las normas penales. El primer indicativo comparativo de estas estadísticas es el aumento de las capturas: comparadas con 2011, cuando se efectuaron 224.726, se presentó un incremento de 39.786 retenciones, equivalente a un 18%. De las capturas que se realizaron en 2012, 222.700, un 84% de su total, fueron efectuadas en flagrancia⁴; comparadas con las del mismo tipo efectuadas en 2011, se incrementaron en 33.525.

Por su parte, las capturas mediante orden judicial en 2012 alcanzaron 41.812, el 16% del total de las capturas. En 2011 estas capturas ascendieron a 35.551, lo que muestra que para 2012 se incrementaron en 6.261, un 18%.

En 2012 las capturas con orden judicial que se tramitaron bajo la Ley 906 de 2004, el nuevo Código de Procedimiento Penal, alcanzaron las 33.125, mientras que por la Ley 600 de 2000, el anterior Código de Procedimiento

3 Duarte V., Yeison (2013). Resultados operativos de la Policía Nacional, 2012. Revista Criminalidad, 55, 3: p. 151-156., recuperada el 21 de julio de 2014 de http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol55_3/55303resultados.html.

4 La captura en flagrancia se encuentra prevista en el Artículo 301 de la Ley 904 de 2006.

Penal, se efectuaron 8.687. Durante 2011 las capturas con orden judicial bajo la Ley 906 de 2004 fueron 29.098, en tanto que por la Ley 600 de 2000 se realizaron 6.453.

Estas estadísticas demuestran que la captura en flagrancia es la que más se realiza, y que las capturas por orden judicial, en comparación con esta, disminuyen sensiblemente. El 85% de diferencia entre las capturas en flagrancia y las efectuadas bajo orden judicial es un factor que puede explicar el hacinamiento que se presenta en los centros carcelarios colombianos, en algunos de los cuales alcanza el 400%,⁵ para un total de 170.195⁶ privadas de la libertad. Otros factores que agravan esta situación son:

a) La Ley 1453 de 2011, en el parágrafo del artículo 301 señala que la persona que incurra en las causales de la captura en flagrancia sólo tendrá un cuarto del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004. Esto ha desestimulado los preacuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía y la defensa, así como la aceptación de los cargos en la formulación de imputación por parte de los capturados, ya que estos últimos consideran que a cambio reciben una rebaja muy pequeña en la pena que se les puede imponer. Así, las personas capturadas en flagrancia están prefiriendo llegar hasta un juicio público oral y concentrado en donde se debata su responsabilidad penal.

b) Las leyes que recortan los derechos procesales pero que no cumplen con las funciones de intimidar y disuadir a las personas para que no cometan las conductas tipificadas como delitos ha fracasado. Cuando una persona es capturada en flagrancia, la resolución inmediata es la de enviarla a la cárcel bajo la égida de la detención preventiva: el 71% de las capturas bajo flagrancia se tipifican judicialmente con:⁷

- El título XII del Código Penal, consumo y tráfico de drogas.
- El título VII del Código Penal, delitos contra el patrimonio económico.
- El título I del Código Penal, delitos contra la vida e integridad personal.

5 Salazar Castellanos, artículo en el diario *El Colombiano*, año 2010, sobre pobreza e indigencia en el País, basado en informes de Planeación Nacional y el DANE. Recuperado el 22 de mayo de 2014, <http://www.elcolombiano.com>

6 Estadísticas Inpec a marzo de 2013. Sobre personas privadas de la libertad en las cárceles.

7 Duarte Velásquez, Y. Op. Cit.

Todos estos delitos proceden para la detención preventiva dentro de los requisitos objetivos fijados por el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, y son usados por la Fiscalía cuando solicita a los jueces que expidan la orden de captura.

c) La ley 1709 de 2014, Código Penitenciario y Carcelario, que principalmente para aliviar la crisis carcelaria colombiana, no ha cumplido con esta finalidad. Entre otros factores, porque mientras personas detenidas o condenadas por delitos menores recobran la libertad, los jueces de garantías constitucionales continúan enviando a la cárcel a los procesados por la presunta comisión de los delitos de consumo y tráfico de drogas, delitos contra el patrimonio económico, y contra la vida e integridad personal.

Así, estos factores contribuyen a que lejos de aliviarse la aglomeración inhumana de las cárceles, esta situación se haya hecho más gravosa, adquiriendo connotaciones como la muerte de 17 personas por causa de un incendio en la cárcel de la ciudad de Barranquilla en enero de 2014.

Las excepciones al principio de reserva judicial de la libertad personal previsto en el artículo 28 de la Carta Política

Siguiendo las palabras de la Corte Constitucional, la libertad personal comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente⁸

Este postulado ha sido elevado al rango de derecho fundamental en el texto constitucional, pero también dimana de convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que hace parte el Estado colombiano, según los cuales, quien detenta el poder no puede disponer a su arbitrio y antojo de la libertad de las personas, lo cual excluye la posibilidad que el gobernante de turno decida acerca de la libertad personal,

trasladándose dicha facultad a la rama de poder que administra justicia, es decir, a los jueces. Dicho de otro modo, en Colombia los jueces tienen la facultad de ordenar la privación de la libertad de una persona, con sujeción a las formalidades que imponga la ley y por los motivos previamente definidos en ella.

Esta cláusula general de la libertad personal, así como su límite y sus excepciones, se encuentra establecida en la Constitución Colombiana de 1991 en los artículos 6, 17 y 28. Este último preceptúa la libertad inmanente de toda persona (cláusula general) y su privación a través de autoridad judicial competente (límite); pero no hay que olvidar que el artículo 32 superior autoriza la privación de la libertad en caso de flagrancia, lo que establece una excepción al límite del artículo 28. No obstante, la captura en flagrancia reafirma el respeto de los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, así como de los parámetros señalados en los principios del Estado colombiano, los que para el cumplimiento de los fines del mismo, conllevan a que en determinadas situaciones se limite el derecho fundamental a la libertad personal y en consecuencia se prive o restrinja de este a un ser humano.⁹ En consecuencia, en aras del respeto indicado, desde la Constitución se determinan los requisitos indispensables para poder privar o restringir la libertad personal; estos consisten en: i) Mandamiento escrito de autoridad judicial competente, ii) Ajustado a las formalidades legales; y iii) por motivos previamente determinados por la ley.

En razón de estos requisitos, es claro que la Constitución establece una reserva judicial que beneficia al derecho fundamental a la libertad personal. Ahora bien, en la medida en que sólo las autoridades judiciales cuentan con la competencia para privar de la libertad, las autoridades administrativas no la poseen *motu proprio*: sólo podrán hacerlo cuando la decisión provenga de una autoridad judicial competente. La Corte Constitucional lo formula de la siguiente manera:

[...] la privación de la libertad, a través de la captura, entendida como el acto material de aprehensión que puede realizarse durante o después de un proceso, encuentra fundamento constitucional en el ar-

⁹ Ibid.

título 28 de la Carta Política que, a su vez, determina las garantías que deben rodearla. Es decir, la detención de una persona solo procede (1) por motivos previamente definidos en la ley, (2) con acatamiento de las formalidades legales y (3) por mandamiento escrito de autoridad judicial competente. Con ello puede concluirse que la Carta establece una estricta reserva judicial en materia de libertad personal¹⁰.

Pero, ¿qué ocurre con la excepción a la exigencia del “mandamiento escrito de autoridad judicial competente”, consistente en la captura en flagrancia regulada por el artículo 32 Constitucional? La flagrancia se predica de aquellas situaciones fácticas en las que la persona es sorprendida en la realización de actos delictivos o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca que momentos antes ha cometido el hecho punible. La jurisprudencia constitucional remite a un concepto moderno de flagrancia en el que se integran los fenómenos de flagrancia en sentido estricto y cuasiflagrancia, por lo que, al estado de flagrancia debe seguir la captura en cualquiera de las formas establecidas en la ley penal sustantiva en la comisión del hecho punible.¹¹ Al respecto, la Corte Suprema precisó que:

La jurisprudencia colombiana de manera pacífica ha determinado los requisitos que deben presentarse para establecer si se trata de un caso de flagrancia. Así, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal–, mediante Auto de diciembre 1 de 1987, consideró que la flagrancia debe entenderse como una “evidencia procesal”, en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible, determinando al respecto que:

“Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren a la formación conceptual de la flagrancia, en primer término la actualidad, esto es la presencia de las personas en el momento de la rea-

10 *Ibíd.*

11 Sentencia C-237/2005 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2005).

lización del hecho o momentos después, percatándose de él, y en segundo término la identificación o por lo menos individualización del autor del hecho”.

“Para la Corte Constitucional, el requisito de la actualidad requiere que efectivamente las personas se encuentren en el sitio, que puedan precisar si vieron, oyeron o se percataron de la situación y, del segundo, –la identificación– lleva a la aproximación del grado de certeza que fue esa persona y no otra quien ha realizado el hecho. Por lo tanto, si no es posible siquiera individualizar a la persona por sus características físicas –debido a que el hecho punible ocurrió en un lugar concurrido–, el asunto no puede ser considerado como cometido en flagrancia. Y tampoco puede ser considerada flagrancia cuando la persona es reconocida al momento de cometer el delito pero es capturada mucho tiempo después. En efecto, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de los hechos delictivos y la premura que debe tener la respuesta que hace imposible la obtención previa de la orden judicial¹².

Conforme a lo anterior, es de meridiana claridad que para la Corte Suprema la definición que sobre la flagrancia incorporaba el Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, y la contenida actualmente en el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, conllevan a que esta se vincule necesariamente a la captura del autor del hecho, por lo que en todos los eventos señalados en esta última: “el sorprendimiento de la persona está inescindiblemente ligado a la captura y en cada uno de ellos se establece una diferencia temporal de menor a mayor, en todo caso limitada por una determinada inmediatez a la comisión del delito y a la posibilidad de predicar la identificación y consecuente autoría del aprehendido”¹³. Ahora bien, estas eventualidades constituyen algunas de las excepciones al principio de reserva judicial de la libertad personal previsto en el artículo 28 de la Carta Política, condicionadas evidentemente a la ocurrencia de las específicas circunstancias previstas en la ley, cuya comprobación ante el juez

12 Auto de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 25 de noviembre de 2006).

13 *Ibid.*

de control de garantías corre a cargo de la Fiscalía, y de las que la defensa, necesariamente, debe exigir su cumplimiento en la audiencia preliminar; en ella, el ente fiscal, a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con fundamento en “o con base en los elementos materiales probatorios y la evidencia física obtenidos”, solicite el pronunciamiento sobre la legalidad de la captura¹⁴. Esto permite aclarar que el deber del Estado de prevenir el delito, procesar al delincuente capturado en flagrancia y castigarlo, no es contrario a la obligación que también le corresponde de respetar sus derechos y garantías en materia de actuaciones judiciales, como imperativo ineludible de la jurisdicción.

Dentro de esos derechos se encuentran las rebajas por la utilización de los mecanismos de justicia premial o consensual. Sobre ello, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la Corte Constitucional declaró *exequible* el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, mediante el cual fue modificado el artículo 301 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la disminución en una cuarta parte del beneficio punitivo allí consagrado, debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación, respetando los parámetros inicialmente establecidos por el legislador en cada uno de esos eventos.¹⁵

En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-645 de 2012, al estudiar la exequibilidad del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 señaló: (i) que se habían dado múltiples interpretaciones por parte de los operadores jurídicos sobre la rebaja de una cuarta parte para las personas capturadas en flagrancia; (ii) que la iniciativa de recortar el beneficio por aceptación de cargos obedece a una política criminal del Estado en contra de la delincuencia y para evitar la impunidad; (iii) que no obstante, al haberse delimitado esa rebaja solamente para los casos de flagrancia y cuando la aceptación de cargos o los preacuerdos se presenten en la formulación de imputación, resulta contrario a lo preceptuado en los artículos 13 (derecho a la igualdad) y 29 (derecho al debido proceso), por lo que tal rebaja se hace extensiva a

14 Art. 302, Ley 906 de 2004.

15 Autos de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia de 27 de junio de 2012 y julio 11 de 2012)

cualquier actuación procesal posterior; (iv) que en interpretación amplia de la norma se deben respetar los lineamientos inicialmente establecidos en la Ley 906 de 2004, cuando el proceso tenga una salida alterna a la del juicio público oral y concentrado, para el caso la aceptación de cargos o los preacuerdos entre defensa y Fiscalía y que se materialicen en una etapa distinta a la formulación de la imputación, se debe fijar dentro de la competencia propia de la Fiscalía para poder negociar, así como también al juez para fijar la pena, siempre y cuando se realice bajo los parámetros de la economía procesal y la efectividad en las investigaciones. En dicha sentencia, la Corte Constitucional manifestó textualmente:

Tal medida, *prima facie*, no desconoce el principio de igualdad al establecer esa limitación de los beneficios para las personas sorprendidas en flagrancia, pues no es equiparable su colaboración, para reducir el desgaste en la labor del Estado, frente a quien voluntariamente adelanta la misma actuación, sin existir dicha flagrancia. En consecuencia y según el legislador, los beneficios punitivos no pueden ser equiparables entre el individuo sorprendido en flagrancia y aquel que no lo es, cuando hay allanamiento o aceptación de cargos, y preacuerdos o negociaciones, toda vez que en el primer evento el eventual desgaste de la administración de justicia, en principio, sería menor al existir como evidencia probatoria la flagrancia”.

[...]

La norma objeto de censura debe ser coherente con uno de los principios del derecho premial y la negociación propia de la Ley 906 de 2004, según la cual, a mayor compromiso hacia la colaboración con la administración de justicia y la economía procesal, más significativa debe ser la disminución en la sanción.

De esta forma el máximo tribunal de constitucionalidad precisó el alcance de la disposición contenida en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y elaboró un cuadro que a continuación se transcribe:

Etapa procesal	Rebaja original	Rebaja actual
Audiencia de imputación artículo 351 (L. 906/04)	Hasta $\frac{1}{2}$ (50%)	12.5 % (hasta $\frac{1}{4}$ de la mitad)
Audiencia preparatoria artículo 356 numeral 5 (L. 906/04)	Hasta $\frac{1}{3}$ (33.3%)	8.33% (hasta $\frac{1}{4}$ de la tercera parte)
Audiencia juicio oral artículo 367 (L. 906/04)	Hasta $\frac{1}{6}$ (16.6%)	4.16% ($\frac{1}{4}$ de la sexta parte)

Tomando como ejemplo una eventual pena individualizada de 240 meses de prisión y atendiendo a la adecuada hermenéutica del parágrafo del artículo 301, modificado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, se tendría que en los casos de una persona capturada en flagrancia: (i) si se allana a los cargos en la audiencia de formulación de la imputación sólo obtendrá “hasta” una cuarta parte del beneficio allí reglado, esto es, la disminución podrá ser hasta el 12.5%: 30 meses, teniendo como sanción definitiva 210 meses de prisión, como mínimo. (ii) Si la aceptación ocurre en la audiencia preparatoria, el sujeto tendrá derecho a una rebaja “hasta” de una cuarta parte del beneficio establecido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, es decir, la disminución podrá ser hasta el 8.33% de la pena individualizada: hasta de 20 meses en el presente ejemplo, teniendo como sanción definitiva 220 meses como mínimo. (iii) Finalmente, si el allanamiento a los cargos tiene lugar durante el inicio del juicio oral, el aceptante tendrá derecho a una rebaja equivalente a una cuarta parte de la sexta parte que reconoce el artículo 367 *ibídem*, es decir, una rebaja fija del 4.16%: 10 meses en el ejemplo planteado, correspondiendo la condena definitiva a 230 meses.

Captura administrativa y reserva judicial en la privación de la libertad

En el estado normativo actual configurado por la Ley 906 de 2004 está plenamente determinado que sólo los jueces, aunque de manera excepcional también la Fiscalía General de la Nación, pueden ordenar la privación de la libertad de una persona. Como corolario obligado se tiene que ninguna otra autoridad está habilitada constitucionalmente para restringir este derecho, salvo en el caso de flagrancia; en consecuencia, ninguna autoridad administrativa está habilitada para privar de la libertad, a menos que sea en cumplimiento de decisión judicial o en caso de flagrancia conforme a los parámetros establecidos por la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia.

La captura administrativa tuvo su origen interpretativo en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política y fue desarrollada por la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia C-024 de 1994. En ella se determinó que en materia de derechos y libertades existe reserva legal, dado que la Constitución establece que la regulación de esos derechos está en cabeza del Congreso, mientras que el mantenimiento del orden público es responsabilidad y está bajo el mando del Presidente de la República. Así, al referirse al artículo 28 superior, el Tribunal Constitucional determinó en esa decisión que:

[la] Constitución establece una estricta reserva legal en materia de libertad personal, por lo cual un mandamiento de captura sólo puede fundarse en motivos previamente definidos en la ley en sentido formal y no en una norma administrativa aun cuando esta sea general. No pueden entonces las ordenanzas de las Asambleas ni los reglamentos de policía establecer causales de privación de la libertad, por cuanto esta es una órbita privativa del legislador.

Posteriormente, la misma Corte Constitucional precisó, además, “que en materia de afectación de los derechos de libertad personal e inviolabilidad de domicilio, existen tres requisitos. Ellos son: a) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial; b) el respeto a las formalidades legales; y c) la existencia de un motivo previamente definido en la ley. Del primero

se deriva la reserva judicial y de los dos últimos la reserva legal”¹⁶. Pero ya en ese entonces la Corte precisó que, no obstante lo anterior, la misma Constitución contempló unas excepciones a la reserva judicial, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 28 y el artículo 32 de la Carta, que son la captura en flagrancia y, el concepto de detención preventiva como una medida administrativa, con estrictas limitaciones temporales que se autoriza a tomar debido a la urgencia de los hechos, que hace imposible la obtención previa de una orden judicial, medida que en virtud de lo ordenado por el mismo texto constitucional tenía el carácter de transitorio y no de permanencia. Esto fue recogido por la Corte Suprema de Justicia:

Frente a la nueva Constitución Política, concluye la Corte que ninguna autoridad administrativa podrá imponer pena de privación de la libertad, excepción hecha de la situación temporal prevista en el artículo 28 transitorio de la Constitución. La Constitución Política de Colombia es celosa en la guarda de la libertad personal y no es un azar que el artículo 28 establezca como condición esencial para que a una persona se le prive de su libertad, el que sea un funcionario judicial quien la decreta, con la rigurosa observancia de las demás exigencias que allí mismo se señalan. La Corte Constitucional procederá en cada caso a declarar la constitucionalidad de las normas acusadas que atribuyan a las autoridades de policía la facultad de privar de la libertad a las personas e imponer penas de arresto; pero se trata de una constitucionalidad condicionada puesto que ella se fundamenta en el artículo 28 transitorio, por lo cual sólo opera hasta tanto el legislativo expida la ley que le confiera por vía definitiva a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionados actualmente con pena de arresto.¹⁷

Esta posición ya había sido fijada por el máximo juez constitucional en la Sentencia C- 730/2005, en la que al resolver la demanda de inconstitucionalidad del artículo 69 parcial del Código Nacional de Policía que facultaba a las autoridades de policía para capturar personas por incumplimiento de una orden administrativa de comparendo, enfatizó que:

16 Sentencia C-237/2005 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2005).

17 Auto de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 25 de noviembre de 2006).

Al permitir la norma demandada la captura de una persona por el incumplimiento de una orden de comparendo, que no es cosa diferente que una orden administrativa emitida por la Policía Nacional; se vulnera el principio de reserva judicial establecido en el artículo 28 Constitucional, el cual pregona como requisito para limitar la libertad personal la orden de una autoridad judicial competente. Pues bien, la captura establecida en el inciso 2 del artículo 69 del Decreto Ley 1355 de 1970, no está aparejada con la flagrancia. En consecuencia, la captura no tiene como justificación la flagrancia. La aprehensión señalada en la norma se produce: i) tiempo después de que la persona ha sido sorprendida en flagrancia, no teniendo como razón de ser ésta; y ii) su justificación radica en el incumplimiento de una orden administrativa. En consecuencia, la persona luego de ser aprehendida en flagrancia recupera su libertad, para posteriormente ser capturada si incumple la orden de comparendo. Situación anterior que configura una clara negación de la flagrancia, por cuanto la captura no se produce al momento de estarse cometiendo la infracción, sino estando la persona en uso de su derecho fundamental de libertad, tiempo posterior de la actividad flagrante.

Por consiguiente, en términos de la jurisprudencia constitucional, la captura sin el cumplimiento de la reserva judicial, es decir, sin orden judicial previa, necesariamente tiene que ir vinculada la flagrancia. Así, si no se produce una captura inmediata, no es acertado hablar de flagrancia, ya que lo que otorga la excepción al principio Constitucional de reserva judicial de la libertad en los casos de flagrancia es la inmediatez de la conducta delictiva y la premura que debe tener la captura, lo cual hace imposible la obtención previa de orden judicial. La captura administrativa no es excepción a estas reglas.

Este panorama no cambia con la Ley 906 de 2004, sobre procedimiento penal con tendencia acusatoria, la cual reafirma positivamente la plenitud de los derechos fundamentales relacionados con la investigación y acusación de las personas que se ven implicadas en un proceso penal. Ya en su título preliminar del procedimiento se establecen los principios rectores y las garantías fundamentales que no son otras que las consagradas en los pactos internacionales que ha suscrito y ratificado Colombia en materia

de Derechos Humanos y que de conformidad con el artículo 93 de su Carta Política hacen parte de la legislación interna y conforman el bloque de constitucionalidad.

No obstante, el actual texto constitucional autoriza al legislador para que otorgue a la Fiscalía General de la Nación la facultad de realizar excepcionalmente capturas.¹⁸ Esto contradice los compromisos internacionales que en materia de Derechos Humanos ha adquirido el Estado colombiano, especialmente los contraídos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y lo determinado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la cual Colombia ha aceptado competencia. Así, todos los agentes del Estado, en todos los órdenes del poder público, están en la obligación de respetar, acatar y aplicar, esos compromisos.

Frente a la reserva judicial de la captura, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad no tienen ninguna facultad legal para ordenar la privación de la libertad

Los jueces que constitucional y legalmente tienen la facultad de restringir el derecho fundamental de la libertad, cuando no se presenta la flagrancia, son los jueces de control de garantías constitucionales y los jueces de conocimiento; estos últimos, en determinadas situaciones procesales, como por ejemplo, cuando el sentido del fallo de una sentencia es condenatorio, puede ordenar la captura de la persona que se encuentre presente con el fin que cumpla con la pena a imponer. Por el contrario, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad no cuentan con facultad constitucional ni legal alguna para ordenar capturas. En efecto, ni la Ley 65 de 1993, ni la Ley 1709 de 2014, ni los artículos 38, 459 y siguientes de la Ley 906 de 2004, otorgan esta potestad.

La misión de los jueces de penas y medidas de seguridad consiste en que, siguiendo el principio *pro homine*, las personas que se encuentran bajo el

18 El Artículo 250 Superior, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, en el inciso tercero del numeral 1, establece que: "La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente la ley fijará los límites y eventos en que procede la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías la realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes".

cuidado del Estado cumpliendo una pena privativa de la libertad tengan las suficientes garantías materiales para el cumplimiento de sus sentencias y, en consecuencia, para el cumplimiento de los fines de la pena previstos en nuestra legislación penal sustantiva, sobre todo, en lo tocante a las de prevención especial, reinserción social y protección al condenado¹⁹. Estos jueces, entonces, no pueden *motu proprio* ordenar la captura de la persona para el cumplimiento de la sentencia condenatoria, ni siquiera en eventos extraordinarios como cuando una persona a la que se le haya concedido un subrogado penal y no haya firmado la correspondiente acta de compromiso por circunstancias imputables a la jurisdicción, incurra en supuesto incumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta respectiva.

La libertad personal: un derecho humano fundamental del procesado

El artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho de toda persona de no ser privado de su libertad física, salvo por las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados parte o por las leyes dictadas conforme a ellas. Al respecto, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador la Corte Interamericana determinó:

51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (artículo 7.2) o arbitrariamente (artículo 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (artículo 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (artículo 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (artículo 7.6) y a no ser detenido por deudas (artículo 7.7).

19 De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 4, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, “la prevención general y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

52. En sentido amplio, la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los estados americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los Derechos Humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

54. Finalmente, la Corte resalta que cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente

la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.²⁰

La Corte Interamericana, en el caso citado, estipuló la necesidad de realizar un examen de varios aspectos de la detención: la compatibilidad con la Convención, la idoneidad de la medida, su necesidad y su proporcionalidad. En concreto, el Tribunal determinó que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos para que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención²¹; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido²²; iii) que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto²³; y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales²⁴, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. A este listado hay que añadir un último requisito: una motivación suficiente que permita evaluar si la restricción a la libertad se ajusta a los requisitos ya señalados.²⁵

20 Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Serie C 141 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de noviembre de 2007).

21 Palamara Iribarne Vs. Chile, Serie C No. No. 137 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).

22 Gangaram Panday vs. Suriname, Serie C 12 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de diciembre de 1991), §47. Véanse también las siguientes decisiones del mismo tribunal: Suárez Rosero vs. Ecuador, §43; Niños de la Calle (Villagrán Morales y Otros) vs. Guatemala, §131; Bámaca Velásquez vs. Guatemala, §139; Juan Humberto Sánchez vs. Perú, §78; Maritza Urrutia vs. Guatemala, §65; Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, §83; Tibi vs. Ecuador, §98; Acosta Calderón vs. Ecuador, §57; Palamara Iribarne vs. Chile, §215; Chaparro Álvarez y Lago Iñiguez vs. Ecuador, §90; e Yvon Neptune vs. Haití, §97.

23 Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C 13 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005), §106.

24 Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, Serie C 112 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de septiembre de 2004), §228.

25 Véanse las siguientes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Chaparro Álvarez y Lago Iñiguez vs. Ecuador, §93; García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, §128; Yvon Neptune vs. Haití, §98; y Bayarri vs. Argentina, §62.

Por lo tanto, para la Corte Interamericana, cualquier privación de la libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas. En la medida en que la libertad es siempre la regla y la limitación a la libertad es siempre una excepción, la Corte Interamericana ha considerado que “la forma en que la legislación interna afecta el derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad”²⁶.

Ahora bien, la protección de los Derechos Humanos establecidos en los distintos instrumentos internacionales sobre los mismos, entre ellos el derecho a la libertad y a la seguridad personal, tienen alcance en: i) el orden interno de los Estados y, ii) el orden jurisdiccional internacional. En Colombia, la función de velar por la protección de los Derechos Humanos, en cuanto actividad dirigida a la protección de las garantías judiciales, se encuentra radicada en los jueces de la República, quienes, dentro de sus atribuciones constitucionales y legales, detentan la función de garantía de derechos y la de jueces de tutela de los derechos fundamentales en virtud del mandato contenido artículo 86 de la Carta Política de 1991. Además, en virtud de las obligaciones de respeto y garantía adquiridas por el Estado colombiano, *inter alia*, en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces tienen el imperativo de velar por que la normativa interna y su aplicación se ajuste a los mandatos, derechos y deberes contenidos en ésta y a respetar, acatar, obedecer y aplicar la jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana.

En la medida en que la Ley 906 de 2004 define la función del control de garantías en los jueces penales municipales²⁷, se puede afirmar que la función de los jueces de garantías se constituye en el eje estatal fundamental para la protección de los derechos fundamentales, en especial del derecho de la libertad personal y las garantías judiciales de los justiciables. En esta labor la defensa pública necesariamente un papel preponderante, ya que ante la omisión de aquellos de aplicar el derecho internacional de los

26 Esta afirmación se encuentra en las siguientes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Chaparro Álvarez, \$54; e Yvon Neptune vs. Haití, \$91.

27 Artículos 37 y 39 de la Ley 906 de 2004.

Derechos Humanos con fundamentos de mera legalidad, ésta debe de manera inmediata requerir de los jueces su aplicación. La labor de la defensa pública no debe limitarse a la de ser guardiana de las meras formalidades y ritualidades de la ley procesal: su función trasciende a un papel protector de los enunciados de la Carta Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; es decir, la defensa pública debe buscar el abandono del procesalismo convencional por parte de los jueces, a fin de que sus decisiones se encuentren fuertemente impregnadas no sólo de los valores constitucionales, sino también de los contenidos del *corpus iuris* internacional de los Derechos Humanos, mediante la invocación de los controles de convencionalidad.

Derechos Humanos, garantías judiciales y libertad personal

Las garantías consagradas en los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y 7 (2), 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hacen parte del sistema jurídico positivo colombiano en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Política, 2 de la Ley 599 de 2000²⁸ (Código Penal) y, 3 de la Ley 906 de 2004²⁹ (Código Procesal del Sistema Oral Acusatorio – SPOA), las cuales adquieren su aplicación de manera concreta en las audiencias públicas orales (preliminares, preparatoria, formulación de acusación y juicio oral). De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y siguientes de la Ley 906 de 2004, en ellas se someten cotidianamente al control de los jueces de garantías los actos de la Fiscalía, entre ellos la captura de las personas como acto material que afecta el derecho a la libertad personal. Pero este control de las mencionadas garantías se hace extensivo a los demás operadores jurídicos, entre ellos, valga reiterar, a la defensa, especialmente, a la defensa pública en virtud de lo dispuesto en el artículo 282, numeral 3 de

28 "Artículo 2º. de la ley 599 de 2000. Las normas y postulados que sobre Derechos Humanos se encuentren consignadas en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales, harán parte integral de este Código".

29 "Art. 3º. de la Ley 906 de 2004. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre Derechos Humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad".

la Constitución Política, 1 de la Ley 24 de 1992, 1 de la Ley 941 de 2005 y 16 de la Ley 1123 de 2004.

Dentro del marco normativo de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado su criterio sobre el alcance de las garantías judiciales del debido proceso establecidas en el 8 de la misma, sosteniendo que no pueden ser objeto de suspensión, puesto que son necesarias para que los procesos internos puedan considerarse ajustados a los mandatos de la Convención Americana:

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del *habeas corpus* y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los Derechos Humanos que no pueden ser objeto de suspensión.

[...]

[...] las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención.³⁰

Por su parte, los artículos 295 y 296 del Código de Procedimiento Penal afirman el valor de la libertad en un Estado Social y Democrático de Derecho, así como que las restricciones de este derecho fundamental tienen un carácter eminentemente excepcional, ordenando que éstas sólo pueden ser interpretadas de manera restrictiva y que su aplicación debe consultar los principios de necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad frente a la Carta Política y su desarrollo jurisprudencial. Sobre el asunto la Corte Constitucional en sentencia C-774 manifestó:

Ahora bien, el término razonable, proporcional y justo, debe ser valorado por las autoridades judiciales en cada caso, siguiendo los si-

30 Artículos 27.2-25 y 8. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 1190 Serie A 11 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de agosto de 1990).

guientes parámetros: la efectividad de la duración (amoldar la detención a sus objetivos), el tiempo actual de la detención, su duración en relación con la ofensa, los efectos de la conducta punible, los efectos materiales y morales para con el sindicado, la conducta del inculpado, las dificultades de la instrucción, la forma como se ha tramitado, y la conducta de las autoridades judiciales, entre otras.³¹

Acorde con el desarrollo de lo preceptuado en la Ley 906 de 2004, en la práctica judicial se acostumbra que dentro del trámite de las audiencias preliminares conocidas por los jueces de garantías constitucionales se concentren o unifiquen tres audiencias cuya naturaleza jurídica es diferente, pero que se llevan a cabo en una sola sesión de manera continua y sucesiva, las que resultan fundamentales frente a las garantías de los indiciados o imputados. Veamos:

- La primera audiencia es el control de legalidad que se ejerce frente a la restricción del derecho fundamental de la libertad al ser capturada la persona, ya sea en estado de flagrancia o en la materialización de una orden judicial (artículos 295 a 305 *ibidem*).
- La segunda audiencia es la formulación de la imputación de los hechos jurídicamente relevantes que sean considerados como delictivos. Si la Fiscalía decide imputar, tiene la obligación de comunicarlo al imputado, en desarrollo de una audiencia pública y oral, haciendo saber los beneficios punitivos que conlleva la aceptación de la imputación (artículos 286 a 294 *ibidem*).
- La tercera audiencia es para las medidas de aseguramiento que de manera discrecional y facultativa puede solicitar la Fiscalía para que las decrete el Juez de Garantías (artículos 306 a 320 *ibidem*).

Ahora bien, la audiencia de control de legalidad sobre la captura y la audiencia para medidas de aseguramiento deben ser consideradas como pilares del debido proceso, ya que refieren al derecho fundamental de la libertad que se encuentra garantizado en el bloque de constitucionalidad, como ya se ha mostrado.

31 Sentencia C-774/2001 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2001).

La fuente internacional más inmediata que consagra el derecho a la libertad personal es el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 7. Derecho a la libertad personal.

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

Nadie podrá ser privado de la libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

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

Toda persona privada de la libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de la amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

Nadie puede ser detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de Nueva York, incorporado en el orden interno mediante la Ley 74 de 1968, establece en el artículo 9 que:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de la libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, y en su caso, para la ejecución del fallo.
4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.
5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

En el fuero colombiano, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en sus artículos 297 a 305 regula lo pertinente a la captura, reafirmando en el artículo 2, como principio rector y garantía procesal, el derecho a la libertad. Para que una captura pueda ser considerada como ajustada a los cánones normativos establecidos en esta legislación, el juez de control de garantías no solamente debe observar y verificar la formalidad del cumplimiento de los requisitos exigidos en estas normas procesales, sino que, además, debe realizar un análisis sustancial sobre los siguientes aspectos:

- a) Que la captura se realice conforme a lo establecido en la Carta Política, en los tratados internacionales y, en consecuencia, en los demás elementos que conforman el bloque de constitucionalidad. Es decir, el juez, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta, debe realizar, en primer lugar, un análisis de la captura desde la nor-

mativa internacional, verificando si la norma legal aplicada es acorde con los instrumentos de Derechos Humanos ratificados por el Estado colombiano, algunos de los cuales ya se han mencionado.

- b) Que la forma y los hechos en que se produjo la captura no hayan vulnerado la dignidad, el respeto y la integridad personal del capturado.
- c) Que la conducta desplegada por el indiciado contenga elementos fácticos y elementos materiales de prueba que puedan indicar la presunta comisión de un delito.

Sobre la libertad y las garantías procesales que deben rodear su privación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia su criterio sobre el alcance del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinando *inter alia* la necesidad de un pronto control judicial de la captura como una medida de los estados democráticos tendiente a preservar no solamente el Estado de derecho sino también la integridad física y la seguridad personal de los indiciados:

140. Tanto este Tribunal como la Corte Europea han considerado de particular importancia el pronto control judicial de las detenciones para prevenir las arbitrariedades. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. La Corte Europea ha sostenido que si bien el vocablo ‘inmediatamente’ debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo 5.3 de la Convención Europea. Dicho Tribunal destacó que la falta de reconocimiento de la detención de un individuo es una completa negación de las garantías que deben ser otorgadas y una más grave violación del artículo en cuestión.

141. En el mismo sentido, este Tribunal ha señalado que, al protegerse la libertad personal, se está salvaguardando tanto la protección de la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en

un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal.³²

En consecuencia, la privación efectiva de la libertad mediante el acto material de la captura sólo procede en los casos determinados en la ley y por mandamiento expreso de autoridad judicial, como ya se mostró. El mandato judicial, en el sistema procesal oral y acusatorio, únicamente es posible mediante la orden escrita, clara y precisa de un juez con función de control de garantías o cuando, como excepción al principio de reserva judicial, la persona es capturada en flagrancia y puesta de manera inmediata a disposición de la autoridad. Sobre eso último, el Tribunal Interamericano, en el caso Castillo Páez vs. Perú, determinó que:

56. [...] la Corte considera que el Perú infringió, en perjuicio del señor Castillo Páez, varios incisos del artículo 7 de la Convención, que regula de manera genérica la libertad personal. En primer término está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la Policía Nacional del Perú sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que sólo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado de autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido *in flagranti* en la comisión de un delito o que estuviese vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial. Lo anterior tiene su fundamento en los artículos 7, incisos 2 y 3, de la Convención Americana y 2, inciso 20, letra g), de la Carta Política.

57. Tampoco aparece de las constancias de autos que el detenido hubiese sido puesto a disposición del juez competente en el plazo de 24 horas o según la distancia, o bien en el de quince días en el supuesto

32 Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Serie C 7 (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre de 25 de 2000).

de acusación de terrorismo, de acuerdo con los artículos 7, inciso 5, de la propia Convención y 2, inciso 20, letra e), de la Constitución del Perú.³³

El Tribunal Interamericano también rechaza la restricción de la libertad mediante captura hecha por grupos armados ilegales y que en la ejecución del acto cuentan con la complicidad de las autoridades legítimamente establecidas, tal como lo deja sentado en el caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia:

145. En el presente caso ha quedado demostrado (supra párrs. 85.b, 85.d, 85.e y 86.b) que se violó el derecho a la libertad personal de las primeras 17 presuntas víctimas, ya que fueron privadas de su libertad al ser detenidas ilegal y arbitrariamente por el grupo ‘paramilitar’ que controlaba la zona, con el apoyo de agentes estatales, impidiéndose, de esta manera, cualquier posibilidad de que operaran a su respecto las salvaguardas de la libertad personal consagradas en el artículo 7 de la Convención Americana. Además, ante la desaparición de los comerciantes, las autoridades estatales a las cuales recurrieron sus familiares no les dieron información oficial ni apoyo en la búsqueda inmediata de éstos.

146. Así mismo, se encuentra probado que se violó el derecho a la libertad personal de los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz cuando fueron a buscar a las primeras 17 presuntas víctimas recorriendo las rutas por las cuales habían pasado y poniendo también sus vidas en peligro. Los señores Montero Fuentes y Fernández Díaz ‘corrieron la misma suerte’ que los primeros 17 desaparecidos, pues al tratar de averiguar lo que les sucedió, el mismo grupo ‘paramilitar’ que había desaparecido a las primeras 17 presuntas víctimas con el apoyo de agentes estatales, también detuvo a los señores Juan Alberto Montero Fuentes y José Ferney Fernández Díaz, los cuales fueron víctimas de las mismas violaciones que los primeros 17 comerciantes.³⁴

33 Castillo Páez vs. Perú, Serie C 34 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de noviembre de 1997).

34 19 Comerciantes vs. Colombia, Serie C 19 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2004).

Respecto de la protección judicial de la libertad personal que se ejerce mediante el *hábeas corpus*, la Corte Interamericana ha determinado que no es procedente su suspensión bajo ningún pretexto o circunstancia, aún en los estados de excepción o emergencia:

Algunos estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han entendido que, en situaciones de emergencia, uno de los derechos cuyo ejercicio pueden suspender es el de la protección judicial que se ejerce mediante el *hábeas corpus*. Incluso algunos estados han promulgado una legislación especial o han iniciado una práctica según la cual es posible durante la detención de una persona incomunicarla durante un prolongado período que en algunos casos puede extenderse hasta 15 días, en el cual al detenido se le puede privar de todo contacto exterior, no siendo posible, por lo tanto, el recurso de *hábeas corpus* durante esos días de incomunicación.

En concepto de la Comisión, es precisamente en esas circunstancias excepcionales cuando el recurso de *hábeas corpus* adquiere su mayor importancia. Desde luego, la Comisión admite que en caso de una guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, el derecho a la libertad personal, conforme al artículo 27 de la Convención Americana, puede transitoriamente suspenderse y la autoridad en la que reside el poder ejecutivo puede disponer el arresto temporal de una persona fundada tan sólo en los antecedentes de que dispone para considerar a esa persona un peligro para la independencia o la seguridad del Estado.

Sin embargo, al propio tiempo, la Comisión considera que ni aún bajo una situación de emergencia el *hábeas corpus* puede suspenderse o dejarse sin efecto. Como se ha expresado, este recurso tiene por finalidad inmediata poner a disposición de los jueces la persona del detenido, lo que le permite a aquel asegurar si éste está vivo y no se encuentra padeciendo torturas o apremios físicos o psicológicos, lo cual es importante de subrayar, toda vez que el derecho a la integridad personal que reconoce el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es de aquellos derechos que bajo circunstancia alguna pueden suspenderse.

Aún respecto de la libertad personal, cuya suspensión temporal es posible en circunstancias excepcionales, el *habeas corpus* permitirá al juez comprobar si la orden de arresto se apoya en un criterio de razonabilidad, tal como la jurisprudencia de tribunales nacionales de ciertos países que se han encontrado en estado de sitio han llegado a exigido. Sostener lo contrario, esto es que el poder ejecutivo no se encontraría obligado a fundamentar una detención o a no prolongar ésta indefinidamente durante situaciones de emergencia, sin someter al detenido a la autoridad de un juez que pueda conocer de los recursos que reconocen los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención importaría, en concepto de la Comisión, atribuirle al poder ejecutivo las funciones específicas del poder judicial, con lo cual se estaría conspirando contra la separación de los poderes públicos que es una de las características básicas del Estado de derecho y de los sistemas democráticos.³⁵

Posibles violaciones del derecho a la libertad y seguridad personales

Cuando una persona es sometida a la privación de la libertad pueden presentarse una serie de situaciones de hecho que constituirían el desconocimiento del ordenamiento constitucional, del bloque de constitucionalidad, o del orden legal que regulan la materia y, en consecuencia, conducirían a un desconocimiento de lo regulado en los artículos 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ello, la Defensoría del Pueblo, en asocio con la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, elaboraron los tipos o las descripciones de conductas en los que puede incurrir el Estado por intermedio de sus agentes o los particulares al momento de capturar o detener a un ciudadano, y que pueden acarrear una detención arbitraria o ilegal.³⁶ Una detención arbitraria puede ocurrir cuando

35 El *habeas corpus* bajo suspensión de Garantías. Artículos 27.2, 25. 8. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9-87 Serie A 9 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de octubre de 1987).

36 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Defensoría del Pueblo (2004). Manual de calificaciones de conductas violatorias. En, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (Vol. I, Capítulo VI, pág.203. Bogotá D.C, Colombia.

- La captura se efectúa conforme a la ley nacional, pero ésta resulta contraria con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- La captura se realiza por motivo de ejercer el derecho a circular libremente en el país.
- La captura se realiza por motivo de ejercer el derecho a establecer una residencia.
- La captura se realiza por motivo de ejercer la libertad de pensamiento.
- La captura se realiza por motivo de ejercer la libertad de conciencia.
- La captura se realiza por motivo de ejercer la libertad de culto y religión.
- La captura se realiza por motivo de ejercer el derecho de reunión.
- Se ha efectuado un juicio parcializado que deriva en la privación de la libertad de manera arbitraria.
- Se desconocen los fines propios de la detención o existe un abuso de poder o mala fe por parte del funcionario.

En cuanto a la detención ilegal, ésta puede ocurrir cuando

- Se realiza sin el fundamento de una norma jurídica.
- No se observa lo estipulado en el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- A la persona no se le ha informado sobre las razones de su captura o detención.
- La persona privada de la libertad no es puesta a disposición del juez de control de garantías dentro de las 36 horas o no es liberada.
- La privación de la libertad se justifica en una simple sospecha sobre la comisión del delito y se deja de un lado la inferencia razonable de que puede ser el autor o partícipe del mismo, sustentada en elementos materiales probatorios, evidencia física o información obtenida legalmente.

- Ha disminuido el peligro de fuga y se pueden utilizar otros medios previstos en el procedimiento penal que aseguren su comparecencia al proceso, como una fianza o la prohibición de salir del país.
- No exista el riesgo de que la persona cometa nuevos delitos.
- En forma abstracta y general se invocan las necesidades de la detención.
- No existan motivos fundados que señalen que el procesado vaya a obstruir la investigación o a intimidar a los testigos.
- Las autoridades no han investigado el caso y, por lo tanto, no cuentan con los elementos para proceder a detener, pues bajo el nuevo esquema penal acusatorio se debe investigar para detener y no, como ocurría bajo el sistema inquisitivo, detener para investigar.
- No se permita a la persona o terceros interponer el recurso de *habeas corpus*.
- El servidor público prive de la libertad abusando de sus funciones.
- El servidor público prolongue ilícitamente la privación de la libertad.
- El servidor público, sin el cumplimiento de los requisitos legales, reciba a una persona para privarla de la libertad o mantenerla en este estado.
- Un juez no tramite o no decida dentro del término legal el *habeas corpus* o cuando entorpezca la acción.

El control de convencionalidad

En virtud de los compromisos internacionales y las obligaciones de respeto y garantía contraídas por el Estado colombiano en los distintos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas³⁷, la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la

37 Su Artículo 2.1. establece que: "Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra posición social".

38 Su Artículo 1 establece la obligación de respetar los derechos:

"1. Los Estados parte de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discrimina-

Carta Política, los jueces tienen la obligación de velar por la efectiva realización de los Derechos Humanos de las personas sometidas al poder de la jurisdicción. En consecuencia, se encuentran obligados no sólo a reconocer la primacía a los tratados de Derechos Humanos sobre la legislación interna, sino a tenerlos como esenciales para la aplicación válida del Derecho en la solución de casos concretos. Más aún, en el ámbito interno colombiano es deber de los jueces trabajar y justificar sus decisiones a partir de la base supranacional de los Derechos Humanos, superando, de tal forma, el mero control interno de constitucionalidad o de simple y formal legalidad, para alcanzar una interpretación fundamentada, bien en el sistema universal de los Derechos Humanos (Carta de las Naciones Unidas; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; entre otros) o bien en el sistema regional o interamericano de los Derechos Humanos (*inter alia* Convención Americana sobre los Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”; y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). Ello por cuanto Colombia hace parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, como del sistema interamericano de protección de los Derechos humanos.

Es también por esto último, como Estado contratante del Pacto de San José de Costa Rica, que Colombia tiene la obligación y responsabilidad convencional de que sus órganos públicos, entre los que se encuentran sus jueces y magistrados, ejerzan el control y la vigilancia de las cláusulas de la Convención Americana, es decir, que realicen lo que el Tribunal Interamericano ha denominado “control de convencionalidad”:

[...] el Estado “es el principal garante de los Derechos Humanos de las personas, de manera que si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interame-

ción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

2. Para los efectos de esta Convención es persona todo ser humano”.

ricano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los Derechos Humanos³⁹. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y los órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.⁴⁰

Este concepto fue establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, del 26 de septiembre de 2006. En esta decisión dispuso que dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, los estados parte y, por lo tanto, todos sus órganos de poder, incluidos los jueces, sin importar su jerarquía, están obligados de primera mano a ejercer “control de convencionalidad”, postura en la que ha sido constante la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, la cual ha recabado que

Quando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴¹

39 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto en cuestión cita su propia jurisprudencia: *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, Serie C 144 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006), §66.

40 *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C 259 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2012), §142.

41 *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Serie C 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006), §124. Cf. también los siguientes casos del mismo Tribunal: *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, §176; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, §225; y *Gelman vs. Uruguay*, §193.

Este control de convencionalidad es un deber-obligación que gana en exigencia cuando se trata de normas jurídicas y actos de autoridad que se aplican, generan y efectúan en el proceso penal, bien sea en el marco de la fase de la investigación en las audiencias preliminares que se realizan ante jueces con funciones de control de garantías o en las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral que se surten ante los jueces. Este control no es otro que la verificación de la convencionalidad de las normas penales (sustanciales y procesales) aplicables al caso y de las técnicas de investigación utilizadas por el órgano persecutor, las medidas cautelares y toda otra medida o actividad que afecte los derechos del justiciable o de la víctima. Ahora bien, el control de convencionalidad debe realizarse de oficio, sin necesidad de petición de parte, pero en ausencia del mismo corresponde a la defensa, especialmente a la pública, reclamarlo y exigirlo.

En resumen, en la solución de los casos concretos los jueces han de comenzar por el análisis de la aplicación o inaplicación de la norma llamada a regular el caso frente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana. Este proceso implica la posible adaptación de la regla interna a los parámetros de dicha Convención y de la jurisprudencia de la mencionada Corte, los cuales deben iluminar y guiar la comprensión y aplicación de las normas internas. Este marco conceptual debe ser una postura litigiosa institucional de la defensa pública en el ejercicio de la defensa técnica de los procesados ante los jueces de control de garantías y ante los jueces y tribunales encargados del juzgamiento, y con la que, en punto preciso de la afectación de la libertad por ilegalidad de la captura o por no reunir los requisitos y procedimientos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, se exija el cumplimiento de estos ineludibles deberes de la jurisdicción.

La captura frente al nuevo enfoque de litigio estratégico institucional

La defensa pública en Colombia debe enfocar sus esfuerzos en la construcción de un litigio estratégico institucional que se caracterice por la propuesta de la aplicación real y efectiva de los Derechos Humanos como una base orientadora en su ejercicio cotidiano. En teoría, la legislación proce-

sal penal colombiana está edificada sobre principios internacionales que acatan las disposiciones de los convenios y tratados que sobre Derechos Humanos ha suscrito y ratificado el país. La importancia de que la legislación penal cuente con el respaldo de principios internacionales de Derechos Humanos radica en que su aplicación práctica debe ser propuesta por todos los juristas del país, pero en especial por la defensa pública, ya que constitucionalmente ésta se encuentra vinculada a la Defensoría del Pueblo, máximo regente en la promoción y protección de los Derechos Humanos. La propuesta institucional de los defensores públicos debe estar encaminada a que se materialice el amparo sustancial en el respeto de las garantías judiciales que todo estado social y democrático de derecho debe brindar a la sociedad.

La Defensoría del Pueblo ya se ha referido al litigio estratégico institucional de la defensa pública:⁴²

Quando se habla en Colombia de defensoría pública se habla necesariamente de la Defensoría del Pueblo; y cuando se menciona la Defensoría del Pueblo se hace referencia, de manera indefectible e inexorable a los Derechos Humanos. Pareciera que entre las instituciones e institutos mencionados existiera una suerte de sinonimia, o, por lo menos, de implicancia recíproca e indisoluble que define todo su contenido desarrollo en instrumentación.

[...] litigio estratégico institucional implica que por todos y absolutamente todos los concernidos y operadores del sistema nacional de defensoría pública se adopte una mirada global de su ejercicio con componentes que dentro de otras latitudes se denominan “litigio estratégico”, entendiendo por tal aquel que se realiza desde varios frentes y por múltiples actores en forma coordinada y finalista, en búsqueda de objetivos específicos que aprovechen la defensa en el proceso penal, teniendo en cuenta que la estructura y normativa de la Defensoría del Pueblo, defensoría pública, sus coordinadores administrativos y académicos, y las barras de defensores públicos, permitan un desarrollo integral, integrado y material de dicha visión.

42 La Defensa. Revista de la Defensoría Pública No. 15. Defensoría del Pueblo. Artículo “Defensoría Pública y litigio estratégico institucional” Carlos Arturo Gómez Pavajeau. p. 7.

[...] Tal forma de pensar puede llevarse a cabo a través de una formación de los defensores públicos, básicamente en los siguientes temas:

1. Aplicación e interpretación de normas internacionales sobre Derechos Humanos en búsqueda del mejor estándar internacional y nacional sobre garantías judiciales.
2. Aplicación de instrumentos complementarios de los tratados internacionales de Derechos Humanos, como son los principios, las directrices y reglas, a través de los cuales se desarrollan, concretan y especifican materias contenidas en ellos.
3. Jurisprudencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
4. Opiniones consultivas de los tribunales internacionales de justicia y su valor jurídico vinculante.
5. Control de convencionalidad a partir de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.
6. Bloque de constitucionalidad.
7. Interpretación y aplicación de las leyes penal, procesal penal y carcelaria-penitenciaria a partir de los principios o normas rectores consagrados en sus respectivos estatutos.
8. Conciencia de una praxis judicial y litigio profesional fundados en dichos elementos.

En este contexto, la función de los jueces de garantías, que en amplia interpretación son todos los jueces de la República habida cuenta de lo ordenado en el artículo 86 de la Carta Política sobre la acción de tutela, se constituye en el eje estatal fundamental para la protección de los derechos fundamentales, en especial del derecho de la libertad personal y las garantías judiciales de los justiciables. Pero en esta labor, la defensa pública necesariamente adquiere un papel preponderante, ya que ante la omisión de estos jueces en aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con fundamentos de mera legalidad, debe de manera inmediata requerir de los jueces su aplicación; su labor no ha de limitarse a la de guardianes de las meras formalidades y ritualidades de la ley procesal, sino que su fun-

ción trasciende a un papel protector a fin de preservar los enunciados de la Carta Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, la defensa pública ha de buscar el abandono del procesalismo convencional por parte de los jueces, a fin de que sus decisiones se encuentren fuertemente impregnadas no sólo de los valores constitucionales, sino también de los contenidos del *corpus iuris* internacional de los Derechos Humanos, mediante la invocación de los controles de convencionalidad.

Para contribuir a la elaboración del litigio estratégico institucional, a continuación se anexan los estándares construidos por la Organización de Naciones Unidas, los cuales contienen los criterios materiales de verificación, los responsables de su cumplimiento y las bases normativas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Interno.

Anexo⁴³

Por considerar que la garantía del Derecho a la Libertad Personal es nodal a la hora de mejorar significativamente las condiciones de vida digna de las poblaciones vulnerables de las zonas CSID, es que se ha priorizado en la presente propuesta metodológica el diseño de unos instrumentos prácticos que permitan medir adecuadamente los niveles de cumplimiento de los operadores del SPA, en cuanto a la aplicación efectiva, en materia de captura de ciudadanos, de los estándares de garantías consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes internas. Los funcionarios judiciales, de la defensoría pública y de los entes de control locales en zonas CSDI, se empoderarán de un instrumento efectivo de medición del cumplimiento de los estándares de garantías para el procedimiento de captura de ciudadanos, cuya aplicación aportará elementos cuantitativos y cualitativos que le permitirán a las instituciones vinculadas a la CISPAA adoptar estrategias y acciones tendientes a mejorar el desempeño de los operadores del SPA. Con el fin de convertir la Evaluación del Cumplimiento de Estándares de Garantías (ECEG) en una práctica sistemática que contribuya periódicamente a detectar los problemas sujetos a la intervención interinstitucional, se contextualizan a

43 Tomado del protocolo de evaluación del cumplimiento de estándares de garantías en capturas de ciudadanos en zonas CSDI. Consultor Fernando Jiménez Montes. MSD-USAID. Colombia 2011.

continuación los parámetros contruidos por el Grupo de Evaluación de las Naciones Unidas (UNEG), a raíz de la Resolución A/RES/59/2501 de la Asamblea General de diciembre de 2004.

Con base en estos parámetros, se recomienda a las instituciones comprometidas con la metodología ECEG/CAP/2011, proveer orientación a sus oficinas de evaluación en la elaboración de sus políticas de medición, estableciendo un marco institucional que guíe la gestión de la función evaluativa y la realización y el uso de evaluaciones. La metodología ECEG/CAP/2011 se aplica con base en los siguientes estándares contruidos desde los principios y las garantías consagrados en el bloque de constitucionalidad y en las leyes internas, respecto del derecho fundamental a la libertad personal (captura). Cada cuadro corresponde a un estándar.

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CA - 1	Antecedente	Reserva legal
Estándar	Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.	
Criterios materiales de verificación	1. Se capturó a la persona por orden judicial o en flagrancia. 2. La orden de captura se expidió con el lleno de los requisitos legales. 3. La orden de captura tenía vigencia legal al momento de la aprehensión.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal delegado. • Juez de control de garantías. • Policía judicial.	
Base normativa	- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo XXV. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 9-1. - Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 7-2.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CA - 1	Antecedente	Reserva legal
Base normativa	- Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 2. - Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca – 1990), artículos 18-3, 19-1. - Constitución Política de Colombia, artículos 28 y 250. - Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 2, 14 -7, 297, 298, 300. - Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 37-b.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CA - 2	Antecedente	Reserva judicial
Estándar	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.	
Criterios materiales de verificación	1. Un juez ordenó la captura (excepcionalmente la Fiscalía General de la Nación (FGN)). 2. La solicitud de captura fue suficientemente fundamentada legalmente. 3. La orden de captura fue suficientemente motivada legalmente.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal delegado. • Juez de control de garantías. • Policía judicial.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CA - 2	Antecedente	Reserva judicial
Base normativa	Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 7-7. Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 2 y 4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículo 18-1. Constitución Política de Colombia, artículos 28 y 250. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 2, 14, 297. Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (137 de 1994), artículo 5-f.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 3	Concomitante	Captura en flagrancia
Estándar	Sólo cuando la persona sea sorprendida en flagrancia puede ser capturada en ausencia de orden judicial.	
Criterios materiales de verificación	1. La persona fue sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito. 2. La persona fue sorprendida o individualizada durante la comisión del delito o aprehendida inmediatamente después por persecución o señalamiento de la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. 3. La persona fue sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales apareció fundadamente que acababa de cometer un delito o de haber participado en él.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 3	Concomitante	Captura en flagrancia
Criterios materiales de verificación	4. La persona fue sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. 5. La persona se encontró en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito.	
Responsables de su cumplimiento	• Policía de vigilancia. • Particulares.	
Base normativa	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 9-1. Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 9. Convención Americana sobre Derechos humanos (1969), artículo 7-3. Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 37-b. Principios Rectores de los Desplazados Internos (Res. 60/L.1, 132, U.N. Doc. A/60/L.1), principio 12-1-3. Constitución Política de Colombia, artículo 32. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 301 y 302. Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), artículo 143.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 4	Concomitante	Conocimiento de derechos
Estándar	El acto de aprehensión de una persona involucra la obligación del Estado de informarle claramente los derechos que tiene frente a su captura.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 4	Concomitante	Conocimiento de derechos
Criterios materiales de verificación	1. Se le comunicó a la persona aprehendida el motivo de su captura.	
	2. Se le informó al aprehendido sobre la autoridad que ordenó su captura.	
	3. Se le informó a la persona aprehendida su derecho a indicar la persona a quién comunicar su aprehensión.	
	4. El funcionario responsable de la persona aprehendida inmediatamente procedió a comunicar sobre la retención a la persona que la persona capturada indicó.	
	5. Se le comunicó a la persona aprehendida el derecho a guardar silencio, que las manifestaciones que hiciera podrían ser usadas en su contra y que no estaba obligada a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.	
	6. Se le comunicó a la persona aprehendida el derecho a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible.	
	7. Se le comunicó a la persona aprehendida que de no tener abogado de confianza, el Sistema Nacional de Defensoría Pública proveería su defensa.	
	8. Se dispuso de un intérprete o traductor para la comunicación y comprensión de sus derechos a la persona aprehendida.	
	9. Se le informó al extranjero(a) aprehendido(a) sobre su derecho a comunicarse inmediatamente con la autoridad consular correspondiente.	
	10. El funcionario responsable de la persona aprehendida inmediatamente procedió a comunicar sobre la retención a la autoridad consular correspondiente.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 4	Concomitante	Conocimiento de derechos
Responsables de su cumplimiento	• Policía de vigilancia. • Policía judicial. • Particulares.	
Base normativa	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 9-2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 7-4. Asamblea General ONU – Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 10, 11-2, 12-1-2, 13, 14, 16-1-2-3-4, 17-1 y 18. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca – 1990), artículo 19-3. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), artículo 6-2-3-4. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 8-f y 303.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 5	Concomitante	Trato humano y digno
Estándar	En el acto de la captura de una persona, ésta deber ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.	
Criterios materiales de verificación	1. En el momento de la aprehensión la persona no fue objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CC - 5	Concomitante	Trato humano y digno
Criterios materiales de verificación	2. Para la captura hubo uso de la fuerza por parte del aprehensor. 3. La fuerza fue usada por el aprehensor siendo estrictamente necesaria y de manera proporcionada.	
Responsables de su cumplimiento	• Policía de vigilancia. • Policía judicial. • Particulares.	
Base normativa	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo XXV. Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 1, 6, 19 y 33-1-2-3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículos 8-2 y 21. Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (Asamblea General ONU, Resolución 34/169 de diciembre de 1979), artículos 3, 5 y 6. Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 37-c. Convenios I, II, III, IV de Ginebra, artículo 3-1. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, artículo 4-1.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 6	Posterior	Reclusión transitoria
Estándar	Inmediatamente después de la captura, la persona aprehendida deberá ser internada en un centro de transición bajo condiciones humanas y dignas.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 6	Posterior	Reclusión transitoria
Criterios materiales de verificación	1. Inmediatamente después de la captura, la persona fue internada en un centro de reclusión transitoria. 2. En el centro de reclusión transitoria, la persona no fue objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes. 3. En el centro de reclusión transitoria, la persona capturada no fue incomunicada. 4. En el centro de reclusión transitoria, la persona capturada no fue sometida a ningún tipo de aislamiento. 5. Durante su permanencia en el centro de reclusión transitorio, dicho lugar fue visitado por auditores que controlan las condiciones de reclusión. 6. En el centro de reclusión transitoria, la persona capturada no fue sometida a experimentos médicos o científicos. 7. En el centro de reclusión transitoria, el niño o niña fue separado de los adultos. 8. El centro de reclusión donde de manera transitoria el niño o la niña permaneció, está ubicado cerca al lugar de su residencia. 9. En el centro de reclusión transitoria, al niño o niña le fue posibilitada la visita de sus padres o familiares. 10. En el centro de reclusión transitoria, la persona impedida fue mantenida en un medio semejante al de su vida normal. 11. En el centro de reclusión transitoria, la persona desplazada no fue confinada en campamento.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 6	Posterior	Reclusión transitoria
Responsables de su cumplimiento	• Policía de vigilancia. • Policía judicial. • Funcionarios de cualquier centro de reclusión transitoria.	
Base normativa	Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 37-c. Declaración de los Derechos de los Impedidos (Asamblea General ONU - Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975), artículo 9. Principios Rectores de los Desplazados Internos (Res. 60/L.1, 132, U.N. Doc. <u>A/60/L.1</u>), principio 12-2. Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 8, 19, 20 22, 23, 24, 29-1-2 y 31. Constitución Política de Colombia, artículo 12. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 1 y 304. Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), artículo 188-1-2-5-9.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 7	Posterior	Defensa técnica
Estándar	La persona capturada tendrá el derecho de defenderse por sí misma o a ser asistida por un abogado según prescriba la ley.	
Criterios materiales de verificación	1. En el centro de reclusión transitoria, la persona capturada se entrevistó con un abogado de confianza o defensor público.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 7	Posterior	Defensa técnica
Criterios materiales de verificación	2. La persona capturada se pudo entrevistar con su abogado en y durante un tiempo razonable. 3. En la entrevista con su abogado, la persona capturada gozó de plena confidencialidad e intimidad.	
Responsables de su cumplimiento	• Policía de vigilancia. • Policía judicial. • Funcionarios de cualquier centro de reclusión transitoria.	
Base normativa	Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 11-1, 18-2-3-4, 21-1-2, y 23-2. Constitución Política de Colombia, artículo 29. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículo 8-e-g. Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), artículo 154. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículo 19-3.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 8	Posterior	Interrogatorio a indiciado
Estándar	La persona capturada podrá ser interrogada en presencia de su abogado y de acuerdo con las garantías constitucionales y legales.	
Criterios materiales de verificación	1. La persona capturada fue interrogada en presencia de su abogado.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 8	Posterior	Interrogatorio a iniciado
Criterios materiales de verificación	1. La persona capturada fue interrogada en presencia de su abogado. 2. La persona capturada fue interrogada sin el apremio del juramento. 3. La persona capturada fue interrogada y su declaración fue registrada en audio o video con su autorización. 4. La persona capturada fue interrogada y su declaración fue registrada por escrito y firmada por quienes intervinieron, los cuales quedaron debidamente identificados. 5. La autoridad que interrogó a la persona capturada fue la FGN (Fiscal o Policía Judicial). 6. Antes de iniciar el interrogatorio, a la persona capturada se le pusieron de presente sus derechos a no declarar y a no autoincriminarse. 7. La persona capturada no fue constreñida a confesar.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal Delegado. • Policía Judicial.	
Base normativa	Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 9, 21 y 23-1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículos 8 y 9. Convenio III de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, artículo 17. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 8-a-b, 282. Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), artículo 26.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 9	Posterior	Control de legalidad inmediato FGN
Estándar	Es responsabilidad de la FGN realizar un control de legalidad inmediato a la captura en flagrancia de una persona.	
Criterios materiales de verificación	1. La persona capturada fue puesta inmediatamente a disposición de la FGN. 2. La persona capturada fue puesta a disposición de la FGN en el término de la distancia. 3. La autoridad que realizó la aprehensión o que recibió al aprehendido de manos de un particular elaboró un informe de la captura con destino al fiscal delegado. 4. El fiscal delegado verificó que la captura en flagrancia no hubiera sido ilegal. 5. El fiscal delegado verificó que el delito por el que se capturó a la persona no reportaba detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal (CPP). 6. Luego del control inmediato de la FGN, la persona fue puesta en libertad. 7. La persona capturada y puesta en libertad por orden de la FGN, suscribió un compromiso de comparecencia.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal Delegado. • Policía judicial.	
Base normativa	Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículo 302.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 10	Posterior	A disposición judicial
Estándar	Toda persona capturada debe ser llevada sin demora ante un juez para que controle la legalidad de la aprehensión.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 10	Posterior	A disposición judicial
Criterios materiales de verificación	1. La persona capturada fue puesta a disposición del juzgado de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión, a través de solicitud formal de realización de audiencia de control posterior de la captura. 2. El niño o la niña capturado(a) fue puesto(a) a disposición del juzgado de control de garantías inmediatamente a más tardar en el término de la distancia, a través de solicitud formal de realización de audiencia de control posterior de la captura.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal Delegado.	
Base normativa	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 9-2-4. Convención Americana sobre Derechos humanos (1969), artículo 7-5-6. Convención sobre los derechos del niño (1989), artículo 37-d. Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 11-1, 32-2 y 37. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículos 18-3 y 19-2. Constitución Política de Colombia, artículos 28 y 250-1. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996), artículo 4. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 2, 14-7, 297, 298-par., 300 y 302. Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), artículo 143.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 11	Posterior	Control judicial posterior de legalidad
Estándar	El juez de control de garantías deberá decidir sin demora sobre la legalidad de la captura y ordenar la libertad del aprehendido si la captura fue ilegal.	
Criterios materiales de verificación	1. El juzgado de control de garantías inició y terminó la audiencia de control de legalidad de la captura en un tiempo razonable. 2. En la audiencia de control de legalidad de la captura con orden judicial, el juzgado verificó la legalidad de la orden. 3. En la audiencia de control de legalidad de la captura en flagrancia, el juzgado verificó la condición de flagrancia de la captura. 4. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado verificó la identidad de la persona capturada. 5. En la audiencia de control de legalidad de la captura en flagrancia, el juzgado verificó que el delito por el cual se procede tiene detención preventiva. 6. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado verificó la legalidad de las circunstancias materiales de la aprehensión. 7. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado verificó que a la persona capturada se le hubieran hecho conocer sus derechos constitucionales y legales. 8. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado verificó que la persona capturada no hubiera sido objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 11	Posterior	Control judicial posterior de legalidad
Criterios materiales de verificación	9. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado declaró cualquier tipo de ilegalidad que hubiese sido demostrada por el defensor del capturado o por el Ministerio Público. 10. En la audiencia de control de legalidad de la captura, el juzgado ordenó la libertad de la persona aprehendida por haberse probado cualquier factor de ilegalidad en su captura. 11. En la audiencia de control de legalidad de la captura, ante ilegalidades cometidas por la FGN, el juzgado compulsó copias penales y disciplinarias contra el funcionario responsable.	
Responsables de su cumplimiento	• Fiscal Delegado. • Juez o Jueza de Control de Garantías. • Agente del Ministerio Público.	
Base normativa	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), XXV. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 9-4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 7-6. Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 37-d. Asamblea General ONU - Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principios 11-3, 32-1, 37 y 38.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 11	Posterior	Control judicial posterior de legalidad
	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículo 19-2. Constitución Política de Colombia, artículos 28 y 29. Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), artículos 297, 298-par.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 12	Posterior	Hábeas corpus
Estándar	Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas.	
Criterios materiales de verificación	1. El hábeas corpus fue impetrado por el perjudicado directamente. 2. El hábeas corpus fue impetrado por interpuesta persona. 3. El hábeas corpus fue impetrado de manera oral. 4. El hábeas corpus fue impetrado por escrito. 5. El hábeas corpus fue fundamentado debidamente por el perjudicado. 6. El hábeas corpus fue el último recurso del solicitante. 7. El juzgado que decidió el hábeas corpus obtuvo información relevante de las autoridades comprometidas. 8. El juzgado que decidió el hábeas corpus fundamentó adecuadamente la orden de libertad de la persona privada de ella. 9. El juzgado que decidió el hábeas corpus fundamentó adecuadamente la negativa de libertad de la persona privada de ella.	

Código	Tipo	Denominación
ECEG-CP - 12	Posterior	Hábeas corpus
Responsables de su cumplimiento	Juzgado o tribunal.	
Base normativa	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca - 1990), artículo 19-4. Constitución Política de Colombia, artículo 30. Ley 1095 de 2006 Reglamentaria del Hábeas Corpus.	

Referencias

19 Comerciantes vs. Colombia, Serie C 19 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de julio de 2004).

Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Serie C 144 (Corte Interamericano de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006).

Acosta Calderón vs. Ecuador, Serie C 115 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de junio de 2005).

Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Serie C 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Artículos 27.2-25 y 8. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 1190 Serie A 11 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de agosto de 1990).

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.

Auto de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia 25 de noviembre de 2006).

Auto de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia junio 27 de 2012.)

Auto de Casación Penal (Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. Julio 11 de 2012.)

Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Serie C 7 (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre de 25 de 2000).

Bayarri vs. Argentina, Serie C 187 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de octubre de 2008).

Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Serie C 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).

Castillo Páez vs. Perú, Serie C 34 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 3 de noviembre de 1997).

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Serie C 141 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de noviembre de 2007).

Congreso de la República de Colombia. (s.f.). Acto Legislativo 03 de 2002.

Congreso de la República de Colombia. (s.f.). Ley 74 de 1968.

Congreso de la República de Colombia. (s.f.). Ley 906 de 2004.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (2003). *Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). El hábeas corpus bajo suspensión de Garantías. Artículos 27.2, 25 8. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9-87 Serie A 9 (6 de octubre de 1987).

Duarte V., Yeison (2013). Resultados operativos de la Policía Nacional, 2012. Revista Criminalidad, 55, 3: 151-156. Se consultó la edición online, sin números de página, recuperada el 21 de julio de 2014 de http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol55_3/55303resultados.html

Gangaram Panday vs. Suriname, Serie C 12 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 4 de diciembre de 1991).

García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, Serie C 137 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2005).

Gelman vs. Uruguay, Serie C 221 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).

Genie Lacayo vs. Nicaragua, Serie C 30 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de enero de 1997).

Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, Serie C 219 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2010).

Gómez Pavajeau, C. (2013). Defensa Pública y Litigio Estratégico Institucional. *La Defensa, Revista de la Defensoría Pública*(15), P. 7

Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Serie C 110 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 8 de julio de 2004).

Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Serie C 112 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de septiembre de 2004).

Jiménez Montes, F. (2011). *Protocolo de evaluación del cumplimiento de estándares de garantías en capturas de ciudadanos en zonas CSDI*. Bogotá, Colombia : MSD-USAID-Colombia.

Juan Humberto Sánchez vs. Perú, Serie C 99 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de julio de 2003).

Maritza Urrutia vs. Guatemala, Serie C 103 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de noviembre de 2003).

Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Serie C 259 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2012).

Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Serie C 63 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de noviembre de 1999).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - Defensoría del Pueblo. (2004). Manual de calificaciones de conductas violatorias. En O. d.-D. Pueblo, *Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario* Vol. I, Capítulo VI, pág.203. Bogotá, DC, Colombia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2003). *Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacio-*

nal Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C 13 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2005).

Salazar Castellanos, Año 2010 Diario *El Colombiano*, Recuperado el 22 de mayo de 2014, de <http://www.elcolombiano.com>

Sentencia C-024/1994 (Corte Constitucional de la República de Colombia 1994).

Sentencia C-774/2001 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2001).

Sentencia C-237/2005 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2005).

Sentencia C-645/2012 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2012).

Suárez Rosero vs. Ecuador, Serie C 35 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).

Tibi vs. Ecuador, Serie C 115 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de septiembre de 2004).

Yvon Neptune vs. Haití, Serie C 180 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de mayo de 2008).

EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA INTRAMURAL

Adalberto de la Hoz Milian⁴⁴

*“El rigor de la cárcel, no puede ser más que el necesario para impedir
la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos”*

César Becaría

Resumen

El control difuso de convencionalidad-que no es más que la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de los jueces de nuestra jurisdicción, cuando existe contrariedad entre las normas internas y aquellas de los tratados internacionales llamados a regular un caso en concreto, -se ha aplicado en muy pocos casos en nuestro país, muy a pesar de que implica leyes de la República (Ley 16 de 1972, Pacto de San José de Costa Rica). Por esto es necesario que los defensores públicos insistamos en que se aplique control de convencionalidad difuso cada vez que estemos frente a cualquier juez de la República, al definir la suerte de un

44 Abogado titulado por la Universidad del Atlántico, especializado en derecho penal de la Universidad Libre, Especializado en sistema penal acusatorio, Universidad Católica de Colombia. Diplomado en casación penal de la Universidad Simón Bolívar, integrante de la oficina especial de apoyo de la Defensoría del Pueblo de Barranquilla, abogado litigante en el área del derecho penal por 30 años.

ciudadano que es sujeto de petición de medida de aseguramiento por parte del fiscal delegado.

En este punto, el litigio estratégico institucional consiste en argumentar en cada audiencia-como línea defensoría que sólo se tenga en cuenta al imponer medida de aseguramiento, como fines convencionales admisibles, no constitucionales, el peligro de fuga o lo que es igual, la comparecencia al proceso y el peligro de obstaculización de la prueba. Esto después del previo análisis de la procedencia del juicio de la inferencia razonable, Haciendo abstracción o no teniendo en cuenta, el fin constitucional y legal del peligro para la comunidad y la víctima. Se debe tener en cuenta que los dos primeros fines convencionales son los únicos que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos y los únicos que reconoce o aplica la Corte Interamericana, como los requisitos a evaluar para imponer medida de aseguramiento.

Para refutar en las audiencias los argumentos llevados por el fiscal al solicitar medida de aseguramiento, es menester hacer un estudio previo del derecho a la presunción de inocencia y al principio de excepcionalidad de las medidas de aseguramiento.

Palabras clave:

Control de convencionalidad difuso; medida de aseguramiento; Convención Americana; Derechos Humanos; peligro para la comunidad; protección de la prueba; comparecencia al proceso; presunción de inocencia; excepcionalidad de la privación de la libertad.

Abstract

Fuzzy Control of Conventionality is an application of the American Convention of human rights by judges of the Colombian jurisdiction when there is setback between internal rules. It should be noted that those rules associated to treaties which are known to regulate a particular case have been scarcely applied in our country, although they are Laws of the Republic (Ley 16 de 1972 Pacto de San José de Costa Rica). This, points out the need for ombudsmen or people's defenders to insist on the application

of fuzzy control of conventionality being before any judge of the Republic to clarify the status of a citizen who is under request security measure by the fiscal officer.

Institutional litigation strategy has the public liability of claiming in the audience as defender and is taken into account in imposing security measure as conventional permissible purposes, after making a preliminary analysis of the merits of the judgment of reasonable inference, the risk of flight or to appear before the process and the danger of obstruction of evidence, regardless of the legal and constitutional order of danger to the community and the victim, taking into account that the first two conventional purposes are foreseen by the American Convention of human rights and are also recognized or applied by Inter - American Court as the requirements for security measures.

Key words:

Fuzzy Control of Conventionality, Security Measures, American Convention, Human Rights, danger to the community, testing regulations, appear before the process (appear in court), presumption of innocence, uniqueness of custodial sentence.

Introducción

Es una problemática actual en nuestro país el desmesurado o excesivo encarcelamiento de ciudadanos incurso en actuaciones penales, quienes son enviados a los centros carcelarios con fundamento en la imposición de medidas de aseguramiento intramural, en aplicación de los requisitos ínsitos en las normas del Código Procesal Penal (Ley 906 del 2004) que tienen raigambre constitucional, puesto que así lo establece la Carta Política, en el Art 250-1, al establecer que el juez de control de garantías podrá imponer medida de aseguramiento a efectos de cumplir con los denominados fines constitucionales, a saber: asegurar la comparecencia al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. Esto es reproducido a su vez en la regla procesal, 308 y en extenso ampliada o especificados con las normas procesales, 309, 310, 312.

En la mayoría de los estados partes, firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos, los fines requeridos como requisitos *sine qua non* para imponer medida de aseguramiento, o como se le conoce en otros países de la región, prisión preventiva, son la preservación o protección de la prueba-conocida también como peligro de obstaculización procesal- y el aseguramiento de la comparecencia del reo al proceso, conocido también como el peligro de fuga.

En Colombia conocemos que además de los dos mencionados, se ha legislado acerca de un tercer requisito necesario para imponer medida de aseguramiento, como lo es, el peligro para la comunidad y la víctima, según lo contenido en el Art. 310 de la Ley Procesal, el cual tiene ocho numerales acerca de circunstancias que hacen viable la imposición de la medida de aseguramiento.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sólo establece, como viables para la imposición de medida de aseguramiento, la garantía de comparecencia al proceso y, por vía jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el peligro de obstaculización de la prueba. Pretendemos con este artículo trazar línea defensorial en lo que tiene que ver con el litigio estratégico institucional haciendo valer y argumentando en el ejercicio defensivo-a efectos de que los jueces de control de garantías al evaluar lo que concierne a los fines constitucionales, en procura de satisfacer la petición de la fiscalía-, los referentes normativos y jurisprudenciales para imponer medida de prisión preventiva en los casos sometidos a su consideración, ejercitando el control difuso de convencionalidad, esto es, hacer un estudio comparativo de la legislación interna y las reglas mínimas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y en caso de contrariedad entrambas, aplicar la convención, apartándose de esta manera de la legislación doméstica.

Los jueces en Colombia deben aplicar el control difuso de convencionalidad

El control de convencionalidad, como su nombre lo indica, procura hacer prevalecer la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sobre las reglas o normas locales que se le contraponen.

El control difuso tiene su origen en Estados Unidos, en el siglo XIX. Para hacerlo valer, cualquier juez puede revisar la constitucionalidad de las normas. De otra parte, el control concentrado sólo puede hacerlo valer el Tribunal constituido para ello.

El concepto de control de convencionalidad, es un concepto de creación judicial bastante reciente. La Corte Interamericana lo ha reconocido a partir del caso *Almonacid Arellano Vs Chile* (2006) y a partir de entonces lo ha venido desarrollando. Este concepto se refiere a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, que deberían realizar tanto los jueces como las autoridades de los Estados Parte de la Convención. En este sentido, el control de convencionalidad concentrado es competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia que puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración. Sin embargo, la tendencia hacia un derecho común de los Derechos Humanos en la región ha evolucionado de tal forma que hoy la Corte Interamericana reconoce el control difuso de convencionalidad. Ello implica pues que si la Convención es derecho nacional de los Estados Partes, entonces todos los jueces deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (Artículos 1 y 2 del CADH). En palabras de Ferrer Mac-Gregor.

“Los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos, son un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales, y eventualmente de otros instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de la CIDH, que interpreta dicha normatividad, han de ser los jueces, guardianes de la Constitución y la Convención.”

En el caso *Almonacid Arellano vs Gobierno de Chile* la Corte Interamericana se refiere al control de convencionalidad que los poderes judiciales de cada país deben realizar sobre sus derechos internos. En su considerando No. 124 advierte:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un Tratado Internacional como la CADH, sus jueces, como parte del

aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

Si Colombia ha suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, sus jueces como parte del aparato estatal deben velar por que las disposiciones allí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la Convención, tomando en cuenta no sólo el Tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado.

El control de convencionalidad presenta dos manifestaciones: una de carácter concentrado, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede internacional, y otra de carácter difuso, por los jueces nacionales en sede interna.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, el respeto a la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la privación de la libertad

Dos son los institutos jurídicos que se levantan a pretender imponerse sobre las medidas de aseguramiento intramuros a propósito del derecho penal interno. El primero es un derecho reconocido ampliamente por nuestra Constitución nacional, en el Artículo 29, y recogido también en el canon 7 de la legislación procesal penal: Derecho a la presunción de inocencia. El otro es un principio consagrado literalmente en los artículos 295 y 296 de la Ley 906 del 2004, conocidos como afirmación de la libertad y finalidad de la restricción de la libertad.

Es importante que estos dos estándares internacionales de Derechos Humanos sean tenidos en cuenta por los jueces al momento de proceder a privar de la libertad a los ciudadanos incurso en investigaciones penales, pues de la consideración de tales derechos a la presunción de inocencia y libertad personal-, al evaluar los diversos casos sometidos a consideración, se derivará la imposición o no de la medida afectiva de la libertad.

Por otro lado, y como se señala con claridad en el presente informe, la legitimidad de las causales de procedencia de la prisión preventiva deriva de su compatibilidad con la Convención Americana y no del mero hecho de que estén contenidas en la ley, puesto que es posible que por vía legal se establezcan causales o criterios de aplicación contrarios al régimen creado por la Convención. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que “la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas”⁴⁵.

El derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia aparece recogida en el artículo 9 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: “debiéndose presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser seriamente reprimido por la ley”.

A su vez la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 preceptúa que “todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y seguridad de su persona” a su vez, el artículo 11,1 dispone: “Toda persona acusada de delitos tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y, en juicio público, en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, inciso No. 2, garantiza el derecho a que se presuma la inocencia, al consagrar que “toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En los hechos, la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva sea utilizada realmente como una medida excepcional, cuya aplicación deberá estar justificada en razones legítimas, puesto que no dejará de mediar

45 Informe año2013, CADH.

el criterio de presunción de inocencia. Como toda limitación a los Derechos Humanos, la privación de la libertad, previa a una sentencia, deber ser interpretada restrictivamente en virtud del principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata del reconocimiento de derechos, debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva⁴⁶.

El derecho a la presunción de inocencia implica la presencia de un juez que se esfuerce por ser imparcial y decida con fundamento en los hechos de acuerdo con los imperativos de orden jurídico, sin designios anticipados, ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

El debido proceso abarca también el derecho a la presunción de inocencia, siendo esta una de las columnas sobre las cuales se configura el Estado de Derecho y uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado concreto consiste en que quien ha sido imputado de un delito se presume inocente, hasta que se demuestre lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada⁴⁷.

El derecho al debido proceso goza de una muy amplia garantía en el ordenamiento jurídico colombiano. A nivel interno, el Artículo 29 de la Constitución Nacional contiene los elementos que caracterizan dicha protección. La garantía efectiva del derecho al debido proceso se ve reforzada, además, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 93 de la CN, de acuerdo con el cual, los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia.

La presunción de inocencia, que se conecta tanto con la garantía de libertad del imputado, como con el derecho de defensa y contradicción, sólo tiene sentido cuando se deja en libertad al sindicado para poder realizar una efectiva defensa, para allegar en su favor las pruebas que considere conducentes y pertinentes y para controvertir las que se ofrecen en su contra.

El indiciado o imputado luego de las audiencias preliminares y acusación debe estar en libertad para que procure buscar las pruebas para proveer

46 Doc. No. 46 del 2013, CIDH.

47 Sentencia C-416-2002 debido proceso.

su defensa efectiva, así como a muchos funcionarios se les escucha decir que renuncian a sus cargos para dedicarse de lleno a adelantar su defensa al enterarse incurso en investigaciones penales, como lo es el caso del ex magistrado de la corte constitucional Pretelt Chaljud.

El imputado debe estar en libertad para que se provea su defensa, sólo estando en libertad se garantiza una defensa real y efectiva. Póngase a pensar en una persona en la cárcel donde todo es tan difícil para ayudar al abogado a conseguir los elementos materiales de prueba y preparar la defensa, si en la cárcel las personas están imposibilitadas, atadas, lo que impide hacer diligencias encaminadas a una mejor defensa. El temor a que el imputado escape y la necesidad de capturarlo y detenerlo para que no lo haga son justificados en casos muy extremos. No se puede perder de vista, y más tratándose de un ámbito como el del derecho penal, que los casos extremos, son tan sólo unos cuantos, esto es, que tales casos constituyen la excepción y no la regla⁴⁸

El principio de excepcionalidad de la privación de la libertad

El no reconocimiento de este principio convencional es un riesgo para el derecho a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa. Así pues, en atención a la propia naturaleza de la prisión preventiva como la medida más grave que se puede imponer a un acusado, la Corte Interamericana ha establecido consistentemente desde hace una década que: “su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”. Este principio también ha sido reconocido en instrumentos universalmente aceptados por la comunidad internacional, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos que disponen que “en el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso” (Regla 6.1 CIDH, párrafo 141).

48 T. 827-05 Sierra Porto.

La restricción a la libertad sólo se justifica cuando la imputación se efectúa por delitos de mayor gravedad o mayor impacto social y sólo a partir de cumplirse los requisitos exigidos para el efecto y sobre la base de decisiones debidamente motivadas y justificadas.

El carácter exceptivo y la vinculación a fines de la detención preventiva- necesidad- encuentra así mismo fundamento en el artículo 9 del PIDCP, Ley 74 del 68: “nadie será sometido a prisión ni detención arbitraria [...] la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general [...] pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia al proceso”⁴⁹.

El control de convencionalidad y la recepción de la jurisprudencia interamericana por los estados partes

Ahora bien, en el ejercicio de la ya extensa tarea de unificar y actualizar la inter-prestación y aplicación de la Convención Americana, la Corte ha construido una con-solidada interpretación del artículo 2 de la Convención, sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Desde esta comprensión ha concebido el concepto y la actividad del *control de convencionalidad*, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la Convención Americana. Ya en el año 2006, al referirse a dicho control, el Tribunal señalaba que:

“Cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

Elementos implicados en la supremacía de la convención desde el artículo 2, CIDH, deber de adaptar disposiciones de derecho interno

Al fijar la Corte Interamericana el contenido del control de convencionalidad y, en especial, su alcance, ha sido celosa en precisar, que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad de oficio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”, lo que sugiere, que en el campo específico de los derechos contenidos en la Convención, estos deben ser determinados .

Lo primero que habría que determinar es sobre qué derechos y respecto de qué convenciones deben los jueces internos operar el control de convencionalidad. Si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana parece hacer referencia tan sólo a los derechos contenidos en la Convención Americana, es necesario recabar en que esta se encuentra implicada en la dimensión del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, entendido como el conjunto de Tratados Internacionales y de organismos e instituciones internacionales, articulados dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), destinados a la protección de los Derechos Humanos en la región. Tres de los instrumentos internacionales que conforman el sistema y sus órganos, conformarían el referente del control de convencionalidad.

Entre los países que se han destacado por su voluntad de querer cumplir con las normas de la Convención Americana se encuentra México, en ese Estado, mediante Resolución de 12 de julio del 2011, la Corte Suprema determinó “*Que todos los jueces del país están obligados a verificar la compatibilidad de las leyes internas con la Convención Americana de Derechos Humanos,*

en los casos que conozcan involucren Derechos Humanos". Es decir, realizar su control de convencionalidad de las normas internas, para asegurar que no contradigan o disminuyan el sentido de las disposiciones de la Convención Americana. La Corte aprobó que todos los jueces del país podrán hacer ese control y, en caso de que las normas que analicen sean contrarias a la Convención Americana o a la Constitución en materia de Derechos Humanos, deberán dejar de aplicarlas en el caso concreto.

Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o: las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. Cuadernillo de jurisprudencia de la corte IDH No. 7, numeral 77.

Este tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un estado es parte de un tratado internacional como la convención americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad. Caso *Cabrera Garcia Vs México* (2010)

Nuestro concepto para que se materialice el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad y se garantice el derecho a la presunción de inocencia.

Para que en nuestro país se haga efectivo el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad y se termine con el hacinamiento carcelario es necesario que:

Sólo proceda la detención intramural para delitos cuyo mínimo de pena sea **inferior** a ocho años.

2. Que la gran mayoría de conductas punibles sean susceptibles de medida de aseguramiento de caución prendaria, y las de menor entidad, susceptibles de caución juratoria, como lo expresaba el artículo 419 del decreto 0050 C.P.P. del 87 y el decreto 22700 del año 1991. Además la convención americana en su artículo 5, establece, “ Toda persona detenida o retenida, Sic,..... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia al juicio.””.

3. Que el legislador enumere en un listado los delitos de mayor impacto social que sean susceptibles en todo caso de medida de aseguramiento v.g., homicidio, secuestro, acceso carnal violento, desplazamiento forzado, tráfico de estupefacientes en grandes cantidades, etc. Esto es que se haga lo contrario a lo que sucede actualmente, cuando casi todas las conductas punibles son susceptibles de privación de la libertad, porque el mínimo de la pena es superior a los cuatro años.

4. Capacitación a jueces y fiscales haciendo énfasis en garantismo penal, aplicación del principio de excepcionalidad de la medida de aseguramiento y el derecho a la presunción de inocencia, pues en la práctica hacen lo contrario de lo que les mandan los cánones legales. Que los jueces y fiscales sean autónomos en sus decisiones y no obedezcan a orientaciones de superiores quienes recomiendan soluciones a los casos de acuerdo a intereses personales.

5. Campañas de propagación en la comunidad, por los medios masivos de comunicación, sobre la presunción de inocencia y la excepcionalidad de la privación de la libertad, dirigidos los periodistas que cubren noticias judi-

ciales a efecto que no tergiversen las leyes, pues muchos jueces y fiscales son timoratos para aplicar el principio pro homine y pro libertatis para no ser criticados por los medios de comunicación..

6-. Que el fin constitucional para imponer medida de aseguramiento sea sólo la comparecencia al proceso.

El peligro de fuga

Ha de ser el único estándar internacional que se debe aplicar a efectos de dictar medida de aseguramiento, si tenemos en cuenta que el Estado cuenta con un sin número de integrantes de organismos de seguridad que le permiten la consecución de cualquier persona al interior del país, y existen también acuerdos externos con organismos de seguridad internacionales, que facilitan el buen recaudo de delincuentes en el extranjero.

La mayoría de delincuentes no cuentan con recursos para abandonar el país, y a los de cuello blanco que pudieran evadir la acción de justicia por contar con medios económicos, se les puede impedir la fuga quitándoles los pasaportes y previniendo a las aerolíneas, etc.

Corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la presencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones. Además, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al criterio de excepcionalidad, aun cuando se esté en presencia de una eventual causal legítima, la aplicación de la prisión preventiva debe ser considerada y ejecutada conforme a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad⁵⁰.

Obstaculización de la prueba

Como quiera que se ha permitido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana este requisito convencional para la privación de la libertad, es necesario advertir que no es de cualquier manera como se ha de aplicar o hacer uso de él, pues es necesario que dicha causa para prohibir la locomo-

ción esté fincada y soportada en actuaciones reales que permitan inferirlo de esa manera. No es suficiente deducirlo argumentativamente, no es sólo con el discurso, debe ser demostrado evidentemente al juez, para que lo evalúe o valore. El fiscal debe llevar elementos de juicio para tal menester, vg, el evento ocurrido en el caso del ex ministro colombiano, Arias,- de agro ingreso seguro- en el que la Fiscalía demostró con elementos materiales probatorios, que él se reunía con otros coacusados en la cárcel, a efectos de trazar estrategias defensivas. Sirve como ejemplo, también, el caso del ex parlamentario *Ivan Moreno Rojas*, a quien por el caso del carrusel de la contratación en Bogotá le impidieron la excarcelación domiciliaria porque obstaculizaría la prueba, ya que le llevaron elementos materiales de prueba-entrevistas- a la audiencia, en donde se le enrostró que amenazaba dentro del penal a otros testigos y coimputados para que no declararan en su contra.⁵¹

Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que se fundamenta el cumplimiento de tal requisito sólo con el discurso, sin soporte probatorio alguno, es decir, caprichosamente por parte del fiscal y el juez, con argumentos tales como que la naturaleza del delito, la reincidencia o la proclividad, por tener varias anotaciones, el quantum de la pena...pero casi nunca se aportan demostraciones claras y precisas de hechos originados en el comportamiento del inculcado con el fin exclusivo de obstaculizar la prueba.

El peligro para la comunidad y la víctima

Este llamado fin constitucional -Art.250 No.2 de la CN-y legal-Art.308 No. 2, Ley 906 del 2004- para la imposición de medida de aseguramiento intramural, como lo es el peligro para la comunidad y la víctima, es el que mantiene a más ciudadanos imputados en los establecimientos carcelarios, y constituye una de las mayores causales de hacinamiento carcelario. Esto se debe a que aunque la norma establece nueve requisitos-Artículo 309- para que el imputado quede ipso facto privado de la libertad, a saber: la continuación de su actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales; el número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos; el hecho de estar acusado, encontrarse sujeto a alguna

51 Sentencia 34.282, agosto 26 del 2013, Mg., Fernando Castro.

medida de aseguramiento, estar disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional; cuando se usen armas de fuego o se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito; cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años; cuando haga parte de un grupo de delincuencia organizada; cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se pueda atentar contra la víctima.

En casi todos los comportamientos punibles de mediano impacto se da en los imputados una o varias de estas causales, por lo que, en nuestro país, este requisito constitucional es suficiente para que las cárceles se mantengan en situación de hacinamiento.

Es este requisito de orden legal el que todo defensor público debe atacar al valorar los fines convencionales para imponer medida de aseguramiento intramural, puesto que la Corte Interamericana no autoriza ni avala en sus pronunciamientos el peligro de la comunidad y la víctima como motivo valedero para impedir la libertad del ciudadano imputado. Imponer medida de aseguramiento aflictiva de la libertad en aplicación de este requisito transgrede la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual es a todas luces violatorio de los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, situación que al decir de esta misma Corte es inadmisibles.

En efecto, en Colombia se hace uso desmedido de la medida de aseguramiento, puesto que en la mayoría de los casos se impone sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la CADH, y de esta manera se violentan los estándares internacionales de derechos, a la presunción de inocencia y la libertad personal.

Cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad.

Aspectos y circunstancias que inciden en la aplicación *in extenso* y exceso de la medida de aseguramiento carcelaria

En el caso colombiano existen factores externos al proceso penal, que producen inflación de las medidas de aseguramiento intra -carcelarias, en contravía del derecho a la presunción de inocencia y afectando gravemente el derecho a la libertad personal, tales como:

- El apaciguamiento de la alarma ciudadana, causado por el clamor de la comunidad que solicita el buen recaudo carcelario de todas las personas que delinquen hasta por las conductas punibles más insignificantes.(hurto de celulares).
- La intromisión de los medios de comunicación en las decisiones judiciales, debido en parte al desconocimiento de algunos periodistas respecto a los temas jurídicos, lo cual los lleva a criticarlas decisiones judiciales que procuran la garantía penal de la libertad personal y la presunción de inocencia.
- Se ha tomado la detención preventiva carcelaria como un instrumento de lucha contra la criminalidad de poca monta, a fin de sacar de circulación a los ciudadanos que delinquen, en muchos casos porque el mismo Estado es el culpable de la situación de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema y de la no garantía de sus derechos fundamentales. De tal manera que, a falta de verdadera política criminal, todos los problemas se quieren solucionar mediante el encarcelamiento.
- Funcionarios timoratos-jueces y fiscales- quienes temen que los periodistas protesten por sus decisiones judiciales, no empecé que sean tomadas en virtud del puro derecho y en aplicacional principio de legalidad.

La detención preventiva intramural en la región- derecho comparado

Un vistazo en los países firmantes del Pacto y la Convención, instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos, nos muestra.

En Perú, para imponer lo que allá se llama prisión preventiva, se tienen en cuenta el peligro de fuga y el entorpecimiento del proceso. En Chile, Bolivia y Argentina se utilizan el peligro de fuga y la obstaculización.

En Chile y Colombia adicionalmente, se establece como justificación para privar de la libertad, que al liberar al imputado se pueda incurrir en riesgos para la sociedad o la víctima, con lo cual bajo estos presupuestos se preferirá la prisión preventiva.

En México y Bolivia existen criterios para aplicar la medida de detención preventiva que violan los estándares establecidos por los organismos internacionales de protección de Derechos Humanos, respecto a que ni la naturaleza ni la gravedad del delito, ni el quantum punitivo de la pena, pueden justificar por sí solos el uso de la detención preventiva. Criterios como un listado de delitos graves susceptibles de imponer medida de aseguramiento o que el imputado tenga una sentencia anterior o anotaciones son válidos por sí mismos para imponer medida y privar de la libertad a las personas.

Las recomendaciones de la comisión americana sobre el uso de la detención preventiva en las américas

Son variados los pronunciamientos anuales de la Comisión Americana de Derechos Humanos, año tras año, en los que hace recomendaciones a los países americanos y, en especial a Colombia, de lo cual nuestro legislador no ha extraído aprendizaje ni ha mostrado voluntad alguna para cumplir con tales recomendaciones.

En el informe del año 2013 la CADH expresa:

En el Capítulo III, relativo a los estándares internacionales aplicables al uso de la prisión preventiva, se desarrolla ampliamente el derecho a la presunción de inocencia y sus implicaciones prácticas, así como el principio de excepcionalidad que debe regir en la aplicación de esta medida y los criterios de necesidad, proporcionalidad y plazo razonable a los que debe sujetarse.

Se expone cómo los órganos del sistema interamericano se han referido a aquellas causales de procedencias no válidas o insuficientes, las cuales, aunque estén contempladas en la ley, son contrarias al régimen establecido por la Convención Americana. Además, se establecen algunos estándares relevantes relativos a las actuaciones judiciales propias de la aplicación de esta medida, al derecho de defensa, al deber del Estado de reparar los daños producidos a personas detenidas en violación de las disposiciones del Artículo 7 de la Convención Americana.

En cuanto a las causas del uso no excepcional de la prisión preventiva se hace énfasis en las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana y que han conllevado una serie de reformas legales que han generado una mayor aplicación de la detención preventiva, en algunos países; y en las amenazas a la independencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de aplicar la detención preventiva, las cuales, como se explica, provienen fundamentalmente de altos funcionarios de otros órganos del Estado, de las cúpulas de los propios poderes judiciales, y de los medios de comunicación y la opinión pública. Asimismo, en este capítulo se realizan algunas consideraciones acerca de los altos costos financieros que el uso de la prisión preventiva representa para el Estado, el detenido sus familiares y la sociedad en su conjunto.

Con respecto a Colombia, la Comisión ha recibido información según la cual en este Estado la detención preventiva también es utilizada para “forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos”, razón por la cual “los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia”. Es decir, se utiliza la detención como una herramienta de investigación, así sucede a los capturados por concierto para delinquir de competencia de la justicia especializada en donde se hace abstracción de la presunción de inocencia y la excepcionalidad, como última ratio de la privación de la libertad en un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas- alcaldes y gobernadores- en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia y la impunidad.

Cronología de una violación al derecho a la presunción de inocencia y al principio de excepcionalidad de la privación de la libertad

Si los funcionarios judiciales asumieran otra actitud, se reduciría el hacinamiento carcelario: jueces de garantías que hacen lo contrario a lo que establece la Constitución Nacional-velar por el respeto de las garantías establecidas en la ley y por la protección de los derechos constitucionales y legales de los imputados-; fiscales que se precipitan a solicitar órdenes de captura y medidas de aseguramiento por conductas de gran impacto social sin hacer una cuidadosa y exhaustiva investigación, porque creen con verdad axiomática a los policías e informantes que buscan prerrogativas, privilegios y beneficios económicos, sin hacer la debida crítica a los elementos materiales probatorios y desestimando los recaudados y aportados por la defensa.

El ciudadano Luis Fernando Ramírez Fandiño fue capturado con orden judicial el 9 de septiembre -de 2013, al endilgársele la comisión del concurso de conductas punibles de homicidio agravado, concierto para delinquir con fines de extorsión y porte de armas de defensa personal. Se dijo que pertenecía al ala sicarial de 'los rastrojos costeros y que había dado muerte a la vendedora de Uni- apuestas en el centro de Barranquilla. El ciudadano hacía dos meses a la fecha del atentado, que se encontraba en convalecencia de tres intervenciones quirúrgicas por lo que no podía correr, ni levantar un arma de fuego y dispararla. La Fiscalía dijo que él había disparado varias veces "Le metió varios pepazos [sic], huyó raudo y se perdió".

Durante el trámite de la audiencia de control de legalidad de la aprehensión, se solicita que se permita el acceso de los familiares a la sala de audiencias para que se solidaricen con el indiciado, a lo que se responde que no, debido a que se podría ejercer violencia por parte de aquel y los familiares puesto que estaba alterado. -Estaba alterado porque decía que no había matado a nadie. La defensa propuso que se escuchara a la madre del ciudadano puesto que fue testigo de la captura. Ella manifestó que él se encontraba en la casa cuando fue capturado, mientras que el informe expresa que lo fue en la vía pública. El juez no accedió a escucharla con argumentos poco convincentes. Esto es una arbitrariedad, pues la defensa tiene dere-

cho a ser oída a presentar testigos de descargos, tal como lo consagra la Convención Americana de Derechos Humanos, como una garantía mínima.

En la diligencia de formulación de imputación se pidió el uso de la palabra para dejar las constancias de que la imputación estaba inflada, a lo que la titular del despacho no accedió. Dijo en forma airada que se trataba de un acto de mera comunicación a pesar de ello se deja la constancia. En la audiencia de imposición de medida de aseguramiento asunto de competencia de la justicia especializada, a la cual se llega prevalido de la presunción de responsabilidad y no de inocencia-, se solicita permiso para que el ciudadano se baje la camisa, y se levante la bermuda, para dejar ver los clavos y platinas que tenía en el brazo y la pierna derecha. Esta solicitud se hace como medio para alegar la imposibilidad de que el ciudadano hubiera matado a la vendedora de chance dado que para la fecha del homicidio, había transcurrido dos meses desde que se le practicaron tres intervenciones quirúrgicas en brazo, pierna y rostro. Manifesté que él no podía correr, dado a que estaba en convalecencia, mientras que el testigo en entrevista dijo que luego de propinar los disparos el asesino había corrido durante varias cuerdas mientras era perseguido. La juez, airada nuevamente, me dijo que no accedía que mi petición atentaba contra su dignidad por el hecho del desnudamiento muy parcial del imputado. Le había pedido media hora para leer la voluminosa carpeta y conceptuar; sólo me otorgó 15 minutos. En este momento procesal y dado a que no veo garantías para el ejercicio de la defensa, amenazo con retirarme de la audiencia. Le hago llegar la historia clínica y le suplico que la revise con atención, ya que existe un interrogatorio de indiciado de una capturada el mismo día, quien manifiesta que ella le entregó un arma a un joven de 17 años, negro, bajito, que usa braquets y se saca las cejas, para que llevara a cabo el homicidio. Todas estas características son disímiles de las de mi defendido, quien es alto, de 27 años y blanco. Le señalo a la jueza que la concatenación entre el interrogatorio y la historia clínica hace concluir que Luis Fernando Ramírez no fue la persona que mató, que ese es otro falso positivo. La historia clínica no se dignó leerla, como en este momento mi defendido ya se estima o cree responsable y altamente peligroso, la jueza ordenó al Inpec recluirlo en la cárcel de máxima seguridad de Valledupar. Manifiesto que esa decisión

afectaría el juicio, pero insiste en esa orden, la que no se materializó porque se logró la revocatoria de la medida de aseguramiento.

El 27 de diciembre se solicita revocatoria de medida de aseguramiento con fundamento en el peritaje que hacen el físico y el médico forense de la Unidad de Investigación Criminal Regional Atlántico sobre la historia clínica y el estado de salud actual del interno, en el cual concluyen que mi defendido no podía correr para la fecha de los hechos, ni podía levantar el brazo para accionar un arma de fuego. Adicionalmente, se pone esto en relación con el interrogatorio de indiciado y la circunstancia, dicha por el fiscal, respecto a que hubo otro entrevistado quien manifestó que el sujeto agente de las conductas punibles era otra persona. Fiscal solicita preclusión la investigación.

El ciudadano permaneció seis meses privado de la libertad en la cárcel Modelo, sólo por que la policía lo capturó como sicario perteneciente a una banda criminal, el fiscal no llevó a cabo una investigación seria, violó el derecho a la presunción de inocencia y no se tuvo en cuenta el encarcelamiento como medida excepcional, pues al escasear los e.m.p. se debió dejar en libertad; Por su parte la juez no evalúa los em.p aportados por la defensa, sólo con que se diga que pertenece a una banda criminal es suficiente para que se le imponga medida de aseguramiento carcelaria, sin más argumentos, padeció el infortunio de ver morir quemados a 17 de sus compañeros y aún no se recupera del calvario vivido, apareció en la prensa hablada y escrita a nivel local y nacional como sicario al servicio de la banda Los Rastrojos, pero es un ciudadano de bien, humilde comerciante, quien sin embargo, fue convertido en un falso positivo más.

El caso del Alcalde Gustavo Petro, un ejemplo a seguir para imponer las reglas de la convención sobre las normas domésticas

El asunto del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro elegido por el voto popular y democráticamente en la ciudad de Bogotá, es un caso paradigmático para inferir que sí tenemos la razón cuando propendemos por la aplicación y preponderancia de las reglas y jurisprudencia de la Convención y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hemos observado cómo en

este espinoso caso, muy a pesar que el Procurador General de la Nación en virtud de la ley, puede destituir e inhabilitar al Alcalde, la juridicidad le dará la razón a quien la tiene. Según la Convención Americana de Derechos Humanos, los funcionarios elegidos mediante el voto popular no pueden ser destituidos por un funcionario nombrado. En este conflicto jurídico, a la hora de ahora, faltando la intervención de algunas instancias como el Consejo de Estado, se ha impuesto el control convencional difuso, pues un juez de la República, la ha aplicado para que se respeten los derechos de los ciudadanos, ordenando al señor Presidente de la República que acoja las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su carácter vinculante. Las leyes internas no pueden mermar el efecto de las reglas convencionales.

Conclusiones

Existe en Colombia, y en la mayoría de países firmantes de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, la Convención y el Pacto, una inflación carcelaria o hacinamiento penitenciario debido al excesivo uso de la imposición de medidas de aseguramiento privativa de la libertad, con fundamento en el requisito Constitucional insito en el Art. 250 No. 1 ; Art. 308, No.2; Art.310 y 311 del C.P.P. Ley 906 del 2004.

Debido a lo expuesto es necesario que los defensores públicos esgriman como únicos requisitos a tener en cuenta para fulminar con medida de aseguramiento intramuros a los protagonistas de la acción penal, el denominado peligro de fuga y la obstaculización de la prueba.

Para tal cometido se debe rebatir todo argumento contrario, solicitando el ejercicio del control de convencionalidad difuso, a efectos que todo juez aplique la Convención Americana de Derechos Humanos y los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El juez doméstico ha de excluir toda norma interna que se contraponga a los cánones previsto en la convención, De esta manera cesaría el hacinamiento carcelario y se abriría paso a que dispensadores de justicia reconozcan y respeten el derecho a la presunción de inocencia y apliquen el principio de excepcionalidad de la medida de aseguramiento, pues hemos

observado que en algunos casos se tiene mal concepto de tales estándares protectores de los Derechos Humanos y se les tiene como letra muerta, ya que a las personas llevadas a audiencias delante de un juez ipso facto, se les considera autores o partícipes de los hechos, como inocentes.

Se trata, con dichos ejercicios, de concitar o exhortar al legislador para que elaboren leyes que materialicen las recomendaciones que en tal sentido ha venido haciendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus diversos informes, y de materializar por fin el apotegma según el cual todos los ciudadanos perseguidos penalmente deben gozar de libertad mientras se investigan y sólo una vez vencidos en juicio se les ha de privar de la misma. Esto acabaría de una vez por todas con el daño que se le hace a tantos ciudadanos con los errores judiciales y disminuye el costo que el estado ha de pagar por los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad.

Referencias Bibliográficas

APONTE CARDONA, Alejandro (2004), *Manual para el juez de control de garantías*, segunda edición C.S. Judicatura Santa Fé de Bogotá.

ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*.

HESBERT, Benavente Carres (2011) *El juez de control como garante de la convencionalidad*.

Néstor P.SAGUES- *El control de convencionalidad sobre las constituciones nacionales*.

BRINDER Alberto, *Introducción al derecho procesal penal* Ed, Ad Hoc Buenos Aires 1993.

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga, *Otra cara del sistema acusatorio*, Págs. 89,s.s.

CASOS DE LA JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA

La cantuta vs, Perú, sent.29 noviembre 2006 considerando. 178.

Boyce y otros vs, Barbados, 20 Nov., del 2007 considerando. 128.

ARISMENDI, L. (2000) Código orgánico procesal penal, Mérida, Arimeca.

Cuadernillo de jurisprudencia de la corte IDH No. 7

Caso Cabrera García Vs México, noviembre 26 del año 2010

SENTENCIAS CORTES NACIONALES

Sentencia 774 del año 2001,ESCOBAR GIL, Rodrigo.

Sentencia C-318-2008 Córdoba Triviño, Jaime.

C-425, del 2008 MONROY CABRA, Marco Gerardo.

SentenciaNo.32.193 octubre 21 del 2001,Mg., RAMÍREZ BASTIDAS Yesid.

Corte Const. T- 524 del 2005 SIERRA PORTO, Humberto.

INFORME No. 46 del año 2013 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

LA RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN “LÍMITES Y RESTRICCIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES”

*Miguel Jiménez Meléndez*⁵²

*Carlos Alfonso Peñaranda Molina*⁵³

Resumen

La retención de correspondencia en Colombia está concebida como un acto de investigación que adelanta motu proprio la Fiscalía General de la Nación, cuando infiere con base en motivos fundados, que en la correspondencia de un indiciado o imputado existe información útil para la investigación. Esta intromisión al derecho a la vida íntima de una persona, está avalada por la Constitución Nacional y por la ley Procesal Penal. Sin embargo, no se puede perderse de vista, que la correspondencia como acto de comunicación privada, se vincula el derecho a la intimidad, y este a su vez, al derecho a la vida digna, lo que constituye la intimidad de la correspondencia en un derecho subjetivo fundamental que debe ser salvaguardado prevalentemente por los Estados. Colombia ha acogido instrumentos internacionales que amparan el derecho a la intimidad y delimitan su eventual trasgresión, al reconocer que de manera muy excepcional se puede invadir la esfera

52 Técnico Criminalístico-. Unidad Operativa de Investigación Defensorial. Defensoría del Pueblo –Regional Santander.

53 Defensor Público-. Oficina Especial de Apoyo. Defensoría del Pueblo –Regional Santander.

de intimidad de la correspondencia de una persona, siempre y cuando obedezca a intereses legítimos de orden colectivo. Además, el caso se debe pasar previamente por el tamiz de una autoridad judicial independiente e imparcial, que estudie cada particularidad. El propósito del presente escrito es, precisamente, estudiar la legalidad del acto de investigación de la retención de correspondencia, a la luz de los instrumentos internacionales y las normas constitucionales vigentes que reconocen la intimidad como un derecho subjetivo fundamental, además de brindar elementos de ponderación a la defensa al momento de analizar la eventual incorporación de correspondencia intervenida por la Fiscalía General de la Nación.

Palabras Claves

Retención de correspondencia, derecho subjetivo, intimidad, vida privada, legalidad, instrumentos internacionales, inviolabilidad, medio de comunicación, orden judicial.

Abstract

Retention of correspondence in Colombia is conceived as an act of research ahead of its own accord the Attorney General's Office , where inferred based on reasonable grounds , that the correspondence of a suspect or accused there helpful information for research . This intrusion on the right to the private life of a person, is guaranteed by the Constitution and the Criminal Procedure Act. Most however can not lose sight of that correspondence as an act of private communication is linked to the right to privacy , and this in turn , the right to a dignified life , which is the privacy of correspondence in a right predominantly subjective to be safeguarded by the States. Colombia has recognized international instruments protecting the right to privacy and shielding his eventual transgression, recognizing that in very exceptional can invade the sphere of privacy of correspondence of a person, but it must obey legitimate interests of collective order and also, you must first pass through the sieve of an independent judicial authority to examine each particular case. Since this is precisely the purpose of this paper is to study the legality of the figure of the retention of correspondence, in light of existing international instruments and constitutional requirements.

Keywords

Retention of correspondence, individual right, privacy, privacy, law, international instruments, inviolability, media, court order.

1. Introducción

El Acto Legislativo No. 03 del año 2002 no solo generó profundos cambios en la dogmático procesal penal, si no que también implicó redefinir las formas del quehacer investigativo en tal área del derecho; El tránsito de un modelo penal inquisitivo a uno acusatorio con tendencia acusatoria, ha llevado a mirar nuevos horizontes probatorios, a tomar de referente principios como el debido proceso, la publicidad, la contradicción, la inmediatez, la imparcialidad, la libertad de prueba y la concentración. Atrás ha quedado el ejercicio inquisitorio de investigación, donde la oficiosidad y las bases indiciarias eran los pilares y soportes para las decisiones judiciales.

Un nuevo panorama de actividad investigativa ha implicado la vinculación de nuevos actores u operadores judiciales como los jueces de control de garantías, los cuales blindan de legalidad y de constitucionalidad el ejercicio probatorio, tanto de fiscalía como de defensa, y salvaguardan los derechos fundamentales de los intervinientes y de manera particular, por su manifiesta debilidad, los derechos del procesado, que es la parte más vulnerable en el trámite procesal penal. Así mismo, la intervención de estos operadores judiciales evita el actuar desmedido de la Fiscalía como ente acusatorio, que en aras de la búsqueda de resultados puede en algunos casos extralimitarse e invadir esferas de derechos y libertades de los ciudadanos. En este sentido, la Corte Constitucional ha dejado en claro que “la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.” (Sentencia C-396 de 2007), es decir, so pretexto de hacer justicia en un caso determinado, no puede permitirse la aplicación ilimitada de medios de investigación por parte de la Fiscalía.

La retención de correspondencia como acto de investigación está regulada por el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en su Artículo

233, que dispone que la Fiscalía podrá ordenar la retención de esta clase de comunicación privada, recibida o remitida por indiciado o imputado, cuando se cuente con motivos razonables para inferir que en tales comunicaciones existe información útil para la investigación penal.

Un acto de investigación que adelante la Fiscalía como titular de la acción penal y representante de los intereses del Estado, es objeto de control judicial, ya que está de por medio el derecho a la intimidad del ciudadano, que se ve afectado por la intromisión en las comunicaciones privadas y por la invasión de la esfera íntima y personalísima del mismo. Esta circunstancia ha implicado determinar con precisión reglas claras que deben cumplirse, para que de manera excepcional se autorice tal menoscabo de derechos.

En el presente escrito se estudiará la retención de correspondencia en sus particularidades legales, observando los presupuestos o requisitos que se deben cumplir para su excepcional autorización según el contexto penal colombiano; además se analizará este acto de investigación a la luz de los derechos fundamentales en juego, para terminar en un análisis sobre la conveniencia o no de autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad de la correspondencia, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho.

2. El derecho a la intimidad

Hablar de intimidad es referirnos a una esfera privada, profunda o secreta, lugar al cual nada ni nadie tiene el privilegio de acceder a menos que tenga la autorización debida, brindada por quien ostente la condición de pertenencia en relación con dicha esfera.

La palabra intimidad tiene su génesis etimológico en el latín *intimus*, que en su tenor de uso hace referencia a lo íntimo, secreto, profundo, propio, esto nos permite colegir, que la intimidad sin lugar a dudas nos pone de presente lo reservado, es decir, lo que no está expuesto al conocimiento público.

Ahora bien, si adicionamos a la palabra 'intimidad' pura y simple, la expresión 'vida íntima', ya no solo nos referimos el término abstracto de lo secreto o privado, sino que nos ubicamos en aquellas facetas, momentos o actos

de la historia de vida de una persona determinada, la cual su dueño desea mantener en reserva.

De otra parte, vista la vida privada o íntima como un derecho, ya nos referimos a la facultad o potestad que tiene una persona para excluir a los demás del conocimiento de sus aspectos reservados o secretos, lo que se constituye en un límite para los otros ante un derecho personalísimo.

Si partimos de que la aseveración de que la vida privada es un derecho y particularmente un derecho subjetivo, estamos hablando de una facultad inherente al ser humano en razón de su naturaleza. En su libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Luigi Ferrajoli explica al respecto: “los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del *status* de persona, de ciudadanos o persona con capacidad de obrar” 2001, pag.19.

Podemos concluir entonces que el derecho a la vida íntima es una potestad personalísima del ser humano, cuyo propietario y único dueño es el legítimo para permitir intromisión alguna.

Los derechos subjetivos fundamentales, en palabras de Ferrajoli, parten del supuesto de no necesitar una instancia que los valide y los reconozca, pues su vigencia está inmersa en la existencia de la persona misma. Pero en la conformación de Estados, en cuanto estructuras sociales, ha surgido la necesidad de que los derechos subjetivos sí requieran de instancias legítimas que los validen y brinden la seguridad de su salvaguarda. Por lo anterior, se ha cedido parte de la condición personalísima de los derechos subjetivos, en los que su portador tenía libre disposición de los mismos, para facultar al Estado, con fundamento en el interés general, para que pueda en algunos casos adentrarse en la esfera privada, sobre la libre potestad de los derechos subjetivos fundamentales.

En este sentido, es cierto que un derecho subjetivo es autónomo de los cuerpos normativos, pero no se puede desconocer que necesita de la institucionalidad para su reconocimiento y salvaguarda en ciertos casos. Es decir, un derecho subjetivo es autónomo en su existencia, pero dependiente en su vigencia.

Desde otra perspectiva, pero en la línea de los derechos subjetivos fundamentales, es sustancial el aporte del profesor alemán Robert Alexis, quien explica la jerarquía que tiene los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución teoría de los máximos las cuatro particularidades esenciales que tienen estos derechos:

- El máximo rango
- La máxima fuerza jurídica
- La máxima importancia del objeto
- El máximo grado de indeterminación (Robert, 2003)

El máximo rango expresa el reconocimiento de que los derechos fundamentales son aquellos vinculados en la Constitución. En este sentido, cualquier norma que los trasgreda es considerada inconstitucional a la luz de la superioridad normativa que los contiene y por ende tal norma, contraria a los derechos fundamentales, no tendrá validez alguna.

Respecto a la máxima fuerza jurídica de los derechos fundamentales, consiste en que estos derechos fundamentales son protegidos en todas las instancias jurisdiccionales y por todos los actores judiciales.

La máxima importancia del objeto, por su parte, alude a que los derechos fundamentales constituyen la base de la estructura social y se constituyen en aquellos límites al ejercicio de otros derechos. Por último, el Máximo grado de indeterminación, significa que los derechos fundamentales tiene su propio alcance hermenéutico, que no restrictivo si no modelable a los casos particulares, lo que significa que será función de la autoridad constitucional lo encargada de dar a los derechos su alcance, teniendo en cuenta la consideración fáctica (Celis, 2006).

Lo anterior pone de presente que los derechos subjetivos se constituyen en fundamentales en la medida en que están insertos en la baraja de derechos reconocidos en el cuerpo constitucional. Además, según lo estudiado por los autores citados, debido a su condición superlativa, prevalecen sobre cualquier norma, sobre cualquier autoridad y sobre cualquier interpretación restrictiva que se pretenda de ellos.

Resultando al caso en concreto, el derecho a la vida íntima o vida privada, un derecho subjetivo fundamental, al estar reconocida en la Constitución Política Colombiana, predominando sobre cualquier norma ordinaria, y si existe alguna norma ordinaria que afronte tal derecho, aquella debe ser vista de manera irremediable a la luz de la norma constitucional, para su eventual interpretación y aplicación.

2.1 Derecho a la intimidad en la legislación internacional

En el ámbito internacional el concepto de derecho a la intimidad ha sido visto como aquel derecho a la vida privada o reservada que se circunscribe al principio de la dignidad humana. De manera particular la jurisprudencia universal e interamericana se ha pronunciado en torno a dos líneas claras en relación con el derecho a la vida privada. Una de ellas es la reserva en el ámbito del hogar, de las comunicaciones, de las relaciones de familia y la otra, que hace referencia al libre desarrollo de la personalidad, vertientes que si bien tiene sus propios ámbitos de aplicación, convergen al referir la dignidad del ser humano como persona.

En este sentido, en cuanto al derecho a la vida privada en relación con la privacidad del hogar y de las comunicaciones, está íntimamente ligada con otros derechos como la presunción de inocencia y el debido proceso contra quienes se sigue una causa penal⁵⁴, así lo estableció la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia en su compendio "Derecho internacional de los derechos humanos - Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, primera edición, abril 2004, pág. 523"

Además de lo anterior, al revisar los convenios y declaraciones internacionales, que integran el derecho a la vida privada o intimidad encontramos varias consideraciones que resultan de gran trascendencia toda vez que nos contextualizan sobre el tema. En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, establece en su Artículo 12

54 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia en su compendio "Derecho internacional de los derechos humanos - Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano"

que el derecho a la vida privada es un derecho humano, en los siguientes términos:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos-1948)

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, en su Artículo 17 consagró:

1. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966).

De igual manera la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estableció:

“Artículo V. Derecho a la Protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Artículo X. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia.

Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reguló en el Artículo 11 la protección de la honra y dignidad en relación con la vida privada, de la siguiente forma:

“Artículo 11. Protección de la honra y la dignidad.

(...)

1. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra esas injerencias o esos ataques”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

De otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2002, se pronunció en su Artículo 8 sobre el respeto a la vida privada y familiar en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2002)

En este sentido, la Directiva Europea 95/46 CE de 24 de Octubre de 1995 del Parlamento Europeo y del Consejo, refirió al respecto:

“Artículo 1: Objeto de la Directiva:

Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

Como se puede apreciar, las distintas instancias internacionales, desarrollan de manera amplia y abundante el reconocimiento de la vida privada e íntima de las personas, privilegiándola por su condición de derecho, que puede entenderse como presupuesto fundamental para el desarrollo del hombre en sociedad. También en ese sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha propuesto algunas consideraciones para blindar el respeto a la vida íntima en un marco regulado. A continuación enumeramos, en nuestras palabras algunas reglas propuestas por dicha instancia en la observación No. 16 al documento:

1. Los estados miembros de las convenciones deberán adoptar medidas legislativas en aras de la salvaguarda del derecho a la vida privada, evitando las injerencias de autoridades o particulares (§ 1, 2).
2. La intromisión al derecho a la intimidad potestad de los Estados debe ser desarrollada a través de preceptos normativos internos, pero estos preceptos deben estar ajustados a la Convención.
3. Para proteger efectivamente el derecho a la vida privada, la legislación interna debe prever “las circunstancias precisas en que podrá autorizarse la intromisión del Estado”. (§ 8).
4. Solo le es dable al Estado invadir la esfera a la intimidad, en la medida en que pretenda claramente proteger el interés social o general de la comunidad. (§ 7).
5. Cada uno de los actos del Estado que invada la esfera de la vida privada debe obedecer a una decisión individual de la autoridad potestada para tales efectos en la legislación interna, es decir, “la decisión correspondiente competirá solo a la autoridad designada por la ley para el caso, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular”. (§ 8)
6. El derecho a la intimidad salvaguarda el domicilio, la familia y la correspondencia, teniendo en cuenta que el domicilio no es solo el lugar de residencia, sino también donde se ejerce la ocupación habitual (§ 5).
7. Por último, sobre la injerencia de las autoridades públicas en la esfera de lo íntimo o privado de las personas, el Comité de Derechos

Humanos ha sido enfático en restringir las posibilidades de quebrantar la intimidad en las comunicaciones telefónicas en general. En este sentido, en las observaciones al Informe de Lesotho (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Lesotho, A/54/40, § 267: 1999), el Comité insistió en que la intromisión a la intimidad debe estar supervisada por una autoridad independiente. Igualmente, en sus observaciones al Informe de Jamaica (A/53/40, §67: 1997) y al de Eslovaquia (A/52/40, § 384: 1997), el Comité señaló que la injerencia a la vida íntima debe estar permanente supervisada por una autoridad judicial autónoma.

En conclusión, la comunidad internacional a través de sus convenios y observaciones de comités de derechos humanos, no solo reconoce, sino que además exige de los Estados integrantes de sus convenciones y sus organismos multilaterales, el reconocimiento y el respeto del derecho a la vida íntima, compromisos de los cuales Colombia no escapa de y que han de tomarse algunos como referentes en el marco del bloque de constitucionalidad y otros, aun cuando no resultan vinculantes, permiten como referente internacional normativo contextualizarnos del amplio avance que al respecto se tiene. Por ende, es dable plantear que se hace exigible tales garantías en favor de los ciudadanos y, como regla general, por ende, donde excepcionalmente se requiere la intromisión a la esfera privada, solamente puede darse con la supervisión de una autoridad independiente, que esté desprovista de cualquier interés, ya sea particular o institucional, pues de lo contrario, no es posible tan tal intromisión, pues se trata de un derecho subjetivo fundamental.

2.2 Límites al derecho a la intimidad:

En términos generales, hablar de límites o restricciones al derecho a la intimidad es referirnos a los límites de aplicación de los derechos fundamentales, lo que significa la condición restringida de los derechos en una sociedad. En efecto, uno de los temas más polémicos en las sociedades contemporáneas es la delimitación de los derechos de una persona. Al respecto, no hay posturas definitivas y la doctrina no ha tomado una línea constaste, pero se podría plantear, según nuestra consideración, que al respecto de la mencionada delimitación de derechos se desprenden dos

tendencias, una de carácter absoluta y otra de carácter relativa que se contraponen. La primera niega de manera tajante la delimitación o restricción de los derechos, habida cuenta de la condición subjetiva de los mismos. Por lo tanto, en el entendido de los mismos, como parte de la esencia del ser humano, de su dignidad, se asume entonces que al restringirle a un ser humano sus derechos, se le restringe en su libre dimensión y determinación, verbigracia, en la invasión de la esfera privada.

Por otra parte, la tendencia o teoría relativa, conlleva entonces a plantear la importancia de regular la condición absoluta e ilimitada de aplicabilidad de los derechos, pues visualiza excepciones para la aplicación ilimitada de los mismos, con el objetivo de salvaguardar el interés general de la sociedad, siempre y cuando este interés se constituya en una causa razonable.

En este sentido, la tendencia o teoría relativa plantea que la delimitación de los derechos debe estar explícita en la Constitución, por cuanto la legitimación para restringir los derechos debe fundarse en la necesidad de proteger los bienes constitucionales de orden colectivo. En todo caso, tendencia relativa reconoce que existe una confrontación de derechos en cuanto a su aplicación y prevalencia, por lo cual desarrolla el principio de la proporcionalidad a través del conocido Test de razonabilidad. En *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Antonio Luis Martínez Pugalde explica los tres momentos propios de dicho test que, al unísono con la doctrina alemana, se deben tener en cuenta para llegar a una conclusión:

1. El examen de la adecuación del precepto limitador del derecho al bien que mediante él se pretende proteger.
2. El examen de la necesidad de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir otro medio menos gravoso.
3. El examen de proporcionalidad entre la lesión al derecho y el fin que se persigue. (Martínez Pugalde, , 1997: 22).

Como se puede ver, la confrontación de las dos tendencias mencionadas en torno a la delimitación de los derechos radica en que la absoluta parte del reconocimiento de la persona y valida su esfera íntima y reservada como un lugar donde el legislador está vetado a ingresar. Entre tanto, la relativa morigerla la negación de intromisión al privilegiar el interés general, enten-

dido como un conjunto de bienes y derechos constitucionales que sitúan a la persona dentro del contexto social, cuya existencia prima sobre el interés individual. Pero, muy a pesar de la confrontación teórica, no podemos pasar por alto la razón de ser de los derechos fundamentales en una sociedad. Así lo señala Magdalena Correa Henao en su escrito *La limitación de los derechos fundamentales*, 2003, donde indica que los derechos se constituyen en normas supremas de validez de otras normas inferiores y sirven de referente interpretativo de tales normas.

En este sentido, según nuestra consideración, se acoge el planteamiento de que la existencia del derecho a la intimidad como derecho subjetivo fundamental debe ser observada como referente de validez y de interpretación, no para relativizarlo, sino para hacerlo prevalecer ante cualquier norma ordinaria, ante cualquier interpretación y ante las actuaciones de la autoridad pública o personas particulares.

Ahora bien, existen dos clases de amenazas contra el derecho a la vida íntima, que en su libro *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*, Miguel Carbonell explica en los siguientes términos:

La acción o intrusión en un espacio o zona propia, y el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. Puede hablarse en consecuencia, de una intimidad “territorial” y de una intimidad “informativa” que también puede llamarse “confidencialidad”. (Carbonell, 2005:)

Consideración que nos recuerda un aspecto importante en relación con la vigencia de los derechos fundamentales en el espacio y en el tiempo, pues nos muestra que tanto la intrusión en un espacio físico como la intromisión informativa constituyen un reto del Estado y de la sociedad en general, esto como una limitante, con miras a la prevalencia de los derechos sobre posibles intereses aislados, que en muchas oportunidades rayan con consignas coyunturales del gobernante de turno.

2.3 El derecho a la intimidad en la Constitución Política de Colombia

La Constitución de 1991 ha significado un profundo avance en cuanto a las garantías personales y colectivas de los ciudadanos colombianos, ya que no solo vincula la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,

conquistados en la Revolución Francesa, sino que también establece los derechos sociales, políticos, económicos y culturales que son garantía de la vida en sociedad. Estos derechos, adyacentes a los fundamentales, se constituyen en límites y restricciones para todas las personas y para el Estado mismo en su actuar público.

Así mismo, la Carta Política del 91 creó los mecanismos para hacer valer los derechos de manera directa y permanente, como la acción de tutela, la acción popular, la acción de cumplimiento y la acción de grupo, entre otros.

Ya particularizando el tema que nos convoca, es de precisar que la Carta vinculó el fundamental a la intimidad como un derecho subjetivo fundamental, dado que lo incluyó en el cuerpo constitucional, esto lo hace merecedor de protección y de prevalencia y, por ende, proceden todas las acciones fijadas en aras de salvaguardar su ejercicio. El derecho a la intimidad, en la Constitución Política de Colombia, está consagrado en el Artículo 15 en los siguientes términos: “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. (Constitución Política de Colombia, Artículo 15, Derecho a la intimidad. Editorial Leyer. Vigésimaoctava edición).

En el año 2003, se tramitó ante el Congreso de la República el acto legislativo no. 02 de 2003, que pretendió reformar el citado Artículo 15 constitucional, pero la Corte Constitucional, en el fallo de constitucionalidad

C-816 de 2004 declaró inexecutable la propuesta reformista debido a vicios de procedimiento en la aprobación de un informe de ponencia. Ahora bien, del texto constitucional que define el derecho a la intimidad, destacamos las siguientes ideas:

1. Todas las personas tiene derecho a una vida íntima (personal, familiar y de buen nombre).
2. El Estado colombiano garantizará el goce al derecho a la intimidad.
3. Las personas tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar sus datos personales en bancos de datos y en archivos
4. La correspondencia y cualquier otra forma de comunicación privada es inviolable.
5. La ley establecerá las “formalidades y los casos” en los cuales se pueda restringir el derecho a la intimidad.
6. Para poder limitar el derecho a la intimidad es necesaria una orden judicial previa.

Lo anterior pone de presente que el Estado colombiano, haciendo eco de la normativa internacional que lo vincula y contextualiza respecto en el marco de la globalización del derecho, reconoce el derecho a la vida íntima de las personas y fija unos compromisos estatales respecto a la garantía del mismo, al tiempo que establece la condición no absoluta de la intimidad.

La Corte Constitucional ha sido un adalid en lo que tiene que ver con la salvaguarda de los derechos fundamentales y el derecho a la intimidad no ha sido una excepción. Así lo confirman las decisiones transcritas a continuación: 1. La intimidad, que es una de las manifestaciones más concretas y directas de dicha dignidad, ha adquirido una posición privilegiada en el conjunto de los derechos constitucionales fundamentales. Esto implica, se reitera una vez más, que ante un eventual conflicto insuperable entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad en donde no pueda ser posible un equilibrio o coexistencia, la intimidad deberá prevalecer. (CC, Fallo de tutela T-486, 1992, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

“2. La opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas “razones de Estado”, históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa in **abstracto** de valores y nociones como “la moral”, el “orden público”, las “buenas costumbres” o el “interés general”, llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles. El libre ejercicio de derechos no condicionados a lo establecido por la ley, así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción, se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales. El constituyente optó por excluir de las disposiciones sobre derechos fundamentales su condicionamiento a nociones como la moral, el orden público, o la ley, prefiriendo elevar estos valores a derechos constitucionales: derecho a la honra, derecho a la paz, derecho a la intimidad, derecho al debido proceso.” (CC, Fallo de tutela T-403 , 1992 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

Además, la Corte Constitucional en el fallo de unificación SU del año 1995 precisó sobre el derecho a la intimidad: “El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o porque han trascendido al dominio de la opinión pública”. (CC, SU, 1995: 25 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía)

En la primera década del 2000, la Corte Constitucional empezó a matizar el criterio de no intromisión en la vida íntima. Así, la Sentencia de Unificación 1723 de 2000 acepta la legítima intrusión a la vida íntima, en los siguientes términos: “Es necesario diferenciar entre una injerencia del derecho al

honor y una intromisión a la intimidad de una persona. En el primer caso, la valoración se hace a partir del criterio de veracidad; en el segundo, desde el punto de vista de la relevancia pública. No obstante estos criterios son complementarios antes que excluyentes. En estos términos, una injerencia podrá alcanzar aspectos de la vida en ámbitos usualmente reservados como la casa o el ambiente familiar: allí hay una intensa protección constitucional pero eventualmente podrá haber una inspección legítima. Sin embargo, jamás será admisible una intromisión en la órbita de la esfera privada más íntima, esto es, pensamientos o sentimientos más personales y autónomos del individuo que solo expresa a través de medios muy confidenciales como cartas o diarios estrictamente privados, porque ello constituye el ámbito irreductible de este derecho, no susceptible de ser afectado". (CC, SU 1723, 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero).

Con este último fallo citado de la Corte Constitucional, se observa que muy a pesar de aceptar la irrupción legítima al derecho a la intimidad, mantiene un espacio reservado o privado que no es susceptible de ser afectado, correspondiente a lo estrictamente confidencial. En el año 2007, la Corte Constitucional nuevamente se pronuncia sobre el tema de la intimidad, al analizar la constitucionalidad del numeral 4 del Artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, en el que tal precepto excepcionaba el requisito de autorización previa del Fiscal para el registro y allanamiento en las circunstancias allí previstas. Su conclusión fue la siguiente:

Para la Sala la disposición demandada desconoce los artículos 28 y 250, numeral 2°, de la Constitución, pues permite el allanamiento y registro de inmuebles, naves o aeronaves sin mandamiento escrito de autoridad judicial competente, en eventos distintos a los contemplados en el artículo 32 superior, y desconoce la competencia que en la materia le fue asignada a otras autoridades judiciales, según antes se comentó. En efecto, la disposición impugnada no se refiere a los casos en que se puede practicar un registro domiciliario para aprehender a la persona sorprendida en flagrancia o afectada con orden de detención, que luego de la persecución se refugia en su domicilio, sino que aquí se establece un procedimiento contrario, en el cual la Policía Judicial, sin orden escrita de la Fiscalía, del juez de control de garantías o de otra de las autoridades judiciales aludidas en prece-

dencia, quedaría autorizada para llevar a cabo un registro con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin que para el efecto se requiera nada más. Siendo ello así, la norma acusada no sólo desconoce la reserva judicial que impone la preexistencia de mandato escrito de autoridad judicial competente para llevar a cabo esta clase de diligencias, sino que, además desconoce el carácter excepcional de las medidas judiciales que restringen derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional, para el caso la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, pues se prescinde de la orden del legítimo competente, así haya tiempo y medios para pedirla. (CC, Fallo C-519, 2007 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla).

La Corte, al declarar inexecutable el numeral 4 del artículo 230 de la ley 906 de 2004, ciertamente deja sin efectos jurídicos la norma impugnada, pero a su vez, valida el actuar de la Fiscalía en cuanto a la posibilidad que tiene de ordenar restricciones a derechos fundamentales. Esto parece contrariar los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por Colombia, toda vez que las normas internacionales buscan que una autoridad autónoma e independiente sea quien autorice y supervise la restricción excepcional a los derechos fundamentales, a fin de que no sea el Estado mismo, a través de la Fiscalía, quien ejerza o licencie dicha restricción. Sin embargo en el caso colombiano, es palmario que la Fiscalía, pertenece a la rama judicial, y es el órgano de persecución, investigación y acusación del Estado, lo que impide que sea una autoridad independiente, como lo estipula por la normativa y jurisprudencia internacional para garantizar un estudio objetivo de cada caso en particular.

Es pertinente decir que la norma constitucional prevé dos aspectos fundamentales en cuanto a la posibilidad de delimitar el derecho a la intimidad: de una parte, la reserva judicial, ya que debe ser una autoridad judicial la que autorice la irrupción de la esfera de la vida íntima de una persona, que para el caso colombiano será el Juez de Control de Garantías, quien es el “garante de la protección judicial de la libertad y de la efectividad y cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales de quienes participan en el proceso penal” (Corte Constitucional C-163, 2008 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño). Por otro lado, que debe existir una orden previa de

la autoridad judicial para irrumpir en la vida privada de una persona, y no posterior, como está regulado en la legislación penal colombiana.

1) Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana, en fallo del 18 de agosto de 2010, fijó cinco principios que regulan el derecho a la intimidad en nuestro país, a saber: **El principio de libertad**, según el cual, los datos personales de un individuo, sólo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo. En este contexto, la obtención y divulgación de datos personales, sin la previa autorización del titular o en ausencia de un claro y preciso mandato legal, se consideran ilícitas.

2) **El principio de finalidad**, el cual se expresa en la exigencia de someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos de su vida personal, sin un soporte en el texto constitucional que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su interioridad en beneficio de la comunidad.

3) **El principio de necesidad**, la información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexidad con la finalidad pretendida mediante su revelación. Así, queda prohibido el registro y la divulgación de datos que excedan el fin constitucionalmente legítimo.

4) **El principio de veracidad**, exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de datos falsos o erróneos.

5) **El principio de integridad**, según el cual, la información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados” (Corte Constitucional C-640 de 2010 Magistrado Ponente Mauricio Gonzales Cuervo).

Todo lo anterior pone en evidencia que la Corte Constitucional avala la tendencia relativa de intromisión o restricción de los derechos fundamen-

tales; y en lo que tiene que ver con el derecho a la intimidad, acepta su limitación bajo ciertas y determinadas situaciones, como es el caso del interés general o comunitario. Lamentablemente la Corte desconoce normas y fallos internacionales que aceptan la intromisión al derecho a la intimidad, siempre y cuando una autoridad independiente, objetiva y autónoma sea quien realice tal intromisión, a fin de garantizar la neutralidad y transparencia del acto.

3. La correspondencia como forma de comunicación privada

3.1 ¿Qué es la Correspondencia?

Es un instrumento de comunicación usado por el ser humano, que permite relacionar a dos o más personas, con la intervención de un intermediario. El diccionario de La Real Academia, define la correspondencia como “aquella acción y efecto de corresponder o corresponderse” (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición en 1992), acepción que nos ubica en la esfera de un acto individual y particular que lleva implícita la reciprocidad: de un acto particular e individual, resulta otro acto de la misma calidad.

La correspondencia ha sido por tradición un medio de comunicación que tiene un carácter personal y privado, cuya información se caracteriza por la condición de intimidad, salvo manifestación explícita del remitente. Esta condición constitutiva del acto de comunicarse por este medio es lo que nos permite hablar de la inviolabilidad de la correspondencia, que no es más que el reconocimiento carácter privado o reservado de la información contenida allí.

La correspondencia tiene cinco elementos bien definidos:

1. Emisor: es aquella persona que emite la información, la que inserta un contenido particular en el medio de comunicación.
2. Contenido: es la información como tal, la cual reviste características especiales en cuanto a su contenido en cada caso, pues en principio se podría hablar de una información pública y de otra privada.

3. Receptor: es quien recibe la correspondencia, la persona destinataria de la información.
4. Intermediario: es el puente o instrumento que conecta al emisor con el receptor.
5. Privacidad: es la condición especial de la información contenida en el medio de comunicación, la cual obedece a un interés exclusivo y excluyente del emisor y del receptor.

Por tradición, dados estos elementos, la correspondencia se caracteriza por su condición privada, rasgo esencial que sirve como garantía para el emisor y el receptor de que la información contenida no será manoseada o conocida por terceras personas que no tomen parte de la relación existente ente quien emite el mensaje y quien lo recibe. Esta característica vincula el ámbito de la correspondencia con el reconocimiento de un derecho fundamental, , que debe ser objeto de protección contra injustas exposiciones o intromisiones ajenas, protección que inicia desde el intermediarios involucra a la sociedad misma y al Estado, ya que la privacidad se vincula con el derecho a la dignidad de la persona, por cuanto la manifestación que realiza una persona, plasmada en un escrito o en otro medio, dirigida a otro, obedece al sentimiento o conocimiento íntimo, profundo o secreto, que al hacerse público o publicado sin autorización o solicitud del emisor, quebranta ese derecho a la reserva y, por ende, quebranta la dignidad del ser humano.

3.2 El servicio de correspondencia en Colombia

En Colombia, la Ley 110 de 1912 marcó un hito para el servicio de correo, pues desde entonces se fijó que será el Estado quien facilite los servicios de correo y telégrafo. Anteriormente, en todo el territorio Nacional el servicio de correo podía ser prestado por particulares, mientras que el servicio de telégrafo fue de exclusivo manejo del gobierno o requería su autorización. Dicha Ley determinó así mismo que la organización del servicio de correo se debía ajustar a las directrices de la Unión Postal Universal, entidad vinculada a las Naciones Unidas y cuyo fin es consolidar la organización de los servicios postales de los países miembros.

Posteriormente, la Ley 76 de 1914 o Ley Orgánica de los Correos y Telégrafos, reglamentó la prestación de estos servicios, en tanto

formas de comunicaciones de los habitantes del país. En esta Ley se consolidó el servicio de correo en un sentido público, de la siguiente manera: Art. 1. La dirección, organización y administración de los ramos de Correos y Telégrafos estará a cargo del Ministerio que determine el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el artículo 132 de la Constitución. El Ministro es el Jefe del ramo de Correos y Telégrafos, y es a él de consiguiente a quien corresponde estudiar y resolver todos los asuntos que se relacionen con dicho ramo, reglamentarlo y proponer al Jefe del Poder Ejecutivo los proyectos de resoluciones o Decretos que estime conducentes a la conveniente organización de él. (Ley 76 de 1914, Artículo 1).

- Mucho tiempo después, el Decreto Reglamentario 75 de 1984 definió los elementos que hacen parte de las actividades que hacen parte propia del servicio de correos: “Las cartas.

- Las tarjetas postales.

- Los impresos hasta de 1.000 gramos.

- Los envíos publicitarios.

- Los envíos o recibos de todo tipo con la dirección del destinatario.

- Los envíos agrupados de cartas.

- Las encomiendas postales hasta 2.000 gramos de pesos

- El servicio de correo electrónico” (Decreto Reglamentario 75 de 1984.)

Y fue la ley Ley 72 de 1989 por medio de la cual se definieron en los principios

sobre la organización de las telecomunicaciones en Colombia y el régimen de concesión de los servicios. Esta ley permite que el servicio de telecomunicaciones pueda ser prestado a través de concesiones, contratos o licencias.

En su cuerpo articular, establece que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, planea, regule y controle todos los

servicios de comunicaciones, tales como el servicio de telecomunicaciones, informativos, telegrama, servicios especializados y servicios postales.

Luego el Decreto 2122 de 1992, precisó que el Ministerio de Comunicaciones tiene, a nombre de la Nación, la titularidad de los servicios postales, el otorgamiento de concesiones y licencias para la prestación de servicios postales y el ejercicio de funciones de vigilancia, inspección y control de los servicios de correo. Y después, fue la Ley 80 de 1993 en el Artículo 37, como Estatuto de Contratación Pública, la que especificó el régimen de concesiones y licencias de los servicios postales al referir lo siguiente:

“Se entiende por servicio de correo la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aéreos, dentro del territorio nacional. El servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros.

Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia a las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

El Gobierno Nacional reglamentará las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente fijará los derechos, tasas, y tarifas, que regularán las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.

Parágrafo 1º. La prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente ley. (Ley 80 de 1993, Artículo 37). (Negrillas y subrayados fuera de texto).

Más adelante, la Ley 1369 de 2009, define los objetivos de la intervención del Estado en los servicios postales, y para tales efectos determina lo siguiente:

“Artículo 2. Objetivos de la Intervención del Estado. La intervención del Estado en los servicios postales tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar la prestación eficiente, óptima y oportuna de los servicios postales.
2. Asegurar la prestación del Servicio Postal Universal.
3. Garantizar el derecho a la información y a la inviolabilidad de la correspondencia.
4. Asegurar que las tarifas permitan recuperar los costos eficientes de prestación del servicio y que reflejen los distintos niveles de calidad ofrecidos por los Operadores Postales.
5. Promover la libre competencia y evitar los abusos de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia.
6. Estimular a los Operadores a incorporar los avances tecnológicos en la prestación de los servicios postales.
7. Sancionar las fallas en la prestación de los servicios y el incumplimiento de la normatividad vigente.
8. Facilitar el desarrollo económico del país.” (Ley 1369 de 2009, Artículo 2.). (Negrilla y subrayados fuera de texto).

En este mismo cuerpo normativo, en el Artículo 24 estableció claramente los derechos que tienen los usuarios del servicio de correo, y en este sentido señaló que uno de los principios fundamentales de esta clase de comunicaciones es el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones postales, así como el respeto a la intimidad del beneficiario. Pero en este orden, en el Artículo 48 plasma la excepción al tema de la reserva del servicio de correo y establece que las instalaciones del operador postal podrán ser registradas excepcionalmente por autoridades policiales en los casos que prevea a la ley, situación que habilitó la opción de la retención de correspondencia excepcional, como más adelante lo veremos.

A la luz del desarrollo legal del servicio de correspondencia en Colombia, es importante precisar que a la fecha el Estado mantiene el monopolio del servicio postal, más sin embargo, aunque la mayor parte de este se encuentra concesionado o licenciado a entidades particulares. Esto, por lo que ha llevado a que el Ministerio de Comunicaciones, en representación del Estado, establezca mecanismos de control y de supervisión en aras de salvaguardar los derechos de los usuarios del servicio de correo, y de manera particular, en relación con el derecho a la intimidad que le asiste a la persona que hace uso de este servicio.

Así mismo lo ha confirmado la Corte Constitucional en fallo C-407 de 1994, donde precisa la naturaleza del servicio de correspondencia, en los siguientes términos:

“Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. En efecto, en virtud del artículo 137 de la Ley 110 de 1912, el servicio postal era de libre iniciativa de los particulares. Más tarde, se monopolizó el mencionado servicio modificando la libre iniciativa mediante la ley 142 de 1913, la cual nacionalizó el servicio de correos, y la ley 76 de 1914 que en su artículo 17 estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional. Estas definieron como servicio público de exclusiva prestación estatal a los correos, correspondiéndole a esa palabra, en aquella época, un sentido genérico. Esa titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales. (Corte Constitucional C-407 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero)

El anterior pronunciamiento encuentra su fundamento, además de los normas legales, en lo preceptuado en De igual manera, la Constitución Política de Colombia de igual manera en su Artículo 365 licencia que le permite al Estado se reserva el monopolio de ciertas actividades estratégicas o

servicios públicos, que no es la excepción incluidos los servicios postales. Por esta, razón, por la cual, el Estado colombiano tiene la facultad de direccionar el servicio de correo, pero a su vez tiene el deber de garantizar la calidad del servicio y responder por las implicaciones del mismo calidad de servicio y garantías del servicio, dentro de las que se encuentran la privacidad y reserva de la correspondencia.

Lo hasta ahora dicho permite colegir que el Estado colombiano es garante del servicio de correspondencia, no solo en cuanto a su calidad como servicio público, si no también, en cuanto a la prevalencia de los derechos de las personas que intervienen en el mismo; lo que significa en el tema que abordamos, que el Estado garantizará el derecho a la confidencialidad e intimidad que reviste el servicio de correspondencia.

4. Sobre la retención de correspondencia en el proceso penal colombiano

La retención de correspondencia en el actual modelo de enjuiciamiento penal colombiano, constituye una muestra latente de limitación o restricción de los derechos fundamentales. Acorde a lo expuesto hasta el momento, la correspondencia es un medio de comunicación bajo la responsabilidad estatal, que tiene un rasgo fundamental que es la vida íntima o secreta del ser humano que así lo dispone en sus comunicaciones privadas. En este sentido, la correspondencia queda cobijada por una garantía o derecho de orden subjetivo, ya que la intimidad se vincula per se al derecho fundamental de la dignidad, todas vez que se relaciona con esa esfera resguardada y privada de la persona, y es deber del Estado, de conformidad con la establecido en el Artículo 2 de la Constitución Política de 1991, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...). 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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. (Constitución Política de Colombia, Artículo 2)

Tal como se dijo anteriormente, el derecho a la intimidad se ubica en el listado de derechos fundamentales y está resguardado por la Constitución

en su el Artículo 15: “La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley” (Constitución política de Colombia, Artículo 15.). En consecuencia, es claro que la Carta Política privilegia la intimidad en la correspondencia como un derechos subjetivo fundamental y, a su vez delega al Estado colombiano el deber al Estado colombiano de proteger esa garantía. Sin embargo, también excepciona la condición absoluta de la intimidad en la correspondencia, facultando al legislador para expedir leyes en aras de determinar los casos y las ritualidades para entrometerse en la correspondencia, y faculta a las autoridades judiciales para que, con fundamento en esas leyes, autoricen la intromisión en la vida íntima de las personas, accediendo a su correspondencia.

El órgano legislativo nacional, en aras de garantizar la inviolabilidad de la correspondencia, vincula en la Ley 599 de 2000 (Código Penal), los “delitos de violación ilícita de comunicaciones y violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial”:

“Artículo 192. Violación ilícita de comunicaciones. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si el autor de la conducta revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Artículo 196. Violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida comunicación o correspondencia de carácter oficial, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena descrita en el inciso anterior se aumentará hasta en una tercera parte cuando la comunicación o la correspondencia esté destinada o remitida a la Rama Judicial o a los organismos de control o de

seguridad del Estado.” (Código Penal, Ley 599, 2000, Artículos 192 y 196.).

No obstante, estamos ante consideraciones axiomáticas. Los preceptos normativos hacen especial referencia a la posible intromisión de los particulares en la correspondencia privada, pero no precisan la eventual intervención legítima del Estado en la correspondencia privada, pues, como quedó previsto por la norma constitucional, sí es posible la intrusión de las autoridades públicas en la esfera privada de la correspondencia.

En este sentido, el Código de Procedimiento Penal, – mediante la Ley 906 de 2004, desarrolló la excepción para entrometerse en la correspondencia de las personas. Así, el Artículo 233 de la norma en citada, se faculta a la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones como ente de investigación y acusación en representación del Estado, para que ordene la retención de la correspondencia privada, postal, telegráfica o de mensajería especializada o similar que sea recibida o emitida por el indiciado o imputado, pero siempre y cuando se tengan motivos razonablemente fundados para creer que existe información útil para la investigación. (Código de Procedimiento Penal Colombiano, Ley 906 de 2004, Artículo 233). Esto amerita algunas consideraciones tanto desde la perspectiva de lo reglado en la Constitución Nacional como desde las normas internacionales incorporadas al orden legal colombiano, con fundamento en el Artículo 93 de la Carta Política.

En primer lugar, decir que la norma constitucional es clara en relación con la condición de inviolabilidad de la correspondencia, lo que nos ubica en la regla general que la correspondencia, en principio, no puede ser profanada, pues se debe salvar la privacidad de las personas, y es deber del Estado colombiano, de sus autoridades y de los particulares que administren el servicio postal, salvaguardar a toda costa la intimidad de los usuarios de los servicios de comunicación postal. En este sentido, es importante tener en cuenta que la intromisión a la correspondencia es la excepción, pero no porque de vez en cuando se pueda interferir la correspondencia, sino, que porque debe ser vista como último recurso, es decir, que después de agotadas todas las posibilidades para lograr el cometido investigativo oficial, se podría hacer el análisis de interceptación de correspondencia. Esto, en

conformidad es acorde con lo referido por la Corte Constitucional en el Fallo de constitucionalidad C-417 de 2009, que al estudiar la restricción de derechos fundamentales y al aplicar una norma sustancial, dijo:

“(...) habiendo sido reconocido el derecho de libertad de expresión e información, como un derecho preferente, lo que obliga sin duda alguna a aplicar en el presente asunto el juicio de proporcionalidad más estricto e intenso, pues no sólo se enfrenta el juez constitucional a una limitación de derecho fundamental, sino a una limitación de un derecho fundamental especialmente valioso para el sistema constitucional en sí mismo. Es decir que el estudio de la disposición acusada, al momento de analizar los cuatro criterios, debe tener en cuenta adicionalmente un conjunto de elementos de juicio que aseguran una valoración íntegra, completa, garante de esta libertad preferente. Resultando de su aplicación que el fin de la norma es legítimo, la norma es adecuada y conducente para el logro del fin perseguido, pero la situación es diferente con los pasos relacionados con la necesidad y la estricta proporcionalidad, en los que se indaga, si no existen otros medios menos onerosos para lograr el mismo objetivo perseguido y si las restricciones que la norma impone sobre un derecho se justifican en función de los beneficios que se derivan para la vigencia de otros derechos, siendo indispensable identificar si la medida es útil, razonable, oportuna y también imperiosa o estrictamente indispensable, de modo que el objetivo legítimo e imperativo no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo....(...)” (CC, Fallo C-417, 2009 Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Perez.)

De otra parte, es importante insistir la garantías de objetividad que exigen las normas internacionales en torno a una eventual restricción de derechos fundamentales, es decir, que pues una carga que impone la normativa internacional al Estado es que deberá, a través de una autoridad judicial objetiva, velar por el estudio de autorización, seguimiento y control del quebranto temporal del derecho fundamental, que para el caso en cuestión es el derecho a la intimidad.

Pero en Colombia, la retención de correspondencia se encuentra desarrollada como un acto de investigación de la Fiscalía, la cual de manera previa

y directa, puede, sin autorización ni control previo, determinar la intromisión en la correspondencia de una persona. Basta revisar la norma adjetiva penal para encontrarnos con que la Fiscalía es el órgano de persecución penal del Estado, y por ende, poco o nula objetividad tendrá en relación con sus actos investigativos, no por la ilegalidad que pudiera circundarle, si no, por su naturaleza legal y constitucional en cuanto ente investigador y acusador. Así nos permite entenderlo, en el Fallo C-1194 de 2005 de la Corte Constitucional:

“A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991, y que aún rige en buena parte del país, en el que la Fiscalía ejercía -a un tiempo- función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del Ffiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado. La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación (...).” (CC, Fallo C-1194 , 2005 Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra).

Lo anterior pone de presente el riesgo de una abierta vulneración a los mandatos internacionales reconocidos por Colombia, en la medida en que más allá de la condición de autoridad judicial del funcionario que autorice la limitación de los derechos fundamentales, está en juego la su objetividad. En efecto, los convenios suscritos por Colombia buscan que garanticen una ponderación transparente y justa, en virtud de la cual solo excepcionalmente se autorice la trasgresión de un derecho fundamental subjetivo. Se busca, además, que este además, que este quebranto obedezca a criterios de prevalencia de derechos colectivos, también de orden fundamental.

Otro aspecto que es importante analizar es el de los casos y las formalidades que se deben verificar para que se autorice la intromisión en la intimidad de la correspondencia de conformidad con lo determinado por la norma constitucional. Vale la pena precisar que en la Ley 906 de 2004 se prevé de manera general que los casos pertinentes son todas aquellas investigaciones penales donde los medios cognoscitivos permitan inferir que existe información útil para la pesquisa acusatoria.

En este sentido, se hace evidente que la Ley procesal penal no establece de manera clara y concreta los casos en los cuales procede la limitación del derecho a la intimidad en la correspondencia, antes bien nos ubica en la situación donde en todos aquellos eventos en que el fiscal infiera a partir de los medios cognoscitivos que existe información útil para una investigación penal, podrá ordenarse la retención de correspondencia, circunstancia que es plenamente contraria a los mandatos internacionales, pues además de quedar la intromisión en manos de una autoridad abiertamente parcializada, se deja la limitación de un derecho fundamental al libre arbitrio del fiscal que valora subjetivamente la supuesta utilidad investigativa. Por anterior consideramos que el artículo 233 del código adjetivo penal colombiano, es contrario a los tratados internacionales.

4.1 Control de Legalidad de la Retención de Correspondencia

Tal como quedó expuesto previamente uno de los trámites que debe agotarse para que se pueda restringir de forma provisional del derecho a la intimidad en la correspondencia, es mediante autorización que debe dar una autoridad independiente judicial. En el caso colombiano y a la luz de la Ley 906 de 2004 se ha creado la figura del Juez de Control de Garantías, quien sería el llamado a permear cualquier solicitud de intromisión en la vida privada que es, como hemos señalado un derecho subjetivo fundamental.

Desde esta óptica el Juez de Control de Garantías, en palabras de la Corte Constitucional es el llamado a examinar “si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía no solo se adecúan a la ley, sino además, son proporcionales tomando como base los propósitos colectivos” (Fallo T-293 , 2013 Magistrada Ponente Maria Victoria Calle Correa)

Bajo estos parámetros, y evocando decisiones de la Corte Constitucional, esta determinó que el Juez de Control de Garantías debe estudiar los siguientes aspectos antes de autorizar la intromisión en los derechos fundamentales::

1. La medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
2. La medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin.
3. El objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad". (CC; Fallo T-293 , 2013. Magistrada Ponente Maria Victoria Calle Correa)

Una vez el Juez de Garantías verifique estos aspectos, deberá pronunciarse sobre las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias que soportan la petición de la Fiscalía, y determinar si tal solicitud resulta viable conforme a los parámetros legales internacionales y constitucionales.

En este marco, la condición de imparcialidad del juez o autoridad que emita la orden es fundamental. Lo es, así mismo, que la orden emitida sea por parte de una autoridad competente y neutral, y finalmente, que la autorización de intromisión en el derecho fundamental sea anterior al cumplimiento de la misión investigativa.

4.2. La Policía Judicial y la Retención de Correspondencia

De conformidad con el Código de Procedimiento Penal - (Ley 906 de 2004), la Policía judicial es el órgano encargado de cumplir la orden de retención de correspondencia, que emana de la Fiscalía. El informe de Policía judicial puede constituirse en el fundamento para la emisión de la orden de retención de correspondencia, de conformidad con lo regulado en el Artículo 221 del Compendio adjetivo penal.

Una vez cumplida la orden de retención de correspondencia, la Policía judicial cuenta con un término máximo de 12 horas para presentar el informe al fiscal que emitió la orden y, vale la pena advertirlo la orden de retención de correspondencia tendrá un periodo de vigencia máximo de un año.

En este orden de ideas nos permitimos traer a colación el formato de orden de retención de correspondencia que es usado por la Fiscalía, con dirección a la Policía judicial, para el cumplimiento del acto de investigación:

 FISCALIA GENERAL DE LA NACION	PROCESO PENAL	Código: FGN-50000-F19 Versión: 02 Página 1 de 1
	ORDEN DE RETENCIÓN DE CORRESPONDENCIA	

Departamento		Municipio		Fecha		Hora:	
--------------	--	-----------	--	-------	--	-------	--

1. Código único de la investigación:

Dpto.	Municipio	Entidad	Unidad Receptora	Año				Consecutivo											

2. Clase de correspondencia (enúnciela):

--

3. Organismo de Policía Judicial a la que se imparte la orden:

--

4. Delito:

Delito	Artículo
1.	
2.	
3.	

5. Finalidad:

6. Motivos fundados (indicar las circunstancias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad):

7. EMP/EF/ILO/ que fundamentan la solicitud:

1.	Informe de Policía Judicial		No. de informe:	
Entidad				
Grupo de PJ			Ciudad	
Servidor:			Identificación	
Dirección			Teléfono	
Correo Electrónico				

2.	Declaración jurada de testigo	
----	-------------------------------	--

3.	Informante	
Razones de confiabilidad:		

4	Otros (Haga una relación de estos:)

8. Plazo de la orden:

Días	
------	--

Estado de la actuación	Indagación		Investigación		Juicio	
------------------------	------------	--	---------------	--	--------	--

9. Control de Legalidad:

Fecha de audiencia	Juez de Garantías	Resultado

10. Datos del Fiscal:

Nombres y apellidos		
Dirección:	Oficina:	

Departamento:		Municipio:	
Teléfono:		Correo electrónico:	
Unidad		No. de Fiscalía	

Firma,

11. Servidor con funciones de Policía Judicial responsable de la orden:

Entidad		
Grupo de PJ		Ciudad
Servidor:		Identificación
Dirección		Teléfono
Correo electrónico		

Firma: _____

Fecha y hora de recibo: _____ (Formato "Orden de Retención de Correspondencia", Fiscalía General de la Nación, Código FGN 50000-F19, Versión 02.)

Pero, muy a pesar del protocolo y del formalismo vinculado en la solicitud por parte de la Fiscalía a la Policía Judicial de la fiscalía a la policía judicial para la retención de correspondencia, no resultan evidentes la transparencia y la objetividad defendida por las normas internacionales, antes bien, son palpables la subjetividad y el interés del ente acusador en aras de la obtención de resultados en virtud de su propósito legal de investigar y acusar.

Al respecto llama poderosamente la atención, el hecho de que el numeral 9 del formato, se inserte el ítem de control de legalidad, especificando la fecha de audiencia, el juez de garantías y el resultado, como si la fiscalía reconociera de manera implícita la necesidad de recurrir previamente ante el Juez de Garantías, antes de quebrantar el derecho a la privacidad de la

correspondencia, tal como lo estipula el marco legal, cuando lo cierto es que para el cumplimiento de la orden basta la autorización del Fiscal. Posteriormente, solo hace falta el control de legalidad del acto de investigación dentro de las 24 horas siguientes a la recepción del informe de policía judicial, según lo indica el Artículo 237 del Código Procesal Penal.

En principio, este procedimiento exige mucha diligencia por parte de la defensa, en la medida en que debe contabilizar los términos (12 horas) para la entrega del informe de la Policía Judicial al Fiscal, y después, verificar las 24 horas que pueden correr entre la hora de presentación del informe y la hora de la audiencia ante el Juez de Control de Garantías.

Sin embargo, pese a este rigor en los términos, la emisión de este tipo de órdenes se torna ilegal e ilegítima, conforme a las consideraciones de la normatividad internacional, toda vez que la Fiscalía, no es, ni puede ser, una autoridad imparcial.

Basta recordar la Sentencia C-396 de 2007, donde la Corte estableció los límites constitucionales a la búsqueda de la verdad y en aquel entonces dijo:

“La visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones, pues ni siquiera en estados de excepción pueden suspenderse (artículo 214, numeral 2º, de la Carta). De esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.“(Fallo C-396 , 2007 Magistrado Poenente Marco Gerardo Monroy Cabra) (Subrayado fuera por fuera del texto)

4.3 Presupuestos Legales para la Retención de Correspondencia

A pesar del esfuerzo argumentativo del presente escrito, en relación con la ilegalidad y arbitrariedad de la retención de correspondencia, tal como está

prevista en la norma adjetiva colombiana, para efectos académicos, no permitimos hacer referencia a los parámetros exigidos por la norma procesal vigente para que sea procedente la retención de correspondencia:

1. Debe ser ordenada la Fiscalía. (Artículo 233 c.p.p.)
2. Deben existir motivos fundados. (Artículo 221 del c.p.p.)
3. La debe practicar la Policía judicial. (Artículo 228 c.p.p.)
4. La correspondencia debe ser privada transportada o trasladada por cualquier medio, o a nivel de mensajería especializada o similar.
5. La correspondencia debe ser la enviada o recibida por el indiciado o imputado. (en principio dentro del término procesal previo a la audiencia de formulación de acusación, pues de lo contrario estaríamos ante una prueba eventualmente sobrevenida)
6. La retención podrá realizarse sobre el documento original o también se podrá obtener copia de los mensajes transmitidos o recibidos por el indiciado o imputado, o simplemente obtener de las empresas de mensajería especializada la relación de envíos hechos o recibidos por el indiciado o imputado.
7. El acto de retención de correspondencia debe ser útil para la investigación adelantada.
8. El periodo de tiempo de la retención de correspondencia es máximo un año.
9. Existe reserva judicial en la retención. Dentro de las 24 horas siguientes al diligenciamiento de la orden de retención de correspondencia, el Fiscal comparecerá ante el Juez de Control de Garantías, para que realice la audiencia de control de legalidad sobre lo actuado. (Artículo 237 C.P.P.)

Estos requerimientos, constituyen limitaciones al ejercicio intromisorio a la vida privada de los ciudadanos y de manera particular cuando son objeto de investigación penal. Por ello el presente escrito profundizará sobre estos tópicos reglamentarios y su desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial, al interior del cuerpo normativo colombiano.

5. Conclusiones y Aportes

- De conformidad con los diversos instrumentos internacionales, con la norma constitucional y con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, toda restricción de derechos o a libertades fundamentales, dentro del marco normativo que le es propio al legislador, debe corresponder siempre a criterios de necesidad y de proporcionalidad.
- El derecho a la intimidad, en tanto derecho subjetivo fundamental, debe ser referente de validez e interpretación ante cualquier norma ordinaria y para cualquier actuación de autoridad pública, es decir, que en caso de contradicción entre una norma ordinaria o una actuación y la intimidad o privacidad de una persona, prevalecerá el derecho fundamental.
- A la luz de los convenios y tratados suscritos y ratificados por Colombia, cualquier pretensión de exceptuar el derecho a la intimidad, debe pasar por el filtro de aprobación de una autoridad judicial independiente, la cual autorice, vigile la legalidad y evite extralimitaciones, en las actuaciones de autoridades públicas.
- En Colombia está regulada constitucional y legalmente la interceptación de correspondencia, como un acto de investigación de autoridad pública en representación del Estado. Se constituye en una excepción a la condición absoluta del derecho a la vida íntima y al ser definida de esta manera en la Constitución Política y en la ley, se otorgan facultades a determinadas instancias para delimitar tal derecho.
- Para la realización legítima y legal de la retención de correspondencia en el Estado colombiano, tomando como fundamento los tratados y convenios suscritos y ratificados por el mismo, se requeriría la aprobación previa de una autoridad judicial y el seguimiento y control de tal injerencia. Pero este requisito no se cumple en la Ley Procesal Penal (Ley 906 de 2004), ya que la retención de correspondencia se encuentra prevista en el Título I, Capítulo II del Código, dentro de los actos de investigación que no requieren de autorización judicial previa para su realización.
- La condición que desarrolla la Ley Procesal Penal para autorizar la retención de correspondencia resulta banal. En su texto refiere: “El Fiscal General o su delegado podrá ordenar a la Policía judicial la retención de

correspondencia cuando tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que existe información útil para la investigación”. Pero las expresiones ‘inferir’ y ‘utilidad’ a la investigación, se puede constituir en una simple sospecha que abra las puertas a cualquier clase de aporte a una investigación, dejando de lado, así, la prevalencia del derecho a la intimidad y su condición de referente de validez e interpretación. Esto haría improcedente, a la luz de la Constitución Política, el acto de retención de correspondencia en las condiciones previstas en la ley.

Referencias

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (s.f.). Manual Para el Juez de Control de Garantías en el sistema acusatorio penal. Primera edición abril de 2006. Fuente: <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a16/10.pdf>. Consulta 02 de mayo de 2015 Hora 11:22.

(1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, .

(1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

(1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* .

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 1992. T- 403. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. 3 de junio de 1992. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-403-92.htm>. Consulta 02 de mayo de 2015- Hora 09:30.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 1992. T-486. M.P Alejandro Martínez Caballero. 11 de Agosto de 1992. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-486-92.htm>. Consulta 02 de mayo de 2015- Hora 11:30.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 1995. SU 056. M.P Antonio Barrera Carbonell. 16 de febrero de 1995. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/SU056-95.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 11:43.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Penal, Ley 599, artículos 192 y 196. (2000).

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2000. SU 1723. M.P Alejandro Martínez Caballero. 12 Diciembre 2000. Fuente: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/SU1723-00.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 11:49

(2002). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 906 artículo 233. (2004) Código de Procedimiento Penal Colombiano. Diario Oficial 45602 de julio 7 de 2004.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2005. C-1194 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. 22 de Noviembre de 2005. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-1194-05.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 11:52

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2007. C-396 . M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. 23 de Mayo de 2007. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-396-07.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 11:55

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2008. C-163 M.P Dr. Jaime Córdoba Triviño. 20 febrero de 2008. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/qfullhit.htw?CiWebHitsFile=/relatoria/2008/c-163-08.htm&CiRestriction=%23filename%20%2AC-163-08%2A.htm&CiBeginHilite=%3CB%20CLASS=HIT%3E&CiEndHilite=%3C/B%3E&CiHiliteType=Full> Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 11:58

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2009. C-417. M. P Juan Carlos Henao Perez. 26 de junio de 2009. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 12:00

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2010. C-640. M. P Mauricio Gonzalez Cuervo. 18 de agosto de 2010. Fuente: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-640-10.htm>. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 12:02

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2013. T-293 M. P María Victoria Calle Correa. 21 de mayo de 2013. Fuente: <http://www.corteconstitu>

cional.gov.co/RELATORIA/2013/T-293-13.htm. Consulta 02 de Junio de 2015 – Hora 12:02

Acto legislativo No. 02 de 2003.

Alcalá Noriega, H. (2005). “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”. En: *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 15 - 64.

Carbonell Sánchez, M. (2005). *Los Derechos Fundamentales en México*. México: UNAM - Porrúa - CNDH.

Celis Quintal, M. A. (2006). *La protección de la Intimidad como Derecho Fundamental de los mexicanos*. México: UNAM.

(s. f.). Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16.

(s. f.). Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre el informe de Lesotho (A/54/40, parr. 267, 1999), de Jamaica (A/53/40, parr. 67, 1997), y de Eslovaquia (A/52/40, parr. 384, 1997).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución política de Colombia.

Correa Henao, M. (2003). *La limitación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, Universidad Externado de Colombia.

(s.f.). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.

Decreto Reglamentario 75 de 1984.

Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima primera edición. (s.f.).

Evans Espiñeira, E. (s.f.). La privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia como límites al ejercicio de las potestades jurisdiccionales. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, No. 3, 569 – 578.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL 2007. C-519. M.P Nilson Pinilla Pinilla. 11 de Julio de 2007.

Ferrajoli, L. (2005). , “*Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*”. Madrid: Trotta.

Formato “Orden de Retención de Correspondencia”, Fiscalía General de la Nación, Código FGN 50000-F19, Versión 02..

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1369 de 2009, Artículo 2.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 76 de 1914, Artículo 1.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Ley 80 de 1993, Artículo 37.

Martínez Pugalde, A. L. (1997). , *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Oficina en Colombia, del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derechos Internacional de los Derechos Humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistema universal y americano. (s.f.).

Parlamento Europeo. (1995). *Directiva Europea 95/46 CE de 24 de Octubre*.

Robert, A. (2003). Los Derechos Fundamentales en el Estado Democrático de Derecho. En *neoconstitucionalismo (s)*, Carbonell, Miguel, (pág. 32 y 33.). Madrid: Trotta.

Schneider, H. P. (1979). Peculiaridad y función de los derechos fundamentales de un Estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos* N° 7 (Nueva época) Madrid. España.

Zagrebelsky, G. (1992). *Il Diritto Mite. Legge, diritti*. Giulio Einaudi: Torino.

AUDIENCIAS DE CONTROL PREVIO PARA OBTENCIÓN DE MUESTRAS CUANDO EL IMPUTADO O LA VÍCTIMA SE NIEGUEN A PROPORCIONARLAS

*Rafael Ángel Ramírez Restrepo*⁵⁵

Resumen

El propósito es presentar un texto concreto y de carácter jurídico que permita a los defensores públicos resolver problemas de su vida práctica al momento de atender a un usuario en virtud de una conducta constitutiva del derecho penal, en la que inicialmente debe determinarse el debido proceso y el debido proceso probatorio penal, en los momentos de la búsqueda, recolección, solicitud, decreto y desahogo o práctica del elemento material con vocación de prueba en el sistema penal oral acusatorio colombiano, cuando el imputado o la víctima se nieguen a proporcionarlas.

Se tomarán normas legales que sustentan las audiencias de control previo ante el Juez Penal Municipal o Promiscuo Municipal con función de control de garantías, cuando el imputado o la víctima se nieguen a proporcionarlas, normas de carácter constitucional de la dignidad humana y soportes

⁵⁵ Abogado Universidad de Medellín, Magister en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Especializado en Derecho Penal y Criminalística y Especialista en Legislación Ambiental de la Universidad de Medellín, Especialista en investigación criminal y juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás de Aquino, Defensor Público adscrito a la oficina especial de apoyo y capacitación de la ciudad de Medellín Antioquia- OEA Medellín, Formador Master de la Escuela de la Defensoría Pública de la Defensoría de la Pueblo de Colombia " Roberto Camacho W. "

jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia, para así poder generar en el defensor público, competencias, destrezas y habilidades que le permitan ejercer de manera dinámica su rol al momento de la asistencia a un ciudadano.

Es entonces, un aporte académico y jurídico a los defensores públicos en la noble tarea de ejercer la defensa de los más desprotegidos de este país, por lo cual, se estructura de este documento sobre ejes temáticos organizados en siete capítulos, a través de los cuales se introduce el tema, se exponen los antecedentes de la no autoincriminación atiende el asunto de las audiencias para solicitar la obtención de muestras que involucren, o bien al imputado o bien a la víctima cuando estos se nieguen a proporcionarlas.

Palabras clave:

Dignidad humana; debido proceso; no autoincriminación; derecho comparado; obtención de muestras; imputado; víctima; probatorio penal; legalidad; ponderación; necesidad.

Abstract

The purpose is to present a specific text and legal status that allows public defenders solve their practical life at the time of care for a client under a constitutive behavior of criminal law, which initially must determine the due process and the proper criminal evidentiary process, in moments of searching, gathering, application or practice decree and relief material test element vocation in the Colombian oral accusatory system, when the accused or the victim refuse to provide them.

Laws that support previous control hearings before the City Municipal Civil and Criminal Court or with guarantees control function will be taken when the accused or the victim refuse to provide them, constitutional standards of human dignity and case stands Constitutional Court of Colombia, in order to generate public defender, competencies, skills and abilities that enable it to exercise its role dynamically when attending a citizen.

That is, an academic and legal public defenders in the noble task of exercising the defense of the most vulnerable of this country contribution, therefore, is structured this document on themes organized into seven chapters, through which the topic is introduced, the background of the autoincrimación not attend the subject of hearings to solicit sampling involving either the accused or the victim when they refuse to provide them exposed.

Keywords:

Human dignity; due process; self-incrimination; comparative law; sampling; imputed; victim; criminal evidence; legality; weight; need.

Introducción

Se optó por este tema, toda vez que en la actualidad se está presentando una situación especial con respecto a la forma de búsqueda, solicitud y orden de la práctica probatoria que involucra al indiciado e imputado cuando se niegan a proporcionar un fluido corporal o emp que pueda servir de prueba en el proceso penal a la luz de la no permanencia de la prueba y la no autoincriminación, con aplicación de las leyes o advertencias de las “Leyes Miranda.” (Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de América. Casos destacados del Tribunal Supremo de EEUU. Caso Miranda. Página 643. Tirant lo Blanch. 2002)

Es relevante el presente trabajo toda vez que la Corte Constitucional de Colombia, en diversos pronunciamientos –que serán el apoyo jurisprudencial del defensor público al atender a un usuario–, por vía de acciones constitucionales de inexequibilidad, ha adoptado un procedimiento especial sobre la forma de consecución de ese elemento material que podrá ser prueba en el desarrollo del gran juicio oral.

Como quiera que el tema a tratar a nivel de aporte a la comunidad preocupada por el funcionamiento del sistema acusatorio en nuestro país, tiene una incidencia directa con la dignidad humana desde su desarrollo conceptual con base en los tratados internacionales, el bloque de constitucionalidad, las normas constitucionales y legales a efectos de que la misma no sea

amenaza o vulnerada, se debe preservar en todas sus formas y ello implica la no instrumentalización del hombre, ya que el mismo es en sí un fin y no un medio, por ello importante es determinar si el cuerpo como tal es un fin por sí solo o si lo es, de acuerdo a lo que se extraiga del mismo de manera técnica y científica.

La Dignidad Humana tiene especial protección en el Artículo 1 de la Carta Política de Colombia y el artículo 1 de la ley 906 de 2004 y en los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la obligación de informar siempre a la persona detenida, desde el momento de su detención, respaldado de manera especial en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Con vigor en Colombia desde el 23 de marzo de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968) nos ilustra en su preámbulo y en los artículos 7 y 9 numeral 2; y en el artículo 7 numeral 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978 en virtud de la ley 16 de 1972), enseña que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia; deben comportarse fraternalmente los unos con los otros y en el Artículo 5.1 de la Convención americana de derechos humanos, se da una especial protección al derecho a la integridad personal.

En el Preámbulo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39 / 46. Del 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor para Colombia el 8 de enero de 1988, en virtud de la ley 70 de 1986.), se reconoce la dignidad inherente a la persona humana.

Como quiera que el eje central del sistema acusatorio es el juzgamiento, en la etapa de la indagación e investigación previa se pueden realizar diligencias ante el juez de control de garantías, que nunca será el mismo del juzgamiento, unas que requieren de control previo y otras de control posterior en un plazo que no supere las 36 horas.

Entre las diligencias ante el juez de control de garantías que requieren de control previo, se encuentran las Audiencias para solicitar la obtención de muestras que involucren al imputado cuando este se niegue a proporcionarlas (Artículo 249 de la ley 906 de 2004) y cuando así ocurra en la obtención de muestras que involucren a la víctima.(Artículo 250 de la ley 906 de 2004), donde se debe dar especial protección a la dignidad humana.

Por lo anterior, hare una presentación del derecho a la no autoincriminación, sus antecedentes internacionales, como la Cámara Estrellada o Star Chamber de Inglaterra y las “Leyes de Miranda” de Estados Unidos de América, con una mirada a la regulación normativa en nuestro país en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, en los Artículos 249 y 250 de la ley 906 de 2004, con sus soportes doctrinales y jurisprudenciales.

Derecho a la no autoincrimación

Considerado de especial interés el contenido histórico de las instituciones jurídicas recogidas de Inglaterra y Estados Unidos de América sobre la figura de la no autoincrimación, revisando entonces podemos apreciar lo siguiente:

Se creía que el derecho a la no autoincrimación surgió propiamente de los Estados Unidos de América con lo referido en la ley miranda, pero encontramos que ante la posibilidad de que un imputado pueda guardar silencio respecto de los hechos que fundan los cargos que han sido presentados en su contra y que lo podrían conducir a una privación de sus derechos de locomoción o ver afectados sus bienes, tiene su origen en la Inglaterra del siglo XVII, época en la cual existía un órgano de represión gubernamental denominado Cámara Estrellada o Star Chamber, que tenía por objeto resolver los delitos de sedición; donde este órgano exigía al imputado tomar juramento respecto de lo que iba a declarar, es decir, se pretendía o se buscaba solucionar los casos por medio de la confesión manifestada bajo juramento. Cuando el interrogado se negaba a prestar el juramento exigido, o bien cuando decidía no declarar, el Tribunal ordenaba medidas de apremio en su contra, como la aplicación de azotes, con la finalidad de “prevenir” que nuevos imputados adopten la misma actitud; luego de varios años desarrollándose este tipo de prácticas, se llegó a la determinación de que

obligar a un hombre a responder bajo juramento su culpa o inocencia, era una violación de sus libertades individuales, esta sería la razón por la que el Derecho inglés acoge la denominada garantía de la no autoincriminación, que comprendía la posibilidad de que el imputado de un delito no pueda ser obligado a declarar en su contra.

Esta garantía de no autoincriminación, también fue tomada en cuenta en el siglo XIX en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que denominaron como la Quinta Enmienda.

La Ley Miranda o las advertencias Miranda, en Estados Unidos, son las que obligan a que antes de que la policía le interrogue, aun cuando no sea formalmente y al arrestarle, se le deberá leer la “Ley Miranda”.

Las advertencias Miranda son muy publicitadas en las series y películas de los Estados Unidos, lo cual lleva al error de creer que son de aplicación internacional.

Esta lectura de Derechos y posterior Ley están originados en un caso que resolvió la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamericana, en “Miranda vs. Arizona” (384 U.S. 436, 1966). Es decir que no lleva el nombre de quien redactó la Ley como ocurre normalmente en nuestros países, o de quien la propuso, sino del acusado.

Ernesto Miranda, era una persona con antecedentes penales (registraba condenas por violación y asalto), y era sospechoso de raptar y violar a una mujer en el desierto que rodea Phoenix, estado de Arizona durante la noche del 2 de marzo de 1963.

El señor Ernesto Miranda coincidía con la descripción como autor de la violación y tenía antecedentes criminales por esa misma conducta delictual, fue detenido por la Policía estatal y llevado a la comisaría local; allí dos oficiales de policía lo condujeron a un cuarto de interrogatorios, donde no tardó en hacer ante ellos una confesión acerca de la violación imputada.

La defensa del señor Ernesto Miranda reclamó que los derechos emanados de Quinta Enmienda que establece que “nadie estará obligado... ni se le compelerá a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal”. Y la sexta enmienda constitucional habían sido violados y que su confesión debía ser

declarada inadmisible por la Corte: Aun así Ernesto Miranda fue condenado. Decisión impugnada y sustentada por la defensa.

El caso Miranda llegó a la Suprema Corte de Justicia Norteamericana, donde fue revocada la condena, lo que provocó un escándalo de los partidarios de “la ley y el orden”.

La regulación de los derechos del investigado en la etapa de investigación preliminar varía en cada sistema. Se trata de un asunto atinente a la política criminal dentro del respeto a los derechos constitucionales del investigado.

A manera puramente ejemplificativa cabe mencionar algunos países.

Así, en Estados Unidos el derecho de defensa y el derecho a la no autoincriminación obliga inclusive a las autoridades de policía a informarle al arrestado cuáles son sus derechos, en especial, a advertirle que puede guardar silencio, que lo que diga puede ser usado en su contra y que tiene derecho a un abogado antes de ser interrogado. Así ha sido, por ejemplo, desde el caso célebre *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)). Cuando una persona es llevada ante el juez, este debe informarle del cargo preliminar en su contra, del derecho que tiene a ser escuchado en una audiencia y del derecho a ser asistido por un abogado (Carlson, 1999, p. 9).

En Francia, la puesta en examen de un investigado por el juez, cuando ello envuelve el ejercicio de poderes estatales de coerción, debe estar acompañada de una información de los hechos por los cuales la persona está siendo investigada así como de la manifestación de que esta puede ser asistida por un abogado y puede solicitar que se investiguen ciertos hechos conducentes a su defensa (Delmas-Marty, 1995, págs. 245-246).

En Alemania, durante la fase preparatoria del proceso, el investigado tiene derecho a ser escuchado y a conocer y contradecir las pruebas invocadas en su contra y a ser informado de que tiene derecho a guardar silencio (Delmas-Marty, 1995, pág 89).

En Bélgica, a raíz de un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos (Caso *Lamy c/Bélgica*; 30 de marzo de 1989, serie A, N° 184), tanto el abogado como el imputado, durante la fase preparatoria, tienen derecho a acceder al expediente con miras a ejercer el derecho de defensa (Delmas-Marty, 1995, p.476).

En Perú, La garantía del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable lo constituyen en un sujeto incoercible del procedimiento. Expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*; esta garantía vale tanto para los interrogatorios policiales como para los del Ministerio público, sea durante la investigación preliminar o durante el desarrollo del juicio (Esparza, Leibar & Inaki, 1995. Pág 21)

En Ecuador, se relacionan tres derechos con raigambre constitucional, así:

1. El principio de inocencia, en virtud del cual toda persona tiene derecho a su estado de inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, esto es, mediante una sentencia ejecutoriada .
2. El derecho de defensa del imputado el literal a del numeral 7 del Artículo 75 de la Constitución garantiza este derecho al establecer: “Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”, lo que es complementado por el Código de Procedimiento Penal, al atribuirle en el Artículo 11 al derecho de defensa el carácter de inviolable y el numeral 7 del Artículo 77 de la Constitución. El derecho de defensa se concreta en un conjunto de prerrogativas para hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, que se ejercen tanto personalmente por el imputado (defensa material), como por su abogado (defensa técnica).
3. El derecho a no autoincriminarse, una de las garantías básicas consagradas en la Constitución, es la señalada en el literal c del numeral 7 y numeral 8 del Artículo 77: “Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal” y “Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género”, supuesto que se encuentra previsto en el Artículo 8, núm. 2, letra g, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y a su vez recogido por nuestro Código de Procedimiento Penal en el Artículo 81, aclarando que en razón de que es un derecho o facultad del titular, admite la confesión voluntaria, en tanto esta no es obligada.

En España, que se refiere al derecho a no autoincriminarse ni autoinculparse (Artículo 24.2), va de la mano del Derecho a la presunción de inocencia (Artículo 24.2). y sobre ello expresa lo siguiente: El denominado «derecho a la presunción de inocencia» muy dudosamente puede entenderse, a nuestro parecer, como un verdadero derecho subjetivo y, sin género de duda,

no se refiere a ninguna verdadera presunción. No nos parece que sea un verdadero derecho subjetivo porque le falta un contenido determinado, con el cual se satisfaga. Y no es una genuina presunción porque esta supone dos hechos (el indicio o base y el presunto), que en la presunción de inocencia no se dan. Se trata, más bien, de un haz de imperativos jurídicos cuya infracción genera en los sujetos perjudicados acciones para su tutela judicial (recursos ordinarios y extraordinarios) y constitucional (recurso de amparo). Así, se dice que, en virtud de la denominada presunción de inocencia -y por lo que se refiere al proceso penal, que es el principal, pero no el único ámbito en que opera esta «presunción»-, nadie puede ser condenado penalmente (ni sancionado administrativamente, aunque de esto no nos ocuparemos aquí) sin prueba y prueba «de cargo», es decir, verdaderamente incriminadora, que, además, haya sido regularmente practicada, es decir, llevada a cabo con arreglo a los preceptos procesales que establecen ciertas garantías (oralidad, publicidad, intermediación y, sobre todo, posibilidad de contradicción). Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la presunción de inocencia también impide que puedan tomarse en consideración, para dictar sentencia, los materiales del sumario, salvo excepciones muy contadas. Y también se opone la presunción de inocencia a que se dicte auto de procesamiento sin que existan y puedan predicarse de la persona procesada «indicios racionales de criminalidad». Algo semejante es exigible, por mor de esa «presunción», para dictar auto de prisión o de libertad provisional en los procesos en que no existe el procesamiento. A nuestro entender, no presentan un sólido fundamento todas esas inferencias de la “presunción de inocencia”, por más que se hayan afirmado en sentencias del TC o del TS. La jurisprudencia de estos Tribunales es muy casuística y nada acorde en las afirmaciones que contiene, sin excluir auténticas contradicciones.

Las diferencias entre estos y otros países obedecen principalmente al sistema de investigación penal imperante – acusatorio, inquisitivo o mixto – así como a la importancia concedida a la materialización de poderes coercitivos y al alcance de los principios constitucionales dentro de los cuales el legislador puede configurar la política criminal.

Es así como en nuestro país, el indiciado o imputado según el caso tiene derecho constitucional a conocer de la imputación específica, clara y con-

creta en su contra y de los elementos materiales probatorios con vocación probatoria en que se funda, desde el momento mismo de la existencia de tal imputación- Artículo 288 de la ley 906 de 2004 - . Este derecho se encuentra contenido en el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, debido proceso probatorio penal y conlleva el deber correlativo del Estado por medio de la Fiscalía general de Nación. En consecuencia, está constitucionalmente prohibido oír al capturado en interrogatorios s al momento de su captura o al investigado en interrogatorio a indiciado o presentarlo como testigo en su propio juicio sin que previamente se le haya informado sobre el derecho que tiene de guardar silencio, del derecho a la no autoincriminación, además de conocer sobre sobre el delito concreto por el que se le investiga y sobre las pruebas que existen en su contra. Ello se soporta el derecho a la defensa (Artículo 29 C.P.), el principio de no auto-incriminación (Artículo 33 C.P.) y el principio de la buena fe que debe regir todas las actuaciones de las autoridades (Artículo 83 C.P.).

La tendencia común es a buscar un punto de equilibrio entre el goce efectivo del principio de la “igualdad de armas” o mejor “igualdades procesales”, ya que el proceso penal no es un combate o una riña, sino más bien un proceso dialógico, dentro de un contexto de lealtad procesal, sin que ello conduzca al entorpecimiento de la actividad investigativa del Estado y sin romper las diferencias razonables en la regulación de cada una de las etapas del proceso.

Importante precedente histórico que se aplica en la actualidad en los Artículos 8 - b, 282, 303 y 385 de la ley 906 de 2004, en el sentido de la posibilidad de renunciar al sagrado derecho humano a la no autoincriminación.

Colombia: La no autoincriminación en la Ley 600 de 2000

La Sentencia de la Honorable Corte Constitucional número C - 096 del 11 de febrero de 2003, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, sobre la demanda de inconstitucionalidad parcial, radicados en los números experiencia D-4173 y 4181 (acumulados), contra los Artículos 126, 323, 332 y 337 de la Ley 600 de 2000.

La Honorable Corte Constituccional, considero respeto del Artículo 126 de la ley 600 de 2000, la primera pretension de los demandantes, lo siguiente:

“2. Cosa juzgada respecto del Artículo 126 de la Ley 600 de 2000

Mediante sentencia C-033 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente la expresión “y será sujeto procesal” contenida en el Artículo 126 de la Ley 600 de 2000. Dado que el pronunciamiento de la Corte tiene el carácter de una cosa juzgada absoluta por no haber sido limitado en sus alcances a los cargos de la demanda, respecto de la disposición demandada ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En esta oportunidad se demanda nuevamente el Artículo 126 de la Ley 600 de 2000, en el aparte que dice “Este (el imputado) adquiere la calidad de sindicado y será sujeto procesal desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.” Puesto que en la presente demanda los cargos contra el aparte acusado se relacionan de nuevo con la presunta vulneración de los derechos a la defensa y a la igualdad por conceder al imputado la calidad de sujeto procesal sólo desde su vinculación al proceso, existe una plena coincidencia entre estos cargos y los ya estudiados por la Corte se estará a lo resuelto en la sentencia C-033 de 2003, que en lo pertinente resolvió declarar:

“Exequible la expresión “y será sujeto procesal” contenida en el Artículo 126 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que aún antes de la vinculación mediante indagatoria o (declaratoria) de persona ausente, el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa y la protección de sus derechos constitucionales.”

La Honorable Corte Constitucional, considero respeto del Artículo 323 de la ley 600 de 2000, se refirió a una Exequibilidad condicionada de la expresión “que rindió versión preliminar”, sobre el derecho del investigado a conocer oportunamente la conducta específica que se le imputa.

El Artículo 321 del Código de Procedimiento Penal (D. 2700 de 1991, (reserva de diligencias), cuyo contenido normativo coincide íntegramente con el Artículo 323 de la ley 600 de 2000, fue demandado en una ocasión anterior bajo el cargo de violar la Constitución, en especial el derecho de defensa de quien no ha rendido aún versión preliminar dentro de las diligencias penales, al impedirle tener acceso a las pruebas y defenderse de

las acusaciones en su contra. En sentencia C-475 de 1997 la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “que rindió versión preliminar”, contenida en el Artículo 321, hoy 323, del Código de Procedimiento Penal.

Los demandantes acusan en esta oportunidad nuevamente la misma expresión con base en similares argumentos: a su juicio la expresión demandada viola los Artículos 1 y 29 de la Constitución, ya que “la investigación debe ser de conocimiento del implicado (y de su defensor) desde el momento mismo que en contra del mismo surjan elementos de juicio para tenerlo como imputado sin que se requiera un acto formal de la Fiscalía General de la Nación que así lo declare”.

Aun cuando existe coincidencia de los contenidos normativos demandados y de los cargos contra ellos elevados, y el referente constitucional para analizar la norma no ha cambiado, no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material en sentido estricto y por lo tanto la Corte no está obligada a estarse exactamente a lo resuelto en dicha sentencia (Artículo 243 C.P.).

En efecto, los contenidos normativos de los Artículos 321 del anterior Código de Procedimiento Penal y 323 del actual son textualmente iguales. No obstante, el contexto normativo que los rodea es diferente. Mientras que el primero hacía parte de una codificación procesal penal que en materia de derechos de defensa y debido proceso no llegaba hasta el punto de garantizar su ejercicio incluso con anterioridad a la vinculación formal de los sujetos procesales al proceso, el segundo se encuentra contenido en un contexto normativo diferente, la Ley 600 de 2000 y los fallos constitucionales sobre la materia. Tal circunstancia, aunque no cambia el significado del texto normativo acusado, puesto que no se ha pasado a un sistema penal acusatorio ni se modificó la prohibición de acceder a las diligencias antes de que se rinda versión preliminar, sí es relevante desde el punto de vista de los referentes constitucionales para efectuar el juicio constitucional como se verá posteriormente.

Corresponde a la Corte establecer si a la luz de la doctrina constitucional sobre la cosa juzgada, hay lugar a estarse a lo resuelto en la sentencia que declaró exequible el anterior Artículo 321 del Código de Procedimiento Pe-

nal anterior, o si en esta ocasión es necesario separarse de dicha decisión mediante el cambio jurisprudencial respectivo.

En este caso, la Corte encuentra razones suficientes para no estarse a lo resuelto en la sentencia C-475 de 1997. Tales razones, que se desarrollan posteriormente, son tres: a) De 1997 al año 2003 se ha operado un cambio importante en materia de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, acceso al expediente penal, petición y contradicción de pruebas y protección de los derechos de la parte civil en el proceso penal en virtud de varios fallos de la Corte Constitucional; b) Esos fallos, a su turno, modificaron el contexto dentro del cual se inscribe la norma acusada, cual es el régimen procesal penal dispuesto para la reserva de las diligencias penales; c) en ese nuevo contexto i) el imputado puede ejercer desde el inicio de la investigación penal su derecho de defensa; ii) la parte civil puede igualmente, desde el principio, acceder al expediente. Todas estas decisiones que han transformado el régimen procesal penal hacen que el imputado ahora se encuentre en una situación diferente a 1997, fecha en que la Corte Constitucional abordó el tema objeto del presente proceso.

En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre la garantía de los derechos constitucionales, en particular los derechos a la defensa, al debido proceso y a la igualdad, tanto de la víctima como del imputado, en el sentido de no restringir su goce y ejercicio a la vinculación formal al proceso penal. Así, en Sentencia C-228 de 2002, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, (A.V. Jaime Araújo Rentería). la Corte declaró exequible el Artículo 30 de la Ley 600 de 2000, en relación con los cargos estudiados, “en el entendido de que las víctimas o los perjudicados, una vez se hayan constituido en parte civil, pueden acceder directamente al expediente.” Por su parte, en sentencia C-033 de 2003, la Corte condicionó la exequibilidad del Artículo 126 del Código de Procedimiento Penal a que, incluso antes de la vinculación al proceso, donde expone que el el imputado tendrá los mismos derechos del sujeto procesal, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de defensa y la protección de sus derechos constitucionales.

b. Por otra parte, la Corte ha sostenido que constituye garantía procesal de rango constitucional el derecho a conocer oportunamente la investigación que se adelanta al imputado, ya que ello se protege el derecho a la

presunción de inocencia, si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que esta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas, es mas el derecho de defensa supone que el investigado tenga conocimiento oportuno de la investigación que se le adelanta, de forma que le sea posible controvertir los elementos probatorios en su contra, para si ejercer los principios de contradicción, legalidad, igualdad de oportunidades y publicidad del medio de prueba, situación que se plasmo por la Honorable Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El investigado tiene derecho constitucional a conocer de la imputación específica en su contra y de los elementos probatorios en que se funda desde el momento mismo de la existencia de tal imputación. Este derecho se encuentra contenido en el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso y conlleva el deber correlativo del Estado de llamar al investigado a rendir indagación preliminar tan pronto obren imputaciones penales en su contra. En consecuencia, está constitucionalmente prohibido oír al investigado en

En resumen, la Corte encuentra que si bien es constitucionalmente posible establecer en materia penal la reserva de las diligencias que se adelanten durante la etapa de investigación preliminar, el imputado tiene derecho a conocer de la imputación específica que existe en su contra y de los fundamentos probatorios que la respaldan, antes de rendir versión preliminar. En consecuencia, que antes de la recepción de la versión preliminar debe informarse al investigado sobre el delito que se le imputa, así como permitirle conocer los fundamentos probatorios de dicha imputación específica.

Con relacion a lo demandado del inciso 2 del Artículo 337 de la Ley 600 de 2000, dijo: “Cosa juzgada respecto del inciso 2 del Artículo 337 de la Ley 600 de 2000.

La disposición procesal penal sobre las advertencias al indagado que contenía el artículo 358 del Decreto 2700 de 1991, el cual fue modificada por el Artículo 337 de la Ley 600 de 2000 sobre las reglas para la recepción de la indagatoria en su inciso segundo, ahora parcialmente demandado, coincide

parcialmente con el inciso segundo del Artículo 358 del anterior Código de Procedimiento Penal.

En efecto, mediante sentencia C-621 de 1998, del M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del Artículo 358 del Decreto 2700 de 1991, con la advertencia de que las expresiones y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de medios de defensa,

El contenido normativo del Artículo 332 ya se encuentra incluido en el Artículo 126 de la Ley 600 de 2000, y al no existir vulneración constitucional de los derechos de Defensa y Debido Proceso, fue declarado exequible condicionadamente por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-033 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Colombia: Aplicación del derecho a la no autoincriminación en la ley 906 de 2004

Es claro entonces que a la luz de la Ley 906 de 2004, es que el imputado tiene derecho a guardar silencio en toda la fase del proceso, inclusive en su presentación – ya que al negarse a prestar su voz, la fiscalía pretende utilizar sus presentaciones al inicio de las audiencias, para que no sean usadas en cortejo de voz - no está obligado a declarar contra sí mismo, ni tampoco a declararse culpable, luego entonces a la luz de un sistema acusatorio, es el imputado un sujeto del proceso penal y su declaración no podrá ser una fuente de prueba incriminatoria, sino más bien, como un derecho a ejercer su propia defensa.

Como se dijo entonces al inicio de este documento concreto y de carácter jurídico que el derecho a la no incriminación deviene del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado social y democrático de Derecho y que este se configura en una manifestación del derecho de defensa.

Por lo mismo es que se debe de realizar una exhortación, entendida como el acto de estimular o mover a alguien por medio de ruegos, palabras o razones para que haga o deje de hacer algo y como derecho humano, es que debe de conocer que lo referente a la no autoincriminación. No obstante

ser obligatorio informar al imputado de estas prevenciones, se subentiende que este puede renunciar a ellas voluntariamente en cualquier momento, y puede declarar en el caso de que esté guardando silencio, o puede guardar silencio en el caso de que se encuentre declarando.

Si el sistema acusatorio en fase inicial se pregonaba como un derecho premial, ello incidió en un aspecto favorable para al justiciable y desde luego para la comunidad, lo cual generaba no impunidad, conocimiento de la verdad material y el cumplimiento de principios nobles como el arrepentimiento y la colaboración y que en determinados casos de flagrancia es mejor llegar a una salida alterna o negociada que llegar al gran juicio oral.

En el evento entonces que un ciudadano considere que renunciara a ese derecho de guardar silencio, se puede someter a interrogatorio a indiciado del Artículo 282 de la ley 906 de 2004, ya que este artículo fue declarado exequible en la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número 029 de 2009.

La Sentencia de la Honorable Corte Constitucional número C – 029 del 28 de enero de 2009, con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil. Se ocupó entre otros aspectos de la exequibilidad de los Artículos 8-literal b, 282, 303, y 385 de la ley 906 del 31 de agosto de 2004.

Lo anterior significa que lo referente a las expresiones del derecho a guardar silencio y de no autoincriminación continúan vigentes los Artículos 8 literal b, 282, 303 y 385 de la ley 906 de 2004, que conservan su identidad y filosofía.

Siendo ello así, como en efecto lo es, si el ciudadano decide declarar o ser testigo en su propio juicio, esa manifestación debe ser espontánea, de plena libertad, sin objeto de presión, coacción y de contenido volitivo, luego entonces las preguntas deben ser claras, precisas, pertinentes, relevantes o importantes, ósea, no serán preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas que lleven un formula de engaño para hacer decir al declarante algo que lo comprometa o le cause un perjuicio.

Siendo a la vez importante que el derecho a mantenerse en silencio puede ser total, parcial o sin limitación alguna, amparado desde luego en la presunción de inocencia, ya que el silencio es neutro, es decir, no es la afirma-

ción, ni la negación de lo que se le pregunto, derecho que opera desde el mismo instante de la privación de la libertad en situación de flagrancia o con orden judicial, ya que la llamada captura administrativa perdió aplicación y vigencia en nuestro país.

Audiencia para solicitar la obtención de muestras que involucren al imputado cuando este se niegue a proporcionarlas.

El Artículo 249 del Código de procedimiento penal – ley 906 de 2004 - fue Demandado ante la Corte Constitucional. En los radicados – 5549 de noviembre 16 de 2004 y radicado - 5585 de diciembre 1 de 2004 y por medio de la Sentencia C – 822 del 10 de agosto de 2005 de la Honorable Corte Constitucional se pronunció, con ponencia del magistrado Dr Manuel José Cepeda Espinosa, en el siguiente sentido:

El problema jurídico planteado por el demandante consistía en que la Corte Constitucional debía de determinar si resultaba contrario a los derechos de la dignidad humana (Artículo 1 Constitución Política.), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 12 del C.P.), a la presunción de inocencia (Artículo 29 C.P.), a no autoincriminarse (Artículo 33 C.P.), el que el fiscal ordene a la policía judicial la obtención de muestras que involucren al imputado, en las condiciones y con los requisitos previstos en el Artículo 249 de la ley 906 de 2004.

La Corte Constitucional se declaró inhibida, con respecto al párrafo del Artículo 249 de la ley 906 de 2004

La Corte Constitucional declaro exequible el Artículo 249 de la ley 906 de 2004, en el entendido de que: a) La autorización de muestras requiere autorización del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea y proporcionada en las condiciones particulares del caso. b) La obtención de muestras siempre se realizara en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el im-

putado. (Tal y como se anuncia en la Sentencia de la Corte Constitucional C – 822 del 10 de agosto de 2004).

Cuando la diligencia que implique la obtención de muestras que involucren al imputado y este se niegue a proporcionarlas, se procederá de la siguiente forma, así:

La iniciativa para ello corresponde a la Fiscalía y en forma excepcional a la policía judicial.

Fundamento jurídico: Necesidad de la prueba para la investigación, que reviste especial importancia cuando ha generado traumatismos la negativa de la práctica por parte del imputado.

Fundamento Fáctico: Medios cognoscitivos y motivos fundados para creer que en el cuerpo del imputado existen elementos probatorios o evidencias que sirven a la investigación. Participantes obligatorios son la Fiscalía y el Defensor; sigue siendo facultativa la asistencia del Ministerio Público.

La solicitud de la presente audiencia es en la etapa de investigación. Al desarrollarse la Audiencia: El solicitante interviene presentando los fundamentos fácticos y jurídicos, dándole especial énfasis a la práctica de dicha prueba, y a que no existe otro medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y a la importancia en la investigación de la práctica de esta y de ser positiva la misma, se expedirá la orden a la policía judicial a efectos de practicarla

La decisión del juez penal municipal o promiscuo municipal con función de control de garantías, no tiene recursos, porque así lo dispuso el legislador. Si es negada, por tratarse de una justicia rogada, puede volverse a solicitar si persisten los elementos.

Teniendo en cuenta que las noma anterior, también fue demandada en el radicado D – 5585 por aparte y obligo a la Corte Constitucional pronunciarse el 22 de noviembre de 2005 en la Sentencia C – 1191, ahora con la ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, considero con respecto a la cosa juzgada y la exequibilidad del Artículo 249 de la ley 906 de 2004, era importante retomar el problema jurídico planteado por el demandante se centra en analizar si el aparte demandado del Artículo 249 de la ley 906 de 2004, al disponer que el fiscal, aún en el evento de no

existir consentimiento del imputado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras que lo involucren, infringe el principio de la dignidad humana y los derechos a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia, consagrados constitucionalmente.

Audiencia para solicitar la obtención de muestras que involucren a la víctima cuando esta se niegue a proporcionarlas

El Artículo 250 del Código de Procedimiento Penal, Fue demandado ante la Corte Constitucional. Radicado – 5549 de noviembre 16 de 2004 Radicado - 5585 de diciembre 1 de 2004, por medio de la Sentencia C – 822 del 10 de agosto de 2005 de la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad del Artículo 250 de la ley 906 de 2004, en el siguiente sentido: El problema jurídico planteado por el demandante es que la Corte Constitucional debía de determinar si resultaba contrario a los derechos de la dignidad humana (Artículo 1 C.P.), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 12 del C.P.), a la Intimidad (Artículo 15 C.P.), que cuando se trata de investigaciones relacionadas con la libertad sexual, la integridad corporal o cualquier otro delito donde resulte necesaria la práctica de reconocimiento y exámenes físicos, se obtengan muestras físicas de las víctimas en las condiciones y con los requisitos previstos en el Artículo 250 de la ley 906 de 2004.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión: “para que fije los condicionamientos dentro de los cuales debe efectuarse la inspección (Sentencia C – 822 del 10 de agosto de 2005 de la Corte Constitucional).

La Corte Constitucional al declarar executable el Artículo 250 de la ley 906 de 2004, lo hizo en el entendido de que: La víctima o su representante legal hayan dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida; Que de preservar la víctima su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida sea la única

forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia. Entendiendo que no se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual sin su consentimiento informado y libre y de manera especial en que la práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizara en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para la víctima.

El magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, con respecto a la Sentencia C - 822 de 2005, salvó parcialmente el voto respecto de las decisiones sobre los Artículos 250 y 251 de la ley 906 de 2004. En esencia se aparta de los condicionamientos porque estima que estos han debido ser precisiones incluidas exclusivamente en la parte motiva de la Sentencia.

Esta decisión no tiene recursos: si es negada la solicitud por parte del juez de control de garantías y persisten los elementos, puede volverse a solicitar por parte de la fiscalía o por la defensa.

Teniendo en cuenta que el artículo 249 y 250 de la ley 906 de 2004, también fue demandada en el radicado numero D - 5585 por aparte, lo cual obligó a la Corte Constitucional a pronunciarse el 22 de noviembre de 2005 en la Sentencia C - 1191, que, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, consideró con respecto a la cosa juzgada y la exequibilidad del Artículo 250 de la ley 906 de 2004, donde expreso lo siguiente, así:

“8. Así las cosas, de un simple análisis de los cargos expuestos en ambos procesos, se puede llegar a la inequívoca conclusión de la identidad de los argumentos esgrimidos por los demandantes, puesto que los mismos apuntan a una presunta vulneración por parte del Artículo 249 de la ley 906 de 2004, al principio de la dignidad humana y a los derechos a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia, y por parte del Artículo 250 de dicha ley al principio de la dignidad humana. Por esta razón, la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia C- 822 de 2005, con referencia a los argumentos esgrimidos en contra de las normas acusadas, dado que resulta claro que se ha configurado cosa juzgada sobre las disposiciones en mención”.

Conclusiones

Existen diligencias ante el juez de control de garantías que requieren de control previo, es decir, que para su práctica es indispensable la autorización del mismo y en razón a ello se deben presentar en forma previa los fundamentos fácticos y jurídicos, así como los elementos cognoscitivos resaltando la necesidad de la toma de muestras del imputado o la víctima, cuando estas se negaren a proporcionarlas.

Lo anterior obedece a la preservación de la dignidad humana, fundante de todos los derechos del hombre, por lo que se debe obtener la autorización del garante constitucional cuando el imputado o la víctima se negaren a suministrar el elemento material probatorio o evidencia física a efectos del desarrollo de un juicio justo y legal, donde prime el respeto por las garantías constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Es de anotar que para los efectos de la práctica de las diligencias previas ante el juez de control de garantías se requiere que el imputado o la víctima se negaren a ello y que a juicio de la fiscalía y excepcionalmente de la policía judicial (Artículo 249 ley 906 de 2004) y de la fiscalía y la defensa (Artículo 250 de la ley 906 de 2004) se requiera de manera necesaria la obtención del elemento material probatorio o evidencia física para el cumplimiento de la legalidad en el procedimiento, atendiendo los principios del sistema oral, público y contradictorio. En todo caso la Corte Constitucional en la C - 822 del 10 de agosto de 2005, expreso que el juez de control de garantías puede autorizar o negar acceder a la solicitud, lo cual fue refrendado en la C - 1191 del 22 de noviembre de 2005.

Circunstancia que puede obedecer a dos situaciones, la pertinencia de la medida en el caso específico, de una parte, y de otra en las que resultan de analizar las condiciones particulares de cada caso. La medida como tal reúne los siguientes requisitos: a) Que la práctica sea idónea o adecuada para alcanzar los fines de la investigación. b) que sea necesaria, es decir, que no exista otro medio alternativo que sea menos limitativo de los derechos y que tenga eficacia semejante y c) La proporcionalidad, o sea, que luego de ponderar entre la gravedad del delito y las condiciones en que fue cometido con el grado de afectación de los derechos de la persona a la cual se

realizaría la intervención corporal, se llegue a la conclusión que la misma no es desproporcionada.

Es importante determinar que en el ejercicio de la labor del defensor público debe de estar atento a la práctica de prueba con las finalidades específicas que sustenten su teoría del caso en favor del usuario y que esta situación no sea contraria a la defensa material y jurídica de acuerdo a los postulados que rigen la forma de enjuiciamiento criminal en la República de Colombia con las técnicas de un sistema penal oral acusatorio y con las reservas de la no autoincriminación.

Finalmente, una vez el juez penal municipal o juez promiscuo municipal con función de de control de garantías ordene de acuerdo al caso concreto la práctica de la medida de intervención del cuerpo de la víctima o del imputado, esta debe de hacerse respetando los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad – hoy control de convencionalidad - y que las mismas sean realizadas con las condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad.

Referencias

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 029 del 28 de enero de 2009*, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 1191 del 22 de noviembre de 2005*, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C- 822 del 10 de agosto de 2005*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-033 del 28 de enero de 2003*, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-096 del 11 de febrero de 2003*, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-228 del 3 de abril de 2002*, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-412 del 28 de septiembre de 1993*, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-475 del 25 de septiembre de 1997*, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-621 del 4 de noviembre de 1998*, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. *Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1991*.

COLOMBIA. *Ley 600 del 24 de julio de 2000*. Antiguo Código de Procedimiento Penal.

COLOMBIA. *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*. Actual Código de Procedimiento Penal.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Suscrita en san José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969*, entrada en vigor para Colombia el 18 de julio de 1978 en virtud de la ley 16 de 1972.

CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. *Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46*. Del 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor para Colombia el 8 de enero de 1988, en virtud de la ley 70 de 1986.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. *El primer proyecto se propuso en septiembre de 1948, en la Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948* fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París.

ESPARZA LEIBAR, IÑAKI. 1995. *El Principio del Debido Proceso*. Barcelona; Bosch. ISBN 84-7698 - 366-2.

MIREILLE, Delmas-Marty. 1995. Cambridge University Press European Criminal Procedures. ISBN 0-521-59110-4.

MORALES, Andrés. 2012. *Código Penal y Códigos de Procedimientos Penales*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Quinta Edición. ISBN 978-958-99803-3-0.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. *Adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre*

de 1966, entro en vigor en Colombia desde el 23 de marzo de 1976 en virtud de la ley 74 de 1968.

PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Casos destacados del Tribunal Supremo y Texto Introductorio*. Caso Miranda. Página 643. Tirant lo Blanch. 2002. ISBN 978-84-9033-094-4.

BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

*Francisco Álvarez Guzmán*⁵⁶

Resumen

Se realizará un análisis sobre la búsqueda selectiva en bases de datos, contenido en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal -C.P.P.-, Ley 906/04. Para ello se describirán los conceptos que conforman este medio de búsqueda de la prueba, con el fin de brindar mayor conocimiento al Defensor Público para actuar durante la investigación de la defensa. Esto supone abordar el concepto de base de datos así como el de intimidad, este último de gran importancia a partir de su elaboración en el derecho constitucional. Esto a su vez, permitirá despejar las inquietudes que despierta la investigación de la Fiscalía y la función de la Policía Judicial, al precisar las reglas que la Corte Constitucional ha definido para el ejercicio de esta actividad.

56 Egresado de la Facultad de Derecho de la Unidad Central del Valle del Cauca, especialista en derecho procesal penal de la Universidad San Buenaventura; especialista en casación penal de la Universidad La Gran Colombia; especialista en investigación criminal y juzgamiento en el sistema penal acusatorio de la Universidad Católica de Colombia. Tutor virtual en cursos y seminarios y docente universitario. Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo en la Defensoría del Pueblo Regional Cali.

Palabras clave

Búsqueda, selectiva, base de datos, información, intimidad, confidencialidad, medio de prueba.

Abstract

The aim with this work is to achieve an approximate analysis of the selective search in databases, contained in Article 244 of the code of criminal procedure, through the description of the concepts that make up this means of proof search in order to provide greater insight to the Ombudsman to act on events that comprise this medium, from the perspective of the defense research prior to understanding the concept of database and intimacy that its importance should know, clearing the concerns awakening the investigation of the Prosecutor and the role of the Judicial Police, stating about the rules that the Constitutional Court has defined for the conduct of that business, being in between fundamental rights of individuals, ending with what is considered can be the exercise of that environment by the Public Defender.

Key words

Selective search, database, information, privacy, confidentiality, test medium.

Introducción

El artículo 244 del C. P. P. continente de la búsqueda selectiva en bases de datos, señala:

La policía judicial, en desarrollo de su actividad investigativa, podrá realizar las comparaciones de datos registradas en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público. Cuando se requiera adelantar búsqueda selectiva en las bases de datos, que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado o, inclusive a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de

las mismas, deberá mediar autorización previa del fiscal que dirija la investigación y se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones relativas a los registros y allanamientos. En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

Es un medio específico para la obtención de la evidencia física con fines probatorios que conserva su propia autonomía, frente a los otros medios de acopio informativo relacionados en el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución: los registros, los allanamientos, las incautaciones y las interceptaciones de comunicaciones. Ahora bien, la citada norma del Código de Procedimiento Penal señala dos eventos en que la Policía Judicial interviene; primero en la comparación de datos registrados en bases mecánicas, magnetofónicas y similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público. En este punto la Policía Judicial no interviene directamente derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o el hábeas data. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-336/07 afirma:

Las bases de datos a que aluden los preceptos demandados no pueden confundirse con aquellos sistemas de información creados por el usuario que no ejerce esa actividad de acopio de información de manera profesional o institucional. Conviene precisar también que la consulta selectiva en estas bases de datos personales, tampoco puede confundirse con los registros que se realizan en el marco de una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, que constituyen típicas diligencias de registro y que, como tales, se rigen por el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004, los cuales no son objeto del presente estudio de constitucionalidad, p. 1.

Ahora bien, es el propio derecho a la intimidad el que permite a la Corte establecer la tipología de los datos, la clasificación y concepto de la información pública o de dominio público, la información semiprivada, la información privada y la información reservada o secreta.

En Sentencia C-640/10 la Corte Constitucional sintetiza su jurisprudencia sobre el tema:

Los límites admisibles del derecho a la intimidad emanan del interés público constitucionalmente legítimo; esta tipología jurisprudencial permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza del dato. En la Sentencia T-729/02 se estableció que esta tipología está “dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma”, y que consta de cuatro categorías, a saber: la información *pública* o de dominio público, la información *semiprivada*, la información *privada* y la información *reservada o secreta*. Así, la información *pública*, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución, y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas; igualmente, serán públicos los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. La información semiprivada será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos referentes a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.

La información *privada* será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la

información extraída a partir de la inspección del domicilio. Finalmente, encontramos la información *reservada*, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular –dignidad, intimidad y libertad– se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al *hábeas data*. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información (C.C., 2010a, p. 5).

Estableciendo como ya se dijo, la clase de información a que se refiere la primera parte del artículo, seguiremos en el mismo orden para abordar el segundo evento o parte de la norma, lo que puede considerarse el núcleo esencial de este trabajo.

Bases de datos y *hábeas data*

Las bases de datos

Constituye un verdadero centro de información acerca de las personas que han permitido su inclusión o no para conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ellas. Esto les es permitido en uso del derecho al *hábeas data* regulado por la Ley 1266/08 que desarrolló el artículo 15 de la Constitución Política. Respecto al acceso por parte de terceros a estos bancos de información, la Corte Constitucional, en Sentencia C-336/07 refiere:

La búsqueda selectiva en bases que contengan información confidencial referida al indiciado o imputado, hace referencia a las búsquedas focalizadas sobre un sujeto en particular, en este caso el indi-

ciado o imputado. La confidencialidad de la información dimana del carácter personal de los datos, cuya difusión constituye una invasión a la intimidad personal o familiar de su titular. La confidencialidad es uno de los principios que regula la actividad del tratamiento de datos personales, en virtud del cual, las personas que intervengan en la recolección, almacenamiento, uso, divulgación y control de estos datos están obligadas, en todo tiempo, a garantizar la reserva de la misma, incluso después de finalizar sus relaciones con el responsable del tratamiento. (C.C., 2007, p. 3).

Así pues, una base de datos es un banco que acumula información personal que puede ser confidencial, y recogida por entidades gubernamentales y no gubernamentales, autorizadas para almacenar información –de diferente índole– que se diferencia por su clase sensible o personalísima, o no dependiendo de su origen, manteniendo siempre su carácter de información personal. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-334/10 precisa:

La información reservada es aquella que sólo interesa al titular en razón a que está estrechamente relacionada con la protección de sus derechos a la dignidad humana, la intimidad y la libertad; como es el caso de los datos sobre la preferencia sexual de las personas, su credo ideológico o político, su información genética, sus hábitos, etc. Estos datos, que han sido agrupados por la jurisprudencia bajo la categoría de “información sensible”, no son susceptibles de acceso por parte de terceros, salvo que se trate en una situación excepcional, en la que el dato reservado constituya un elemento probatorio pertinente y conducente dentro de una investigación penal y que, a su vez, esté directamente relacionado con el objeto de la investigación. En este escenario, habida cuenta la naturaleza del dato incorporado en el proceso, la información deberá estar sometida a la reserva propia del proceso penal. (C.C., 2010b, pp. 5-6).

Podría considerarse que el derecho al *hábeas data* se encuentra incluido entre información que no requieren control previo en razón de la clase de datos a los que se accede. Sin embargo, los aportes que hace la Corte Constitucional no dejan la menor duda de que toda actuación que realice la Fiscalía en función del derecho fundamental al *hábeas data* comprende la

autorización judicial previa. En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-334/10 afirma:

El derecho fundamental al *hábeas data* o a la autodeterminación informativa, comporta un plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás. La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación de conformidad con las regulaciones legales. (C.C., 2010b, p. 5).

La intervención de derechos fundamentales

La mínima garantía que tiene el ciudadano en un Estado Social de Derecho es el goce y libre ejercicio de sus derechos inalienables, que concita el irrestricto respeto por las autoridades y demás agentes del Estado. La importancia de la intimidad o *hábeas data* como derecho fundamental del indiciado o procesado, contra quien pesa una investigación que puede comprender la intervención de sus derechos inalienables sin la respectiva autorización judicial –Juez de Control de Garantías–. Ejemplo del respeto a este derecho fundamental se plasma en la Sentencia C-336/07 del Alto Tribunal Constitucional.

En dicha decisión, la Corte examinó el segundo inciso del artículo 14 de la Ley 906/04, que expresamente autoriza al Fiscal al intervenir derechos fundamentales. Esta norma fue declarada exequible de manera condicionada, precisamente porque no es del todo compatible con la Constitución dentro de un sistema acusatorio garantista del respeto de los derechos del procesado al permitir, una actuación liberada de la Fiscalía. En palabras de la Corte Constitucional:

Estima la Corte que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 250 superior, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del Juez de Control de Garantías y referirse a la información

que se acopia con fines legales, por instituciones o entidades públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al *hábeas data*. Sólo, en este sentido, los apartes acusados de los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 resultan compatibles con la Constitución y por ende se declarará su exequibilidad condicionada. (C.C., 2007, p. 1).

Vale la pena, entonces, recordar la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha establecido respecto de la figura del Juez de Control de Garantías y su función dentro del nuevo procedimiento. En la figura bajo examen, es este el encargado de verificar la posible afectación de derechos fundamentales que están de por medio en la diligencia que comprende la búsqueda en bases de datos. Según la Corte dicho control “(...) tiene como propósito específico llevar a cabo la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las citadas diligencias, esto es, verificar que se hayan respetado los parámetros constitucionales y legales establecidos para su autorización y realización, e igualmente, que la medida de intervención no haya desconocido garantías fundamentales. (C.C., 2009, p. 4) este propósito se reafirma el año siguiente en estos términos: “impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter iusfundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos individuales sobre los que la actuación investigativa opera”. (C.C., 2010, p. 4).

En la Sentencia C-025/09) la Corte Constitucional detalla las funciones del Juez de Control de Garantías:

Al juez de control de garantías se le asignaron en el nuevo sistema procesal penal competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes, e (vi) igualmente autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fun-

damentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. Es por ello que al juez de control de garantías le corresponde examinar si las de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad (p. 3).

A estas funciones que debe ejercer el Juez de Control de Garantías se añade la de verificar las razones o los motivos fundados que debe exponer la Fiscalía para constatar, confirmar, obtener y comparar la información contenida en las bases de datos -es decir, para intervenir derechos fundamentales- de conformidad con la prueba que presente de los motivos fundados, demostrando su pertinencia y necesidad. Esto se desprende de la misma norma, para el caso de la búsqueda selectiva en bases de datos, remite a lo que corresponde a las disposiciones relativas a los registros y allanamientos.

Pero la mera enumeración de las funciones del Juez de Control de Garantías no es suficiente. En su desarrollo, el mismo ha de ceñirse a los objetivos precisos establecidos por la jurisprudencia constitucional:

Los objetivos por los cuales procede el control judicial no son otros que i) asegurar la legalidad formal y sustancial de la actuación, ii) proteger los derechos fundamentales de quienes, por activa o por pasiva, son afectados al proceso o a la investigación preliminar; iii) verificar la corrección del operador jurídico de la Fiscalía, en las medidas ordenadas y adoptadas para la conservación de la prueba, la persecución del delito y la procura de reparar a las víctimas y de restituir la confianza de la comunidad. (C. C., 2010b, p. 3).

Todo esto exige que el Juez de Control de Garantías conozca cuáles son las cautelas que ofrece la Constitución para proteger los derechos fundamentales de la persona. Esto, a su vez exige del Fiscal el cumplimiento del control judicial previo, fue precisamente; lo que desconoció el Legislador al dejar en manos del Fiscal la autorización para realizar la búsqueda selectiva

en bases de datos, plasmando dicha diligencia en el capítulo de las actuaciones que no requieren control previo. Fue esto lo que modificó la Corte Constitucional en la Sentencia C-336/07 al declarar que tal medida debe tener autorización judicial:

La búsqueda selectiva en bases de datos conformadas por instituciones o entidades públicas o privadas autorizadas para el tratamiento de datos personales, que contienen información confidencial del indiciado o imputado y que por lo tanto no son de acceso público, involucra afectación al derecho fundamental a la autodeterminación informática, por lo que su práctica sólo puede llevarse a cabo previa autorización del Juez de Control de Garantías, quien para la adopción de la autorización correspondiente tendrá en cuenta la legitimidad de la medida atendiendo a su finalidad, así como los criterios de pertinencia, idoneidad y necesidad de la misma que determinen su proporcionalidad en el caso concreto. (C.C., 2007, p. 2).

El derecho a la intimidad

La Corte Constitucional, como protectora de la Constitución Política y por ende de los derechos fundamentales a definido que:

“el derecho a la intimidad, inicialmente se concreta, en la vida social de los individuos, en el derecho a estar solo. Sin importar el lugar en que la persona se encuentre, nadie puede imponerle su compañía y ser testigo de su vida íntima o inmiscuirse en ella; en este ámbito privado, el ser humano ejerce la libertad y se hace protagonista de su propio destino, al decidir y realizar libremente el desarrollo de su personalidad, “sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. (C. C., 1993, p. 6).

Como derecho fundamental el individuo cuenta con la reserva personal de su vida íntima y privada, de llegar a sufrir vulneración alguna sin su consentimiento de los aspectos que representan ese estado. Para su protección, la Carta le ofrece el mecanismo ágil de inmediato de la acción pública de tutela, pero también otro mecanismo, identificado claramente por la Corte Constitucional: “ (...) también hace parte del derecho a la intimidad, el derecho al *habeas data* en virtud de él, la persona tiene derecho a que se le

informe qué datos suyos y de su familia reposan en los archivos y bancos de datos privados y oficiales, no sometidos a reserva legal, a que se corrijan, se actualicen y sólo se usen para fines legítimos” (C.C., 1993, p. 9).

Entre los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados con la búsqueda selectiva en bases de datos, se encuentran la dignidad humana, la libertad y la intimidad estando este último contenido en el artículo 15 de la Constitución Política y siendo el de mayor relevancia. En efecto, el derecho a la intimidad ha sido elevado a norma rectora en el C.P.P., pues su 14 ordena “De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole, que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones”. En estos casos está de por medio la información personal, lo que vincula una estrecha relación con los derechos fundamentales mencionados, y la reserva a su órbita exclusiva. Se trata de los datos que la Corte Constitucional ha clasificado en semiprivados, privados y sensibles, como ya se ha señalado anteriormente. Por su naturaleza es que en el proceso penal no puede el ente fiscal autorizar las intervenciones del conjunto de elementos que relacionan el derecho a la intimidad sin la respectiva orden del Juez de Control de Garantías. En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-336/07 reafirma su posición:

El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales– que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el Legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado. (C.C., 2007, p. 1).

Así, la consulta y obtención de toda información reservada o privilegiada, como por ejemplo, las muestras obtenidas en un laboratorio para exámenes

o estudios del gen de la persona, o análisis por la patología que se padezca, que reposa en laboratorios clínicos se encuentra sometida al régimen de reserva y debe hacerse con previa autorización judicial. Para estos casos la Corte Constitucional, en Sentencia C-334/10, precisa:

Las muestras biológicas representan para el sujeto de quien se han extraído, ante todo un objeto contentivo de información genética que reposa en laboratorios, consultorios y bancos biológicos y hace parte de la información reservada, sometida a un régimen de protección especial, la cual por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular –dignidad, intimidad, libertad, *habeas data* y autodeterminación informativa y libertad negocial– se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. De modo que el acceso a las mismas por parte del Estado o de los particulares, por lo mismo que puede significar la afectación de derechos fundamentales, no sólo del inculcado o indagado sino también de terceras personas, como es el caso de los familiares de aquel o de la persona natural o jurídica que posee la muestra respectiva, debe estar sometido a reglas y restricciones claramente definidas. Además, la medida prevista en el inciso 2 del artículo 245 del C.P.P. no presenta las condiciones de necesidad y oportunidad del recaudo de información, de realidades fácticas que pueden estar propensas a cambios repentinos, o que puedan ser alteradas en desmedro del interés de proteger la investigación, por lo que tampoco estaría justificada la medida sin que medie autorización judicial. De este modo, será el Juez de Control de Garantías, quien deberá propender por la armonización entre la práctica de medidas de investigación y el respeto de los derechos fundamentales. (C.C., 2010b, p. 6).

Una perspectiva desde la defensa

En esta sección se abordará de qué manera la defensa puede considerar la búsqueda selectiva en bases de datos para el desarrollo eficiente de la teoría del caso, bajo las mismas condiciones que para la Fiscalía ofrece la Ley. En términos generales, los funcionarios de policía judicial pueden acceder a las bases o bancos de datos para realizar una búsqueda selectiva de

información, con una orden expedida por el Fiscal asignado a la investigación correspondiente. Una vez realizada la búsqueda, esta actuación será sometida a control por parte del Juez de Control de Garantías, como ya se mostró

Ahora bien, la Ley permite la participación del imputado o procesado en la audiencia de control de legalidad de la respectiva actuación, con el fin de rebatir los pormenores de tal diligencia y presentar las objeciones a dicha actuación o, si es del caso, la vulneración de algún derecho. Así lo sostiene la Corte Constitucional en su interpretación ofrecida en la Sentencia C.025/09:

Es claro que cuando las diligencias se practican después de formulada la imputación, el imputado y su defensa pueden participar en la audiencia de control de legalidad si lo desean, para realizar el contradictorio; pero cuando estas se llevan a cabo antes de formulada la imputación, durante la indagación preliminar, las normas correspondientes permiten dos interpretaciones posibles respecto de la presencia en la audiencia del implicado y su defensor: una primera interpretación excluyente que llevaría a entender que en dicha audiencia no se permite la participación del implicado y su defensor cuando la misma se practica durante la etapa de indagación, la que resulta inconstitucional, pues no existe justificación válida para que se limiten los derechos a la defensa y a la igualdad en la etapa de indagación; y una segunda interpretación incluyente en sentido opuesto a la anterior, es decir, que sí es posible la participación del implicado y su defensor en la audiencia de revisión de legalidad posterior cuando esta tiene lugar en la etapa de la indagación, que se ajusta plenamente a la Carta en la medida en que, acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, garantiza el ejercicio del derecho a la defensa del investigado durante la etapa de indagación y, concretamente, su participación en la audiencia de revisión posterior que sobre las diligencias contenidas en las normas demandadas se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. (C.C., 2009b, pp. 4 y 5).

Pero esta actuación de la defensa se limita a pronunciarse sobre la actuación de la Policía judicial, lo que no corresponde a una actuación en igual-

dad de condiciones. ¿Cómo puede el investigador de la Defensoría Pública, quien no posee funciones de Policía Judicial acceder a las bases o bancos de datos para realizar una búsqueda selectiva de información? Pues bien, la Ley 941/05, en su artículo 36, inciso 2 dispone faculta al investigador de la Defensoría Pública para acceder a las diferentes bases de datos: “Las autoridades judiciales y administrativas facilitarán a los investigadores y peritos del Sistema Nacional de Defensoría Pública el acceso a la información que requieran para el cumplimiento de su función conforme a lo establecido en la Constitución Política, en los términos y las oportunidades previstos por el Código de Procedimiento Penal”. En la práctica el investigador del Grupo de Investigación Defensorial de la Defensoría Pública desarrolla las actividades investigativas en cumplimiento de la solicitud expresa del Defensor Público, solicitud que se consigna en la respectiva misión de trabajo. En el evento de solicitarse realizar una búsqueda selectiva en bases de datos, se deberá acudir ante el señor Juez de Control de Garantías, para que autorice de manera previa el acceso a dicha información privilegiada, actuación que deberá ser solicitada y sustentada por el Defensor Público que la requiera para respaldar su teoría del caso o como parte de la estrategia de defensa.

La mayor parte de los casos la búsqueda se canaliza través de la Central de Información⁵⁷ del Grupo de Investigación Defensorial de la Defensoría del Pueblo, con sede en la capital de la República, en intermediación con las centrales o los bancos de datos, lo que facilita la búsqueda de información privilegiada. A continuación se presenta un listado de algunas de las centrales de datos que se pueden consultar o acceder de forma directa, junto con la dirección web de cada una, la descripción de los datos que se pueden obtener y el procedimiento para lograrlo:

Sitios de acceso público a través de la web

Confecámaras www.rue.com.co

Registro empresarial de personas jurídicas y naturales, la descripción de la empresa y su naturaleza. Se accede ingresando a la página y, seleccionando la “ruta” que desea consultar. Por ejemplo, la “Ruta

57 Es una herramienta informática, que sirve de soporte a las actividades investigativas, permitiendo obtener información de las bases de datos de diferentes entidades públicas y privadas en tiempo real. (Portafolio de servicios, de la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría del Pueblo).

Nacional” para obtener la ubicación, homonimia y consulta general de empresas.

- Fosyga: www.fosyga.gov.co

-Afiliación al Sistema de Seguridad Social. Se accede ingresando a la página, seleccionando la pestaña de afiliados y luego el vínculo “afiliados BDUA (Base de Datos Única de Afiliados)”. Se puede obtener información sobre afiliación al sistema de salud, mediante las opciones de afiliación y compensación con sus novedades, cotizantes y beneficiarios.

Sisben: www.sisben.gov.co

Afiliación, cotizantes, estrato, localidad y beneficiarios.

Se accede ingresando a la página, luego al vínculo “consulta de puntaje” y se continúa con la selección de documento de identificación y su número, para encontrar el puntaje que tenga en caso de estar registrado.

Ministerio de Tránsito y Transporte,

www.mintransporte.gov.co

Información relacionada con licencias de conducción, original y refrendados Se accede ingresando a la página, se selecciona “Consultas en línea”, seguidamente se selecciona el vínculo “Consulta, Licencia de Conducción” y se continúan los pasos hasta lograr la información requerida.

Registro Nacional de Abogados

www.ramajudicial.gov.co

Abogados registrados con tarjeta profesional vigente. Se accede ingresando a la página, seleccionando la opción deseada y continuando con el proceso de búsqueda con los diferentes ítems que allí se encuentran.

Simit –consulta comparendos y multas– www.simit.org.co

Comparendos y multas recibidas por un usuario, código de la infracción y costo a pagar. Se accede ingresando a la página, se digita el número del documento de identidad y se continúa con el proceso.

Otra forma de acceder a la información es la que se realiza previo formato diligenciado por el investigador o perito asignado al caso, con el visto bueno del Coordinador del Grupo de Investigación Defensorial, este formato ha de radicarse en la dependencia o enviarse al correo institucional. www.centraldeinformacion@defensoria.org.co, exclusivamente desde el correo institucional de cada funcionario. En este evento el Defensor Público puede dirigirse a la Central de Información del Grupo de Investigación Defensorial de la Defensoría del Pueblo para que solicite la información a alguna de las siguientes entidades:

- Registraduría Nacional del Estado Civil - Archivo Nacional de Identificación (ANI), consulta individual mediante el cupo numérico o nombres y apellidos del usuario.
- Procuraduría General de la Nación - SIRI. Antecedentes disciplinarios, multas, sanciones e inhabilidades.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – SIRDEC. Información especializada de personas desaparecidas, mediante rasgos físicos y datos biográficos.
- Fiscalía General de la Nación - CISAD. Antecedentes, anotaciones y actividades delictivas.

Centrales de datos que exigen trámite escrito ante las respectivas entidades previo control judicial

En ejercicio de su papel como Defensor Público, para la búsqueda de información reservada y semireservada el abogado debe acudir ante el Juez de Control de Garantías en cumplimiento de la condición incorporada por la Corte Constitucional para evitar una eventual ilegalidad de su actuación. Esto se diferencia de la información que sin la cautela constitucional recaba el investigador, perito o el mismo Defensor Público en los casos descritos en la sección anterior. Ahora bien, las entidades que administran y almacenan información de acceso restringido, y que han de suministrarla según el artículo 125 numeral 9 del C.P.P., son:

- El Ministerio de Tránsito y Transporte

Historial Automotores RUNT.

Se accede mediante oficio, dirigido al Ministerio de Transporte con todos los datos del usuario, acompañado de la respectiva autorización judicial. Se puede obtener información sobre improntas, número de motor, clase, modelo, color, importado o nacional, etc.

- Ministerio de Defensa - Policía Nacional

Certificado de Antecedentes Judiciales.

Se accede mediante oficio, dirigido a la Dirección Nacional de Identificación o a la dependencia que ejerza dichas funciones con todos los datos del usuario. Se puede obtener información de antecedentes penales y judiciales de ciudadanos nacionales y extranjeros residentes en Colombia, de acuerdo con el decreto 4057/11.

- Compañías de telefonía móvil

Abonados telefónicos e históricos de llamadas.

Se accede mediante oficio dirigido al área jurídica de cada compañía con todos los datos del usuario. Se puede obtener información de usuarios, abonados telefónicos y planes.

- Superintendencia Bancaria -CIFIN-

Comportamiento financiero.

Se accede mediante oficio, dirigido a CIFIN por correo certificado con todos los datos del usuario. Se puede obtener información sobre el comportamiento financiero, número de cuentas y entidades bancarias.

- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

Historial interno y ubicación en centro penitenciario.

Se accede mediante oficio con todos los datos del usuario, donde conste que existe un proceso abierto para los fines de utilización de la información. Se puede obtener información de los registros de los internos, así como su ubicación en los centros de reclusión del país.

- Superintendencia de Notariado y Registro

Registro Civil.

Se accede mediante oficio dirigido a la Oficina de Informática de la SNR, con todos los datos del usuario y del Defensor Público, donde se indique que la información será utilizada para efectos judiciales, solicitando respuesta en un plazo no mayor a cinco días. Se puede obtener información de los registros civiles y certificados de defunción.

Es interesante que la Corte Constitucional excluye la historia clínica de la información reservada. Así no puede confundirse ésta con la información privilegiada, pues sólo el titular de la historia clínica es quien puede autorizar el acceso a la misma.

El derecho a conocer y solicitar una historia clínica, desde el análisis constitucional, está ubicado no en el derecho fundamental al acceso a los documentos públicos, artículo 74 de la Constitución, sino en el ámbito del derecho a la intimidad, derecho consagrado en el artículo 15 de la Carta, ya que se trata de una información privada, que sólo concierne a su titular, y excluye del conocimiento a otras personas, así sean estas, en principio, sus propios familiares. (C.C. 1999, p.1)

Esto representa un giro conceptual frente a lo plasmado en el artículo 34 de la Ley 23/81, que señala: La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley". En este tema.

El Gobierno Nacional se ha pronunciado en diferentes oportunidades, por ejemplo mediante la Resolución 1995/99 expedida por el Ministerio de Salud, por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica expedida su artículo 14 dispone que podrán tener acceso a esa información: "1. El usuario. 2. El equipo de salud. 3. Las autoridades judiciales y de salud en los casos previstos en la Ley. 4. Las demás personas determinadas en la Ley. Parágrafo. El acceso a la historia clínica, se entiende en todos los casos, única y exclusivamente para los fines que de acuerdo a la ley resulten procedentes, debiendo en todo caso, mantenerse la reserva legal". A pesar

del nuevo encuadre conceptual, al protección de la información contenida en la historia clínica continúa en término similares a los expresados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-413/93: “Sólo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica” y en caso de haberse levantado la reserva, ya sea por autorización del atendido o por autoridad competente continúa: “su uso debe limitarse al objeto y al sentido de la autorización dada por el paciente. De lo contrario, los datos extraídos de la historia clínica de un paciente sin su autorización, no pueden ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial”.

Eso sí, por su parte, el investigador de la Policía Judicial, así como del Sistema Nacional de Defensoría Pública, sí que está sometido a la reserva de la información. Dicho de otra manera, el investigador se encuentra ligado al principio de confidencialidad respecto a lo obtenido como resultado de la búsqueda selectiva, así como quien manipula la información como empleado o tercero de la entidad que almacena los datos o la información.

Los motivos fundados

Comoquiera que para la búsqueda selectiva en bases de datos el artículo 244 del C. P. P. autoriza la aplicación en lo pertinente de las disposiciones relativas a los registros y allanamientos, es necesario abordar el punto de los motivos fundados. Por ellos se entiende la presencia de elementos empíricos o racionales traducidos en elementos materiales probatorios o evidencias físicas e informaciones que justifiquen en este caso acceder a la información privilegiada. Sobre esto se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Sentencia C-673/05:

Pues bien, los motivos fundados para ordenar un registro y allanamiento deben encontrarse respaldados, al menos en informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. Es decir, la expedición de una orden de registro y allanamiento no queda al arbitrio del Fiscal que la ordena, sino que deberá tener un soporte o respaldo al menos en un informe, declaración jurada o elementos materiales probatorios y evidencia física, como garantía de la viabilidad de la diligencia, en los términos determinados por la

norma acusada a fin de que el juez pueda acceder a una información que le permita realizar un efectivo control de legalidad. (C. C., 2005. p. 18).

Atendiendo lo relativo a las funciones del Defensor Público, es él quien debe verificar la necesidad de acceder a la información privilegiada, en desarrollo de la teoría del Caso. Por su parte la Fiscalía deberá analizar la información recaudada por la Policía Judicial –declaración de testigo o informante– para establecer los motivos fundados y verificar la procedencia de ingresar a la información privilegiada –en bancos de datos–. En palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia C-673/05:

La exigencia de tal solemnidad es conforme con la Constitución, por cuanto la declaración jurada le imprime seriedad y confiabilidad a la información suministrada por el testigo o informante, con base en la cual el fiscal elaborará un juicio sobre la procedencia de un registro y allanamiento, esto es, sobre la decisión de decretar y practicar una medida restrictiva del ejercicio de un derecho fundamental, valoración esta que comprende un juicio fáctico, referido a la apreciación de los elementos materiales probatorios que hacen aconsejable adelantarlo, y un juicio jurídico, centrado en la ponderación de los intereses confrontados, y que son el respeto por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y, por otro, el interés general por la persecución del delito. (C. C., 2005, pp. 19 - 20).

Ahora bien, si los motivos fundados hacen relación a elementos materiales probatorios o evidencia física, videos o fotografías tomados en seguimientos pasivos, el Fiscal deberá previamente verificar la cadena de custodia y exigir el diligenciamiento del formato correspondiente en el que bajo juramento certificará el funcionario de Policía Judicial que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.

Por su parte, el Defensor Público no puede sustraerse de dichos controles, debiendo acudir al Juez de Control de Garantías, previa petición de la correspondiente audiencia preliminar de control previo, y posteriormente asistir a la revisión de legalidad del procedimiento. No obstante surgen varias inquietudes. La primera se presenta sobre la prueba de los motivos

fundados si la información requerida involucra al usuario de Defensoría Pública, la prueba de los motivos fundados no sería necesaria, bastaría con la solicitud al Juez de Control de Garantías, toda vez que la información a obtener favorece al procesado quien desde luego mucho antes habría dado el consentimiento que se debe presentar en documento escrito, al Juez, permitiendo como estrategia de defensa mejores resultados. La segunda inquietud se refiere a la información sobre un tercero, es decir, ya no al defendido sino como complemento o parte de algún elemento material probatorio o evidencia física de la defensa que requiere como respaldo o directamente como prueba para sacar adelante la teoría del caso, ante lo cual se considera que, el Defensor Público debe agotar los pormenores en la diligencia, presentando la solicitud, exponiendo los factores jurídicos y fácticos o motivos fundados con el debido respaldo probatorio. Por último no hay que olvidar que el Defensor Público siempre debe contar con el propósito de hacer explicar al Juez el test de proporcionalidad para que se acceda a la búsqueda selectiva en bases de datos.

Retomando el paralelismo establecido por el artículo 244 del C.P.P., en la audiencia de control de garantías el Juez le da la palabra al peticionario de la actuación para que exponga los fundamentos fácticos y jurídicos de la misma, y además, presente los elementos materiales probatorios, informes u otros medios cognoscitivos que fundamenten, la necesidad de realizar la búsqueda selectiva en bases o bancos de datos, el término que el Juez otorga para ejecutar la búsqueda selectiva en bases de datos es de 30 días. Si la audiencia es de control posterior, se tendrá que explicar el resultado de la actuación, y de qué manera se obtuvo la información, con el fin de darle la oportunidad a los que intervienen y ejercer la contradicción de la actuación; esta audiencia se debe realizar dentro de las 36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información. El Juez entonces ponderará la petición para concluir si la actuación es pertinente, y de serlo, si es idónea, necesaria y proporcional. Es decir, el Juez aplicará el test de proporcionalidad diseñado por la Corte Constitucional.

El test de proporcionalidad

La Corte Constitucional, en Sentencia C-695/13, sostiene que “el test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite estable-

cer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza” (C.C., 2013, p. 4). Este es el mecanismo que debe estar presente en la valoración de los hechos y de las pruebas, y del que no puede apartarse el Juez de Control de Garantías al momento de resolver la petición planteada por las partes en la audiencia de control previo para la búsqueda selectiva en bases de datos. Por tanto el Defensor Público ha de exponer de manera amplia y suficiente las razones y los motivos fundados con respaldo probatorio de tal forma que el Juez no dude que la actuación no vulnera derechos fundamentales de las partes o intervinientes.

Como ejemplos de eventuales casos en que el Juez de Control de Garantías puede negar la solicitud de la búsqueda selectiva en bases de datos, se pueden considerar las actuaciones en el que se encuentre comprometida la orientación sexual de la persona o se busque lo relativo a dicho fin. Otro evento en el cual el Juez puede negar dicha petición es el relacionado con los portadores de enfermedades infectocontagiosas de transmisión sexual como el VIH, lo relacionado con la información genética y los llamados datos sensibles o vinculados con la ideología, la inclinación sexual o los hábitos de la persona. Ello por cuanto se trata de hechos estrictamente relacionados con lo más íntimo del ser como persona, y del derecho fundamental a la intimidad. Se trata de información reservada, también denominada información sensible. Su recaudo no puede producirse en una base de datos, por cuanto permanece confinada al ámbito personalísimo del individuo. Si bien puede eventualmente tratarse de datos importantes para determinadas indagaciones, sólo podría ser proporcionada por la misma persona titular de los datos.

Conclusiones

Cuando la teoría del caso elaborada por el Defensor Público involucra la búsqueda en bases de datos cuando se comprometen derechos fundamentales, este cuenta con.

1. Acceder en forma directa a través de las páginas en internet cuando no comprende información privilegiada.

2. Acceder a la información por medio del formato de solicitud, suscrito por el investigador o perito con el visto bueno del Coordinador del Grupo de Investigación Defensorial, porque comprende información privilegiada pero para acceder a la cual no se requiere, autorización judicial.
3. Acudir al Juez de Control de Garantías, con los argumentos para demostrar la necesidad del acceso a la información privilegiada y exponer los motivos fácticos fundados, los aspectos jurídicos y la prueba de dichos motivos para que autorice dicho medio de prueba, en igualdad de condiciones que el ente investigador. Esta autorización ha de anexarla el Defensor Público a la solicitud o misión de trabajo para dar pie a la gestión del investigador o perito.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente (1991).

Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2005). Ley 941/05.

(2004). Ley 906/05

Corte Constitucional de la República de Colombia (2013) . Sentencia C-695/13.

(2010a). Sentencia C-640/10.

(2010b). Sentencia C-334/10.

(2009a). Sentencia T-114/09.

(2009b). Sentencia C-025/09.

(2008). Sentencia T-837/08.

(2007). Sentencia C-336/07.

(2005). Sentencia C-673/05.

(1999). Sentencia T-650/99.

(1993). Sentencia T-413/93.

CAUTELAS PARA UNA BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS

*Carlos Francisco Arias Duque*⁵⁸

*William Salazar Prieto*⁵⁹

Resumen

La pretensión de este trabajo es convocar a los defensores y a los demás operadores del Sistema Penal Acusatorio, a ejercer una vigilancia estricta de los controles -tanto previos como posteriores- frente a la búsqueda selectiva en bases de datos, la cual se diferencia en su reglamentación y naturaleza de otras labores de investigación semejantes con las que se confunde habitualmente, como los registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones.

Palabras clave

Búsqueda selectiva, bases de datos, intimidad, hábeas data, derechos fundamentales, exclusión probatoria.

Abstract

This work aims to summon defenders and other operators in the accusatory penal system, to exercise a strict surveillance in relation to the effecti-

58 Coordinador Oficina Especial de Apoyo Manizales.

59 Investigador Criminalístico.

ve implementation of controls both –previous and subsequent-, in selective searches in databases; which differs from other commonly confused and similar researches in its regulation and nature, such as registrations, raids, seizures and interception of communications.

Keywords

Selective search in databases, privacy, habeas data, fundamental rights, evidentiary exclusion.

Marco Jurídico Constitucional

1. Objeto Material de la Búsqueda Selectiva en base de datos

La información privativa y confidencial del ámbito personal de un individuo – (Carta Política, Art. 250.2 y 15) o aquella información reservada que es almacenada por entidades públicas o privadas autorizadas legalmente para ese fin (Art. 250.3), constituye el objeto material de la búsqueda selectiva de datos.

Tanto en el ejercicio de la acción penal a cargo del Estado como en el del derecho de defensa, puede acudir a la búsqueda de información trascendental para la posición procesal de la parte, a través de distintos medios de investigación, entre los cuales se cuenta con la posibilidad de tener acceso a información relevante para un proceso penal que afecta la intimidad del titular de la misma, motivo por el cual debe respetarse de manera estricta la reglamentación de la forma en que se invade la privacidad; en el entendido de que el interés general, o el ejercicio de la acción penal contra la impunidad, no puede estar por encima de la dignidad humana, toda vez que en la jerarquía de los elementos fundamentales del Estado, tal como la contempla el Artículo primero constitucional, esta se encuentra por encima de aquel.

1. Cautelas a observar en el marco de la investigación criminal para la obtención de información reservada

Hay que tener claro que la búsqueda selectiva en bases de datos, es una actividad de recopilación de información que puede ejercer tanto la Fiscalía como la defensa, como ya se anotó. Frente a este ejercicio, el Legislador reguló constitucional y legalmente las medidas que deben adoptarse para aprehender la información confidencial. Con la finalidad de preservar derechos fundamentales, creó la figura del juez con funciones de control de garantías, precisamente para que vigile, controle y, eventualmente, sancione mediante la declaratoria de ilegalidad de todo lo hallado con violación del debido proceso.

No puede quedar duda de que dicho juez de control de garantías fue instalado precisamente para que protegiera los derechos de la persona más débil de la relación procesal, aquella que debe soportar y enfrentar el embate del Estado, vale decir, el indiciado, imputado o acusado. Como garantía *sine qua non* las cautelas se contraen fundamentalmente a los controles judiciales. Previo y posterior. Solo que, desde el mandato constitucional, es necesario determinar la clase de información que debe ser sometida a uno u otro.

En principio, para establecerlo es preciso indagar acerca de la naturaleza del sujeto que realiza el recaudo y conserva la información, toda vez que cuando se trata de un almacenamiento de datos computarizados, mecánicos o por otro medio, por un individuo con carácter personal y no con fines profesionales o institucionales, una vez dada la orden por la Fiscalía General de la Nación y ejecutada por quien le corresponde, los resultados de la misma serán sometidos únicamente a control posterior ante un juez de control de garantías.

Por otra parte, los datos acopiados por entidades públicas o privadas, por estar legalmente fundadas, están habilitadas para conformar bases de datos que son objeto de protección del derecho al *hábeas data*, por cuanto pueden ser utilizadas legalmente. Esto está regulado en el 250.3 de la norma de normas y desarrollado en el canon 244 del CP Penal y fue tema de examen en la Sentencia C-336 de 2007 por la Corte Constitucional.

En este caso se requiere, de manera imprescindible, la autorización previa de un juez constitucional y, una vez realizada la diligencia, el procedimiento realizado y sus resultados son susceptibles de revisión posterior por parte del juez con función de control de garantías en sede de ponderación de derechos fundamentales.

En el mismo sentido se vuelve a pronunciar la Corte Constitucional en Sentencia C-336 de 2010, en torno a las actuaciones distintas de los allanamientos, registros, incautaciones e interceptación de comunicaciones, en las cuales exista riesgo de vulneración de derechos fundamentales, reclamando el control judicial previo, el cual supone:

“verificar la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del ente acusador de modo que la intervención que esta suponga sobre el o los derechos fundamentales del sujeto de derechos (del indiciado o investigado, de sus familiares, también de las víctimas del delito), únicamente opera cuando sea indispensable y solo en el grado que resulte plenamente justificado (334/10).

En el mismo pronunciamiento, la Corte trae una disquisición acerca de los objetivos de los controles judiciales, los cuales concreta en:

i) Asegurar la legalidad formal y sustancial de la actuación; ii) proteger los derechos fundamentales de quienes, por activa o por pasiva, son afectados al proceso o a la investigación preliminar; iii) verificar la corrección del operador jurídico de la Fiscalía, en las medidas ordenadas y adoptadas para la conservación de la prueba, la persecución del delito y la procura de reparar a las víctimas y restituir la confianza de la comunidad. Estos elementos deben ser tenidos en cuenta por el juez de control de garantías [...] cuando estudia si debe o no autorizar toda afectación de derechos fundamentales que pueda implicar el desarrollo de la investigación del delito (334/10).

2. Naturaleza jurídica de la búsqueda selectiva en bases de datos

Resulta determinante la clase de acto de investigación y el método para conseguir el material de prueba en una base de datos, para la selección de

la reglamentación que la rige, cuyo objetivo no es otro que la preservación de los derechos fundamentales, en la medida de lo posible, de acuerdo con la situación de que se trate. Resulta oportuna la delimitación que efectúa la Corte Constitucional cuando distingue entre “la consulta selectiva en bases de datos personales”, del ejercicio de otras facultades atribuidas a la Fiscalía General de la Nación, alusivas a registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones, cuyo recaudo de datos e información son regidos por los Artículos 250.2 de la Norma de Normas y 219 a 238 del elenco procesal penal, cuya enunciación es taxativa y en virtud a su raigambre solo demanda legalización posterior.

Aunque en la realización de dichas diligencias podría encontrarse información compendiada en “archivos digitales o documentos computarizados”, el cuestionamiento que podría surgir en torno al tratamiento diferencial, reside en que la consulta en base de datos personales requiere un aseguramiento inmediato, dado que se cuenta con situaciones fácticas concretas de donde dimana la posible afectación de bienes jurídicos y la razón capital es que alguna persona interesada puede manipular en perjuicio de los objetivos de una investigación criminal, dando margen para que la intervención no sea controlada previamente.

Al paso que las previsiones del canon 244 de la Ley 906 de 2004 crean la figura que es materia de este ensayo, cuyos contornos nos proponemos deslindar: acopios de información administrados por entidades públicas o privadas que se encargan de la “recopilación, procesamiento, almacenamiento, control y divulgación”.

Actos de investigación

La implementación del sistema penal acusatorio entre nosotros trajo consigo la separación de las funciones requirente y jurisdiccional, como característica toral para robustecer las garantías judiciales, pues ambas funciones, dirigidas aquella por la Fiscalía General de la Nación y esta por los Jueces de la República, tienen como misión la protección de derechos fundamentales, prevalidos de la primacía que en todo momento procesal debe tener el derecho al principio de inocencia. De lo anterior emerge el siguiente pensamiento doctrinario:

La función investigadora es entendida como aquella dirigida a recabar y resguardar los elementos de prueba necesarios para dilucidar si se está en presencia de un hecho punible, así como para individualizar al presunto responsable por esa conducta ilícita. Esta actividad tiene una clara incidencia sobre los derechos de las personas a quienes debe considerárseles inocentes mientras un Tribunal no decrete su responsabilidad -(Binder, 2000: 286).

De lo anterior deviene un planteamiento inconcuso: la Fiscalía, como parte en un proceso penal, desde los albores de la investigación, se da a la tarea de conseguir los medios cognoscitivos necesarios para edificar su propia teoría del caso, acerca de la conducta punible y de su autor, dirigida a fundamentar una acusación y radicar una responsabilidad, persiguiendo una condena. Por consiguiente, la Fiscalía como titular de la acción penal no es parte neutra en el proceso penal, porque, iteramos, tiene un interés particular en relación con el desenlace del proceso y, por ende, su objetivo primordial no es la tutela de derechos fundamentales, sino el ejercicio eficaz de la acción penal. Esto no significa que sus actuaciones estén orientadas a lesionarlos, porque como se indica en el Artículo 115 de la codificación procesal penal, su vocación es obrar con transparencia y objetividad y, especialmente, cuando de terminar anticipadamente una investigación se trata.

Guerrero Peralta, en su tratado de derecho procesal penal, citando a Roxin, nos invita a considerar que las formalidades procesales creadas para la obtención de elementos materiales probatorios por parte del ente de persecución penal, lleva ínsitos los requisitos de naturaleza sustancial, porque involucra derechos fundamentales. Así lo señala Roxin:

No es un principio de la ordenanza procesal penal Alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio. Ha de considerarse que el fin de averiguar y sancionar los hechos punibles es ciertamente de la mayor importancia, pero no puede constituir siempre y bajo cualquier circunstancia el interés prevalente del Estado (Guerrero Peralta, 2007: 48).

En un Estado Constitucional de Derecho, el respeto de las garantías fundamentales es el límite para el ejercicio legítimo del *ius puniendi*, valga decir,

el amparo por el debido proceso, particularmente cuando de resguardar elementos materiales se precisa.

3. Finalidad de la búsqueda selectiva en bases de datos

Este mecanismo tiene como objetivo consultar las bases de datos personales, discriminando la información valiosa y directamente relacionada con una hipótesis delictiva para ser aplicada como elemento material probatorio a una investigación penal. Es aquí donde debe estar demarcada la clasificación de la información requerida y lo pretendido por la Fiscalía para ser analizado a la luz de un juicio de armonización concreta de derechos y así saber si verdaderamente tiene la vocación de servir a una finalidad constitucional y legal.

4. Titular de la información confidencial en una búsqueda selectiva en bases de datos

a) Información que es de la órbita de privacidad del indiciado o imputado

Esta se circunscribe a la información del indiciado o imputado cuya custodia está atribuida a instituciones y, por ende, su divulgación es restringida en aras de salvaguardar su intimidad personal o familiar, asumiéndose que dichas instituciones garantizarán la reserva, aun después de terminar la relación con el sujeto titular de la confidencialidad. Tal recopilación de datos y confidencialidad está íntimamente relacionada con la mediación del consentimiento libre, previo y expreso del sujeto en quien gravita el derecho.

b) Información que es de la órbita de privacidad de un tercero

Preocupante que se llegue al menoscabo de derechos fundamentales de los terceros no vinculados a una investigación, a cuenta de la realización de una búsqueda selectiva en bases de datos, cuando se explora sobre su información reservada en las aludidas entidades públicas o privadas, incluso sin que esos terceros tengan conocimiento de dicha actividad judicial y que, por tanto, no puedan oponerse a ese rastreo. Esta injerencia es restrictiva al derecho a la intimidad que no tiene una protección clara desde el punto de vista legal en lo normado en el Artículo 244, inciso 2° de la Ley 906 de 2004, como desarrollo del Artículo 15 de la norma de normas.

La doctrina plantea, como uno de los presupuestos importantes de la preservación del derecho a la intimidad, que existen “categorías de personas que pueden ser expuestas a la intervención”, de su información contenida en una base de datos, a diferencia de los terceros ajenos al proceso penal que no “deben soportar una injerencia injustificada”. De modo que necesariamente debe existir una orden judicial previa y el tercero debe tener alguna conexión con la investigación, especialmente con los investigados, para que proceda excepcionalmente la búsqueda selectiva de sus datos personales.

5. Derechos fundamentales involucrados en una búsqueda selectiva en bases de datos

a) Derecho fundamental a la intimidad

Ocupémonos de la definición del derecho a la intimidad de la mano de la definición traída por la Corte Constitucional, que por su claridad merece ser tenida en cuenta:

esfera o espacio de la vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal (Sentencia C-336/07).

La Constitución Política en su Artículo 15 manda que el Estado ampare ese núcleo esencial cuyo ámbito personal privado se hace extensivo a la familia y, por supuesto, comprende también el buen nombre.

La integración de las normas sobre Derechos Humanos, contenidas en tratados internacionales ratificados por Colombia, a nuestro ordenamiento jurídico interno exige, a la luz del Artículo 93 de la Carta Política, utilizar el bloque de constitucionalidad como método de interpretación de los derechos bacilares que emanan de la dignidad humana..

La previsión legal de este derecho está contenida en el Artículo 14 de la Ley 906 de 2004, en el que se estipula “la cláusula de inviolabilidad de ese derecho fundamental”, como lo ha postulado la Corte Constitucional.

Es así como el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula lo atinente al derecho a la intimidad personal y familiar, de eventuales intromisiones “ilegales o arbitrarias” del Estado.

El Comité de Derechos Humanos integra, dentro del derecho a la intimidad, el hábeas data, y al respecto precisa:

“La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley.

La directriz anterior la hace eficaz recomendando a los Estados parte que la reglamenten para precaver la posibilidad de que dicha información sea objeto de abuso por personas que las empleen indebidamente sin ser las destinatarias legítimas.

Como todo derecho fundamental, el derecho a la intimidad no es absoluto y puede verse restringido a través de medidas judiciales, pero constituye un presupuesto *sine qua non* la autorización previa de un juez constitucional, para que opere una injerencia del Estado con arreglo al ordenamiento jurídico, en este derecho fundamental, por medio de la búsqueda selectiva en bases de datos.

También la Convención Americana de DD.HH., en su Artículo 11, regla lo concerniente a la protección de la honra y la dignidad humana. En el mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ratifica que el amparo al derecho a la intimidad impone que en caso de “injerencias sean ‘legales’, ‘legítimas’ y ‘necesarias’, en una sociedad democrática” (Corte Constitucional. Sentencia C-334 de 2010).

b) Derecho fundamental al hábeas data o a la libre autodeterminación informática

Fue el mismo constituyente quien limitó ese poder informático, otorgando derechos al titular de la información para que las entidades públicas y privadas se vean avocadas a proporcionar el conocimiento a aquel, con los consiguientes derechos de actualización y rectificación.

Todo lo anterior tiene una finalidad constitucional diáfana: resguardar la identidad informática y la personalidad del titular en “el proceso de administración de los datos personales”.

Con esta óptica toda consulta que se haga sobre los mismos en el desarrollo de dicha actividad está completamente regulada.

La autodeterminación informativa está constituida por la interpretación conjunta de los derechos fundamentales, esto es, el derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la intimidad. La expresión se configuró en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1983 que se relacionaba con la información que aportan los ciudadanos a los censos y el destino futuro de las afirmaciones del encuestado en situaciones que permiten cruces relativamente fáciles de información automatizada. Si bien, frente a ciertas injerencias no hay una discusión explícita con referencia al derecho a la intimidad, lo cierto es que la captura de información personal que pueda almacenarse por medios electrónicos y utilizarse indebidamente sí tiene entidad para afectar el derecho a la intimidad. Por lo tanto, lo mínimo que alguien debe saber cuándo está aportando datos de buena fe al Estado o a los particulares es el destino de su información personal. Pero además, no parece ser suficiente que el individuo sepa el destino de su información sino que también reconozca que pueda tener la posibilidad de ejercitar otras libertades constitucionales sin el temor de asumir riesgos inciertos por tal actuación. Desde este punto la interpretación germana del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad considera que el individuo debe gozar de protección contra la recolección, almacenamiento, transmisión y tratamiento de sus datos personales. Un ejemplo puede ilustrar el problema. Si alguien solicita un crédito en un banco debe saber con anterioridad que sus moras pueden ser reportadas a una central de riesgo. Pero el Estado, igualmente debe preocuparse por evitar que esa situación le acarree la posibilidad de desarrollar otros derechos constitucionales al moroso, como por ejemplo, que no pueda matricular sus hijos en un colegio por la información que transmite la central de riesgo, lo que afecta inevi-

tablemente el libre desarrollo de la personalidad (Guerrero Peralta, 2007: 400).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-334 de 2010 alude a la Sentencia T-947 de 2008 para recordar la génesis y el nexo íntimo que tiene el derecho al hábeas data con los “derechos a la autodeterminación, a la intimidad, a la libertad, al buen nombre y al libre desarrollo de la personalidad”.

6. La búsqueda selectiva en bases de datos por parte de la Fiscalía

La aplicación a la praxis judicial de los conceptos precedentes tiene como objetivo que el defensor, con una mirada estricta y recelosa, escrute los actos de investigación realizados por el órgano de investigación, ojo avizor que le llevará a establecer si los valores, principios, objetivos y finalidades constitucionales estuvieron presentes durante el procedimiento de consecución de los rudimentos de prueba, de manera que solo así se materializará el verdadero derecho a la contradicción y refutación de la prueba.

El defensor debe propender porque la legalidad procesal sea presupuesto de la orden emitida por el Fiscal, director de la investigación, con toda la justificación que permita su determinación en torno a la información precisa de interés para la investigación, cuya conexidad con la demostración de la existencia del comportamiento delictuoso y el ejecutor del mismo sea directa o indirecta, pero íntimamente referida a los hechos, pues no se trata de buscar indiscriminadamente elementos que puedan o no servir a esos fines de la hipótesis delictiva, en una pesca inconveniente que pueda invadir seriamente la esfera íntima de una persona.

En este sentido, de acuerdo con el Artículo 244 y su desarrollo constitucional, para que se pueda pregonar la legalidad de la búsqueda selectiva en bases de datos, por parte de la Fiscalía General de la Nación, son necesarios:

-La orden del fiscal que dirija la investigación:

Es claro que esta labor de pesquisa se puede realizar, tanto antes, como después de la imputación, pero es preciso, en cada etapa procesal, que la misma se encuentre dirigida por un fiscal, llamado a vigilar el cumplimiento del programa metodológico, de suerte que la orden no la puede emitir cual-

quier fiscal, ni tampoco puede estar descontextualizada de acuerdo con la ruta epistemológica diseñada por él.

Tampoco lo dice expresamente la norma, pero ha de entenderse que la orden debe ser escrita y estricta, única manera en que se pueda llevar convicción al juez de control de garantías en torno de su existencia, y debe incluir el contenido específico de la búsqueda encomendada, esto es, con precisión de qué es lo que se buscará, dónde, durante cuánto tiempo y cómo.

Esto constituye una cortapisa a la actuación de la policía judicial, un blindaje contra la arbitrariedad. En efecto, la protección ciudadana no puede ser la única finalidad del control judicial, el defensor debe estar alerta en que se satisfaga la concepción antropocéntrica del Estado, la cual impone velar por que el recaudo de los elementos materiales probatorios no solo tenga una raigambre legal, sino que el cometido de resguardo de la dignidad humana no sufra fractura por cuenta de los objetivos de la investigación criminal.

Esta postura constituye una respuesta a la pregunta que se formulan Chirino Sánchez y otros autores:

En igual medida una pregunta actual de los expertos es la relativa a la utilización de información personal almacenada por medios electrónicos para fines de investigación penal (comparación de datos extraídos para otros efectos), sin que la persona sea consciente de que ello corresponde a un ataque a la intimidad o al menos a su derivado también fundamental de la autodeterminación informativa en el sentido en que se ha observado anteriormente (Chirino, 2007: 42).

Control judicial previo:

Las garantías y derechos fundamentales no son un catálogo de buenas intenciones, creados por el constituyente, implementando para su ejercicio acciones y controles eficaces que hagan pleno su respeto.

Si bien la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, esta solo se satisface cuando se resuelve la tensión entre los derechos de la administración de justicia y los derechos del investigado y la víctima, buscando que ninguno de ellos se anule. Para ese propósito la regla general establecida en la Constitución de buscar la autorización previa en las medidas

que puedan vulnerar derechos fundamentales, es una garantía que no se puede desconocer y forma parte del debido proceso.

Bajo esta óptica existen unas condiciones para la procedencia de la autorización previa de medidas que puedan afectar derechos fundamentales:

1. Legalmente debe estar establecida -principio de reserva legal-.
2. La competencia está atribuida a un juez constitucional -principio de reserva judicial-.
3. El Juez con función de control de garantías estudiará su viabilidad a la luz de los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

La búsqueda focalizada de información debe tener como sustento unos motivos fundados al tenor del Artículo 221 del CPP.

La jurisprudencia constitucional ha diseñado un sistema de análisis eficaz para adoptar la medida limitativa de derechos fundamentales, un juez de control de garantías y, por supuesto, todos los operadores jurídicos debemos realizar el siguiente test de proporcionalidad:

“i) idoneidad, que exige establecer si la medida adoptada tiene efectividad para lograr la finalidad legítima buscada; ii) necesidad, según la cual se debe examinar si existen otras medidas que pueden lograr el mismo fin con una restricción menor de los derechos en conflicto; y iii) proporcionalidad en sentido estricto, que impone la obligación de verificar los beneficios obtenidos por la administración de justicia, la sociedad y las víctimas frente a los que obtendría el procesado con la aplicación de esta figura (Sentencias C-822 de 2005 y C-543 de 2011).

El defensor debe ser veedor en relación con las actuaciones del juez constitucional teniendo como faro que el examen que debe observar sea de rango formal y material de la medida que la Fiscalía pretende obtener, debe estar atento a que la validez esté presente en la aducción probatoria y, sobre todo, revisar los motivos fundados para la elección de la búsqueda selectiva en bases de datos, garantía de motivación en el pronunciamiento que servirá a los fines de una eventual impugnación si es del caso o soli-

cidad de rechazo o exclusión en el momento procesal oportuno, según se desprende de la lectura del canon constitucional.

-Control judicial posterior:

Será materia de evaluación tanto lo formal como lo material, esto es, si se cumplió con todos y cada uno de los límites colocados en la orden, espacial, temporal, modal, de identidad, y si el procedimiento fue respetuoso de los derechos, tanto del investigado, como de las demás personas cuya información reposa en la base auscultada y de la institución visitada.

Pero, ¿qué información se somete a control de legalidad posterior?, solo los resultados obtenidos a raíz de la búsqueda selectiva en bases de datos o además de estos el análisis link o estudios que se realizan por la policía judicial con aquellos insumos? Este cuestionamiento surge de un caso llevado hasta el Tribunal Superior de Manizales, frente al dilema surgido en una audiencia preparatoria en un asunto de concusión, proceso radicado bajo el número 2011-01073-01, cuando la Fiscalía solicitó al Juez de Conocimiento decretara como prueba una búsqueda selectiva en base de datos efectuada en la empresa de telefonía celular Comcel a unos abonados telefónicos y los correspondientes análisis link que tuvieron como sustento los insumos recaudados por la policía judicial, los cuales sirvieron para realizar el cruce de información, siendo sometidos también a control de legalidad posterior ante el Juez de Control de garantías.

La defensa se opuso a dicha petición probatoria con la solicitud de exclusión de dichos elementos materiales probatorios, por considerar que fueron legalizados extemporáneamente ante el juez con función de control de garantías. El juez penal del circuito en primera instancia atendió su pedido y resolvió excluirlos, decisión apelada por la Fiscalía, que adujo que la información allegada de Comcel les fue entregada inmediatamente a los investigadores del CTI, para que procedieran a realizar el análisis link y, una vez culminado su estudio, la Fiscalía General de la Nación lo sometió al control posterior ante el Juez Penal Municipal con Función de Control de garantías. Según su parecer, la ley, en su Artículo 244 del CPP, no prevé dos legalizaciones, una sobre la información suministrada por el operador de Comcel y sobre los resultados de análisis link, por ende, impetró revocar la decisión y avalar el ingreso de la prueba solicitada.

El defensor recabó que es la información sustraída de una base de datos, emanada de Comcel y enviada a la Fiscalía General de la Nación, sobre lo que debió hacerse el control de legalidad posterior, y que se dejó pasar el tiempo hasta que se obtuvo el análisis link, y que esta última prueba sirve a los intereses de la teoría del caso de la Fiscalía, pero no es la información objeto de la decisión del juez con función de control de garantías.

El Tribunal desató la impugnación acogiendo la tesis defensiva, sobre la base de lo prescrito en la Sentencia C-591 de 2005, en la que se delimitan las actuaciones que requieren control judicial previo y las medidas que demandan control posterior.

Advirtió con la Sentencia C-336 de 2007 M. P. Jaime Córdoba Triviño, que se requiere autorización judicial previa en los eventos en que se necesite obtener datos personales que han sido almacenados con fines legales por entidades públicas o privadas autorizadas con ese fin, en concurso con dicha regulación se predica el requerimiento de “control de legalidad posterior dentro de las 36 horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información”.

Nos parece de destacar la postura del Tribunal en cuanto a la distinción entre los resultados que arrojen la búsqueda selectiva y el examen o análisis que se realiza con dicha información cruzada:

Debe tenerse claro por parte del defensor que una cosa es la búsqueda selectiva en bases de datos y muy otra la interpretación de los resultados que arroje dicha indagación.

La búsqueda en casos como el de marras, en los que la información que se pretende obtener se encuentra en bases de datos de otras entidades que no hacen parte del engranaje investigativo del Estado, es realizada por la respectiva entidad pública o privada, de tal suerte que sean los datos por estas ofrecidas los que deben ser puestos a disposición del Juez de Control de Garantías.

Los análisis y la depuración que de esta información hagan los miembros de la policía judicial, en modo alguno podrán hacer parte de la labor de búsqueda, pues esta, se itera, está en cabeza del ente que posee en sus archivos los datos.

Los análisis link que se efectúan sobre esos resultados, habrán de corresponder entonces a pruebas técnicas o experticias de acuerdo con la naturaleza, para su aducción en el juicio oral deberán surtir los parámetros previstos en la ley con tal efecto, destacándose entre estos que deben ser descubiertos en las oportunidades procesales previstas para el descubrimiento de todo el acervo con vocación probatoria y debe ser introducido por el perito, técnico o funcionario que lo elaboró quien deberá explicar las técnicas utilizadas y los estudios en los cuales basó sus conclusiones.

La postura de la Corporación de justicia penal local resulta acertada a la luz de la protección de derechos fundamentales comprometidos en una búsqueda selectiva en bases de datos, criterio que guarda correspondencia, como lo anotábamos en acápites precedentes, con la jurisprudencia constitucional, porque se busca evitar la fractura de los derechos a la intimidad, a la libre autodeterminación informática y al *habeas data* por parte de la entidad administradora de las bases de datos, para el caso bajo estudio COMCEL. Si eventualmente se entregara a los investigadores información errada, falsa, no autorizada previamente por el Juez con Función de Control de Garantías, o que excediera el pedimento del Fiscal, con grave afectación de la esfera íntima del individuo, se trataría de situaciones que escapan al objeto de examen de un Juez de Garantías en ejercicio de ese control judicial.

Corresponde al Juez de conocimiento lo relativo a los análisis link, revisándolos como actividad adicional realizada por los investigadores, ya que comporta prueba distinta y debe ser sometida al régimen probatorio que la regula, esto es, las previsiones de los Arts. 412 y siguientes del CPP. La naturaleza de prueba pericial deviene de la necesidad de que una persona especializada en realizar el examen pericial de información cruzada emita el informe y que este surta la publicidad y el descubrimiento probatorio relativo a toda prueba para su posterior contradicción.

La fusión, por parte la Fiscalía General de la Nación, de ambas actividades, las cuales demoraron cada una un tiempo considerable para su ejecución, hizo que cuando la Fiscalía acudió al juez con función de control de garantías ya se hubiera vencido el tiempo límite para la legalización, de 36 horas -desde el momento en que la información emitida por la entidad encargada

de las telecomunicaciones fue recibida por la Fiscalía y no desde que lo fue por el experto técnico de la Policía Judicial. Por tal razón, fue declarada extemporánea y con violación de derechos fundamentales, como el debido proceso y el derecho de defensa.

7. Consecuencias jurídicas que acarrea una violación a derechos fundamentales en una búsqueda selectiva en bases de datos

La clase de régimen que nos gobierna guarda una incidencia capital en el direccionamiento del proceso penal, ante todo en lo relativo al régimen probatorio, pues un régimen autoritario conllevaría a que con tal de alcanzar la verdad, no importan los medios por los cuales se obtenga la prueba, al paso que en una democracia el sustrato del proceso penal es el respeto al debido proceso en la consecución de la prueba, todo para llegar a establecer la existencia de la conducta punible y la imposición de la pena.

El tamiz de la validez de la prueba está sujeto al principio de legalidad en una sociedad que enarbola el principio del Estado de Derecho, sobre todo porque será el sustento de las decisiones judiciales que afectan el derecho fundamental a la libertad.

Los estadios de obtención, proposición, admisión, práctica y valoración de la prueba son esenciales en el proceso de su formación; por lo tanto, las inconsistencias en cualquiera de estas etapas apareja consecuencias diversas: se hablará entonces de prueba que pueda ocasionar su inadmisión, rechazo o exclusión, en este último evento por ilegalidad o ilicitud de la prueba, esto es, según la clase de anomalía.

Es oportuno que la defensa conozca la diferencia entre estas figuras jurídicas que comportan el tema central en la audiencia preparatoria para realizar correctamente las solicitudes y, por supuesto, estar en condiciones de rectificar, si es del caso, cuando la Fiscalía las esgrima para atacar la contraprueba o prueba de refutación de la defensa.

Con ese propósito, la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento muy didáctico, con base en los predicados de los cánones 359 y 376 del CPP, señaló:

En efecto, según la normativa comentada, se debe **inadmitir** la prueba cuando:

1. Con ella exista peligro de causar grave perjuicio indebido, presupuesto de hecho en el cual se incrustan eventos como el previsto en el Artículo 359, inciso 2º, en relación con las conversaciones realizadas entre Fiscalía y defensa, tendientes a la realización de preacuerdos o al reconocimiento del principio de oportunidad⁶⁰.
2. Se presente la probabilidad de que genere confusión o exhiba poco valor probatorio⁶¹: como la prueba de referencia, que de acuerdo con lo previsto en el Artículo 379 es generalmente inadmisibles, y solo de manera excepcional podría ingresar al juicio, de presentarse alguno de los eventos previstos en el Artículo 438, siendo en todo caso restringido su valor probatorio de cara a la condena, según lo determinado por el Artículo 381.
3. Sea injustamente dilatoria del procedimiento, como podría ocurrir frente a pruebas repetitivas, o aquellas con las que se pretenda demostrar hechos notorios.

El estatuto procesal también incluye el **rechazo** de aquella prueba que no fue descubierta de manera oportuna, según lo determina el Artículo 356.1 (Sentencia 36562 de 2012).

Adentrémonos ahora en lo relacionado con la **exclusión** probatoria, para su comprensión es preciso traer los conceptos de prueba ilícita y prueba ilegal, veamos:

Prueba ilícita se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana o que vulnera derechos fundamentales o que interfiere preceptos constitucionales(Consejo Superior de la Judicatura, 2004: 312).

Como contrapartida figura la **prueba ilegal** como aquella que afecta alguno de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su confor-

60 Chiessa (Edición 2005. Pág. 7 y ss.)- cita como ejemplos de esta causal: a) la prueba de la embriaguez ofrecida por el fiscal, la cual no siendo trascendental para probar el cargo principal, perjudica indebidamente la posición procesal de la defensa; b) las fotografías del cadáver de la víctima, las cuales califica como "particularmente problemáticas por su efecto inflamatorio sobre el juzgador"; y c) la evidencia de otros delitos o de la mala conducta del acusado.

61 Chiessa, cita como ejemplo la evidencia matemática de probabilidad.

mación o existencia jurídica, o mejor cuando la transgresión comporta las formalidades esenciales previstas en la ley.

La consecuencia jurídica de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y de aquella obtenida con violación del régimen legal, es la exclusión, así se desprende de lo consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política y 23, 232, 455 y 457 de la Ley 906 de 2004.

Es así como la prueba obtenida con violación de derechos como la dignidad humana, la violación del derecho a la intimidad, violación ilícita de comunicaciones, retención o apertura de correspondencia ilegales, por acceso abusivo a un sistema informático, así como la vulneración al debido proceso y al derecho de defensa, es prueba ilícita (Corte Constitucional, Sentencia 29416 de 2008).

El Juez con Función de Control de Garantías y el Juez de Conocimiento en las fases procesales correspondientes podrán excluir los elementos materiales probatorios, es decir, que se requiere una declaración judicial que califique de ilícita la prueba y la sanción atribuible será su exclusión jurídica y su exclusión material.

En ocasiones ocurre la exclusión jurídica pero no material, evento que permite posteriormente la revisión de la anomalía por otro juez de la República, situación que se pretende evitar, con la exclusión material, cuando ya se ha establecido que adolece de vicios sustanciales en cuanto viola derechos fundamentales. En todo caso, la nulidad plena de la prueba específica excluida no comporta la nulidad de todo el proceso.

Otros casos de exclusión son referidos por la Corte Constitucional en Sentencia C-591 de 2005, como aquellos en los que se obtiene la prueba como producto de la comisión de delitos de lesa humanidad, casos en los que resulta indiferente si la prueba es trascendental o necesaria: el solo hecho de que fue practicada bajo tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado transmite a todo el proceso un vicio insubsanable que genera la nulidad del proceso, por cuanto se han desconocido los fines del Estado en el curso de un proceso penal, cual es la realización de los derechos y garantías del individuo. Además, como queda ya comprometida la imparcialidad del juez que ha conocido del proceso, debe proceder además a remitirlo a un juez distinto.

8. Mirada crítica que debe adoptar un defensor acerca de la búsqueda selectiva en bases de datos para la construcción de su estrategia defensorial

El caso concreto descrito nos parece de gran valía por cuanto enseña al defensor que no puede estar ajeno a las etapas previas de construcción de la prueba, en las que no participó porque se trataba de diligencias reservadas en cuanto todavía no existía imputado. De modo que resulta esencial estudiar los registros de las audiencias preliminares de garantías, sus correspondientes actas, así como los soportes contentivos de los actos de investigación llevados a cabo por la Fiscalía, para establecer si verdaderamente se cumplieron las ritualidades procesales y sustanciales.

Advertimos desigual, la participación de la defensa para el ejercicio de sus facultades previstas en el Artículo 29 de la Carta, en consonancia con el Artículo 8° del C.P.P. singularmente en aquellas audiencias preliminares estatuidas legalmente como reservadas, justamente cuando están de por medio derechos y garantías fundamentales de su prohijado y cuando de estarse socavando alguno de estos derechos fundamentales no está la parte interesada para reprochar los vicios y atacar e impedir la legalización de elementos materiales probatorios.

Creemos, siguiendo la voz autorizada del doctrinante Enrique Bacigalupo, que es en esa etapa previa cuando se definen los resultados de un juzgamiento, no por la permanencia de la prueba, principio ya recogido y superado en el actual sistema penal acusatorio, sino porque ese proceso de formación de la prueba debe ser impecable para que luego, cuando se decrete y practique en el juicio, esté prevalida de la salvaguarda de derechos fundamentales, todo en virtud de que puede ser legalizada por el juez constitucional, pero asistida de yerros que no se advirtieron y, luego de pasar ese filtro, ser aducida en el juicio en detrimento del principio de inocencia.

Así lo señala el tratadista citado:

“La doctrina ha señalado con razón, que en la práctica actual el juicio queda realmente decidido durante la instrucción donde rige la “desigualdad de armas”. En particular es evidente que la policía y la Fiscalía tienen durante la instrucción posibilidades para la obtención

de pruebas de las que no dispone la defensa; esta, inclusive, puede ser excluida del conocimiento de las actuaciones mediante la declaración del secreto y por ello perder posibilidades de obtener medios de evidencia que le sean favorables y decisivos. De tal manera que las actuaciones realizadas por la policía sin conocimiento del acusado resultan prácticamente incontestables” (Bacigalupo, 2002: Pág. 58).

Es oportuno para interpretar la ley en materia de la realidad procesal esgrimida, traer lo estipulado en el Artículo 267 del CPP que dispone que quien no ostente la calidad de imputado, pero conozca de la existencia de una investigación en su contra, podrá designar abogado de confianza o solicitar el nombramiento de abogado de la Defensoría, infiriéndose el derecho a intervenir en las diligencias, sin que pueda oponérsele el carácter reservado de las mismas, en aras de la preservación de derechos fundamentales. Sin embargo, queda excluido de esa posibilidad quien desconozca la existencia de un proceso penal en el que pueda resultar implicado. Como corolario de estas reflexiones debe elevarse a norma legal la exigencia de que cuando existan elementos materiales probatorios que puedan sustentar una presunta autoría, es deber de la Fiscalía, vincular el ciudadano a la investigación o, en su defecto, ordenar que se realicen todas las diligencias en su presencia.

No obstante, existe como precedente el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el que admite la intervención del defensor en todas las etapas de la investigación, incluida la fase de la indagación:

La Corte Constitucional en Sentencia C-799 de 2005 se manifestó respecto a la conformación del ejercicio del derecho de defensa en el nuevo Código de Procedimiento Penal y el momento propicio para su ejercicio. La Corte parte de dos formulaciones básicas que acertadamente se reconocen como interpretaciones excluyentes o incluyentes dependiendo del momento procesal en que se permita al investigado o imputado. La Corte llega a una interpretación condicionada del Artículo 8° del CPP, a propósito de una hermenéutica incluyente de una disposición que aparece catalogada como principio rector, según la cual el ejercicio del derecho de defensa se puede ejercer a lo largo de toda actuación sin lugar a establecer límites temporales (Corte Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentería. 2005)

La manipulación de la información por parte de la Policía Judicial antes de ser sometida a la legalización puede aparejar violación del debido proceso, porque es dable que se valga de datos confidenciales no permitidos, en razón de la posibilidad de manipulación indebida de la información por parte de la entidad pública o privada que la entregó. En consecuencia, la depuración de la información recibida por Comcel en el caso referido previamente no es del ámbito de la Policía Judicial, como lo pensó la Fiscalía; justamente está reservada al juez con función de control de garantías, según atribución constitucional y legal, para establecer si se cumplió con el contenido de la legalización previa que la misma jurisdicción impartió.

Los efectos de la legalización de la búsqueda selectiva en bases de datos no son absolutos en cuanto a su acatamiento o validez para las etapas subsiguientes del proceso penal: el escenario fundamental para la discusión sobre sus posibles inconsistencias es la audiencia preparatoria; si en el asunto planteado el defensor asume como hecho cumplido que la búsqueda selectiva en bases de datos subexamine ya fue legalizada, su inercia en este campo daría vía libre a que adquirieran el carácter de pruebas aquellas que son violatorias de derechos fundamentales. Por tanto, el defensor debe ser proactivo, extremando el cuidado en que la adquisición de la información sufra el tamiz necesario para que queden incólumes principios ecuménicos como el derecho a la intimidad, el debido proceso y el derecho de defensa, entre otros. En el caso reseñado, la oportuna diligencia del defensor al oponerse al decreto de la prueba solicitada por la Fiscalía, trajo consigo su exclusión y, como se trataba de prueba fundamental para el sustento de la teoría del caso de la Fiscalía, muy probablemente traerá consigo la absolución de su cliente.

La búsqueda selectiva en bases de datos por parte de la defensa

Un aspecto por el cual cobra mayor importancia este estudio es lo relacionado con la necesidad de que la defensa conozca toda esta reglamentación. Cuando para el ejercicio de su labor requiere acudir a bases de datos, creemos que está, al igual que la Fiscalía, atada a las formalidades previstas en el Artículo 244 de la Ley 906 de 2004, sin perder de vista la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Corte Constitucional en Sentencia C-186 de 2008. El sustento de este aserto radica en el numeral 9 del Artículo 125

del C.P.P., donde se le da soporte suficiente a su actividad defensorial, en la medida en que las entidades públicas y las privadas, deberán colaborarle al defensor cuando se ha obtenido autorización del Juez con función de control de garantías.

Conclusiones

Si bien la actividad de la Fiscalía puede conducirla a realizar intervenciones o limitaciones a los derechos de los cuales es titular el procesado, debe ser claro que el juez de control de garantías tiene como función constitucional proteger precisamente aquellos derechos; por lo tanto, corresponde al defensor exigir el cumplimiento de todas y cada una de las formalidades previstas en la ley para el procedimiento investigativo, ya que adquieren la dimensión específica de garantías procesales: la defensa debe convertirse en muro de contención que evite que pasen al juicio cuando implican ilegalidad.

El derecho al ejercicio de la defensa en las audiencias preliminares de autorización previa y legalización posterior de aquellas actividades de la Fiscalía que impliquen la intromisión por parte del Estado en el rastreo de información confidencial almacenada en bancos de datos legalmente constituidos, debe conducir a que solicite ante el juez de control de garantías la exclusión de la prueba ilícita o de la prueba ilegal, según el vicio del que adolezca.

La defensa debe estar atenta a que se produzca la exclusión probatoria, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el material, especialmente ante el juez de conocimiento en la audiencia preparatoria, ya que este es el escenario en el que debe controvertirse la prueba, según lo tiene señalado la Corte Suprema de Justicia. Esto con el fin de evitar que el contenido de la prueba excluida quede en la mente del funcionario judicial que tomará una decisión.

Por último, es oportuno concluir con la Corte Suprema de Justicia en el fallo reseñado en apartados anteriores que Ordinariamente, aquello que con cierto desdén se menciona como meras formalidades, es nada menos que la protección contra la arbitrariedad, porque la intimidad y la libertad que hacen parte del núcleo esencial de la autonomía personal y de las más profundas dimensiones de la personalidad, sólo, excepcionalmente, son

susceptibles de afectación o restricción con fines de búsqueda de prueba con vocación de ser usada judicialmente.

Por tanto, corresponde al juez en la audiencia preparatoria ocuparse de todos estos aspectos relacionados con la inclusión de la prueba en el juicio, no pudiendo evadir, ni renunciar, ni evitar las discusiones en torno de su inadmisión, rechazo o exclusión so pretexto de mantener incólume su imparcialidad, toda vez que es aquella el escenario natural de tales discusiones y no otro; al punto que de advertir afectada esa esencial condición para afrontar el juicio, puede hacer uso de las causales de impedimento previstas, a fin de separarse del conocimiento del asunto (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 29416 de 2008).

Referencias Bibliográficas

Consejo Superior de la Judicatura (2004). *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*. Bogotá.

Bacigalupo, Enrique (2002). *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid: Marcial Ponds.

Chirino, Alfredo (2007). *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*. Buenos Aires: Ed. del Puerto. .

Binder, Alberto M. (2000). *Una oportunidad para reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público*. San José: Poder Judicial.

Guerrero P., Óscar J. (2007). *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá: Nueva Jurídica.

Chiesa Aponte Ernesto L. (2005). *Tratado de Derecho Probatorio*. Estado Unidos de Norteamérica. Publicaciones JTS.

Corte Constitucional (2005). Sentencia C-799.

Corte Constitucional (2007). Sentencia C-336..

Corte Constitucional (2010). Sentencia C-334.

Tribunal Superior de Manizales (2011). Providencia 2011-01073-01.

Corte Suprema de Justicia (2008). Sentencia 29416.

EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA «RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN PRODUCTO DE LA TRANSMISIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LAS REDES DE COMUNICACIONES»

*Sory Miryed Delgado Arboleda*⁶²

*Patricia Guevara García*⁶³

Resumen:

Con el presente Artículo se pretende llamar la atención de los operadores del Sistema Acusatorio sobre los antecedentes normativos de los actos de investigación en manos de la Fiscalía General de la Nación y su Policía Judicial, así como sobre su control judicial desde la óptica jurisprudencial, sin dejar de lado el examen que le interesa realizar a la defensa pública. Se propone esta aproximación, con énfasis en el análisis legal y jurisprudencial del acto de investigación de mucha actualidad denominado «recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones», como también, en los presupuestos necesarios para

62 Abogada de la Universidad Santiago de Cali (1996), especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana (1998), especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre (2000), especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia (2010), especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Santo Tomás (2013), con maestría en Derecho Penal y Justicia Transicional de la Universidad Santiago de Cali (2011). . Defensora Pública de la Oficina Especial de Apoyo de Cali (1998 hasta la fecha), docente Universitaria de Derecho Constitucional, Administrativo, Penal y Procesal Penal de la Universidad Santiago de Cali, capacitadora de la Escuela de Capacitación "Roberto Camacho W" de la Defensoría del Pueblo.

63 Abogada de la Universidad Libre (2001), especialista en Investigación Penal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica (2010). Topógrafa de la Universidad del Tolima (1987). Profesional Especializada en Criminalística Grado 18 (2006 a la fecha).

su entendimiento, acogiendo la posición de la partes, tanto de la Fiscalía como de la Defensa, así como la actuación del investigador y perito de la defensa pública.

Palabras clave:

Acto de investigación; sistema penal acusatorio; policía judicial; información producto de la transmisión de datos; rol del defensor público; control judicial posterior; recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.

Abstract:

This article seeks to draw the attention of the operators of the Adversarial System on regulatory history of acts of investigation in the hands of the Attorney General's Office and the Judicial Police and judicial supervision from the jurisprudential perspective, without leaving the exam you are interested to make the Public Defender. Focusing on the legal and jurisprudential analysis of the research act very current information retrieval product called the transmission of data over communications networks , as well as the budgets necessary for understanding , accepting the position of the parties, both Prosecution and Defense , as well as acting for Researchers and Perito of the Public Defender .

Key Words:

Research Act, accusatory, judicial police, information product data, role of the public defender, subsequent judicial control.

Introducción

La Constitución Política de Colombia consagra una serie de derechos, de los cuales algunos obtienen el calificativo de fundamentales, según la Sentencia C-358/97, "en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hom-

bre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal”.

Ahora bien, en el proceso penal algunos derechos fundamentales no tienen carácter irrestricto y pueden ser limitados para lograr otros intereses constitucionalmente relevantes, como el esclarecimiento de unos hechos que revisten las características de una conducta punible, entre otros. Es así como el Artículo 250 de la Constitución Política consagra la afectación de derechos y garantías constitucionales para la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física e información, estableciendo reglas en cuanto al deber de la Fiscalía General de la Nación de solicitar, en algunos casos, autorización previa o posterior por parte de un juez de control de garantías. En determinados actos de investigación se requiere la orden del fiscal, la cual, atendiendo la afectación al derecho fundamental, debe edificarse en serios motivos fundados y debe indicar el propósito de dicho acto, tal como se exige en la «recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones».

No se debe perder de vista que con dicho acto de investigación se pueden llegar a vulnerar derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, el buen nombre, la libertad, el debido proceso, el derecho de habeas data o la autodeterminación informática, la presunción de inocencia, la no autoincriminación, entre otros. Razón por la cual, el defensor público, de cara a garantizar un verdadero control constitucional ante el juez penal municipal con funciones de control de garantías, deberá realizar un exigente análisis, con base inicialmente en lo previsto en los Artículos 223, 236 y 237 del Código de Procedimiento Penal.

I. Antecedentes normativos

Siendo consecuente con lo consagrado en el Artículo 250 de la Carta Política, objeto de modificación por el Acto Legislativo 03 de 2002, precisamente para la implementación en nuestro país de un nuevo modelo procesal en materia penal con tendencia acusatoria (Ley 906 de 2004), es claro que, en representación del Estado, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación la indagación e investigación de los hechos que revisten las características

de un delito que lleguen a su conocimiento, de oficio o a través de denuncia, petición especial, querella, anónimo o cualquier otro medio.

Para el cumplimiento de dicha función, el ente acusador se encuentra apoyado por la policía judicial, que desarrolla actos de investigación tendientes a la obtención de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, en aras de validar y/o esclarecer la información brindada en la noticia criminal. Entre estos actos se cuentan aquellos que no requieren ni siquiera de orden del fiscal respectivo, de modo que la Policía Judicial está facultada para actuar por su propia iniciativa, como sucede cuando realiza actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho (Art. 213), inspección de cadáver (Art. 214), entrevistas e interrogatorios (Art. 206).

Otros actos, aunque no requieren de autorización judicial previa, sí requieren orden del fiscal respectivo, como la exhumación de cadáver o sus restos (Art. 217), los registros y allanamientos (Art. 219 y ss.), retención de correspondencia (Art. 233), interceptación de comunicaciones telefónica y similares (Art. 235), recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones (Art. 236). Para los cuatro últimos, el control que consagra el estatuto procesal penal de 2004 es de carácter posterior, como lo tienen establecido sus Artículos 237 y 244, inciso tercero.

Tampoco requieren autorización previa del juez de control de garantías la vigilancia y seguimiento de personas (Art. 239), vigilancia de cosas (Art. 240), análisis e infiltración de organización criminal (Art. 241), actuación de agentes en cubierto (Art. 242), entrega vigilada (Art. 243), reconocimiento por medio de fotografía o videos (Art. 252), reconocimiento en fila de personas (Art. 253), entre otros.

Por último, están las actividades que adelanta la policía judicial, en desarrollo del programa metodológico, que conlleven afectación de derechos y garantías fundamentales y que por ende únicamente se pueden realizar con autorización previa proferida por el juez de control de garantías, como son, la búsqueda selectiva en base de datos que implique el acceso a información confidencial, referida al indiciado o imputado, o a la obtención de datos derivados del análisis cruzado de las mismas (Art. 244.2), la inspección

corporal (Art. 247), el registro personal (Art. 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (Art. 249) y la práctica de reconocimientos y exámenes a las víctimas cuando no exista consentimiento del interesado (Art. 250), entre otras.

El recuento normativo efectuado en precedencia pone de presente, por tanto, que no todas las actuaciones que realiza la fiscalía a través de la policía judicial requieren intervención judicial previa del juez de control de garantías. Tal exigencia solamente está prevista para aquellas actividades no reguladas en los capítulos II y IV del Título I del Libro II del Estatuto procesal penal de 2004 y que supongan afectación de derechos y garantías fundamentales. Precisamente, en relación con la «recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones», es suficiente con la orden del fiscal, lo que no se traduce desde luego en que tal acto de investigación no éste sujeto a unos requisitos materiales y formales consagrados por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia, que deben ser conocidos y analizados por la defensa pública para efecto de sentar una posición clara y coherente ante el juez de control de garantías en audiencia de control posterior, para lograr, si el caso lo amerita, la exclusión de los elementos materiales y la evidencia física obtenidos de forma ilegal o ilícita.

II. El control judicial de las actuaciones de investigación de la Fiscalía

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es diáfano que los Estados, a través de los organismos encargados de ejercer la acción penal, pueden adelantar actuaciones que supongan injerencia en los derechos que protegen. Con todo y eso, dichos actos de investigación, que en el caso colombiano están en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, siempre deben estar regulados por la ley (principio de reserva legal) y, en algunos casos, se exige que deban estar respaldados por orden de autoridad judicial competente (principio de reserva judicial).

Ese respaldo está dado en la medida en que el juez penal municipal con funciones de control de garantías verifique la necesidad, oportunidad e intensidad de la actuación del Organismo Investigador, de modo que la inter-

vención que la Fiscalía haga sobre los derechos fundamentales del sujeto de derechos -que en la mayoría de los casos es el indiciado, imputado o, en últimas, el investigado-, exclusivamente opere en la medida en que se haga indispensable y plenamente justificada.

Es en este sentido que la Corte Constitucional, en Sentencia C-344/10, consideró que:

Respecto de la oportunidad del control judicial sobre las actuaciones de la Fiscalía y de la policía judicial existen diferencias entre el que opera de modo previo y el que ocurre con posterioridad. En el caso del control previo, procede una actuación judicial que pondera entre los intereses de la investigación, las razones aducidas por la Fiscalía, el delito investigado y las condiciones del sujeto sobre quién o sobre cuyos intereses se practicaría la actuación, a fin de evitar una restricción excesiva, innecesaria o afrentosa, que en poco o nada asegure verdad al proceso y al contrario, afecte desproporcionadamente ámbitos de la intimidad y privacidad de la persona implicada. Lo que hace el juez es proteger los derechos del sujeto investigado, impedir que las prerrogativas del Estado asignadas a la Fiscalía y a su aparato técnico, se usen sin finalidad concreta, sin justificación, inútilmente y de modo desproporcionado, desconociendo el carácter iusfundamental y especialmente protegido de los bienes jurídicos reconocidos en los derechos individuales sobre los que la actuación investigativa opera. En tanto que en el control judicial posterior, que es excepcional y procedente para las medidas que de modo taxativo señaló la Constitución en el numeral 2° del Artículo 250, se atienden no sólo aspectos formales sino materiales y por tanto relacionados con los derechos y garantías fundamentales en juego, y se produce sobre una diligencia que ya se ha ejecutado y en la que ya se han afectado derechos fundamentales. En tal sentido, la actuación judicial no previene la injerencia ilegítima sobre éstos, como sucede en el control previo, y en caso de encontrar que efectivamente la Fiscalía y/o la policía judicial han actuado con desconocimiento de las reglas y principios normativos que regulan las actuaciones correspondientes, la garantía judicial sirve es para reparar los derechos limitados en exceso pero en términos procesales, es decir, excluyendo del expe-

diente la evidencia recaudada con violación de los protocolos, garantías y procedimientos.

Por lo anterior, el examen general del defensor público en las audiencias de control judicial de los actos de investigación de la Fiscalía debe estar dirigido a los siguientes presupuestos:

1. Definir a qué acto de investigación corresponde;
2. analizar la legalidad sustancial y formal de la actuación;
3. verificar si se trata de un acto de investigación que requiere control previo o de la orden del fiscal y/o de control posterior;
4. verificar la finalidad de la actividad investigativa;
5. constatar si la actuación se encuentra plenamente justificada en términos de resultar necesaria, oportuna e indispensable;
6. evaluar el grado de afectación de los derechos fundamentales del indiciado o imputado y/o su familia.

III. Análisis legal y jurisprudencial de la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones

Teniendo en cuenta que este acto de investigación se encuentra consagrado en los Artículos 236 y 237 del Código de Procedimiento Penal, se procederá a extraer de dicha normatividad los requisitos para su práctica. Veamos:

1. La intervención debe provenir de orden expedida por el fiscal del caso;
2. dicha orden debe contener motivos razonablemente fundados;
3. estos estarán acordes con los medios cognoscitivos (normalmente informes de policía judicial);
4. debe existir una inferencia de que el indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones;

5. el fin consiste en retener, aprehender o recuperar la información, así como equipos terminales, dispositivos o servidores computadores y demás medios de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital;
6. se requiere de expertos en informática forense para que descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen;
7. se establece que son aplicables analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos;
8. la aprehensión al lugar se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida e inmediatamente se devolverán los equipos incautados, si es procedente.

Contemplados los presupuestos legales de la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios equivalentes, se pasa, a continuación, a considerar los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, entre los que se cuenta la Sentencia del 12 de Mayo de 2010, expediente D-7915, del magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez que, a su vez, se remite a la Sentencia C-131 de 2009, la cual restringió el alcance de la exequibilidad declarada, del Artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el 237 de la Ley 906 de 2004, “a los cargos analizados”, según el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia. Veamos Cuáles fueron precisamente los cargos analizados por la Corte Constitucional en esta providencia:

El relativo a la afectación del derecho a la intimidad, pero sólo en cuanto es una forma de registro, que hace parte de las excepciones constitucionales previstas en el Art. 250, núm. 2º CP. Es decir que no es contrario a la Constitución que se haya consagrado en el inciso 1º del Art. 16 de la ley 1142 de 2007, un control posterior e inmediato, dentro de las 24 horas siguientes al “cumplimiento” de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet y otros medios similares.

Ahonda en este análisis y encuentra que el Acto Legislativo 03 de 2002 permitió actuaciones que no demandan autorización previa del juez, como es el caso de la recuperación de información dejada al navegar por internet

u otros medios tecnológicos. Esta medida se explica a través de las siguientes reglas: i) la intervención que puede ser ordenada por el fiscal para retener computadores, servidores, disquetes y demás medios de almacenamiento “que pueda haber utilizado el indiciado o imputado al transmitir información”. Este procedimiento ii) debe producirse cuando “resulte útil para la indagación adelantada y existan motivos razonablemente fundados, acorde con los medios cognoscitivos previstos en el Código para inferir esa situación”. En este sentido, iii) se justifica en la necesidad de recuperar elementos probatorios y someter a la cadena de custodia información que puede perderse, de no ser recogida a tiempo; iv) su ejecución debe proceder a través de “expertos en informática forense” para que “descubran, recojan, analicen y custodien lo recuperado”. En fin, como en los eventos de retención de correspondencia, v) se consagra la posibilidad de aplicar analógicamente, según la naturaleza del acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos (inc. 2º) y vi) la aprehensión a lugar “se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida”, e inmediatamente se devolverán los equipos incautados (inc. 3º).

También hace parte de las razones por las cuales se declara constitucional la medida el hecho de que el control de legalidad que efectúa el juez de control de garantías debe comprender la revisión formal y sustancial del procedimiento utilizado en la práctica de las diligencias en mención, con respeto del ordenamiento jurídico y en particular, de las garantías fundamentales.

En lo que tiene que ver con el límite constitucional máximo de 36 horas, previsto para que el juez de garantías efectúe la respectiva audiencia de control de legalidad formal y material de esas actuaciones, encuentra que las veinticuatro (24) horas dispuestas en el Art. 237 C.P.P son “un término razonable que se encuentra dentro del margen de configuración del legislador”.

Con base en lo anterior, afirma que se mantiene indemne el Artículo 250.2 de la Carta Política. Así mismo, aparecen “incólumes las garantías de las partes y de los intervinientes en el proceso penal y los principios que regulan la administración de justicia, entre ellos el de la reserva judicial”.

La Sentencia concluye señalando que en el presente asunto, los problemas que se plantean, han quedado resueltos, al estar subsumidos en el objeto de estudio, argumentos, análisis y parte resolutive de la sentencia C-131 de 2009.

IV. Posición del organismo investigador

Como quedó dicho, el Acto Legislativo 03 de 2002 permitió actuaciones que no demandan autorización previa del juez, pero sí de una orden del fiscal y, en todo caso, de un control posterior por parte del juez de control de garantías. Una de esas actuaciones es la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, de la cual se da cuenta en el Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano, de la siguiente manera:

El fiscal delegado, con fundamento en los informes de policía judicial, siempre que encuentre motivos fundados para ello, la autorizará para “capturar” a través de medios técnicos información producida por el indiciado, imputado o acusado, al navegar por Internet o similares, cuando la estime útil para la investigación.

De considerarlo necesario, ordenará la aprehensión de la computadora o de los servidores, para que expertos en la materia descubran, recojan, analicen y custodien la información con sujeción a los requerimientos sobre cadena de custodia. El fiscal recomendará a la policía judicial que no debe desconectar la red hasta tanto no aseguren la información obtenida.

La aprehensión de los equipos será por el tiempo necesario para la captura de datos y cumplido ello se devolverán al propietario o tenedor legítimo, en caso de que sea procedente su devolución. Una vez cumplida la actuación, la policía judicial rendirá su informe a más tardar dentro de las doce (12) horas siguientes.

El fiscal acudirá ante el juez de control de garantías dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes para que en audiencia preliminar verifique la legalidad de lo actuado. A esta audiencia concurrirá el fiscal, los funcionarios de policía judicial que cumplieron la orden,

los testigos potenciales y peritos que rindieron declaraciones juradas previamente a su obtención, y quienes intervinieron en la diligencia, que podrán ser interrogados por el juez si así lo estima necesario, después de lo cual resolverá de plano sin posibilidad de recurso alguno contra esta decisión. Sin embargo, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la próxima audiencia preliminar, o en la preparatoria, solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas.

Agrega, además, que respecto de este acto de investigación deberán atenderse las reglas previstas para el registro y allanamiento.

V. Posición de la defensa pública

La regulación normativa de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones la ubicamos en el Artículo 236 de la Ley 906 de 2004, modificado por el Artículo 53 de la Ley 1453 de 2011, en los siguientes términos:

Cuando el fiscal tenga motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este Código, para inferir que el indiciado o el imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de telecomunicaciones, ordenará a policía judicial la retención, la aprehensión o recuperación de dicha información, equipos terminales, dispositivos o servidores que pueda haber utilizado cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital, para que expertos en informática forense, descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen; lo anterior con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado.

En estos casos serán aplicables analógicamente, según la naturaleza de este acto, los criterios establecidos para los registros y allanamientos.

La aprehensión de que trata este artículo se limitará exclusivamente al tiempo necesario para la captura de la información en él contenida. Inmediatamente se devolverán los equipos incautados, de ser el caso.

En virtud de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la intimidad, el buen nombre, la libertad, el debido proceso, el derecho de habeas data o la autodeterminación informática, la presunción de inocencia, la no autoincriminación, entre otros, se establece un control constitucional de garantías al acto de investigación regulado en el Artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, a través del cual es factible restringir o limitar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales en mención.

Así la cosas, para demandar el control posterior consagrado por el Artículo 237 *ibídem*, por parte del fiscal del caso ante el Juez de Garantías, es necesario destacar que el legislador hace referencia a la información útil para la investigación que ha sido dejada o almacenada, no en bancos de datos ni en centrales de información⁶⁴, sino en un computador o servidor privado o afecto a dicho uso o en sus dispositivos de almacenamiento, que es lo que justifica su incautación o aprehensión.

Aunado a lo anterior, deberá tenerse en cuenta lo previsto en el Art. 223 *ibídem*, en donde se observa claramente cuáles son los documentos, archivos y comunicaciones que no pueden ser objeto de registro. De tal suerte, lo que está previsto en el Art. 236, recuperación de información, excluye precisamente la información confidencial relativa al indiciado, imputado o acusado, que se encuentre en los documentos digitales. Veamos:

Artículo 223. –Objetos no susceptibles de registro. No serán susceptibles de registro los siguientes objetos:

1. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados.
2. Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar.
3. Los archivos de las personas indiciadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial relativa al indiciado,

⁶⁴ Los bancos de datos y centrales de información son sistemas de información creados por instituciones o entidades públicas o privadas que ejercen la actividad de acopio de información de manera profesional o institucional, configurándose para estos casos el acto de investigación denominado búsqueda selectiva en base de datos que impliquen a acceso de información confidencial, que realiza la Fiscalía General de la Nación, contando siempre con la autorización previa del Juez de Control de Garantías, de conformidad con el numeral 3°. del artículo 250 Superior. Acto de investigación que no es objeto de estudio en presente Artículo.

imputado o acusado. Este apartado cubre también los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción.

PAR. –Estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, participantes o coautoras del delito investigado o de uno conexo o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

En tal sentido, la facultad del Ente Investigador debe ser ejercida dentro del marco estricto de la finalidad consagrada en la Ley, dejando a salvo la garantía que ampara la información de carácter confidencial o reservado que reposa en los documentos digitales, cuyo acceso requiere siempre autorización previa del juez de control de garantías.

De otro lado, en cuanto a la Orden del fiscal, el Ordenamiento Procesal establece de manera precisa su contenido, así:

- Los motivos razonablemente fundados que permiten inferir que el indiciado o imputado o acusado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de comunicaciones.
- Los motivos fundados obviamente deben estar sustentados en otros elementos materiales probatorios o en información legalmente obtenida (normalmente informes de policía judicial) que permita hacer la inferencia, pues, cuando se trata de la limitación de un derecho fundamental, las razones de la decisión deben ser expresadas con claridad, de tal forma que puedan ser controladas por el juez.
- Debe indicarse la finalidad del acto de investigación, esto es para obtener elementos materiales probatorios, evidencia física o para realizar la captura del indiciado, imputado o condenado. Aunque la legitimidad de la diligencia no está supeditada a los hallazgos que se hagan, pues la orden siempre se expide a la luz de un juicio de probabilidad, debe existir eso sí claridad en torno a lo que se está buscando, entre otras cosas, porque los motivos para expedir la orden deben estar asociados con una información concreta.

Ahora bien, sobre la validez de tales elementos materiales o evidencia física encontrada en medios informáticos, hay que decir que la misma depende precisamente del elemento o evidencia hallada, que a la luz de lo consagrado en el Artículo 275 de la Norma Adjetiva Penal pueden ser: (I) lo dejado “por la ejecución de la actividad delictiva”, (II) los medios utilizados “para la ejecución de la actividad delictiva”, (III) los “efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva”, (IV) lo descubierto, recogido y asegurado “en desarrollo de la diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal”, (V) “los documentos hallados o que han sido entregados voluntariamente por quien los tenía en su poder o que han sido abandonados”, (VI) lo que se obtiene “mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado”, (VII) los archivos electrónicos o de intercambio de datos por cualquier medio tecnológico.

Tal validez está íntimamente ligada a la seguridad de que sea utilizada en las diferentes audiencias preliminares o inclusive en la audiencia de juicio oral. En tal sentido, resultan necesarias algunas precisiones en torno a la exclusión de evidencias:

La exclusión aquí referida constituye una sanción a los actos de investigación que afecten derechos fundamentales por fuera de los lineamientos constitucionales y legales, de tal suerte que los medios de conocimiento obtenidos de esa manera no puedan ser utilizados.

Conviene también precisar que se somete tanto la orden y lo hallado a cadena de custodia y a un control integral posterior, estudiándose la oportunidad del control y las horas límite que tienen el fiscal y su policía judicial para presentarse ante el juez de garantías y efectuar el referido control de legalidad, el cual no podrá exceder de veinticuatro (24) horas.

Con base en lo anterior el defensor público, en aras de garantizar un real control constitucional y legal de la orden y procedimiento de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones, deberá analizar ante el juez de control de garantías lo siguiente:

- Existencia previa de la orden del fiscal.
- Funcionario que expide la orden, fecha y hora.

- Vigencia de la orden.
- Modalidad de la orden: retención, aprehensión o recuperación de la información, equipos terminales, dispositivos o servidores o cualquier medio de almacenamiento físico o virtual, análogo o digital que pueda haber utilizado el indiciado.
- Hora de realización de la diligencia.
- Que contenga los motivos razonablemente fundados para inferir que el indiciado o imputado está transmitiendo o manipulando datos a través de las redes de comunicaciones.
- Dichos motivos deben estar fundados en otros elementos materiales probatorios o información con la que ya se cuente.
- Que se establezca su finalidad (obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado)
- Naturaleza del delito y la procedencia de la detención si su finalidad es la captura.
- Limitación en relación con los objetos susceptibles de recuperación de información, de acuerdo con los parámetros del Artículo 223 del C.P.P.
- Si se afectaron objetos no susceptibles de recuperación de información.
- Verificación de respeto de los derechos fundamentales.
- La pertinencia de la afectación del derecho fundamental relevante para la obtención probatoria y la no existencia de otro medio distinto sin que se pudiese llegar al mismo resultado.
- Verificación de la cadena de custodia
- Que sean expertos en informática forense quienes descubran, recojan, analicen y custodien la información que recuperen.
- Observancia del acta de la diligencia.
- Tiempo necesario para la captura de la información.

- Tiempo de devolución de los equipos incautados.
- Término transcurrido entre la realización de la diligencia y la celebración de la audiencia preliminar.

VI. Actuación del investigador y perito de la defensa pública

Consecuentemente con el modelo adversarial que rige nuestro sistema penal y en garantía de los derechos de las partes e intervinientes, se faculta constitucional y legalmente (Ley 941 de 2005 y Ley 906 de 2004) al Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo para crear la Unidad Operativa de Investigación Criminal -UOIC-, adscrita a la Dirección Nacional del Sistema, conocida en la actualidad como Grupo de Investigación Defensorial. Gracias a la Resolución 060 de 2014, está conformada por un grupo de profesionales, técnicos y auxiliares, dirigidos a prestar el apoyo a la defensa pública, a través del recaudo de material probatorio y de la asesoría técnico científica necesarios para el soporte de las hipótesis planteadas como teoría del caso en los asuntos penales asignados a los defensores públicos. La UOIC centra su función en indagar e investigar, realizar entrevistas y declaraciones juradas, obtener información, prestar asesoramiento técnico científico, realizar pruebas técnico- científicas y emitir informes periciales, analizar los actos de investigación de la policía judicial, entre otros.

De allí que una vez que el defensor público que adelanta la representación judicial solicita el servicio al Grupo de Investigación Defensorial de la regional correspondiente, lo primero que se hace es evaluar la necesidad específica y el perfil requerido del investigador; luego se pasa a asignar la correspondiente misión de trabajo, la cual es ejecutada dentro de un término fijado.

Atendiendo al desarrollo normativo del Artículo 236 del Código de Procedimiento Penal, el investigador y/o perito de la defensa pública podrá emitir un concepto en relación con la actuación de la policía judicial en fase de indagación o investigación, respecto al cumplimiento o no de la cadena de custodia y, en general, de los protocolos establecidos en los manuales de policía judicial conforme a la Constitución, la ley y los reglamentos.

A continuación se señalarán uno a uno los pasos que deberá agotar el Organismo Acusador para la recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones. Así:

1. El fiscal realiza programa metodológico.
2. Se emana una orden a la policía judicial.
3. Se ordena la aprehensión (incautación del sistema) para la recuperación de la información. Cuando se trate de información dejada al navegar por internet u otros medios tecnológicos, que produzca efectos equivalentes, el fiscal ordena la aprehensión elementos materiales probatorios (E.M.P) y evidencia física (E.F) que puedan haber utilizado y demás medios de almacenamiento físicos.
4. Una vez extraída la información por los peritos o el personal asignado para esta diligencia, se hará la devolución de los equipos incautados de manera inmediata.
5. El perito asignado para la diligencia analiza la información proporcionada o recolectada y realiza un informe de campo el cual es entregado al fiscal correspondiente, en el cual solicita las diligencias judiciales a que haya lugar (captura, allanamiento y registro, entre otras).
6. Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibimiento del informe de policía judicial sobre la diligencia de recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de redes de comunicaciones, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre la incautación.
7. El servidor de policía judicial asignado (perito en sistemas) analiza la información y realiza un informe de campo que es entregado al fiscal del caso.

Dependiendo de la estrategia defensorial, ya sea pasiva, de refutación o de negociación, la misión de trabajo estaría encaminada a revisar, interpretar y evaluar si lo realizado por la policía judicial se efectuó dentro los lineamientos y reglas de la criminalística o protocolos establecidos por la Fiscalía General de la Nación, con el fin de confirmar o desvirtuar la información de la policía judicial y la teoría del caso de la fiscalía.

Referencias

Doctrina

Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio (2009). Fiscalía General de la Nación.

Normas

Constitución Política de Colombia de 1991

Acto Legislativo 03 de 2002

Ley 906 de 2004

Ley 941 de 2005

Ley 1142 de 2007

Ley 1453 de 2011

Jurisprudencia

Corte Constitucional, Sentencia C-358 del 05 de agosto de 1997. M.P. Cifuentes Muñoz, Eduardo.

Corte Constitucional, Sentencia C-131 del 24 de febrero de 2009. M.P. Pinilla Pinilla, Nilson.

Corte Constitucional, Sentencia C-344 del 12 de mayo de 2010. M.P. Henao Pérez, Juan Carlos.

Bibliografía recomendada:

Bernal Cuéllar, Jaime, y Montealegre Lynett, Eduardo (2013). *El Proceso Penal. Tomo I: Fundamentos Constitucionales y Teoría General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal Cuéllar, Jaime, y Montealegre Lynett, Eduardo (2013). *El Proceso Penal. Tomo II Estructura y Garantías Procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jiménez Montes, Fernando, y Valdés Moreno, Carlos Eduardo (2009). *Colección Sistema Penal Acusatorio Tomo I: Fundamentos Constitucionales y*

Técnicas Criminalísticas. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia - Defensoría del Pueblo - Unión Europea.

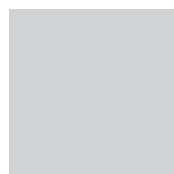
Jiménez Montes, Fernando, y Valdés Moreno, Carlos Eduardo (2009). *Colección Sistema Penal Acusatorio Tomo II: Sistema Procesal y Metodología de Investigación Criminal*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia - Defensoría del Pueblo - Unión Europea.

Oficina Especial de Apoyo de Bogotá y de la Unidad Operativa de Investigación. *Manual del Defensor Público*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia - Defensoría del Pueblo - Unión Europea.

Reyes Medina, César Augusto (2009). *Colección Sistema Penal Acusatorio Tomo IV: Intervención oral en el Sistema Penal Acusatorio II y Gerencia de Procesos Judiciales*. Bogotá: Ministerio del Interior y de Justicia - Defensoría del Pueblo - Unión Europea.

Reyes Medina, César Augusto (2005). "La actuación del defensor público en las audiencias preliminares". En *Colección Sistema Penal Acusatorio Tomo IV: Intervención oral en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.

ACTOS DE INVESTIGACIÓN



LA ILICITUD E ILEGALIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

*Jorge Manuel Camargo Gallardo*⁶⁵

Resumen

Los actos de investigación tienen como finalidad la recopilación de elementos materiales probatorios, evidencia física y recaudación legal de información; las diligencias que a través de ellos se concretan buscan el esclarecimiento de los hechos allegados al conocimiento de las autoridades con la *notitia criminis*. En consecuencia tales actos investigativos se orientan a la reconstrucción de los hechos, la identificación de los autores y partícipes; así como al recaudo de los elementos materiales con vocación probatoria para ser utilizados en posterior etapa. En desarrollo de los actos de investigación pueden resultar afectados caros derechos fundamentales como la libertad, la intimidad y la propiedad, entre otros, por lo que es necesario que en desarrollo de los mismos se respeten los derechos fundamentales y las garantías procesales de las partes involucradas, con especial énfasis en los sujetos pasivos de la acción penal. En este marco, el poder punitivo del Estado deberá estar limitado por el apego irrestricto a los principios de legalidad y, especialmente, por el respeto de un Debido Proceso Probato-

⁶⁵ Abogado, Universidad de la Costa, Especialista en Derecho Comercial, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Estudios Pedagógicos, Universidad de la Costa, Especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre de Colombia. Profesor Catedrático Universidad de la Costa, Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo Atlántico.

rio, enmarcado desde lo constitucional, so pena de que los actos de investigación y el contenido de los mismos (recaudo de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida) resulten afectados por irregularidades que ocasionen como sanción preponderante su exclusión.

Palabras clave

Actos de Investigación; elementos materiales probatorios; evidencia física; información legalmente obtenida; principios de prueba; debido proceso probatorio, exclusión.

Abstract

Investigative acts have as an ultimate finality collecting material probatory elements, physical evidence and legally obtained information. Arrangements made through them look for the discerning of the facts related to the knowledge of the authorities, with *notitia criminis*; in consequence such investigative actions, lead to the reconstruction of the facts, identification of authors and participants; as well as the gathering of material elements with probatory vocation for them to be used in further stages. With the development of investigative acts can be affected expensive fundamental rights such as liberty, intimacy and property among others, so that is necessary that in the development of such acts must be preserved fundamental rights and process warranties for the involved parts, with a special emphasis on passive subjects of penal action, because of that punitive power of state must be limited to legality principles and respect for proper probatory process, in the scope of what is constitutional, no matter if investigative acts and their contents result affected by irregularities that result as a predominant sanction their exclusion.

Key Words

Investigation acts; probatory material elements; physical evidence; legally obtained information proof principles; proper probatory process; exclusion.

Introducción

Con la necesidad de adoptar para Colombia un proceso penal con tendencia acusatoria, se hizo necesario ajustar algunos cánones constitucionales y, para ello, acudir a las reformas que se requerían. En este contexto se expidió el Acto legislativo 03 de 2002, el cual consagró cambios estructurales, con el fin de hacer posible la implementación del nuevo sistema. En el punto del ejercicio de la acción penal, está en manos de la Fiscalía General de la Nación, que, a las voces del Art. 250 constitucional, está obligada a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de delito.

En ejercicio de la acción penal, la Fiscalía podrá realizar actos de investigación con el fin de recaudar elementos materiales probatorios, evidencias físicas y recoger información; estos actos eventualmente podrán afectar derechos fundamentales, como la intimidad, la libertad o la propiedad, entre otros, por lo que es menester el respeto de las garantías consagradas a favor del procesado y, muy especialmente, del debido proceso probatorio, desde una perspectiva constitucional rematerializada o reforzada, lo que sin lugar a dudas, de ser vulnerado genera consecuencias en términos de Ilícitud e Ilegalidad de los medios de cognición obtenidos en desarrollo de Actos de Investigación violatorios o fuera del contexto de la legalidad.

Nos proponemos en esta oportunidad hacer particulares reflexiones respecto del Debido Proceso Constitucional y técnico al que se deben ajustar los actos de investigación, y sugeriremos estrategias para el señalamiento oportuno en las actuaciones procesales, de las irregularidades violatorias que lo afecten, de tal manera que pueda ser viable la aplicación de las correspondientes sanciones a instancia del Rol defensorial que nos corresponde ejercer.

Actos de Investigación

¿Qué son actos de Investigación? Nos atrevemos a ensayar una definición de lo que constituye el concepto de actos de investigación. Diremos, entonces, que son actos procesales, que tienen como fin el recaudo y ob-

tención de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e incluso información legal relevante con vocación probatoria para el proceso, es decir, con la posibilidad de ser utilizados en el juicio oral, y que servirán para verificar las proposiciones fácticas que introducirán las partes y que serán sustento de su respectiva teoría del caso. Igualmente servirán para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que adopte el juez de control de garantías en las audiencias preliminares del procedimiento. Los actos de investigación pueden ser adelantados tanto por la Fiscalía como por la defensa, y están sujetos al control del juez de control de garantías. En este orden de ideas debemos distinguir actos de investigación de los actos de prueba; técnicamente los actos de prueba son actos procesales que buscan llevar el convencimiento al juez respecto de la verdad de los hechos que son objeto del proceso.

González (2012 señala que “los actos de investigación y los elementos materiales probatorios se hallan en una relación de causa a efecto y sólo dan lugar a una descripción, mientras que la prueba es un procedimiento sintético y prescriptivo, que tiene como antecedentes los actos de investigación y sus hallazgos” (p. 92).

A través de los actos de investigación y en ejercicio de la acción penal, la Fiscalía General de la Nación busca recaudar elementos de prueba y evidencias físicas y se vale de la policía judicial para tal efecto. Con el objeto de que no se afecten derechos fundamentales, se hace necesario el ejercicio de controles previos o posteriores por parte de las autoridades jurisdiccionales, concretamente por parte del juez de control de garantías; no obstante, hay actos que desarrolla la policía judicial que no requieren orden del fiscal, como cuando se realizan actos urgentes, tales como inspección al lugar de los hechos, inspección a cadáver, entrevistas e interrogatorios, así como cuando se identifican, recogen y embalan técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, encontradas en el lugar de los hechos.

Lo anterior no quiere decir que tales actos no estén sujetos a control alguno, por cuanto es obligación de la policía judicial comunicarse con el fiscal competente, para que este asuma la dirección, coordinación y control de la investigación. Esto debe ocurrir dentro de las treinta y seis

(36) horas siguientes, a través de un informe ejecutivo. Se deja claro aquí que, aun en esta fase del procedimiento, debe haber controles en orden a preservar el cumplimiento del principio de legalidad y debido proceso. En efecto, conforme lo dispuesto en el Art. 212 de la ley 906 de 2004, el fiscal rechazará las actuaciones y diligencias que vulneren los principios y garantías procesales. No debe dejarse de lado que la Fiscalía General de la Nación, según el Art. 249 de la Constitución Política, continua formando parte de la rama judicial y, por ello, constituye el primer filtro que deben enfrentar aquellas.

De igual manera la policía judicial podrá adelantar actos de investigación diversos a los señalados anteriormente, pero en tales casos si requiere la orden previa del fiscal y el consecuente control posterior del juez municipal de control de garantías⁶⁶. De la misma manera, hay diligencias que solo se pueden realizar con la autorización previa del juez de control de garantías a solicitud del fiscal respectivo; el código señala las siguientes: Inspección corporal (art. 247), registro Corporal (art. 248), exámenes de ADN, que involucren al imputado (art. 245), obtención de muestras que involucren al imputado (art. 249). En cuanto a la búsqueda selectiva en bases de datos, la ley señala que, para el desarrollo de la diligencia, debe mediar autorización previa del fiscal a los organismos de policía judicial y que, en todo caso, la revisión de la legalidad se realiza por el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información; no obstante la Corte constitucional, declaró exequible la norma de manera condicionada, en el entendido de que se requiere orden judicial previa.⁶⁷

Queda claro entonces, que los actos de investigación que se realicen sin orden del fiscal, con orden del fiscal y control posterior del juez de control de garantías, con autorización previa del juez de control de garantías a solicitud del fiscal y con control posterior de los resultados de dichos actos deberán respetar el proceso debido y el principio de legalidad.

⁶⁶ Registros y allanamientos (art. 219 y Ss.), Retención de Correspondencia, (art. 233), Interceptación de comunicaciones (art. 235), Vigilancia y seguimiento de personas (art. 239), Vigilancia de cosas (art. 240), actuaciones encubiertas (arts. 241,242), entrega vigilada (art. 243)

⁶⁷ Corte Constitucional, Sent. C-336 del 9 de mayo de 2007.

Fundamentos Constitucionales

Es menester señalar que a través del acto legislativo 03 de 2002 se introdujeron cambios a la Constitución Política de 1991; la razón fue hacer posible la implementación para Colombia del nuevo sistema procesal penal, el cual, sin dudas, tuvo una incidencia directa en el régimen probatorio. A partir de entonces, la construcción de la prueba cambió de escenario: dejó de producirse en la fase instructiva propia de los sistemas inquisitivos o mixtos, como el aplicado en nuestro país hasta entonces, para producirse, técnicamente hablando, en la etapa del juicio, con aplicación desde luego de los principios de inmediación, contradicción y concentración de la prueba.

No obstante, no puede dejarse de lado que los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, recaudada a través de actos de investigación durante las fases de indagación e investigación, tienen vocación probabilística para la toma de decisiones de suma importancia en las fases anteriores al juicio, como por ejemplo, imponer medidas restrictivas a los derechos fundamentales de las personas o establecer con inferencia razonable el grado de participación necesario para formular imputación. Por lo anterior, se hace necesario que tales actos de investigación estén sujetos estrictamente in extenso a un debido proceso penal de estirpe constitucional.

De otro lado, la Constitución, en su Artículo 29, consagra las garantías constitucionales al debido proceso y a la defensa. La garantía al debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En relación con el debido proceso probatorio, este debe observarse en el proceso de formalización y ejecución de los actos de investigación, a través del cual se pretende el recaudo de los elementos de conocimiento con vocación probatoria, pues, de conformidad con el canon constitucional, “es nula de pleno derecho la prueba, obtenida con violación al debido proceso”.

Según Del Villar (2012), el debido proceso probatorio está sujeto a unas formas procesales que en materia penal resultan más exigentes que en otras áreas del ordenamiento jurídico.

La reforma introducida por el acto legislativo 03 de 2002, enfatizó funcionalmente la labor de la Fiscalía General de la Nación en cuanto a la investigación de los hechos revestidos con características de delito, de modo que el ente investigador pueda adelantar actos de investigación encaminados a realizar registros y allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, entre otros.

En lo que toca con el derecho de defensa, este se materializa en la posibilidad que tiene el procesado de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, las que también podrán construirse a partir de actos de investigación de la defensa, en evidente ejercicio del principio de igualdad de armas y con apego al irrestricto cumplimiento de un debido proceso jurídico y técnico científico para el logro y eficacia probatoria.

El debido proceso Constitucional

Hoy, desde el constitucionalismo contemporáneo, al igual que en las categorías procesales penales, se oye hablar de los conceptos rematerializados o reforzados. Después de la década de los cincuenta del siglo pasado, se empezó a gestar en las constituciones un plus, encaminado a establecer garantías adicionales frente a la ya superada conquista en torno a los Derechos Humanos en su expresión de derecho civiles y políticos; el debido proceso penal desde lo constitucional es un concepto reforzado sin lugar a dudas; informa la idea de lo justo de un proceso que trasciende mas allá de lo reglado, un proceso con justicia.

En la teoría moderna del Derecho Constitucional Contemporáneo, el debido proceso goza de una categoría sustantiva, es decir, de derecho sustantivo constitucional. Al ser una entidad sustantiva incide en las cualidades que la ciencia y la técnica en general tienen dentro de la investigación penal, dando la misma importancia jurídica a la estructura normativa, es decir, a los requisitos y garantías mínimas que se establecen en los códigos procesales penales para poder definir, ordenar, ejecutar y practicar actos de investigación. El debido proceso, visto desde esta perspectiva constitucional, adopta una condición de sustantividad que lo aparta de ese carácter accesorio, secundario e inferior al derecho sustantivo, visto desde la concepción contemporánea del derecho procesal moderno.

Desde esta perspectiva, las relaciones entre ciencia penal y la ciencia en general cambian, por cuanto la ciencia en sentido general no va a ser vista en una condición de subordinación, sino en un plano de igualdad; no va a ser considerada como una disciplina o instrumento auxiliar y la condición técnico - científica del acto de investigación, como acto complejo, deberá alcanzar y ajustarse a estándares de exigencia de cara a un justo debido proceso. De este modo, el debido proceso, en el sentido de su carácter sustantivo, queda establecido como derecho fundamental, y el acto de investigación, como expresión del debido proceso penal, consecuentemente, deberá ajustarse a los postulados requisitos y condiciones técnico – científicos en cada caso.

Un aspecto relevante del derecho fundamental al debido proceso es el estudio de su núcleo esencial; se dirá, entonces, que el núcleo esencial del debido proceso tiene unos contenidos tanto general, como específico. Hacen parte del contenido general, el derecho a la defensa y el derecho de contradicción, especialmente el derecho a controvertir las pruebas allegadas y a solicitar la exclusión de las pruebas ilegales o ilícitas, y de los Elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudadas mediante actos de investigación irregulares. En cuanto al contenido específico del núcleo esencial del debido proceso, se puede establecer que este se encuentra compuesto por tres elementos: justicia, dialogicidad y método.

Para el profesor Londoño (Conferencia Barra unificada de la OEA, 11 de Marzo de 2014), la idea de un Debido proceso justo nace de conceptos rematerializados que surgieron en el derecho Constitucional a partir de mediados del Siglo XX, resaltando que lo justo deriva de lo debido.

En cuanto al 2º elemento, la dialogicidad, sostiene el connotado profesor que el debido proceso dialógico viene de muchos argumentos pero entre los que sobresale el derecho a ser oído, desarrollado tanto en la convención americana de derechos humanos como en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁶⁸. Londoño sostiene que en los sistemas procesales que siguen la herencia del Derecho Procesal Constitucional, este constituye la matriz, el mínimo irreductible del debido proceso, a través del cual se va a materializar la dialogicidad del proceso penal.

En relación con el método como presupuesto del núcleo esencial específico del debido proceso, Londoño afirma que este constituye apenas un mínimo de garantías para viabilizar ese dialogo: la controversia o consenso en el trámite de un proceso penal, y añade que, conforme al derecho constitucional contemporáneo del debido proceso penal, se debe acudir a un mínimo de reglas técnicas para no dejar tan informal la justicia del proceso y generar un mínimo de garantías.

En el proceso penal liberal, el proceso es absolutamente metódico; en el proceso penal constitucional, el proceso debido supera esa situación metodológica, porque se condiciona a partir de la justicia y la dialogicidad. Esa es la manera según sostiene el distinguido profesor, en que ingresa al debido proceso esa conceptualización precisa del núcleo esencial.

Estos elementos se comunican entre sí, son interdependientes, son presupuestos que se explican y se atan, lo que quiere decir que si falta uno de ellos, especialmente justicia o dialogo, desaparece la idea de proceso debido, vulnerándose, por tanto, tal derecho.

Los Actos de Investigación y su sujeción al debido proceso

Conforme al presupuesto metodológico del núcleo esencial específico del debido proceso, el acto de investigación comporta una doble exigencia: por un lado, debe cumplir los requisitos de carácter jurídicos y normativos y, por el otro, ajustar el procedimiento a los requisitos técnico - científicos para cada caso.

El debido proceso de carácter jurídico lo conforman todas las pautas y reglas generales que conllevan las exigencias que deben cumplirse en la formación, ejecución y concreción de los actos de investigación. Recuérdese que tales actos se orientan al recaudo de elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que podrán ser utilizadas con vocación probatoria en el juicio. La ley 906 de 2004 prevé, en el libro II, un conjunto de normas encaminadas a reglar las técnicas de indagación e investigación de la prueba.

El debido proceso técnico - científico está conformado por las reglas de carácter técnico o científico, cuyo aporte se le debe a cada una de las ciencias

y disciplinas que apoyan las labores investigativa de las partes y que han sido aceptados en el estado de la ciencia y de la técnica por la comunidad científica.

Los actos de Investigación deberán sujetarse al cumplimiento estricto de uno y otro estándar de proceso debido para la reputación de su validez.

Debemos preguntarnos ahora ¿qué consecuencias genera apartarse del estricto cumplimiento del debido proceso, en los términos planteados en estas reflexiones, para los actos de investigación y los resultados que de ellos se obtienen? Se procura responder el interrogante a partir de la interpretación de la cláusula constitucional del Art. 29 superior, la cual permite sin lugar a dudas, la construcción de un debido proceso probatorio de estirpe constitucional. Desde luego que tal garantía debe matizarse con la regla de exclusión, por cuanto la violación del aspecto de la prohibición probatoria que entraña la norma, por eventos de ilicitud o de ilegalidad, vicia, tanto los actos de investigación, como los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, que de ellos se deriven, y, la consecuencia de ello, es que deberán ser excluidos ya por el juez de garantías, ya por el juez de conocimiento en fase posterior, si a ello hubiere lugar según el caso.

La exclusión genera diversas consecuencias, dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal. Prueba ilícita es la que se obtiene con vulneración de derechos fundamentales de las personas, como la dignidad, la intimidad, la no autoincriminación o la que se obtiene sometiendo a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si sometiendo a un indiciado a tortura dentro de un interrogatorio, se lograra una declaración en la que admite la autoría de un delito y a partir de esta se pretendiera imputarle la comisión del mismo, sin duda que una diligencia con este mácula tendría que excluirse por el juez de control de garantías, como elemento para la toma de las decisiones que le corresponda en las respectiva audiencia concentrada, si la defensa lo alega y prueba.

La prueba ilícita tiene que ser excluida y no debe formar parte de los elementos de conocimiento que el juez deba considerar para adoptar decisiones respecto de un asunto sometido a su conocimiento, sobre lo cual no puede imponer su discrecionalidad ni anteponer intereses superiores,

además, generalmente la prueba ilícita proviene de conductas dolosas desplegadas par su obtención, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia⁶⁹.

Al respecto González (2011) ha señalado:

Mayoritariamente se ha concebido por la doctrina nacional, extranjera y la jurisprudencia que la prueba ilícita es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales, género entre las que se encuentran las pruebas prohibidas cuyas vedas son objeto de consagración específica en la ley (Art. 224 Código Penal). Ella puede tener su génesis en varias causalidades a saber:

- (1) Puede ser el resultado de una violación al derecho fundamental a la dignidad humana (artículo 1º Constitución Política), esto es, efecto de una tortura (arts. 137 y 178 Código Penal), constreñimiento ilegal (artículo 182 ibídem), constreñimiento para delinquir (art. 184 ib.) o, en un trato cruel, inhumano o degradante (artículo 12 Constitución Política).
- (2) Asimismo prueba ilícita puede ser consecuencia de una violación al derecho fundamental de la intimidad (Artículo 15 Constitución Política), al haberse obtenido con ocasión de unos allanamientos y registros de domicilio o de trabajo ilícitos (Artículos 28 Constitución Política, 189,190,191 Código Penal), por violación ilícita de comunicaciones (Artículos 15 Constitución Política y 192 Código Penal), por retención y apertura de correspondencia ilegales (Artículos 15 Constitución Política y 192 Código Penal), por acceso abusivo a un sistema informático (Artículo 195 Código Penal), o por violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (artículo 196 ibídem).
- (3) En igual sentido, la prueba ilícita puede ser el efecto de un falso testimonio (Artículo 442 Código Penal), de un soborno (Artículo 444 ibídem), o de una falsedad en documento público o privado (Artículos 286, 287,289 ib.).

En cuanto a la prueba ilegal, esta es considerada como aquella en la que se violan preceptivas normativas de carácter probatorio a nivel de medios

69 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 2 de Marzo de 2005, Radicación 18103.

cognoscitivos. Se produce cuando se incumplen requisitos legales esenciales, por lo tanto, debe ser excluida con fundamento en el art. 29 constitucional y en la cláusula general de exclusión establecida en el art. 23 del Código de procedimiento penal. En este caso, y puesto que no todas las omisiones per se autorizan la exclusión del medio de prueba, le corresponderá al juez establecer si el requisito legal soslayado es de tal entidad, trascendencia e incidencia en el proceso debido. La prueba ilegal extiende sus alcances hacia los actos de investigación obtenidos con violación del principio de legalidad, pretermitiendo las formalidades establecidas de cara a los procedimientos establecidos en la ley.

El Art. 29 constitucional, en su inciso final, establece la obligación de cumplir con el debido proceso constitucional para la obtención de los elementos de prueba, so pena de su declaratoria de nulidad. A esta norma, con origen en el derecho anglosajón (exclusionary rule), se le da en Colombia el carácter de regla de exclusión constitucional. La regla custodia no solo las garantías individuales, sino que resguarda las formas propias del debido proceso, como lo hemos abordado en estas reflexiones, es decir, desde una perspectiva constitucional contemporánea que comprende las categorías rematerializadas del proceso debido, justo, dialógico y metódico.

De cara a la prohibición constitucional consagrada en el Art. 29 de la Constitución Política y de las normas 23, 455, 232 y 360 de la ley 906/2004, las pruebas obtenidas con violación del debido proceso soportan la sanción de nulidad de pleno derecho; es decir, al igual que el negocio jurídico mercantil, la sanción más gravosa es aquella que no produce efecto alguno; o sea, tiene un carácter de inexistencia jurídica, ni siquiera nace a la vida jurídica. Esto es lo que ocurre con las pruebas irregulares, entendido el concepto prueba en sentido lato; no nacen a la vida jurídica y en manera alguna se puede derivar efectos de eficacia en ningún sentido, por lo que deberán ser excluidas.

Efectos de la regla de exclusión

La exclusión probatoria genera fundamentalmente dos efectos: el rechazo, la inutilización y la imposibilidad de valoración alguna de la prueba, evidencia física o elemento material excluido.

En algunos sistemas europeos, la exclusión está permeada por el factor discrecional, pues los jueces utilizando el método de la ponderación, deciden lo que más convenga al proceso. En estados unidos no sucede igual, puesto que una vez establecida la regla de exclusión, esta es aplicada rigurosamente; sin embargo hoy por hoy, han ido aumentando las excepciones a la regla.

En Colombia, la investigación de los delitos es función judicial, a cargo de la Fiscalía General de la Nación y la decisión y control frente a los actos de investigación, en su mayoría, están en manos de los jueces, quienes se deberán sujetar al principio de legalidad, entendido aquí como sometimiento de las actuaciones judiciales a la integridad del ordenamiento jurídico. Lo anterior significa que, desarrollada la regla legislativamente y su excepción, estas deben cumplirse sin dar espacio a la discrecionalidad, ni anteponer la prevalencia de los intereses sociales.

La doctrina y la jurisprudencia consideran la declaración de la prueba prohibida como innecesaria, aun cuando resulta muy conveniente cuando se piensa en las ventajas que pudieren sacar de ella los demás sujetos procesales a quienes beneficia. La doctrina nacional ha acogido los conceptos probatorios señalados por los procesalistas al considerar que una prueba inexistente basta simplemente con no tenerla en cuenta, ya que con ella se vulneran los fundamentos constitucionales del nuevo modelo procesal consagrado en la ley 906 de 2004.

Funciones de la regla de exclusión

Ha dicho la Corte que la regla de exclusión, preponderantemente, cumple las siguientes funciones: a) disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial, de las policiales; b) protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) garante del respeto de las reglas de juego en un Estado de Derecho; d) aseguradora de confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real, y e) reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado.

Condiciones de exclusión de la prueba derivada de la prueba ilícita

Puede ocurrir que la prueba obtenida de manera ilícita, principal, conlleve a la obtención de otras pruebas derivadas o indirectas, en cuyo caso, la prueba derivada tiene que ser igualmente excluida del plexo probatorio. Esta doctrina se conoce con el nombre de “La doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*). En este caso, la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos adquiridos por aquella prueba ilegal.

Existen sin duda otras teorías que tratan de explicar el fenómeno, entre ellas la doctrina del principio de proporcionalidad, la doctrina de los frutos buenos del árbol envenenado la doctrina del entorno jurídico. Al respecto Parra (2009), ha señalado:

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal para Asuntos Civiles y Causas Penales (B.G.H.), ha desarrollado la “teoría del entorno jurídico”, sobre la cual escribe Juan Luis Gómez Colomer, en cuya virtud la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente, acerca de la práctica de las mismas, depende de si “ la violación afecta esencialmente el entorno jurídico del recurrente, o si esa violación solo ha sido para él algo secundario o sin importancia” (p. 20-25).

El profesor Parra (2009) igualmente señala que para atenuar los rigores de la no admisibilidad de la prueba ilícita, se ha expuesto el criterio de la proporcionalidad. Este consiste en sopesar, en el caso concreto, los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias serían consideradas ilícitas.

En el proceso penal estadounidense, la teoría de “los frutos del árbol envenenado” permite describir toda evidencia que haya sido recopilada mediante información ilegalmente obtenida. La metáfora connota que la fuente de la evidencia, “ el árbol”, se encuentra envenenado, de modo que cualquier fruto que se obtenga del mismo también lo estará. La evidencia no será admisible en la Corte. Esta doctrina es reflejo de la regla de exclusión que establece que cualquier evidencia obtenida con violación a la

cuarta enmienda de la Constitución no podrá ser admitida en juicio criminal. Se utiliza esta teoría para evitar que la policía haga uso de evidencias obtenidas con vulneración de los derechos y garantías de los ciudadanos. No obstante, la teoría tiene tres excepciones a saber: primera, que la prueba haya sido descubierta como parte de un resultado completamente independiente, producto de otra fuente; segunda, que esta se hubiere descubierto inevitablemente sin consideración a la fuente, y tercera, que la relación de causalidad entre la acción y la evidencia contaminada esté demasiado atenuada.

De otro lado, cabe mencionar que también podrá solicitarse la nulidad de las pruebas y del proceso cuando en el juicio se hayan admitido pruebas de torturas, desapariciones forzadas o ejecución extrajudicial; así lo entiende la Corte Constitucional cuando, al pronunciarse sobre la exequibilidad del art. 457 del C.P.P., señala:

“En efecto, tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 1º de febrero de 1993 y auto de 5 de mayo de 1997), sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda hacer valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, la desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza”.⁷⁰

70 Corte Constitucional, Sentencia C 591 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Cabe señalar también que constituye causal de casación conforme al numeral 3 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia; en estos casos se recomienda demostrar la violación de las garantías del interviniente afectado, así como la trascendencia del error judicial en el fallo impugnado.

Se considera importante señalar que el juez deberá tener en cuenta, como primera medida para proceder a la exclusión de una prueba, el examen de su legalidad de cara a las garantías constitucionales consagradas en nuestra carta política y conforme al bloque de constitucionalidad. En este orden de ideas, no se les permite a las autoridades invadir la esfera de los derechos garantizados a los ciudadanos, sino de manera excepcional y conforme a los motivos y procedimientos señalados previamente en la ley. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad, la Constitución le impone al Estado el deber de respetar y hacer respetar esta garantía. El artículo 15, inciso 2º y 3º de la Constitución, establece que:

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

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

El artículo 28 Constitucional señala que: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”

El artículo 29 de la Constitución consagra el debido proceso constitucional probatorio; estas normas consagran el marco constitucional de legalidad respecto de las pruebas que deban ser practicadas con estricto acatamiento a un debido proceso constitucional, el cual debe ser observado en todo momento por las autoridades, en materia de afectación de derechos o garantías con incidencia en el proceso penal. Por ejemplo, y como se desprende del Artículo 15 transcrito anteriormente, no se podrá invadir la intimidad

de una persona en punto de interceptación de su correspondencia, si no media orden de autoridad judicial competente; la prueba así obtenida devendrá nula, y como tal deberá ser excluida.

De otro lado, las normas constitucionales, que consagran el debido proceso constitucional, encuentran desarrollo en diversas normas del Código de Procedimiento Penal, a saber: artículos 23, 232, 276, 360, 455: el artículo 23 consagra la norma de exclusión general y como norma rectora del procedimiento aplicable para la exclusión de toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales; el Artículo 232 consagra la exclusión de los elementos probatorios y evidencias físicas que se obtengan en una diligencia de registro y allanamiento viciada por carencia de requisitos esenciales, como por ejemplo proceder al registro sin la orden que expida el fiscal, o sin motivos razonablemente fundados o sin su debido soporte probatorio; el Artículo 276 establece que la legalidad del elemento material probatorio y la evidencia física depende de que se hayan respetado las garantías previstas en la Constitución, en tratados internacionales sobre derechos humanos o en las leyes, (debido proceso constitucional – bloque de constitucionalidad – debido proceso probatorio); el Artículo 360 señala que la sanción para los medios de prueba ilegales, incluyendo los conseguidos con violación de los requisitos formales previstos en el código, es la exclusión; en relación con la nulidad derivada de la prueba ilícita, hay que tener en cuenta que esta se puede generar por violación de las garantías fundamentales conforme lo señala el Artículo 23 del C.P.P., por ejemplo, debido proceso constitucional, garantía de la inviolabilidad del domicilio etc., en tanto que respecto de estas, la sanción será la exclusión por devenir nulas de pleno derecho; sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de las que sean consecuencia de las pruebas excluidas o que solo se puedan explicar en razón de su existencia, por cuanto respecto de estas habrá de tenerse en cuenta los criterios señalados en el Artículo 455, relacionados con el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley. (Teoría del árbol envenenado).

Al respecto, retoma importancia el método de la supresión mental hipotética para establecer si una prueba regularmente obtenida pero que deriva de una prueba ilícita se puede sanear o no; consiste en suprimir el acto viciado y verificar hipotéticamente si, sin él, se arribaría al acto regular. Si la

respuesta es sí, el acto regular se sana; si la respuesta es no, debe seguir indefectiblemente la suerte del acto viciado.

Finalmente, cabe mencionar que la exclusión como mecanismo sancionatorio y de control, es preciso activarlo en cualquier fase de la actuación; es decir, tanto en la indagación, como en la investigación y en la etapa del juicio. Por ejemplo, la policía judicial, en desarrollo de los actos urgentes, podría adelantar actos de investigación que conllevarán el recaudo de información, evidencia o elementos de prueba; si esos actos de investigación estuvieren impregnados de ilegalidad, sería deber del fiscal en ejercicio de la labor de control rechazar de plano tales actuaciones, como lo señala el Art. 212 del C.P.P. Lo anterior no impide que dicho control lo pueda ejercer el fiscal igualmente dentro de la fase de la investigación formal.

El Arts. 237 y 238 del C.P.P, prevén la posibilidad que la defensa, tanto en las audiencias preliminares como en la preparatoria, solicite la exclusión de las evidencias obtenidas en desarrollo de los actos de investigación tendentes a la realización de registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por Internet, u otros medios similares, cuando quiera que tales diligencias se hayan adelantado con el desconocimiento de derechos fundamentales y garantías procesales y, muy especialmente, de los postulados que informan el proceso debido constitucional.

Conclusiones

Queda claro que los actos de investigación son el escenario inicial, la génesis a partir de la cual se propicia el recaudo de elementos materiales probatorios, evidencia física e información legal, para su utilización posterior en la etapa del juicio; que tales elementos comportan vocación probatoria y que tienen actitud probabilística respecto de las decisiones que han de tomarse en las audiencias preliminares por parte de los jueces de control de garantías; también es cierto que, de cara al debido proceso penal de estirpe procesal constitucional, calificado por algunos, como de tendencia acusatoria, se le otorga una gran importancia al proceso desde la óptica técnico científica, lo cual no implica una prevalencia de la ciencia en general

sobre la ciencia penal, sino más bien una simbiosis con beneficio justo para ambas.

El debido proceso visto desde el abordaje de la teoría moderna del Derecho Constitucional Contemporáneo, se conforma con 3 elementos: justicia, dialogicidad y método. Desde el componente metodológico, la investigación penal y los actos de investigación de cara al proceso debido metodológico, deben ajustarse, no solo a un debido proceso jurídico, sino también al debido proceso técnico- científico.

Finalmente es preciso tener en cuenta que tanto los elementos materiales probatorios, como las evidencias Físicas y la información obtenida mediante el ejercicio de los actos de investigación, con violación del debido proceso penal y con vulneración de los derechos y garantías fundamentales de los sujetos penales, devendrán irregulares y viciados de nulidad de pleno derecho, por lo que deberán ser excluidos con fundamento en la cláusula general de exclusión del Art. 29 Constitucional y el 23 de la ley 906/04, entre otras normas. Por lo anterior se recomienda a la defensa estar atenta, a fin de cumplir esta exigencia, no solo en el escenario de la audiencia preparatoria, sino en cada una de las audiencias preliminares donde se tomen decisiones con fundamento en elementos de conocimiento obtenidos ilegalmente con violación del proceso debido.

Referencias Bibliográficas

Del Villar Donaldo. (2012). *Declaraciones previas al Juicio Oral y sus implicaciones en el Descubrimiento Probatorio Ley 906 de 2004*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

González Antonio (2011). *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: I Leyer Editores.

González Antonio (2012). *El Proceso Penal Acusatorio por medio de Audiencias*. Bogotá: Leyer Editores.

Parra Jairo. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

LA ENTREVISTA EN EL ÁMBITO PROBATORIO

*Luis Gonzalo Bonilla Botero*⁷¹

*Hernán Darío Arias Aristizábal*⁷²

Resumen

La entrevista, de conformidad con el Artículo 206 del C. P. P., hace parte de las técnicas de indagación e investigación; pero no constituye prueba por sí sola, fundamentalmente porque su creación y práctica no se desarrolla en el juicio oral. La entrevista, por constituir un acto personal del investigador, no está sometida al tamiz de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, inmediación y concentración, por lo tanto únicamente sirve para impugnar la credibilidad del testigo y para refrescar su memoria en el desarrollo del juicio oral.

Sin embargo, dicha regla general trae como excepción las pruebas de referencia que contempla el Artículo 437 del C. P. P. y que son aquellas declaraciones realizadas con fines probatorios, fuera del juicio oral, en ciertos eventos taxativamente numerados en el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004.

71 Abogado, defensor público de la Oficina Especial de Apoyo de Manizales, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, especialista en Investigación Criminal, especialista en Derechos Humanos.

72 Ingeniero Industrial, profesional especializado en investigación de la Unidad Operativa de Investigación de la Defensoría Pública Manizales.

En estos eventos, ha dicho la Corte, su aducción al juicio oral la hace poco confiable toda vez que se hace con omisión de los principios consagrados fundamentales para su validez, lo que de suyo afecta notoriamente su valor probatorio, hasta el punto de que, como lo refiere el inciso final del Artículo 382 del C. P. P., la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia. Sin embargo, los fiscales con frecuencia abusan de esta excepcionalidad cuando el testigo no comparece, lo cual constituye una ostensible afectación al derecho de defensa. Por tal motivo, corresponde al defensor asegurarse de que se empleen todos los medios investigativos válidos antes de recurrir a tal excepcionalidad.

Palabras clave

Entrevista; prueba autónoma; prueba de referencia.

Abstract

The interview is part of the inquiry and investigation techniques; therefore it does not constitute a fundamentally autonomous test by itself because the creation and practice of the interview are not developed in the oral trial; which is why the interview is only allowed by the hand of the interviewee who thereby acts as a witness. The reason being is because when the interview is being performed, since it constitutes a personal act of the investigator, it was not subjected to the test of the principles of orality, publicity, contradiction, immediacy, concentration and projection, whose compliance as a whole allows the interview to be translated into evidence. To the extent that the interview is not coated by the principles to which it references, it is only useful in the development of the oral trial to challenge the credibility of the witness and to refresh his/her memory.

However, this general rule brings as an exception the reference trials which are those pronouncements performed outside of the trial for evidentiary purposes, in the event that it is not possible to practice in the oral trial, either because the respondent states under penalty of oath that he has lost his/her memory and this is corroborated by experts, the respondent is a victim of kidnapping, forced disappearance or any similar event, he/she

has a serious illness that prevents him/her from declaring or has deceased. In these events, the Court has said, its adduction to the oral trial makes it unreliable whenever it is omitting the fundamental principles for its validity, which notoriously affects its probative value.

Key words

Interview, autonomous, reference test.

Entrevista

Acevedo y López establecen una distinción entre entrevista e interrogatorio:

Quando una persona se ve obligada a dar respuestas concretas a preguntas concretas (como sucede en una corte de justicia), sin ninguna libertad para ser espontánea y crear una real interacción con la persona que tiene enfrente, se trata de un interrogatorio. No cabe duda de que existe un intercambio significativo, pero salta a la vista que no puede darse la mutua ilustración. El interrogatorio es una de las situaciones en las que recurrentemente cae la entrevista; son muchas las ocasiones en las que una entrevista se encamina únicamente a servir como tirabuzón de la información, deformando sustancialmente su condición de intercambio, provocando que se nulifique la espontaneidad, se pierda el respeto y se olvide la interacción (Acevedo & López, 1988: 9).

Esta distinción implica una visión restringida de entrevista, que contrasta con la que propone la Real Academia de la Lengua, en su edición 22.^a para la expresión ‘entrevistar’: “Tener una conversación con una o varias personas para un fin determinado”.

Desde esta perspectiva, el interrogatorio puede ser un tipo de entrevista, en la medida en que tienen lugar la “conversación” y el “fin determinado”, aun así, es evidente que cuando se habla de entrevista forense, se hace referencia a un tipo muy particular de entrevista.

Franco Vélez la distingue de la laboral, la psicológica y la cognitiva:

En la entrevista forense se busca obtener información respecto a hechos relacionados con conductas punibles. El entrevistador no se 'involucra' con el entrevistado, pues su único fin es la obtención de información, la cual servirá para esclarecer la comisión de un delito [...] no da por 'cierta' o definida la información recibida [...] no se pretende ayudar al testigo, víctima o acusado, se busca analizar y evaluar la probabilidad que tenga el relato de ser verídico. Esta veracidad no hace referencia al criterio de certeza con respecto a la verdad o el engaño en un relato, sino que se enfoca en la probabilidad de lo creíble en un testimonio (Franco, 2008: 26).

De modo que en la entrevista forense se conjugan elementos técnicos, destrezas cognitivas y emocionales, además de habilidades de comunicación básicas en el entrevistador; todo con el fin último de la obtención de información relevante que conduzca a la construcción de la verdad procesal, necesaria en el ámbito jurídico.

La entrevista forense está dirigida a personas de cualquier edad o género, y solo tiene por condición la relación que estas posean con el evento que se investiga. En el medio jurídico colombiano, las entrevistas a mayores de edad difieren en sus requisitos de las realizadas a menores. El menor de edad, básicamente, debe ser escuchado por un profesional en psicología, con el acompañamiento de los padres del menor o de su representante legal, utilizando medios digitales de grabación, aunque cabe resaltar aquí que la ley (Ley 1652 de 2013) facultó también para la realización de estas entrevistas a personal del CTI.

La base de la comunicación como medio de interacción entre individuos y la necesidad de establecer las situaciones que rodearon un hecho delictivo son los pilares elementales de la entrevista forense. Esta juega un papel preponderante en el desarrollo del sistema judicial, en la medida en que recoge las impresiones más relevantes de los actores que intervienen en los diferentes sucesos de investigación.

Marco jurídico de la entrevista

Según el Código de Procedimiento Penal Colombiano, las actividades de policía judicial en indagación e investigación, especificadas en el Artículo 205, se denominan actos urgentes y comprenden la inspección en el lugar del hecho, la inspección de cadáver, las entrevistas e interrogatorios.

Los Artículos que desarrollan la toma y el uso de entrevistas son:

Artículo 206. Entrevista

Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista.

Artículo 206A. Entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el título iv del Código Penal, al igual que en los Artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, relacionados con violencia sexual:

Sin perjuicio del procedimiento establecido en los Artículos 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199 y 200 de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, cuando la víctima dentro de un proceso por los delitos tipificados en el título iv del Código Penal, al igual que en los Artículos 138, 139, 141, 188^a, 188c, 188d, del mismo código sea una persona menor de edad se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico en los términos del numeral 1° del Artículo 146 de la Ley 906 de 2004 para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento:

d) La entrevista forense de niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación entrenado en entrevista forense en niños, niñas y adolescentes, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia sin perjuicio de su presencia en la diligencia.

En caso de no contar con los profesionales aquí referenciados, a la autoridad competente le corresponde adelantar las gestiones pertinentes para asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

Las entidades competentes tendrán el plazo de un año, para entrenar al personal en entrevista forense. En la práctica de la diligencia el menor podrá estar acompañado, por su representante legal o por un pariente mayor de edad;

e) La entrevista forense se llevará a cabo en una cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito;

f) El personal entrenado en entrevista forense presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

Parágrafo 1. En atención a la protección de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, la entrevista forense será un elemento material probatorio al cual se acceda siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad, lo anterior en aplicación de los criterios del Artículo 27 del Código de Procedimiento Penal.

Parágrafo 2. Durante la etapa de indagación e investigación, el niño, niña o adolescente víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, tipificados en el título iv del Código Penal, al igual que en los Artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo có-

digo, será entrevistado preferiblemente por una sola vez. De manera excepcional podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del niño, niña o adolescente (Ley 1652 de 12 de julio de 2013).

En otros apartes del Código de Procedimiento Penal se establece la diligencia de interrogatorio a indiciado, específicamente en el Artículo 282, dejando en claro las diferencias que tiene esta diligencia con la entrevista. Así mientras la entrevista a testigos y víctimas posee un desarrollo de información atinente al caso que se investiga, no requiere la presencia del abogado y se enmarca en el deber de colaboración ciudadana; el interrogatorio a indiciado posee un desarrollo en el que básicamente se busca incriminar al indiciado. En esta diligencia sí es fundamental la presencia del abogado para salvaguardar los derechos de quien es investigado, y, ante todo, existe el derecho constitucional y legal a guardar silencio del mismo interrogado.

El Código de Procedimiento Penal, igualmente, hace alusión en diferentes Artículos a la prueba de referencia y su admisión, en lo que atañe a las declaraciones. Se destacan el Artículo 379 del C. P. P., que habla sobre la inmediación y determina la admisibilidad de la prueba de referencia como excepcional, y el Artículo 437, igualmente de la Ley 906 de 2004, en el cual se hace alusión clara a la prueba de referencia y se conceptúa que es toda declaración realizada fuera de juicio oral, utilizada para probar elementos del delito, el grado de intervención en este y diferentes circunstancias de agravación o atenuación, entre otros, a los que se hará alusión más adelante.

Introducción

El proceso penal está caracterizado por el “principio de igualdad de armas” entendido como el equilibrio de poderes que le garantiza a los sujetos procesales intervinientes dentro del proceso penal el desarrollo en debida forma de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y principalmente contradicción, en otras palabras, la garantía de confrontación.

Ahora bien, siendo que la fiscalía tiene la titularidad de la acción penal la cual le compete investigar aquellos comportamientos que tengan el reves-

timiento de delito y acusar ante los jueces competentes a los autores de dichas conductas delictivas, para lo cual cuenta con todas las herramientas para lograr la materialización de sus funciones valiéndose de su órgano de investigación propia e incluso del apoyo de la policía judicial para lograr la comparecencia de los testigos aun en el caso de negarse a comparecer, a deponer ante el juez de conocimiento y someterse al tamiz propio del interrogatorio y contrainterrogatorio; se le precisa un mayor grado de exigencia cuando de argumentar se trata la supuesta desaparición voluntaria del testigo o la imposibilidad de ubicarlo o encontrarlo como sustento para que se le autorice por parte del juez de conocimiento la aducción como prueba de referencia de la entrevista recibida por fuera del juicio oral con sujeción al literal b) del artículo 438 del C.P.P. denominada “evento similar”; dado que en la práctica ha venido ocurriendo éstas propuestas por parte del órgano instructor sin el verdadero sustento y demostración de la situación especial de fuerza mayor y razonamiento insuperable que no permiten supuestamente la presencia de quien ofreció la entrevista a rendir el testimonio, ocurriendo esto en algunas ocasiones infortunadamente con la aquiescencia de jueces que avalan la tesis ligera de la fiscalía, sin mayores análisis y consideraciones.

Suele suceder que cuando la fiscalía no acredita convincentemente las situaciones de fuerza mayor que no puedan racionalmente ser superados, esto es la razón es equivocada, deja traslucir que la verdaderas intenciones estarían dadas eventualmente por el afán inusitado de sacar adelante a toda costa su teoría del caso evitando la confrontación en juicio del testigo directo, en otras ocasiones por negligencia o desidia de sus propios investigadores o incluso por renuencia del declarante a comparecer al juicio para el cual es llamado.

La entrevista en el ámbito probatorio

La Corte Suprema de Justicia, en reiteradas jurisprudencias, ha fijado su posición en relación con la entrevista, en el sentido de que, al igual que otros elementos de convicción, como la declaración jurada y el interrogatorio al indiciado, no constituye por sí sola una prueba autónoma por la potísima razón de que no se practica en juicio oral, lo que significa que única y exclu-

sivamente le es permitido ingresar al juicio oral acompañada del testimonio de quien rindió ya una declaración; es decir, el entrevistado tendría que rendir su testimonio en juicio oral.

La explicación está dada en que al momento de la creación de la entrevista, esta no estuvo sometida al rigor de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración, cuyo acatamiento constituye los requisitos para que pueda ser considerada efectivamente como prueba.

Utilidad de la entrevista. Tras esta reflexión, la Corte Suprema de Justicia se pregunta para qué sirve entonces la entrevista? -La entrevista, recogida con sujeción a los mandamientos del artículo 206 del C. P. P., sirve en la etapa de juicio oral únicamente para cumplir dos fines precisos: el primero es refrescar la memoria del testigo -artículo 392 literal d) del C. P. P.- y el segundo, impugnar la credibilidad del testigo ante la evidencia de contradicciones expresadas en el testimonio -artículos 393 literal b), 347 y 403 del C. P. P.-.

En conclusión, en palabras de la Corte:

“Las exposiciones previas son simples actos de investigación del delito y su autores, que no constituyen en sí mismas prueba alguna, pues su finalidad es preparar el juicio oral, proporcionando los elementos necesarios a la Fiscalía y a la defensa para la dirección de su debate ante el juez de conocimiento, por lo que para que puedan hacerse valer en el juicio como impugnación, además de haberse practicado con las formalidades que el ordenamiento procesal establece, debe observarse el procedimiento explicado”. (C.S.J. Rad. 25738 de 9 de noviembre de 2006).

Garantía de confrontación

La pretensión de las partes de traer al juicio una manifestación anterior se activa mediante la garantía que le compete al acusado de hacer comparecer a los testigos, estar frente a frente con los que lo acusan, formular preguntas y controlar la práctica de la prueba. Esto es lo que se denomina garantía de la confrontación -Artículo 29 de la Constitución Política, en armonía con

los Artículos 8.º literal k), 15 y 16 de la Ley 906 de 2004 y Artículo 14 numeral 3 literal e del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos-. Esta garantía se relaciona con el principio de contradicción y no se satisface con la posibilidad de que en su momento se rebata el mérito de la prueba una vez practicada, sino que es primordial, para satisfacer holgadamente ese derecho, brindar la oportunidad de contrainterrogar al testigo de la parte contra quien se aduce (inciso final del Artículo 347 del C. P. P.).

Requisitos de la declaración

De todas maneras, no es suficiente el acatamiento de los principios anteriormente señalados para que la entrevista sea catalogada como declaración propiamente dicha, sino que se debe cumplir la exigencia del conocimiento personal contemplada en el Artículo 402 del C. P. P., la cual dispone que el testigo solamente podrá deponer sobre aspectos que en forma directa y personal hubiere tenido la ocasión de observar o percibir.

En conclusión, por regla general y de acuerdo con nuestro sistema penal acusatorio, para que pueda ser valorada la declaración, en el correspondiente fallo debe reunir los siguientes requisitos: en primer lugar, practicarse en juicio oral y público ante el juez de conocimiento; en segundo lugar, garantizarse el derecho de confrontación, y, en tercer lugar, el testigo debe referirse a asuntos que haya observado o percibido en forma directa.

Excepción: pruebas de referencia

No obstante, la excepción está dada en la facultad por parte del juez de conocimiento de considerar, con vocación de fallo, las declaraciones de carácter anticipado, lo mismo que las pruebas de referencia.

Al tenor de lo dispuesto en el Artículo 437 del C. P. P., 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 punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado y cualquier otro aspecto sustan-

cial objeto del debate cuando no sea posible practicarla en el juicio (Artículo 29, parágrafo 6°, de la Constitución Política).

Ahora bien, la propia Corte Suprema de Justicia ha precisado que la aplicación de la prueba de referencia es reducidamente confiable, pues se incrementan los riesgos de valoración, por ejemplo, la ausencia del principio de inmediación, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio al testigo que tuvo conocimiento personal del hecho y la falta de análisis de sus procesos de percepción, sinceridad y narración, lo que en su conjunto afecta negativamente su valor probatorio.

En razón del escaso mérito que arroja, la Corte Suprema de Justicia estableció que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, introduciendo así una tarifa legal negativa para menguar el valor probatorio de esa clase de elemento (Corte Suprema de Justicia, Artículo 382, inciso 2.º).

Admisibilidad excepcional de la prueba de referencia

Según Chiesa, al considerar las excepciones a la regla de exclusión de prueba de referencia, surgen tres factores que sirven de fundamento, a saber:

1. “Necesidad: el declarante no está disponible para testificar y ser contrainterrogado por el acusado en corte.
2. Confrontación parcial: el acusado tuvo oportunidad de contrainterrogar al declarante cuando se hizo la declaración aunque no en el juicio, o a la inversa [...]
3. Garantías circunstanciales de confiabilidad: las circunstancias bajo las cuales se hizo la declaración o el tipo de declaración tienden a establecer su veracidad (Chiesa, 1995: 339,340).

De conformidad con el Artículo 438 de la Ley 906 de 2004, únicamente se tendrán en cuenta como admisibles las entrevistas 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 una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.

Es menester ocuparnos de lo consignado en el literal b) de la citada disposición, que se refiere al “evento similar”, toda vez que las restantes preceptivas no requieren mayor discusión, lo que no ocurre en el eventual caso de que el testigo sea víctima de situaciones o eventos similares a los delitos de secuestro o desaparición forzada, que faculta al fallador para decidir potestativamente sobre la admisión de las pruebas de referencia.

Se establece como regla general que la comparecencia a declarar el juicio oral y público es obligatoria para toda aquella persona que sea citada, salvo las excepciones constitucionales y legales (Art. 383 C. P. P.). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia precisó:

“La expresión eventos similares indica que debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible) emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia solo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declara-

ciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la disponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor) surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo” (Corte Suprema de Justicia, Providencia de 6 de marzo de 2008).

En otras palabras, el juez de conocimiento, en acatamiento de lo dispuesto en el literal b) del Artículo 438 del C. P. P., está facultado para considerar como prueba de referencia y pretendida por la parte como medio, para ser admitida como prueba el evento de encontrarse en situaciones asimilables a la de ser víctima de los delitos de secuestro o desaparición forzada, siempre que ello obedezca a circunstancias de fuerza mayor “cuando no puedan ser racionalmente superadas”.

El Estado a través de la Fiscalía General de la Nación tiene la titularidad de la acción penal, investigando los comportamientos de connotaciones delictivas y acusando a los infractores ante los jueces penales. Una vez ejercida la acción penal, comienza un verdadero proceso dialéctico donde deben tener cabida los principios de publicidad, oralidad, contradicción e inmediatez. Igualmente, prevalece la garantía de la igualdad de armas, que no es otra cosa que el equilibrio de oportunidades entre el órgano de la acusación y el órgano de la defensa. Así las cosas, cuando la Fiscalía pretende aportar como prueba una declaración anterior, en reemplazo del testimonio que le corresponde presentar en juicio, genera un desequilibrio sobre el acusado, quien se verá menguado en su derecho legal y constitucional de ejercer el principio de contradicción, al quedar sujeto a la existencia de una declaración previamente recogida con los riesgos de su dudosa credibilidad.

En el proceso penal no se admiten tratos desiguales o diferenciales, porque todos los sujetos procesales deben gozar de las mismas prerrogativas, pues

si alguno de ellos está en desventaja sobre los demás, sin duda, se viola el principio de la igualdad. Si alguno de los sujetos procesales está en mejor posición que otro, bien puede ocurrir que tal desventaja no afecte el debido proceso desde el punto de vista formal, por estar aquella autorizada legalmente; sin embargo, sí se puede aducir en tal supuesto la violación del principio de la igualdad si se constata la supremacía de algún sujeto procesal otorgada por la misma ley. Lo anterior es razón para que la Corte insista en que la admisibilidad de la prueba de referencia en los señalados casos debe tener como fundamento situaciones especiales de fuerza mayor “razonablemente insuperables”, como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

Sin embargo, la excepcionalidad para la admisión de la prueba de referencia bajo el supuesto de «evento similar», ha hecho carrera al interior de la fiscalía en su aplicación equivocada. Los fiscales, con frecuencia, sea por interés de sacar adelante a toda costa su teoría del caso, por negligencia o desidia de sus propios investigadores (a quienes les compete la obligación de brindar la protección de los testigos y lograr su comparecencia al juicio), por renuencia del declarante de comparecer al juicio, argumentan la imposibilidad de ubicación del respectivo testigo, a pesar de que la defensa ponga en evidencia que en ningún caso la razón invocada se ofrece como inevitable o imprevisible. Y lo más grave es que esto ocurre en algunos casos con la complacencia de juzgadores e incluso de tribunales. En consecuencia, se configura una ostensible afectación al derecho de defensa en la medida en que no se puede contrainterrogar a los testigos de cargo

No hay que pasar por alto la mayor exigencia que le compete a la Fiscalía, que cuenta con todas las herramientas de orden material, técnico y jurídico para lograr la presencia de los testigos en juicio oral, incluso cuando el testigo se niegue a comparecer a pesar de estar debidamente citado, caso en el cual el juez de conocimiento, a petición del fiscal, podrá expedir a la policía nacional o a cualquier otra autoridad la correspondientes órdenes para su aprehensión y conducción a la sede de la audiencia. Además, como parte de ese poder dispositivo del juez de conocimiento está calificar como falta grave con las consecuencias que ello implica a las autoridades de policía que se nieguen o dilaten de forma negligente las obligaciones adquiridas

con las órdenes judiciales de aprehender y conducir al testigo a cumplir con la obligación de rendir testimonio solicitado.

De cualquier forma, así como se debe acreditar pericialmente por parte del ente investigador como causal de admisión excepcional de la prueba de referencia de quien es llamado a declarar, la pérdida de la memoria, los elementos probatorios que den fe de la condición de una grave enfermedad que le impida declarar, su fallecimiento, la condición de víctima de un delito de secuestro o desaparición forzada, igualmente y con mayor veracidad debe acreditarse por parte de la fiscalía en la audiencia respectiva y en sustento de la prueba de referencia fehacientemente las situaciones especiales de fuerza mayor, los razonamientos insuperables como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

Cuando la Fiscalía dentro de su reconocida y amplia capacidad de investigación, cuenta con elementos necesarios para lograr la ubicación de una persona (–esto es, números telefónicos del propio declarante o de sus familiares, direcciones, información en base de datos, etc.–), y aun así omite el desarrollo de sus actividades investigativas no le es predicable deprecar el reconocimiento de desaparición voluntaria del declarante y la aducción de la entrevista recibida fuera del juicio oral como prueba. En tal caso la situación no solo no se ubica dentro de las causales del literal b) del Artículo 438 del C. P. P, sino que tal actuación puede denotar interés malintencionado de sacar a cualquier costo adelante su teoría del caso y, en otros casos, la falta de diligencia.

En este marco, le corresponde a la defensa desplegar todas las actuaciones adecuadas, pertinentes y conducentes que permitan exigir el cumplimiento de las actividades de policía judicial tendientes a lograr la ubicación del declarante. Si estas fueran infructuosas, buscará que se acuda a entrevistas a personas que conozcan al solicitado con constancia u observaciones en el cuaderno de notas (art. 206 del C.P.P.), a la búsqueda selectiva en base de datos pública (art. 244 del C. P. P.), a labores de vecindario, a citaciones por medio radiales e incluso edictos y en general, a todas las actividades permitidas dentro de su actividad investigativa, para lograr eficazmente la

ubicación del declarante, para que, en caso negativo, no queden dudas de los esfuerzos desplegados para lograr el propósito encomendado.

Conclusiones

En el proceso penal se viola el principio de igualdad cuando alguno de los sujetos procesales se encuentra en desventaja sobre los demás, desconociéndose sin lugar a dudas la garantía de igualdad de armas entendida como el equilibrio de poderes entre el ente acusador y la defensa, que se materializa cuando una de las partes pretende en el desarrollo del juicio oral introducir una declaración anterior en sustitución del testimonio del quien debe presentarse en juicio valiéndose de las facultades consignadas en el artículo 438 de la ley 906 de 2004 y en particular el literal b) de la misma disposición, esto es, la prueba de referencia en su acápite “eventos similares”, cuando no se acredite en debida forma el fundamento de fuerza mayor “razonablemente insuperable” como lo es la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo o encontrarlo, al colocarse en imposibilidad de ejercer el derecho de contradicción, conformándose con una declaración pretéritamente recogida, con los eventuales riesgos de su dudosa credibilidad.

Con sujeción al literal b) del artículo 438 del C.P.P., el Juez únicamente está facultado para considerar como prueba de referencia cuando se acredite en debida forma que el eventual testigo se encuentra en circunstancias asimilables a la de ser víctima de los delitos de secuestro o desaparición forzada, siempre y cuando las mismas obedezcan a razones de fuerza mayor o caso fortuito como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo o tener contacto con él.

La defensa, dentro de su actuación defensorial, tiene la imperiosa obligación, cuando los argumentos de la Fiscalía no sean convincentes al fundamentar la prueba de referencia en el evento aludido, oponerse a su admisión y exigir que el ente investigador por intermedio de su policía judicial, despliegue todas las actividades pertinentes y necesarias que conlleven la ubicación y comparecencia del testigo al juicio oral como es su obligación legal y constitucional y garantizar de esta forma el cumplimiento de todos

los principios que caracterizan nuestro sistema penal acusatorio, entre ellos y principalmente el de contradicción, por las eventuales consecuencias que para la parte contraria que participa en el proceso penal no pueda ejercer su garantía de confrontación traducida en el derecho de contrainterrogar al testigo, violándose de esta forma ostensiblemente el principio de igualdad.

Referencias

Acevedo I., Alejandro A.; López, Alba F. (1988). *El proceso de la entrevista: conceptos y modelos*. México: Limusa Noriega.

Chiesa, Ernesto L. (1995). *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Colombia: Editorial Nomos S.A.

Franco V., Fulton E. (2008). *Manual de la entrevista forense: entrevista forense en la investigación criminal*. Bogotá: Happy Mundo.

Arboleda V., Mario. (2012). *Código de Procedimiento Penal Colombiano. Trigésima Edición*. Bogotá: Editorial Leyer

Sentencias consultadas:

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2008). Sala de Casación Penal. Radicado 27477. M. P.: Augusto J. Ibáñez Guzmán. 6 de marzo de 2008. Recuperado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Penal. Radicado 40240. M. P.: José Luis Barceló Camacho. 24 de abril de 2013. Recuperado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Penal. Radicado 39835. M. P.: José Luis Barceló Camacho. 29 de mayo de 2013. Recuperado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Penal. Radicado 40291. M. P.: José Luis Barceló Camacho. 3 de julio de 2013. Recu-

perado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Penal, Radicado 41764. M. P.: José Luis Barceló Camacho. 28 de agosto de 2013. Recuperado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2013). Sala de Casación Penal. Radicado 36518. M. P.: José Leonidas Bustos Martínez. Recuperado de: www.cortesuprema.gov.co, consulta jurisprudencial, búsqueda de providencias.

DESTRUCCIÓN DE ELEMENTOS MATERIALES DEL DELITO EN MATERIA DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES EN COLOMBIA

Emilia Quiñónez Forero

Roberto Sarmiento Mogollón

Resumen

El procedimiento de destrucción de los elementos materiales de sustancias que produzcan adicción física o psíquica (estupefacientes), no es otro que el llevado a cabo por funcionarios de la policía judicial, previa autorización del fiscal y concepto del perito experto en química forense. Después de incautar, verificar y dejar a disposición de la Fiscalía General de la Nación el alcaíde, cuyo procedimiento se hace por captura en flagrancia o por trabajo de investigación desarrollados como consecuencia de la política criminal del Estado, se persigue a la delincuencia organizada (narcotraficantes) con ayuda de la cooperación internacional, dentro y fuera del país. No requiere control judicial para su realización.

El problema que se presenta dentro de la labor desarrollada por la policía judicial, es la vulneración de las garantías fundamentales del procesado, que pueden afectar el medio ambiente durante todo el procedimiento, tornándose indispensable la aplicación restricta del manual de cadena de custodia, del manual único de criminalística y de la normativa internacional, previamente establecida por la oficina de Naciones Unidas para contrarrestar la droga y el delito.

Se necesita que los funcionarios de policía judicial, además de ser cuidadosos, sean muy profesionales en la materia, debido a la presión que ejercen las bandas criminales frente al flagelo del narcotráfico, desde el micro- tráfico de estupefacientes hasta la más alta posición dentro de la escala de la empresa criminal organizada.

En el procedimiento de destrucción de las sustancias psicotrópicas incautadas y dejadas a disposición de la Fiscalía la ley faculta a las autoridades para ello, no obstante, no existe en Colombia un protocolo específico para que las autoridades puedan cumplir a cabalidad sus funciones, esto se constituye en una piedra en el zapato, ya sea porque no hay hornos especializados que permitan realizar una quema, por decirlo de alguna forma 'carencia de infraestructura', o porque la reglamentación es escasa y eso nos lleva a contaminar el medio ambiente cuando su destrucción se lleva a campo abierto.

Las irregularidades encontradas y expuestas en el presente trabajo, se hacen con el mayor de los respetos frente a las diferentes autoridades que tiene relación directa con el procedimiento, llámese fiscalía, policía judicial, defensoría pública, investigadores privados y jueces de control de garantías. Este trabajo aporta un granito de arena en materia de investigación criminal y porque no, al Gobierno nacional y departamental para desarrollar políticas públicas que vayan a la vanguardia con las necesidades que genera las empresas criminales.

Abstract

The process of destruction of the material elements of substances that produce physical or psychological (drug) addiction is none other than the one carried out by officers of the judicial police , the prosecutor and authorization concept of the expert witness in forensic chemistry, after seizure check and leave available to the attorney general of the nation alkaloid , which process either by catch in the act or research developed as a result of the criminal policy of the State , who through international cooperation, pursues the organized crime (drug) within and outside the country. Judicial control required for its realization. The problem that arises in the work developed through judicial police, is the violation of the fundamental rights of the accused and may also affect the environment

during all proceedings, becoming indispensable application restricted to manual chain of custody, the only manual criminology and international standards previously established by the office together to counter the drug and crime nations.

It requires that the judicial police officers, as well as being careful, be very professional in the field, due to the pressure exerted by criminal gangs against the scourge of drug trafficking from the micro - trafficking of drugs to the highest position within the scale of organized criminal enterprise.

The process of destruction of psychotropic substances seized and left available to the prosecution, that although the law empowers the authorities to do so, the fact remains that in Colombia there is a specific protocol that does not constitute a thorn in the authorities to fulfill their duties fully , either because there are no specialized furnaces perform a burn permit for it somehow carencia infrastructure) , or that regulation is falente and that leads us to pollute the environment when destruction is carried open.

The irregularities found and placed in the present work, are made with the utmost respect towards the different authorities is directly related to the procedure, call prosecutors, judicial police, private investigators and public advocacy control guarantees judges but should contribute a bit in terms of criminal investigation and why not by the national and provincial government to develop public police to go ahead with the necessities criminal enterprises.

Palabras clave

Incautación, verificación, destrucción, sustancias psicotrópicas, tráfico de estupefacientes, cadena de custodia, investigación criminal, derechos fundamentales, química forense, política criminal del Estado.

Keywords

Confiscation, verification, destruction, psychotropic substances, drug trafficking, chain of custody, criminal investigation, fundamental human rights, forensic chemistry, criminal justice policies.

Introducción

Siendo el flagelo del narcotráfico en Colombia uno de los problemas sociales más álgido vividos en los últimos 40 años, y que parece acentuarse cada día dada las condiciones del país en el tránsito para que la delincuencia organizada conviva con el tráfico de estupefacientes, con ideologías políticas, abandono del Estado en cierto territorios, geografía agreste, patrones culturales que permiten con mayor facilidad permear las instituciones estatales (llámese fiscalía, rama judicial y autoridades de policía entre otras), se precisa mecanismos contundentes con el fin de contrarrestar la criminalidad organizada en materia de tráfico de estupefacientes, para lograr su incautación y destrucción, y ponerse a tono con las exigencias de la comunidad internacional.

Desafortunadamente, Colombia por su ubicación cercana a grandes mercados y por el acceso a los dos océanos, ofrece ventajas únicas a la delincuencia organizada relacionada con las drogas. Además tiene buen suelo y clima, una amplia oferta de mano de obra y personas muy emprendedoras y trabajadoras. <http://www.colombia.com/colombiainfo/nuestrahistoria/narcotrafico.asp>

Las estadísticas muestran que Colombia es el principal proveedor mundial de cocaína y produce por lo menos 300 toneladas métricas al año, o sea el 66% de la producción mundial. Además produce por año aproximadamente 6 toneladas métricas de heroína, que se cultivan 122.500 hectáreas de coca, 7.500 hectáreas de adormidera y 5.000 hectáreas de cannabis, generando empleo aproximadamente a 200.000 personas con un ingreso anual estimado en 2.200 millones de dólares. Uno de los principales mercados para la cocaína es Estados Unidos, mientras que el cannabis se vende especialmente en los mercados internos y europeos.

En los últimos 30 años se han logrado progresos en poner fin a la impunidad de que gozaban en el país los carteles delictivos y sus redes de apoyo. Los organismos encargados del cumplimiento de la ley en Colombia han logrado encarcelar a decenas de los principales dirigentes, produciéndose detenciones incluso de algunos de los más notorios narcotraficantes. Se han decomisado y destruido grandes cantidades de drogas ilícitas. Se

han introducido o mejorado leyes relativas a las condenas carcelarias, el lavado de dinero y la incautación de activos, y nuevamente es posible extraditar, dentro de ciertos límites, a nacionales colombianos buscados en otros países por delitos relacionados con las drogas. Con todo, se generan guerras entre carteles que se confunden con el conflicto armado que aqueja a nuestro país <http://www.colombia.com/colombiainfo/nuestrahistoria/narcotrafico.asp>

El problema del narcotráfico está causando también, entre otras cosas, un gran daño al ecosistema. Debido a que para erradicar los cultivos se está empleando el método de fumigación aérea, lo que ha generado por resultado un daño irreparable en la tierra cultivable colombiana y en la salud de la población indígena cercana a las zonas de fumigación. Así las cosas, para su destrucción una vez se ha incautado la misma, se realiza en campo abierto sin ningún tipo de protocolos, lo que pone en peligro el medio ambiente y está en contraposición con los tratados internacionales en materia de protección ambiental, entre ellos, el protocolo de Montreal y el de Kioto.

Se pretende demostrar con el presente trabajo, que la labor desarrollada por la Fiscalía General de la Nación a través de su cuerpo técnico (C.T.I), y los diferentes organismos con funciones de policía judicial en materia de destrucción de elementos y/o sustancias psicotrópicas incautadas dentro de los procedimientos penales, infringe normas penales en la materia. En tanto necesita de eficiencia al margen de las garantías fundamentales frente a los presuntos autores del delito, así como frente a los tratados internacionales en materia de contaminación ambiental.

Si bien, el narcotráfico colombiano ha provocado tensión en la sociedad nacional, este es solo un “eslabón” de la cadena de violencia que se ha suscitado por varias décadas en la República colombiana, no se justifica desde ninguna óptica que se vulneren garantías fundamentales a través de los procedimientos de incautación, verificación y destrucción de la sustancia incautada.

1. Objetivos

1.1 Objetivo General

Constituir de acuerdo a la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y en la lucha contra el tráfico de estupefacientes (Ley 30 de 1986 y Ley 599 de 2000) protocolos necesarios para de la prevención, persecución, incautación y destrucción de las sustancias que produzcan adicción física o psíquica y para la judicialización de los actores criminales desde la normativa interna (Código Penal). Asimismo, garantizar el debido proceso por medio de la Fiscalía General de la Nación, la rama judicial y a través de los organismos de policía judicial a cada uno de los implicados en el proceso penal por narcotráfico. De la misma manera respetar las normas sobre protección ambiental establecidas en los protocolos internacionales (protocolo de Montreal y de Kioto, entre otros).

1.2 Objetivos Específicos

- Establecer desde la defensa pública, mecanismos necesarios para contravertir los procedimientos llevados a cabo por la Fiscalía General de la Nación a través de policía judicial, en materia de incautación, verificación y destrucción de elementos materiales del delito, que afecten garantías fundamentales del procesado en los delitos de tráfico de estupefacientes.
- Demostrar que los procedimientos llevados a cabo por la Fiscalía General de la Nación en materia de incautación, verificación y destrucción de alcaloides, no posee lo protocolos establecidos por la comunidad internacional para que tal actividad garantice la protección del medio ambiente.

2. Reseña Histórica

El cultivo de la coca y de la marihuana en Colombia, al igual que en otros países andinos, precede a la llegada de los europeos en cientos de años. Después el procesamiento de la cocaína comenzó a principios de siglo XX y, en la década de 1970, se convirtió en una industria a gran escala, en respuesta a la creciente demanda mundial. El cannabis y los estimulantes

del tipo de la anfetamina se convirtieron en un gran negocio ilícito en las décadas de 1960 y 1970. Pero pronto fueron superados por la cocaína. El cultivo de la adormidera (amapola) comenzó a fines de la década de 1980. La heroína es un fenómeno propio de la década de 1990.

A diferencia de Bolivia y Perú, en donde la mayor parte de la coca se cultiva en minifundios, más de la mitad de la coca de Colombia se produce en grandes plantaciones, tierra cuyos dueños se encuentran ausentes. La mayor parte de los propietarios minifundistas en Colombia son personas desplazadas: refugiados internos, desempleados de las ciudades, pequeños agricultores y ahora trabajadores sin tierra, que han sido empujados hacia la frontera agrícola por la concentración de la propiedad de la tierra en otras partes del país. Las grandes plantaciones, de 10 a 80 hectáreas de superficie, emplean mano de obra calificada y técnicas modernas. Los latifundios están a cargo de familias, salvo en el periodo de la cosecha, en que se emplean trabajadores migrantes. La adormidera se cultiva en pequeñas plantaciones en los valles altos de los Andes. (davidtemplario.blogspot.com/2014/06/)

La erradicación de los cultivos ilícitos se ha hecho esencialmente desde el aire, aplicando desde 1984 herbicidas líquidos. Se trata de una de las piedras angulares de la política nacional de control de los cultivos. Los antecedentes son muy buenos. Desde 1984 se han erradicado con este método 205.000 hectáreas. Los objetivos han sido erradicar esencialmente la coca y la adormidera, destruyendo esencialmente los cultivos en las plantaciones comerciales, pero también en los minifundios. Sin embargo, la fumigación aérea no puso fin al aumento del volumen total de los cultivos porque los agricultores comerciales y los minifundistas se han desplazado cada vez más hacia los bosques a fin de crear plantaciones nuevas y más grandes.

Durante la última década los Estados Unidos han pulido una estrategia, esta estrategia ha sido un éxito en Bolivia, donde el área cultivada se redujo de 48.000 hectáreas en 1996 a 13.000 el año pasado. Y en Perú donde los cultivos de coca cayeron de 113.000 hectáreas en 1995 a 34.000 el año pasado, por lo que la coca y el narcotráfico se han trasladado a Colombia donde los cultivos crecen constantemente.

A partir de 1970 el tráfico de cocaína comenzó a introducir a Colombia en la mafia de los carteles, entre ellos Cali y Medellín, suministradores del 80% del mercado de Estados Unidos. La guerra contra los narcotraficantes, que sumió al país en el terror, obtuvo en agosto de 1989 el apoyo de Estados Unidos. Ya en 1993 la Policía colombiana con la ayuda de Estados Unidos logro dismantelar el cartel de Medellín con la muerte de Pablo Escobar.

Por un lado, el aspecto que más preocupa a la comunidad internacional es la transversalidad que está teniendo el tráfico de drogas en Latinoamérica, específicamente en Colombia. El dinero que se obtiene de la comercialización, es ocupado, en parte, para el financiamiento de campañas políticas, fuerzas armadas, periodistas, empresarios, deportistas y otros representantes del mundo político, económico y social, los cuales ponen de manifiesto cómo el narcotráfico contamina los diversos estadios de la sociedad colombiana.

Uno de los factores que claramente provocan una mayor inestabilidad en la sociedad colombiana es que, a pesar de la gran producción de cultivos ilícitos, gran parte de los recursos obtenidos no permanecen dentro de la Nación. Esto lo notamos en la relación “a mayor lucro, mayor pobreza en Colombia”. Se tiene estimado que los narcotraficantes tienen invertidos en el exterior cerca de \$10 mil millones de dólares, y buena parte de ese dinero antes estuvo siendo parte de la economía del país, más exactamente, un tres por ciento aproximado del Producto Interno Bruto (PIB), según datos de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Por otro lado, el narcotráfico también está causando, entre otras cosas, un gran daño al ecosistema. Debido a que para erradicar los cultivos se está empleando el método de fumigación aérea, lo que ha dado por resultado un daño irreparable a la tierra cultivable en Colombia y a la salud de la población indígena(https://prezi.com/xabroojxdh_8/tesis/

3. Marco Internacional

En el ámbito internacional en materia de drogas, Colombia ha ratificado instrumentos internacionales que han permitido combatir la producción, tráfico y consumo de sustancias psicoactivas, los principales son:

1. *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, adoptada mediante la Ley 13 de 1974.*
2. *Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, adoptada por la Ley 43 de 1980.*
3. *Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de 1988 –Convención de Viena, adoptado por la Ley 67 de 1993.*
4. *Declaración Política y Plan de Acción sobre Cooperación Internacional a favor de una estrategia integral y equilibrada para contrarrestar el problema mundial de las drogas 2009 de las Naciones Unidas.*
5. *Declaración sobre los Principios Rectores de la Reducción de la demanda, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1998.*
6. *Declaración Política y Plan de Acción de la Comisión de Estupefacientes de la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009.*
7. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de diciembre de 2003, aprobada en Mérida y adoptada por la ley 970 de 2005.*
8. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional - Convención de Palermo, adoptada por la ley, adoptada por La Ley 800 de 2003.*
- 9.- *Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS, 2003*
10. *Estrategia Hemisférica contra las Drogas con su Plan de Acción 2011 de la CICAD/OEA.*
11. *Plan de Acción del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas, en el marco de UNASUR.*
12. *Estrategia Mundial para la Reducción del Uso Nocivo de Alcohol, pactado en Ginebra en febrero de 2011 y liderado por la Organización Mundial de la Salud. (Plan Nacional contra las Drogas Gobierno Nacional colombiano 2010-2014).*

En este plano internacional el marco de referencia se constituye por la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena en 1988, la Estrategia antidrogas

en el hemisferio y el Plan mundial de acción, aprobado durante la sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas de junio de 1998.

La Oficina de las Naciones Unidas para la fiscalización de las drogas y prevención del crimen, que integra al programa de las Naciones Unidas para la fiscalización internacional de las drogas y al Centro Internacional de las Naciones Unidas para la prevención del crimen, se estableció para permitir que la organización dirija y mejore su capacidad de respuesta en torno a los diferentes tópicos relativos al control de las drogas, la prevención del crimen y el terrorismo internacional en todas sus formas. Tiene su sede en la ciudad de Viena y está liderada por el director ejecutivo, el italiano Pino Arlacchi, quién como secretario general adjunto, es directamente responsable ante el secretario general de las Naciones Unidas. Tanto las operaciones de la Oficina como del Programa, se extienden a todo el mundo y, en Sudamérica, cuentan con oficinas en Bolivia, Brasil, Colombia y Perú; (*La lucha de Colombia contra las drogas ilícitas Acciones y resultados 2001 Ministerio de Justicia y del Derecho DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES*)

Con base en las anteriores disposiciones, Colombia ha establecido nuevos mecanismos bilaterales para reforzar la cooperación en materias como el intercambio de información, la realización de operaciones de control de áreas marítimas y aéreas y la asistencia judicial, entre otros.

En la Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno en Oporto (Portugal), celebrada en octubre de 1998, Colombia obtuvo el apoyo incondicional de todos los países para el proceso de paz que iniciamos. La comunidad internacional observa con gran interés nuestros esfuerzos y está dispuesta a ofrecer su ayuda para que Colombia logre la reconciliación que tanto anhelamos. Así mismo, entiende que conseguir la paz será fundamental para avanzar en la lucha contra el problema mundial de la droga.

4. Marco constitucional

Se debe resaltar que en la Constitución Política de 1991 se observa que el constituyente, consciente de esta problemática, incluyó en su cuerpo diferentes principios, deberes y derechos que constituyen los derroteros y los parámetros a los cuales todo ciudadano colombiano, independiente de su

categoría, función o cargo deben respetar y cumplir. Así, por ejemplo, en el Artículo 34 se estipula la extinción de dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

De igual manera, se debe hacer referencia a la extradición, figura de gran importancia en la lucha contra el problema de las drogas y a la cual la Corte Constitucional ha denominado como un instrumento de cooperación internacional previsto normativamente (Convención, Tratado, Convenio, Acuerdo, Constitución, o Ley, según el caso), con la finalidad de evitar la evasión de la acción de la justicia por parte de quien ha realizado comportamientos delictivos escondiéndose en territorio sobre el cual carecen de competencia las autoridades jurisdiccionales que solicitan su presencia y pueda responder personalmente por los cargos que le son imputados y por los cuales se le convocó a juicio criminal. (*Plan Nacional de Lucha contra las Drogas: Colombia 1998-2002*).

4.1 Marco institucional

Las relaciones internacionales, de acuerdo a la Constitución Política de 1991, las dirige en condición de Jefe de Estado el presidente de la República, para lo cual podrá celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenciones que se someterán a la aprobación del Congreso de la República y al control de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

La cooperación internacional en materia penal se fundamenta en los instrumentos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes para Colombia. A falta de los mismos, o en lo no previsto en ellos, se rige, subsidiariamente, por lo previsto en el Código de Procedimiento Penal y normas concordantes.

De conformidad con el mandato constitucional, se hace imperativo, para cualquier funcionario judicial, interpretar las normas del Código de Procedimiento Penal, a partir del llamado Bloque de Constitucionalidad, esto es, a partir del conjunto normativo integrado no solo por la Carta Constitucional colombiana, sino además por los Tratados y Convenios Internacionales que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los

estados de excepción, vigentes para Colombia. Igualmente debe tenerse en cuenta que los tratados internacionales priman sobre la normatividad procesal penal.

De igual forma, existen otros tratados y convenios internacionales que, a pesar de no encontrarse enmarcados dentro de los instrumentos derivados del Bloque de Constitucionalidad, desarrollan el tema de la represión del crimen a nivel internacional, como los que rigen la asistencia judicial mutua y la extradición. Los mismos, en todo caso, prevalecen en el orden interno para efectos de su ejecución, siempre y cuando se encuentren vigentes para Colombia (artículos 499 de la Ley 600 de 2000 y 484 de la Ley 906 de 2004). *Guía de Contactos y Procedimientos para la Cooperación Jurídica en Materia de Lavado de Activos en los Países de Gafisud Colombia, octubre de 2010.*

Dentro de este esfuerzo, el Gobierno continuará con los compromisos internacionales de cooperación, relacionados con la erradicación de cultivos ilícitos, los cuales consideramos han sido eficaces. Sin embargo, nuestro propósito es que este objetivo vaya acompañado de un fortalecimiento al programa de sustitución de cultivos, sin precedentes, que ofrezca una solución definitiva a este problema, pues más allá de constituirse en un compromiso internacional, obedece a la convicción moral de que nuestro país no puede encontrar en el narcotráfico la base para su crecimiento económico. (*Plan Nacional de Lucha contra las Drogas*).

A lo largo de más de cuatro décadas de experiencia en combatir el Problema Mundial de las Drogas, Colombia cuenta con un arreglo institucional que opera en la práctica diferente de lo previsto en la Ley 30 de 1986, según la cual el Consejo Nacional de Estupefacientes es el responsable de la orientación y aprobación de las políticas presentadas por las entidades competentes en la materia; el Ministerio del Interior y de Justicia, entidad que lo preside, formula, coordina y evalúa las políticas del Gobierno Nacional y la Dirección Nacional de Estupefacientes hace las veces de Secretaría Técnica e implementa las decisiones que emanan de esta instancia política.

El Consejo Nacional de Estupefacientes es la instancia de más alto nivel político con responsabilidades en la formulación de políticas para intervenir las diferentes manifestaciones del problema de las drogas como son:

cultivo, producción, tráfico, consumo, lavado de activos y financiación del terrorismo en Colombia.

5. Marco Legal

Marco Jurídico Nacional

En materia legislativa el Estado colombiano cuenta con un andamiaje jurídico para enfrentar el Problema Mundial de las Drogas, el cual ha venido evolucionando conforme a su dinámica.

Es así como en materia de consumo, producción y tráfico de drogas, Colombia ha tenido un proceso legislativo que inicia en la década de los años 20 (1920-1928) mediante la expedición de la Ley 11 de 1920 y la Ley 118 de 1928, normas que regularon de manera general la importación y venta de drogas que generaban “hábito pernicioso”. A su vez, el Código Penal de 1936 consagró como conductas penalmente sancionables la elaboración, distribución, venta o suministro de sustancias narcóticas sin llegar a la prohibición total de las mismas. (*Plan Nacional de Lucha contra las Drogas*).

Al reconocer los usos médicos o terapéuticos que algunas de estas drogas pudieran tener, la Ley 36 de 1939 estableció la condición de monopolio del Estado colombiano sobre la importación de estupefacientes y sicotrópicos para fines científicos y terapéuticos, destinó presupuesto para el funcionamiento de una oficina encargada de tal importación, denominada Fondo Rotatorio de Estupefacientes, hoy conocido como Fondo Nacional de Estupefacientes, y sometió a los particulares que fabricaban estas sustancias y medicamentos, a estar bajo el control del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, hoy Ministerio de la Protección Social.

En los años 70 con el auge del comercio de drogas ilícitas (marihuana principalmente), el Estado colombiano, en respuesta a ello, inició la expedición de una serie de medidas encaminadas a enfrentar esta nueva problemática, hasta contar en el año de 1974 con un primer Estatuto Nacional de Estupefacientes. (*Plan nacional contra las drogas Colombia 2010-2014*).

Posteriormente con la evolución de este delito, se promulgó un nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes, Ley 30 de 1986, incorporando al ordenamiento jurídico interno, normas específica en relación con el consumo, trá-

fico y comercialización de sustancias estupefacientes. En él se establecen directrices o parámetros para la erradicación de cultivos ilícitos, el control de sustancias utilizadas en el procesamiento de narcóticos y se crea una nueva infraestructura institucional, más robusta que la incipiente y rudimentaria establecida en los años 70.

Dicho estatuto está siendo reformado, con el objeto de expedir un verdadero compilado normativo en materia de estupefacientes, que incorpore y recopile de manera integral toda la normatividad vigente sobre la materia y, a su vez, la ajuste a la evolución que la problemática ha tenido en los últimos años, incorporando igualmente las recomendaciones que en la materia han hecho los organismos internacionales. (*Plan nacional contra las drogas Colombia 2010-2014*).

5.1 La Destrucción de Elementos del Delito en Colombia

Descripción legal

El Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), adicionado por la Ley 1142 de 2007, establece en su artículo 87 lo siguiente:

ARTÍCULO 87. DESTRUCCIÓN DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO.
En las actuaciones por delitos contra la salud pública, los derechos de autor, falsificación de moneda o las conductas descritas en los artículos 300, 306 y 307 del Código Penal, los bienes que constituyen su objeto material una vez cumplidas las previsiones de este código para la cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por informe del perito oficial, serán destruidos por las autoridades de policía judicial en presencia del fiscal y del agente del Ministerio Público”.

Inciso adicionado por el artículo 6 de la Ley 1142 de 2007

“En procedimientos donde se encuentren laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas o cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, los funcionarios de policía judicial, antes de su destrucción, tomarán muestras y grabarán en videocinta o fotografarán los laboratorios y los elementos y sustancias que sean objeto o producto del delito. Las fotografías o vídeos sustituirán el elemento físico y serán utilizados en su lugar durante el juicio oral o en cualquier otro momento del

procedimiento. Las fotografías, filmaciones y muestras serán embaladas, rotuladas y se someterán a la cadena de custodia”.

En ese orden de ideas la destrucción del bien, ordenada por el fiscal, procede respecto a bienes o recursos relacionados con delitos contra la salud pública, de manera que cumplido el procedimiento de cadena de custodia y establecida su ilegitimidad por perito oficial, la policía judicial los destruirá en presencia del fiscal y del Ministerio Público, previa fijación fotográfica, video gráfica, no sin antes contar con la toma de muestras y su respectiva cadena de custodia.

5.2 Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Materia de Tráfico de Estupefacientes y su Destrucción

El valor de las pruebas materiales y el concepto de la cadena de custodia

Las pruebas materiales pueden ser cualquier cosa, desde objetos enormes hasta partículas microscópicas, que se originaron en la perpetración de un delito y se recogen en la escena del delito o en lugares conexos.

Teniendo en cuenta todas las fuentes de información disponibles en las investigaciones (por ejemplo, las confesiones, los testimonios, la vigilancia por vídeo), las pruebas materiales desempeñan un papel fundamental y especialmente valioso. Con la excepción de las pruebas materiales, todas las demás fuentes de información plantean el problema de su limitada fiabilidad. Cuando las pruebas materiales se reconocen y manipulan adecuadamente brindan las mejores perspectivas de proporcionar información objetiva y fidedigna sobre el incidente objeto de la investigación.

Sin embargo, incluso el valor de las pruebas recuperadas con el mayor esmero y mejor conservadas puede perderse si no se mantiene debidamente la cadena de custodia.

A menudo se considera que la cadena de custodia es el punto débil de las investigaciones criminales. Se entiende por ella la documentación cronológica y minuciosa de las pruebas para establecer su vinculación con el presunto delito. Desde el principio hasta el final del proceso científico policial es fundamental poder demostrar cada medida adoptada para garantizar la “trazabilidad” y la “continuidad” de las pruebas desde la escena del delito hasta la sala del tribunal.

Los servicios de criminalística y el proceso de investigación de la escena del delito

La función de los servicios de criminalística comienza a desarrollarse en la escena del delito con el reconocimiento y la recogida de las pruebas materiales. Continúa con su análisis y la evaluación de los resultados en un laboratorio, y la presentación de las conclusiones a los jueces, fiscales, abogados y demás personas que necesiten la información concreta. Desde los que realizan la primera intervención en la escena del delito hasta los usuarios finales de la información, todo el personal que intervenga debe contar con suficientes conocimientos del proceso criminalístico, las disciplinas científicas y los servicios especializados que prestan los laboratorios forenses.

La investigación de la escena del delito es un proceso que tiene como objetivo captar la escena del delito tal como se presenta en el primer momento y reconocer y recoger todas las pruebas materiales que puedan resultar pertinentes para resolver el caso.

Los primeros en intervenir en la escena del delito, ya se trate de agentes de las fuerzas del orden, funcionarios de derechos humanos o cualquier otra persona, desempeñan un papel fundamental en todo el proceso de investigación de la escena del delito. Sus funciones iniciales son preservar la integridad de la escena de las pruebas. También es parte de sus funciones preparar la documentación inicial sobre la escena del delito, las pruebas y todas las actividades que se realicen en dicha escena. Como en la mayoría de los casos los agentes que llevan a cabo la primera intervención no son especialistas en criminalística, una formación adecuada para llevar a cabo estas tareas es fundamental.

Si bien existen principios generales relativos a la investigación de la escena del delito, las leyes, normas y reglamentos locales rigen numerosas actividades relacionadas con la investigación de esta y el proceso criminalístico. Dichas leyes, normas y reglamentos se refieren a cuestiones como la manera de obtener autorización para tener acceso a la escena del delito, llevar a cabo la investigación, manipular las pruebas (por ejemplo, el tipo de procedimiento de sellado prescrito) y entregar las pruebas materiales al

laboratorio forense, que determinan en última instancia la admisibilidad de las pruebas recogidas en dicha escena.

El incumplimiento de las leyes, normas y reglamentos vigentes puede dar lugar a una situación en que las pruebas no puedan ser utilizadas ante un tribunal. Por lo tanto, es importante que el personal que trabaja en la escena del delito conozca esas normas y las cumpla.

En el supuesto de que no exista una normativa adecuada que permita el desarrollo del proceso criminalístico, tal vez sea necesario establecerla.

Transporte, almacenamiento y entrega de las pruebas al laboratorio

Esta última fase del proceso de investigación de la escena del delito tiene por objeto la selección de los medios de transporte y almacenamiento adecuados para el tipo de pruebas materiales, a fin de velar por la integridad de las pruebas entregadas al laboratorio.

De conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal vigente, en su artículo 202-A, la *cadena de custodia* es la garantía legal que permite el manejo idóneo de las evidencias digitales, físicas o materiales, con el objeto de evitar su modificación, alteración o contaminación desde el momento de su ubicación en el sitio del suceso o lugar de hallazgo, su trayectoria por las distintas dependencias de investigaciones penales, criminalísticas y forenses, la consignación de los resultados a la autoridad competente, hasta la culminación del proceso.

En tal sentido, la cadena de custodia se refiere a la fuerza o cualidad probatoria de la evidencia. Deberá probarse (si fuese requerido por el Tribunal) que la evidencia presentada es realmente la misma evidencia recuperada en el sitio del suceso, recibida por el testigo, la víctima o sospechoso, o adquirida originalmente de alguna forma. Para cumplir con este requerimiento, debemos mantener un registro detallado de la posesión (cadena de custodia). Esto puede asegurarse mediante un sistema de recibos y registro minucioso. La cadena de custodia también implica que se mantendrá la evidencia en un lugar seguro, protegida de cualquier alteración, y no se permitirá el acceso a personas que no estén autorizadas. La cadena de custodia es una herramienta que garantiza la seguridad, preservación e integridad de los elementos probatorios colectados, recibidos, examinados, así como

los documentos, actas u oficios que se aportan a toda investigación. La cadena de custodia adecuada debe garantizar que el experto reciba las evidencias en el mismo estado en que las encontraron. (*La escena del delito y las pruebas materiales. Sensibilización del personal no forense sobre su importancia. Sección de Laboratorio y Asuntos Científicos. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena 2009*).

5.3 Destrucción de Elementos del Delito - Vulneración de las Garantías del Procesado.

La Fiscalía General de la Nación, a través de su policía judicial, una vez incauta sustancias alucinógenas dentro de las establecidas en el capítulo II Del tráfico de estupefacientes y otras infracciones, artículos 375 y ss. de la Ley 599 de 2000, debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 87 del C.P.P., manual de cadena de custodia, manual único de criminalística de la Fiscalía, manual de policía de vigilancia, y demás normas concordantes de orden internacional.

Por eso no entiende uno como defensor público, que se llegue al juicio oral con todas las falencias posibles por parte de la Policía Judicial, se solicita la exclusión de la prueba por ser abiertamente ilegal, incluso ilícita y no pasa nada.

Observemos detenidamente cómo el procedimiento se empieza a torcer desde el momento que se incauta la sustancia y su posterior destrucción sin la observancia de la cadena de custodia y nuestros jueces se consideran muy formalistas cuando lo que está en juego es el debido proceso.

La diligencia de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia

Es irrelevante para el juez al otorgarle valor a un acta de incautación, verificación y pesaje para su posterior destrucción de una sustancia incautada en un vehículo en carretera, cuando en acta de pesaje y destrucción consta que la diligencia se adelantó en el comando de Policía, o en el CTI o en la fábrica de ladrillo, entre otros, y más aún sin la presencia del procesado, desconociendo de contera los derechos del capturado, pero pareciera que esa situación es normal para la judicatura.

Resulta gravísimo, cuando para practicar el pesaje, toma de muestra, prueba de identificación preliminar homologada y destrucción de una sustancia,

no se tiene de presente acta alguna de la prueba de campo señalada en el artículo 78 de la Ley 30/86.

No olvidemos que la única prueba para demostrar las características alcaloides de una sustancia es el peritazgo del Instituto de Medicina Legal, olvidando que en el sistema procesal colombiano no opera la tarifa legal sino el principio de libertad probatoria, al cual no se opone el artículo 79 de la Ley 30 de 1986. En esta disposición, en efecto, el legislador no estipuló que tal medio de prueba fuera el único viable para la demostración de esa circunstancia.

Cómo poderle explicar al procesado que no le cambiaron la sustancia incautada entre el trayecto del sitio de aprehensión y el pesaje, la verificación y su destrucción si este no ha sido parte del proceso, más aún cuando la sustancia es bastante y viene en varios empaques, sacan al azar la muestra y desaparecen de la vista del procesado sin dejar acta de tal procedimiento, para posteriormente aparecer con acta de incautación para que el capturado la firme distante de cualquier hora posterior al hecho.

En el anterior ejemplo, el acta no cumple con los requisitos legales, pues en ella no se indica que fueran recibidas las sustancias por pesar e identificar bajo la cadena de custodia, para determinar si los demás empaques eran estupefacientes o no, no se señala cuántos de estos paquetes fueron sometidos a identificación y de cuáles de ellos se tomó muestra para el Instituto de Medicina Legal, ni para el laboratorio LABICI, ni se indicó cuánto era el remanente, ni cómo se hizo para movilizarse desde el sitio de la diligencia para que se afirme que su destrucción se realizó en las instalaciones de la Policía. Sin que siquiera aparezca un video o fotografía de quiénes realizaron la diligencia, siendo que esta que comporta solemnidades por lo que no puede surtir efectos de legalidad, ni darle credibilidad, pues hacerlo conlleva a una apreciación falsa.

Si bien es cierto que la Fiscalía, a través del Manual Único de Criminalística, Manual de Cadena de Custodia, ente otros, está obligada a cumplir los protocolos establecidos en estos, también es cierto que no tiene un protocolo especial para verificación y posterior destrucción de los elementos que constituyen el delito de tráfico de estupefacientes, llámense marihuana, cocaína, y sus derivados, dejando a la voluntad de las habilidades de

sus funcionarios que terminan destruyendo dichas sustancias en cualquier lugar, llámese horno para fabricar adobe, teja o ladrillo, o en su defecto incinerándolos al aire libre o vertiéndolos en las cañerías o en las corrientes de agua, causando un grave daño al medio ambiente, desconociendo las normas de orden ambiental y los tratados internacionales.

Países industrializados como Estados Unidos, España, entre otros, cuentan con verdaderos protocolos que no solo garantizan el debido proceso, sino también las normas de orden ambiental, y dada la necesidad apremiante que Colombia tiene frente al tráfico de estupefacientes, y sus compromisos internacionales, debe el Gobierno nacional, a través de sus políticas públicas, establecer las verdaderas garantías en materia de procedimiento penal, para que la persecución de ese flagelo no termine con la vulneración de las garantías fundamentales de los procesados.

Para nadie es secreto que la persecución de los delitos contra la Salud Pública conlleva la incautación de importantes cantidades de droga a disposición judicial; ello ocasiona toda una problemática en torno a su custodia y almacenamiento. La situación actual es especialmente preocupante en cuanto al almacenamiento de las sustancias intervenidas, ya que en muchos casos la acumulación sobrepasa la capacidad de los depósitos, lo que genera serios problemas para la seguridad y la salud públicas, sin que la permanencia de la droga aporte elementos que justifiquen aquellos riesgos, antes al contrario, el transcurso del tiempo incide directamente en la alteración de los principios activos de las sustancias tóxicas, lo que aconseja que se proceda a la realización de los análisis y contraanálisis en el plazo más breve posible y que se concluya de la destrucción de la misma, pero dentro del marco de las normas internacionales en materia del medio ambiente.

5.3.1 Destrucción de la evidencia versus intermediación de la prueba

Se ha vuelto común que la Fiscalía, a través de la Policía Judicial, y con la anuencia de los jueces, una vez destruye los elementos materiales, no incorpora evidencia suficiente al proceso penal, con relación a su destrucción como lo ordena el inciso segundo del artículo 87 del C.P.P., más allá de un simple enunciado en el informe de verificación y pesaje, negando la posibilidad de que se controvierta su procedimiento y así mismo que se genere en el juez el hecho mismo, vulnerando los principios de intermediación y contro-

versia probatoria, y más aún hay casos que ni siquiera llevan información al respecto, pues el informe carece de los acontecimientos que derivaron en la destrucción de la sustancia incautada.

5.3.2 Prueba de P.I.P.H. versus prueba definitiva

Una vez la sustancia incautada y previo a su destrucción, la defensa viene insistiendo desde vieja data que se debe determinar además de la cantidad la calidad de la misma, en el entendido de que las bandas criminales la mezclan con sustancias que no necesariamente son psicotrópicas sino más bien con polímeros, plásticos y demás productos químicos que no es factible confundirlos con derivados para la misma, ya que de la interpretación de los artículos 376 y ss. del Código Penal no debe ser de recibo y se constituye en una vulneración más de la garantía fundamental del procesado interpretar que los derivados de los estupefacientes puede ser cualquier cosa, llámese ladrillo, harina de trigo, entre otros.

El doctor Lugi Ferrajoli, en su libro de “Derecho y Razón, manifiesta que la norma en materia penal debe ser su interpretación restrictiva que no dé lugar a equívocos, o de lo contrario termina su interpretación vulnerando garantías fundamentales.

Qué posibilidad tiene el procesado por el delito de tráfico de estupefacientes y su defensor frente a la cantidad y calidad de la sustancia incautada, si el procedimiento se torna obsoleto y distante de la realidad, no resulta un contrasentido pretender darle patente de corso a un procedimiento que no está acorde con los principios fundamentales del derecho, específicamente del derecho penal, en un Estado social-democrático y participativo que se jacta de ser el nuestro. No es que estemos en contra de la persecución del delito de tráfico de estupefacientes, ni más faltaba, por el contrario, nuestro trabajo no desconoce la lucha de la humanidad por atacar este flagelo horrible que destruye el núcleo familiar, especialmente nuestros hijos, sino, por el contrario, que los procedimientos en materia de incautación, verificación y destrucción no se constituyan en la panacea para que las bandas criminales burlen la justicia y por otro lado el miserable indigente y adicto bien sea de manera directa o actuando como instrumento sufre mengua la desquicia de los instrumentos del Estado en materia de garantías procesales.

Se necesita una verdadera policía criminal que vaya acorde con las necesidades de la sociedad, se necesitan una policías e investigadores profesionalizados con un perfil que puedan combatir el narcotráfico, pero más aún se necesita una infraestructura sofisticada que permita combatir el narcotráfico en condiciones prácticas, coherentes y ajustadas a las necesidades sociales y a los compromisos de la comunidad internacional.

No podemos permitir que el funcionario de policía judicial una vez tenga la respectiva autorización para destruir la sustancia incautada, tenga que empezar a sortear amigos que tengan chircales, hornos y demás elementos para incinerar, o en su defecto hacerle el quite al medio ambiente para terminar generando quemas al aire libre y con las consecuencias por todos conocidas que no solo se contamina el medio sino que pueden producir incendios.

Ahora bien, observemos con detenimiento el inciso que la Ley 1142 de 2007 le agrega al artículo 87 del C.P.P.:

“Artículo 6º. El artículo 87 de la Ley 906 de 2004 tendrá un segundo inciso que quedará así:

En procedimientos donde se encuentren laboratorios rústicos para el procesamiento de sustancias alucinógenas o cultivos ilícitos de hoja de coca o amapola, los funcionarios de policía judicial, antes de su destrucción, tomarán muestras y grabarán en videocinta o fotografarán los laboratorios y los elementos y sustancias que sean objeto o producto del delito. Las fotografías o vídeos sustituirán el elemento físico y serán utilizados en su lugar durante el juicio oral o en cualquier otro momento del procedimiento. Las fotografías, filmaciones y muestras serán embaladas, rotuladas y se someterán a la cadena de custodia”.

La norma en cita en lo personal me genera preocupación, pues le permite a la autoridad judicial tomar muestras y grabar el procedimiento y sin necesidad de un elemento físico que demuestre la materialidad del hecho, puede llevar a que se presente situaciones que a mi juicio no las veo con ojo de buen cubero, máximo si el personal que labora como experto en la materia no tiene la capacitación debida que permita garantizar el debido proceso.

Por otro lado, la precitada norma desconoce, sin ambage alguno, el derecho al medio ambiente, situación a todas luces asombrosa, si resulta que al destruir uno de los laboratorios donde se procesa la hoja de coca, sin protocolos establecidos, terminamos creando más daño que el laboratorio mismo. Pareciera que al Gobierno dentro de las políticas públicas, no le interesa para nada el problema del medio ambiente como medida para frenar el calentamiento global.

6. Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia

6.1 Funciones de Policía Judicial

Es claro que la Fiscalía General de la Nación, a través de la policía judicial, tiene un manual de cadena de custodia, manual único de criminalística, manual de policía de vigilancia, así como los protocolos internacionales en materia de cadena de custodia, con el fin de garantizar el proceso penal, donde previo a la destrucción de la sustancia incautada debe por lo menos respetarse. Permítame citar algunos apartes.

"7.3. FGN-CC-REREMP: RECOLECCIÓN, EMBALAJE Y ROTULADO DE LOS ELEMENTOS MATERIA DE PRUEBA O EVIDENCIAS

7.3.1 Definición: *Actividades que se desarrollan para la recolección, empaque y rotulado en forma adecuada, de los elementos materia de prueba o evidencia para ser enviados a los correspondientes laboratorios o bodegas de evidencias, en condiciones de preservación y seguridad que garanticen la integridad, continuidad, autenticidad, identidad y registro, de acuerdo a su clase y naturaleza.*

7.3.2. Límites: *Aplica a los servidores con funciones de policía judicial o quien por vía excepcional haga sus veces, en el lugar de los hechos, lugares y personas relacionadas con la comisión de la presunta conducta punible, donde se encuentren o aporten los elementos materia de prueba o evidencias físicas. Inicia con la finalización del procedimiento de fijación del lugar de los hechos o documentación de los EMP o EF y termina con el envío de estos al laboratorio autorizado o almacén de evidencias.*

7.3.3 Aspectos relevantes

- *La policía judicial o quien haga sus veces, previa observación, análisis, valoración, documentación y fijación del lugar de los hechos, dará inicio al procedimiento de recolección, embalaje y rotulado de los elementos materia de Prueba o evidencias que se hayan encontrado o aportado.*
- *Quien recolecte, embale y rotule los elementos materia de prueba o evidencia, deberá observar las condiciones de bioseguridad y protección (uso de guantes, tapabocas, gorros, gafas, caretas y equipos, entre otros, según la naturaleza del elemento o evidencia en el lugar de los hechos).*
- *El servidor designado o encargado para el manejo de la diligencia, designa los servidores responsables de la actividad de recolección, embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba o evidencia.*
- *Previo a la recolección, embalaje y rotulado de los elementos materia de prueba o evidencia, se realizará el alistamiento de los recursos necesarios y adecuados para tal fin.*
- *Quien recolecte, embale y rotule los elementos materia de prueba o evidencia, hará el procedimiento observando los principios de cadena de custodia establecidos en la Resolución 1890 de 2002, en este manual y en el manual único de policía judicial.*
- *Siempre que sea posible, registre fotográficamente los EMP o EF antes de su embalaje, durante el embalaje y al finalizar su embalaje y rotulado.*
- *En el caso de prendas, registre a quien pertenecen: Víctima, vinculados y testigos, entre otros.*
- *Las fotografías, videos, imágenes, negativos o soportes de las tomas, obtenidas de los macroelementos, que se constituyen como EMP o EF, se les aplicarán los procedimientos de recolección, embalaje, rotulado y registro de cadena de custodia establecidos en el presente manual.*
- *Ningún servidor público recepcionará elemento materia de prueba o evidencia física que no esté embalado, sellado, rotulado y con registro de cadena de custodia de conformidad con los establecidos oficialmente, salvo que exista imposibilidad para ello, en cuyo caso se hará uso de los medios más adecuados para tal fin garantizando siempre el principio de autenticidad del elemen-*

to. En todo caso, el que reemplace el rótulo y el registro, deberá contener la información mínima requerida, según el presente manual.

- Quien realice la captura en flagrancia pondrá en la URI a disposición del fiscal el capturado y los elementos materia de prueba o evidencias físicas los entrega a policía judicial para que disponga el envío a la bodega de evidencias o al laboratorio según sea el caso.

7.5 Fgn-Cc- Eempla: envío de los elementos materia de prueba o evidencias al laboratorio autorizado o al almacén de evidencias

Ordena el traslado de los EMP o EF al laboratorio autorizado si ha determinado qué estudio o análisis debe requerirse al laboratorio.

En caso contrario, procede a realizar el procedimiento de almacenamiento transitorio del EMP o EF.

Cuando el EMP o EF no requiera de análisis o estudio inmediato, lo envía al almacén de evidencias.

En cada caso, los EMP o EF deben estar previamente embalados, rotulados y con registro de cadena de custodia.

7.6 Fgn-Cc-Raempla: recepción y análisis de los elementos materia de prueba o evidencias en el laboratorio autorizado.

7.6.1 Definición: Corresponde a las actividades desplegadas por los Laboratorios Autorizados para la recepción de los EMP o EF con el fin de realizar los estudios o análisis solicitados por la autoridad judicial.

7.6.2 Límites: Aplica a los laboratorios autorizados y a las personas que intervienen en el procedimiento. Inicia con el recibo de los EMP o EF en las áreas de correspondencia o las que haga sus veces y finaliza con la entrega del informe pericial.

7.6.3 Aspectos Relevantes:

- Toda persona que deba recibir un elemento material probatorio o evidencia física, antes de hacerlo, revisará el recipiente que lo contiene y dejará constancia del estado en que se encuentre, en el formato de registro de cadena de custodia adoptado en este manual.

El embalaje solo se podrá abrir por el perito designado para su estudio o análisis, salvo que en los sitios de recepción del elemento por motivos de seguridad personal, se tenga duda del contenido del embalaje, en cuyo caso se procederá a abrir el contenedor con la ayuda de personal conocedor en el manejo de explosivos, dejando adjunto al registro de continuidad un informe suscrito por quienes intervinieron, indicando las razones que motivaron este proceder y a detallar las condiciones en que encontraron y dejaron el elemento.

La apertura del contenedor se hará por lado diferente a donde se encuentre el sello inicial. Despejada la duda, el elemento se introducirá preferiblemente en el embalaje inicial si las condiciones del mismo lo permiten, en caso de utilizarse un nuevo embalaje se conservará el rótulo y cinta de sello inicial. Para sellar el embalaje se procederá a imprimir la firma y número de documento de identificación del encargado de la recepción del elemento en la parte de su cierre y sobre esta colocará la cinta de sello.

Ningún servidor público recepcionará elemento materia de prueba o evidencia física que no esté embalado, sellado, rotulado y con registro de cadena de custodia de conformidad con los establecidos oficialmente, salvo que exista. (Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia Fiscalía General de la Nación, pp. 49 y ss.)”.

¿Se debe certificar la Cadena de Custodia? Art. 265 del C.P.P.

La ley indica que la **Cadena de Custodia** se debe certificar, afirmando que el elemento hallado en el lugar, fecha y hora determinados en el rótulo colocado a cada EMP y EF es el mismo que fue recogido por la PJ y que en todo momento ha sido custodiado.

La certificación es la constancia documental en que los servidores públicos acreditan que se aplicó la **Cadena de Custodia**. Esta responsabilidad está a cargo de la policía de vigilancia en los lugares del territorio nacional donde no exista policía judicial cuando recauda EMP - EF en casos de flagrancia.

Responsabilidades por la no aplicación de la Cadena de Custodia y la alteración del lugar de los hechos

Esta situación afecta tanto la legalidad como la autenticidad de los EMP - EF y puede incidir directamente en la aceptación o rechazo de pruebas en

el juicio oral, así como en la determinación de responsabilidad o inocencia de una persona acusada.

6.2 Principios que rigen el Sistema de Cadena de Custodia

La cadena de custodia descansa en una serie de principios o normas rectoras, y son las que orientan los procedimientos ejecutados por los primeros respondientes en ejercicio de sus funciones o por particulares de manera excepcional, y que nosotros como parte operativa del sistema acusatorio no podemos ser ajenos a estos para garantizar los derechos fundamentales de nuestros usuarios a quienes estamos obligados a defender, dada nuestra condición.

La defensoría pública, a través de la unidad operativa, debe tomar medidas en el asunto, específicamente los investigadores y técnicos, para preservar los elementos que se recauden a efectos de que se sometan a los procedimientos estandarizados y no sean rechazados en las audiencias por el juez de conocimiento o de garantías, según el caso en el que se pretendan hacer valer. Téngase en cuenta que nuestro contendiente natural será la Fiscalía y a través de su representante intentará desestimar los elementos materia de prueba o evidencia física que recaudemos en la construcción de la prueba de descargo.

El Fiscal General de la Nación, a través de la Resolución 1890 de 2002, desarrolló el artículo 250 de la Carta Política, mandato del constituyente de 1991. De esta resolución se extraen los principios que a continuación reseñamos:

Identidad

Entendida como la individualización de los elementos probatorios, mediante la descripción completa y detallada de sus características específicas y condiciones físicas, tales como su estado físico, su apariencia, presentación, peso, volumen bruto y neto, localización exacta en el contexto de la escena y todos aquellos datos que pueden coadyuvar a identificar el elemento físico materia de prueba.

Integridad

Determinar que el elemento que se encontró y se recolectó en la escena y se allegó conforme al debido proceso, es el mismo que se está utilizando

para tomar una decisión judicial y que sus características no han cambiado, salvo en aquellos casos en que por la misma naturaleza del elemento se produzcan transformaciones inevitables o se hayan realizado modificaciones durante la práctica de una prueba, de lo cual se deberá dejar constancia escrita.

Se garantizará la integridad de los elementos físicos materia de prueba y la documentación originada en la aplicación de la cadena de custodia.

De la preservación

Se deberá mantener el elemento físico materia de prueba en las condiciones adecuadas que aseguren su conservación e inalterabilidad de acuerdo con su clase y naturaleza.

De la seguridad

Los custodios deberán desplegar todas aquellas actividades encaminadas a mantener libre y exento de todo riesgo o peligro los elementos materiales de prueba confiados a su guarda; esta misma protección y vigilancia se ejercerá sobre los documentos que formen parte del sistema.

Del almacenamiento

Es la acción o efecto de guardar las evidencias bajo las condiciones adecuadas para su preservación, protección, violencia, y restricción de acceso a las áreas donde ellas se procesan, analizan y estudian.

Las instituciones de policía judicial y demás organismos involucrados en el Sistema de Cadena de Custodia proveerán a la infraestructura física y tecnológica requerida para que los estudios puedan cumplir su función.

El almacenamiento se efectuará de acuerdo con los procedimientos técnicos y científicos que cada especialidad requiera.

De la continuidad

El traspaso de los elementos físicos materia de prueba mantendrá una secuencia ininterrumpida desde el momento de localización en el lugar de los hechos investigados, toma de muestras, recolección, embalaje, envío a los laboratorios especializados para producción de la prueba principal y hasta

que exista disposición final por parte de la autoridad que conoce el proceso penal.

Para efectos de la presente resolución se entenderá como traslado el movimiento que se hace con el elemento físico materia de prueba de un sitio a otro, y como traspaso el acto por el cual un custodio entrega la guarda y responsabilidad de los elementos objeto de la cadena de custodia.

Del registro de cadena de custodia

Se entenderá por registro de CADENA DE CUSTODIA la historia clara, necesaria y detallada de cada traspaso de la evidencia y traslado de la misma de un sitio a otro, según las normas establecidas en la presente resolución, las contempladas en los protocolos, manuales de procesos y de procedimientos internos de las instituciones a las que pertenezcan los custodios, disposiciones del Consejo Nacional de Policía Judicial y las demás que la ley consagre al respecto.

Se garantizará mediante el registro de autenticidad de los elementos físicos material de prueba, acreditando su identidad, estado original, condiciones fisicoquímicas, localización y técnicas utilizadas en la producción de la prueba pericial, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

7. Manual Único de Criminalística de la Fiscalía General de la Nación

7.1 Química Forense

A pesar de las anomalías que se presentan en cada proceso penal en los delitos de tráfico de estupefacientes, la Fiscalía cuenta con un Manual Único de Criminalística Forense, cuyo fin es cumplir con los protocolos a seguir, precisamente con relación a la prueba de PIPH precisémoslo:

1. Análisis de sustancias controladas por la legislación nacional y por convenios internacionales suscritos por Colombia

Por lo general, las muestras son recolectadas en el lugar de los hechos en diligencia judicial. Luego de realizar la Prueba de Identificación Preliminar estas

muestras, junto con su registro de cadena de custodia, son enviadas al laboratorio del Grupo de Química para su análisis.

El análisis se realiza mediante la aplicación de pruebas físicas (pH, color, apariencia y solubilidad), químicas (formación de precipitados coloreados, oxidación-reducción) e instrumentales.

Como técnicas instrumentales se utilizan: Cromatografía de gases, cromatografía líquida de alta eficiencia, cromatografía de gases acoplada a masas, espectrofotometría ultravioleta visible e infrarroja, espectrometría de masas inducido por plasma.

Estos análisis, basados en la comparación con patrones certificados y equipos calibrados y certificados, permiten la identificación de componentes de la cannabis (marihuana), alcaloides en general como cocaína, derivados del opio (heroína, codeína, morfina y otros); anfetaminas y metanfetaminas, benzodiazepinas, barbitúricos, así como sustancias sólidas y líquidas utilizadas para la obtención, extracción o purificación de sustancias ilícitas.

El análisis implica dos partes. La primera es realizada en el lugar de los hechos por técnicos capacitados y certificados en Prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) y la segunda en los laboratorios de los grupos de química aplicando la Prueba Pericial Homologada (PPH).

1.1 Procedimiento de Identificación Preliminar Homologada, PIPH

El propósito de este procedimiento es asesorar y asistir a la autoridad competente en la diligencia judicial para la identificación preliminar de sustancias sometidas a control por el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

La identificación preliminar de dichas sustancias es un proceso técnico en el cual se utilizan reacciones químicas cualitativas, sencillas e inmediatas, generales y/o selectivas, basadas en el desarrollo del color y/o reacciones de precipitación. Esta identificación debe ser realizada por personal capacitado, certificado y dotado de los elementos de trabajo que requiere este tipo de pruebas en el campo, cuyos resultados deben ser sin excepción confirmados por los laboratorios estatales reconocidos y competentes mediante el desarrollo de la prueba pericial, realizada por profesionales en el área de la química.

El procedimiento consiste en:

- Recibir la misión de trabajo.
- Alistar y verificar, por parte del funcionario asignado, que el maletín de pruebas de identificación preliminar homologadas contenga reactivos, elementos de protección personal, implementos requeridos y material para la cadena de custodia.
- Desplazarse al lugar solicitado. La autoridad solicitante y/o la institución deben proveer los medios logísticos para tal fin.
- Reconocer la escena siguiendo los procedimientos criminalísticos.
- Constatar la presencia de la autoridad competente y del delegado del Ministerio Público si fuere necesario y proceder a realizar la inspección ocular.
- Asesorar a la autoridad en cuanto al aseguramiento y fijación de la escena cuando la situación lo amerite.
- En lo posible, solicitar fijación fotográfica de la diligencia de PIPH.
- Numerar: contar y distinguir con números consecutivos en lugar visible los elementos y/o sustancias de acuerdo con el manejo de la escena.
- Describir los medios de embalaje (clase, color, forma y logotipos, etc.), el estado físico de las sustancias (sólido, líquido o vegetal), características físicas como color y textura; procedencia, si se cuenta con la información.
- Pesar sustancias sólidas y vegetales.
- Registrar marca de la balanza y su capacidad.
- Tomar el peso bruto (peso de la sustancia con su respectivo medio de empaque).
- Retirar el empaque.
- Registrar el peso del empaque.
- Obtener por diferencia el peso neto.
- Medición de sustancias líquidas referenciado a la capacidad (volumen) de los medios de embalaje. Ejemplo: Galones y litros, etc.

- Planear muestreo: agrupar y registrar los elementos físicos de prueba de acuerdo con los medios de embalaje, el estado físico y sus características.
- Homogeneizar y cuartear.
- Realizar las pruebas de identificación preliminar correspondientes.

Tomar una muestra representativa de acuerdo con el plan secuencial, para ser enviada al laboratorio con objeto de realizar la prueba pericial. En casos que conozca la Fiscalía Especializada se deben tomar muestras para el envío a dos laboratorios forenses del Estado.

Empacar cada muestra por separado de acuerdo con su estado físico

- Sólidos: Bolsas plásticas de polietileno no reutilizables de acuerdo con el tamaño indicado.
- Líquidos: Frascos limpios, secos, provistos de tapa y contratapa no reutilizables.
- Material vegetal seco y semillas: Bolsas plásticas de polietileno no reutilizables de acuerdo con el tamaño indicado.
- Plantas: Sobre papel periódico extender tallos, hojas y flores, cubrirla con este mismo tipo de papel y protegerla con superficies duras (ej.: cartón) y empacarla en sobre de manila. Preferiblemente dejar secar la planta antes de empacarla. No emplear bolsa plástica.
- Marcar el empaque de la muestra con el mismo número con el cual ha marcado el contenedor de la sustancia, distinguiendo el medio de empaque con el mismo número de la muestra original.
- Rotular las muestras: Diligenciar el correspondiente rótulo autoadhesivo para PIPH.

Emballar los elementos de acuerdo con el estado físico

- Sólidos: Reunir en el sobre de manila numerado todas las muestras empacadas, marcadas y selladas con la cinta de seguridad con el mismo número correspondiente al sobre de manila.

- Líquidos: Reunir en una caja de tamaño adecuado los frascos de las muestras empacadas marcadas y selladas con la cinta de seguridad numerada correspondiente para sustancias líquidas.

- *Material vegetal seco y semillas: Reunir en el sobre de manila numerado todas las muestras empacadas, marcadas y selladas con la cinta de seguridad con el mismo número correspondiente al sobre de manila.*

- Plantas: Envolver en papel periódico el material vegetal empacado, marcado y sellado. No utilice plástico.

- **Asegurar el embalaje**

- Sobre de manila: En el cierre del sobre colocar la banda de seguridad especialmente diseñada.

- Caja: Envolver en papel periódico, rotular y sellar con cinta de seguridad.

- **Entregar**

Dejar constancia en el acta de la diligencia de identificación preliminar de sustancias sometidas a fiscalización por el Consejo Nacional de Estupefacientes, de la entrega de los elementos físicos de prueba a la autoridad responsable de la diligencia.

- **Enviar**

La autoridad competente enviará oportunamente con la seguridad adecuada los elementos físicos de prueba, junto con la cadena de custodia, Formato FPJ8 y solicitud de análisis a un laboratorio reconocido del Estado para la práctica de la prueba pericial. En casos que conozca la Fiscalía Especializada se enviarán muestras a dos laboratorios forenses del Estado.

1.2 Procedimiento para análisis de estupefacientes y sustancias controladas en el laboratorio

Una vez llegada la muestra al laboratorio se recomienda:

- Inicialmente verificar el material recibido, cadena de custodia, embalaje y proceder a los respectivos análisis físico-químicos e instrumentales, de acuerdo con los protocolos del Laboratorio diseñados para tal fin.

De conformidad con los resultados de los análisis efectuados, el perito emite el informe pericial correspondiente a la autoridad solicitante.

Las técnicas y procedimientos utilizados en el laboratorio se encuentran validados mediante un procedimiento de Prueba Pericial Homologada (PPH), el cual se estandarizó con la participación de cuatro instituciones del Estado que cumplen funciones de policía judicial: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Policía Nacional-Dijín, Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y Fiscalía General de la Nación. (Manual Único de Criminalística de la Fiscalía General de la Nación, pp. 105 y ss.).

8. Funciones de policía judicial en caso de flagrancia

En principio, son funciones de la policía judicial, CTI y SIJÍN, entre otras, cumplir funciones de Policía Judicial en todo momento, empero en los sitios del país en donde exista policía judicial lo debe hacer la policía de vigilancia, esta última realizará las primeras actividades urgentes de prevención, verificación, protección y acordonamiento del lugar de los hechos y tendrá bajo observación los EMP y EF. Además, elabora y entrega el informe de primer respondiente y el lugar de los hechos a la Policía Judicial.

El lugar de los hechos es donde se produce la actividad delictiva y es pieza fundamental para el esclarecimiento de un comportamiento ilícito y en la mayoría de casos su protección se encuentra asignada a la policía de vigilancia como acto urgente o como actividad por realizar sin requerimiento de autorización judicial previa.

La protección debe realizarse con todos los conocimientos y medios logísticos al alcance, tales como el acordonamiento o cierre de vías, protección a víctimas y testigos, captura de autores y partícipes, excepcionalmente recolección de EMP y EF, y entrega de los mismos a la policía judicial. Esa situación no es óbice para que en el juicio oral el policía de vigencia no pueda ser llamado a declarar como testigo.

En caso de que se presente alguna alteración del lugar de los hechos, es muy importante que el policía de vigilancia deje constancia para evitar cualquier juicio posterior de responsabilidad.

La alteración del lugar de los hechos y de los elementos de la misma genera nulidad derivada de la prueba, conforme a lo indicado en el art. 455 del C.P.P., como quiera que el proceso penal, y más exactamente el juicio oral, se fundamenta en las pruebas y estas tienen como finalidad llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable.

¿Quién debe recoger los elementos materiales probatorios y la evidencia física?

Los EMP y EF serán recogidos y embalados por la PJ, salvo en aquellos casos excepcionales y de urgencia manifiesta (incendio, inundaciones, explosivos, etc.) en los que la PV deba recogerlos a fin de evitar su pérdida, alteración o deterioro. Se dejará constancia de dicha situación en el informe de primer respondiente. (Art. 213 del C.P.P.)... (*Policía Nacional de Colombia Serie: Documentos Departamentos y Municipios Seguros, Documento No. 7 Bogotá, D. C., diciembre de 2008, Programa Departamentos y Municipios Seguros*).

9. Derecho Comparado (España)

9.1 Guía Práctica de Actuación sobre la Aprehensión, Análisis, Custodia y Destrucción de Drogas Tóxicas, Estupefacientes o Sustancias Psicotrópicas

España país europeo y con problemas de tráfico de estupefacientes como cualquier otro país y ante la finalidad de buscar una solución a esta problemática y dar debido cumplimiento a las disposiciones legales que regulan la investigación y sanción de los delitos contra la salud pública (artículo 367 ter 1 LECrim. y artículo 374.1.1ª C. Penal), el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, suscribieron el pasado 3 de octubre de 2012 un Acuerdo Marco de colaboración por el que se establece el Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

En el citado Acuerdo se resalta la necesidad de articular medidas que permitan agilizar los procesos para la destrucción de la droga, tanto de los alijos intervenidos como de las muestras extraídas para su analítica, y reforzar los procesos de incautación y custodia de la droga para solucionar los problemas actuales de almacenamiento, para lo cual y dado que en la lucha

contra el tráfico de sustancias ilícitas intervienen distintas autoridades y organismos, es precisa una respuesta coordinada y uniforme de todas las autoridades intervinientes a través de convenios de colaboración y protocolos de actuación.

En el Protocolo se establecen los criterios a seguir por todos los intervinientes en las actuaciones sobre aprehensión, documentación, toma de muestras, análisis, cadena de custodia, conservación y destrucción, para garantizar las condiciones de ocupación y conservación de aquellas fuentes de prueba que resulten necesarias para el enjuiciamiento de los hechos delictivos y que la sustancia incautada, de carácter ilícito y peligrosa para la salud pública, no vuelva a reintroducirse en los canales de distribución y consumo, excluyendo que las condiciones de su conservación originen un peligro para la propia salud pública o incluso un riesgo de comisión de nuevos delitos.

No obstante, la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Marco consideró en su primera reunión, celebrada el 26 de octubre de 2012, la conveniencia de elaborar una Guía Práctica de Actuación que desarrollase el mencionado Protocolo para favorecer la agilización de todo el procedimiento relativo a la documentación, toma de muestras, cadena de custodia y conservación de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas, unificando los trámites, homogeneizando los flujos y el formato de los documentos y formularios utilizados, automatizando los pasos a seguir por cada interviniente conforme a una secuencia previamente fijada, facilitando la adopción de decisiones, y, en definitiva, proporcionando una mayor seguridad jurídica en esta materia desde el momento de la aprehensión hasta el de la destrucción de las sustancias y dictado de la correspondiente resolución definitiva en el seno del proceso penal.

La presente Guía Práctica de Actuación responde a este objetivo, fijando las pautas y actuaciones coordinadas de todas las autoridades que intervienen en la investigación de los delitos contra la salud pública, con el fin de estandarizar el proceso que sigue la droga desde su aprehensión hasta el momento mismo de su destrucción, garantizando en todo caso la cadena de custodia. En la Guía se distinguen las sucesivas fases de la aprehensión: instrucción de diligencias policiales, toma y recogida de muestras, puesta

a disposición judicial y análisis de sustancias. Y se presta especial atención a la destrucción de la droga en los primeros momentos de la instrucción, mediante resolución judicial previa audiencia de las partes, sin perjuicio de la destrucción administrativa.

La Guía nace con una vocación de provisionalidad en la medida en que, por esencia, deberá ir adaptándose a las necesidades que marque una realidad cambiante, siempre de cara a prestar el mejor servicio al ciudadano.

9.2 Destrucción de la droga incautada

Siempre que sea posible, la destrucción del alijo intervenido debe producirse al inicio mismo del procedimiento, conservando las muestras suficientes para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones. Así, con carácter general, el órgano judicial acordará la destrucción del alijo intervenido en los primeros momentos de la instrucción, en cuanto le sea solicitado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ordenando que se conserven únicamente las “muestras suficientes de dichas sustancias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones”, que serán las muestras necesarias para la realización de contraanálisis (muestra alícuota).

9.3 Destrucción del alijo por resolución judicial

Audiencia de las partes

Cuando el autor o autores hayan sido puestos a disposición judicial, el Juzgado de Instrucción, antes de acordar la destrucción de las sustancias intervenidas, en la primera diligencia que se entienda con el imputado (normalmente al prestar declaración ante la autoridad judicial), le requerirá, bien en el propio impreso en el que se recoge su declaración, bien en formulario aparte, para que indique si tiene alguna manifestación que hacer sobre la destrucción anticipada de las sustancias intervenidas. Esta audiencia podrá realizarse durante la propia prestación del servicio de guardia en aquellos supuestos en los que resulte necesario para agilizar la toma de la decisión sobre este extremo.

Considero que el presente trabajo realizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio del Interior y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, suscrito el

pasado 3 de octubre de 2012 mediante un Acuerdo Marco de colaboración donde se establece el Protocolo a seguir en la aprehensión, análisis, custodia y destrucción de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, es el mayor avance en la garantía fundamental del debido proceso y acorde con el medio ambiente.

10. Propuestas del Defensor OEA

10.1 Fallas en el procedimiento

La recuperación del elemento material probatorio y evidencia física en tratándose de tráfico de estupefacientes en el lugar de los hechos es un procedimiento de gran responsabilidad que implica la conservación de la evidencia en las mismas condiciones en que se encontraba originalmente. Por ello, para poder obtener resultados fructíferos, es necesario realizar buenas prácticas del lugar de los hechos, emplear protocolos y procedimientos confiables y desarrollar un buen proceso de cadena de custodia, junto a un trabajo planeado que hacen que este desarrollo científico tenga validez dentro de una de las últimas fases para poder ser empleada como herramienta útil en el juicio oral.

No podemos pasar por alto todas las falencias en materia de incautación, verificación y destrucción de las diferentes sustancia psicotrópicas incautadas; recordemos que el Manual Único de Criminalística expedido por la Fiscalía nos señala que quien debe realizar la prueba de PIPH debe ser un perito idóneo con conocimientos científicos y técnicos con relación a la calidad de la sustancia incautada, así mismo el pesaje debe estar garantizado por una báscula que genere seguridad, no necesitamos que el perito sea un profesional pero sí debe ser un técnico que garantice que no va a poner en riesgo ni a alterar la misma, tanto en la calidad como en la cantidad, así como también se le debe poner de presente al capturado en el evento de que se dé en casos de captura en flagrancia. Por qué no utilizar el famoso maletín con los reactivos en disponibilidad permanente y que se permita la movilización del funcionario junto con este para así garantizar el debido proceso.

Ahora bien, con relación al principio de mismidad, quien le garantiza al procesado y a su defensor que la sustancia que se le incautó sea la misma que se encontraba en el empaque que le encontró en los bolsillos del pantalón, máxime cuando el contenido del acta de incautación es que le fueron encontrados una suma considerable de bolsas plásticas con envolturas que por su color y olor se presume que son derivados de la cocaína. Pero esta afirmación no puede desvirtuar la presunción de inocencia.

En tratándose de la destrucción propiamente dicha, la norma establece que una vez verificado que la sustancia incautada forma parte de los estupefacientes declarados ilícitos, estos deben ser destruidos previa comprobación del perito que debe ser un experto en química forense, y con la autorización del fiscal se convoque entre otros al Ministerio Público, como prenda de garantía y levantar las respectivas actas de incineración y/o destrucción, pero no existe un verdadero protocolo que permita desarrollar tal actividades dentro de los estándares internacionales, como son notificación al procesado, destrucción en presencia de este, acompañamiento y/o autorización del juez de control de garantías, verificación y prueba de laboratorio a cada uno de los empaques incautados (en el evento que sean varios). Con el único fin de ajustar los procedimientos a la Constitución y a la ley y los tratados internacionales en materia de tráfico de estupefacientes. Cómo no pensar que pudiéramos estar frente a un falso positivo para cocaína y sus derivados.

No debe ser de recibo para la comunidad internacional la forma en que las autoridades colombianas destruyen las sustancias alucinógenas incautadas (dice de sustancias a granel, toneladas, kilos, entre otros), puesto que al carecer de infraestructura para su destrucción, así como de un protocolo específico, la sola quema o incineración a campo abierto de por sí ya es un problema de contaminación ambiental y de contribución al calentamiento global.

Sería bueno que en Colombia el Gobierno se interesara por establecer una normativa más acorde con la actual en materia de persecución del delito de tráfico de estupefacientes, garantista frente al y/o procesados, teniendo en cuenta que las bandas criminales en tratándose de tráfico de estupefacientes crecen cada día como producto de la descomposición social.

11. Referencias Bibliográficas

Diagnóstico general “El problema de la droga en Colombia”, Dirección Nacional de Estupefacientes, Sistema de Información de la Defensa Nacional (SIDEN), Ministerio de Defensa Nacional, República de Colombia, enero 2001.

La escena del delito y las pruebas materiales. Sensibilización del personal no forense sobre su importancia. Sección de Laboratorio y Asuntos Científicos. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Viena.

Introducción en Políticas Antidrogas en Colombia. Gaviria y Mejía, 2010.

La Microeconomía de la Producción y el Tráfico de la Cocaína en Colombia, en Políticas Antidrogas en Colombia, 2011, Gaviria y Mejía, 2010.

“Colombia contra el narcotráfico”, por María Isabel García, entrevista al Presidente Álvaro Uribe. En <http://www.colombia.com/colombiainfo/nuestra-historia/narcotrafico.asp>, 16 de enero de 2003.

“Informe Colombia, Narcotráfico” por Mónica Godoy.

cdigital.udem.edu.co/TESIS/CD-ROM69742012/08.capitulo%203.pdf.

Guía de Contactos y Procedimientos para la Cooperación Jurídica en Materia de Lavado de Activos Países de Gafisud, Colombia, octubre de 2010.

Política Nacional contra las Drogas Presidencia de la República, 2010-2014.

Comunidad Andina: Acciones y Resultados de la Lucha contra las Drogas Ilícitas, 2000.

Plan Nacional de Lucha contra las Drogas: Colombia 1998-2002).

Manual Único de Criminalística de la Fiscalía General de la Nación, pp. 105 y ss.

Manual de Procedimientos para Cadena de Custodia Fiscalía General de la Nación, pp. 49 y ss.)”.

Autores

Director, Dr. Carlos Andrés Bernal Castro, Coordinador Nacional Oficinas Especiales de Apoyo. Defensoría del Pueblo. Oficina Especial de Apoyo, Bucaramanga, 2014.

Emilia Quiñónez Forero

Universidad Cooperativa de Colombia. Cursos de Policía Judicial - Investigador Testigo. Investigador Judicial II de la Fiscalía General de la Nación. Técnica en Criminalística Unidad Operativa de Investigación Defensorial, Regional Santander. Profesional Especializado en Investigación Grado 17 en la Defensoría del Pueblo, Regional Santander.

Roberto Sarmiento Mogollón

Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derechos Humanos Universidad Santo Tomás, convenio Defensoría Unión Europea. Capacitador permanente de la Defensoría del Pueblo, Docente de las cátedras de Derecho Procesal Penal, Analítica y Técnicas de Juicio Oral en la Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Bucaramanga, Universidad Manuela Beltrán ITAE. Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo Regional Santander.

EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO Y EN FILA DE PERSONAS COMO ACTOS DE INVESTIGACIÓN

*Juan Carlos Bermúdez Robles*⁷³

*Luis Fernando Neira Restrepo*⁷⁴

Resumen

Este artículo desarrolla los temas concernientes al reconocimiento fotográfico y en fila de personas como actos investigativos realizados por la Fiscalía General de la Nación, buscando analizar tanto los requisitos técnicos o protocolos que deben seguirse, como los presupuestos legales y constitucionales para su validez; la manera de abordar como defensores el estudio y análisis crítico de dichos actos investigativos, de cara a la impugnación y contradicción de los mismos, a más de ponerle de presente a los lectores, la importancia de la fotografía forense en la nueva sistemática procesal penal.

Abstract

This article considers the issues concerning the photographic reconnaissance and research line of people as acts performed by the Attorney General's

73 Juan Carlos Bermúdez Robles, perito fotógrafo forense adscrito a la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Regional Antioquia de la Defensoría del Pueblo

74 Luis Fernando Neira Restrepo, Abogado Especialista en Derecho Penal y Criminología e Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio. Defensor Público Oficina Especial de Apoyo, Medellín, Defensoría del Pueblo.

Office, seeking to analyze both the technical requirements or protocols to be followed, such as legal and constitutional validity budgets; how to address as advocates study and critical analysis of these investigative acts in the face of challenge and contradiction thereof, to put more of this to readers, the importance of forensic photography in the new criminal procedure systematically.

Palabras Clave

Reconocimiento, fotografía forense, requisitos, derecho de defensa, no autoincriminación, testigos, diligencia, exclusión, ilegalidad, ilicitud.

Key Words

Recognition, forensic photography, requirements, rights of defense, self-incrimination, witnesses, diligence, exclusion, illegality, unlawfulness.

Introducción

En el proceso de individualización e identificación de posibles autores de una conducta punible, se encuentran como actos obligados de investigación por parte del órgano persecutor del Estado, el reconocimiento fotográfico y en fila de personas. Vistos como actos antecedente - consecuente, estos deben ser llevados a cabo por la Policía Judicial adscrita a la Fiscalía General de la Nación con estricto apego a los requisitos técnicos y a las formalidades legales. Ello en salvaguardia del debido proceso probatorio, so pena de que luego del estudio conjunto y crítico, la defensa técnica de la mano de su perito fotógrafo forense, pueda en desarrollo del contradictorio, impugnarlos hasta el extremo de llegar en el escenario procesal pertinente a solicitar su exclusión o inadmisión, ya sea por ilicitud, ilegalidad o por su marcada inconducencia e impertinencia; su escaso valor probatorio, su probabilidad de generar confusión en vez de darle mayor claridad al asunto, y el peligro de causar grave perjuicio; todo ello en los términos del artículo 29 Superior, y 359 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Requisitos Técnicos o Debido Proceso en su Confección

Para alcanzar este objetivo, el fotógrafo ha de ceñirse al procedimiento estipulado para las llamadas “tomas fotográficas de filiación”:

“Hacer toma con un lente normal de 50 mm. La toma fotográfica se realiza perpendicularmente, el cuerpo de la persona se colocará de frente al lente sin ningún tipo de giro del rostro. El formato debe ser vertical.

Encuadre el rostro

Verticalmente entre el tórax y un espacio mínimo de diez centímetros sobre la cabeza. Horizontalmente que incluya los hombros, sin dejar bordes laterales. *En caso de un detenido se ubicará sobre el tórax la información de radicación.* Para el caso de cadáveres se ubicará sobre el tórax el número de acta de inspección al cadáver.”(Aguirre, 2.010, pág. 55) (Cursivas añadidas)

Adicionalmente, para la conformación del álbum, se deberá contar con que las características morfológicas de los integrantes del mismo, realmente sean similares a las del indiciado o imputado; que estén en número de tres; que haya mínimo seis rasgos parecidos; y deberán estar vestidos o caracterizados al igual que para el reconocimiento en fila de personas de manera idéntica a como estaba el indiciado al momento de la presunta comisión del ilícito. Además, el agente de Policía Judicial debe tener cuidado en no poner la fotografía del indiciado o imputado ni en el centro del álbum, ni en la parte superior izquierda; y todas las fotografías deberán estar en el mismo sentido, es decir, de frente. Para este análisis y contradicción, el defensor ha de contar con la asesoría tanto de un fotógrafo forense como de un morfólogo.

A Continuación se abordarán los presupuestos legales

Partiendo de lo establecido en el artículo 252 del estatuto procesal, inicialmente se requiere la autorización previa del Fiscal que dirija la investigación; salvo que pretenda echar mano de las bases de datos personales del indiciado y demás integrantes del álbum. En cualquier caso, las imágenes en

exhibición no pueden ser inferiores a siete, incluida la del indiciado. También es muy importante la prohibición de sugerirle o señalarle al testigo una determinada imagen.

Ahora bien, inciso quinto de la citada norma establece: “Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia”⁷⁵. Lamentablemente, al tenor de la experiencia recaudada en estos años de vigencia de la actual sistemática acusatoria, en lugar de esta “constancia resumida” lo que suele desarrollar la Policía Judicial, con la complacencia las más de las veces del Delegado del Ministerio Público, es un interrogatorio al testigo pretextando el reconocimiento. También se suele permitir que el testigo se extienda innecesariamente a narrar aspectos o circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos; o haga alusión a temas de autoría o responsabilidad del presunto reconocido. En estos casos se atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa, al recaudarse un testimonio incriminatorio, de cargo, por fuera del juicio oral y sin la posibilidad de haber sido controvertido por la defensa material y técnica; tipificándose una clara prueba de referencia inadmisibles, ya que el testigo de la Fiscalía, que es la prueba viviente, estaría disponible como tal para acudir al juicio oral a deponer bajo los principios de inmediación, concentración, publicidad y contradicción de la prueba, que sólo toman vida, si se practican en juicio oral en presencia del juez y de las partes. Pero es precisamente esto lo que se pretende evitar con las maniobras descritas: dejar sentada una “versión” del testigo al estilo del sistema inquisitivo, bajo el cual operaba la llamada permanencia de la prueba. Por ello, el defensor, si está presente, ha de oponerse radicalmente a que se permita esa declaración del testigo; y si no está presente, al estudiar el descubrimiento de la Fiscalía preparar la solicitud de exclusión de dicho acto investigativo que elevará en la audiencia preparatoria, dada su marcada ilegalidad, al desbordar los requisitos legales sustanciales establecidos para su validez, y ser a la vez, una prueba de referencia.

Sobre este tópico vale la pena recordar la doctrina vigente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la prueba ilícita y la prueba ilegal,

su distinción y presupuestos, entre otras a través de la sentencia del 6 de agosto de 2009:

“[...] 1.2. La aplicación del principio de exclusión es un mandato constitucional (Artículo 29 de la Constitución) y legal (Artículo 23 C.P.P Ley 906) para todos los jueces de la República, tanto los que cumplen funciones de conocimiento como de control de garantías. Uno y otro tienen el deber de valorar los elementos probatorios y evidencias físicas que se les exhiban a efectos de adoptar la decisión que corresponda, ya sea sobre la responsabilidad del acusado o sobre la necesidad y urgencia de la imposición de medida de aseguramiento o de medida cautelar. Así mismo, están llamados a analizar si la exclusión opera por prueba ilícita o por prueba ilegal.

Sobre el mismo punto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha recurrido directamente al derecho fundamental al debido proceso, elaborando a partir del mismo la distinción ya mencionada:

“4. El artículo 29 de la Constitución Política consagra la regla general de exclusión al disponer que: “Es nula de pleno derecho,- la prueba obtenida con violación del debido proceso-”. La exclusión opera de maneras diversas y genera consecuencias distintas dependiendo si se trata de prueba ilícita o prueba ilegal.

4.1 Se entiende por prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la dignidad, el debido proceso, la intimidad, la no autoincriminación, la solidaridad íntima; y aquellas en cuya producción, práctica o aducción se somete a las personas a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sea cual fuere el género o la especie de la prueba así obtenida.

La prueba ilícita debe ser indefectiblemente excluida y no podrá formar parte de los elementos de convicción que el juez sopesa para adoptar la decisión en el asunto sometido a su conocimiento, sin que pueda anteponer su discrecionalidad ni la prevalencia de los intereses sociales. En cada caso, de conformidad con la Carta y las leyes deberá determinarse si excepcionalmente subsiste alguna de las pruebas derivadas de una prueba ilícita, o si corren la misma suerte que ésta.

Al respecto, confrontar la Sentencia de Casación del 8 de julio de 2004 (M.P. Dr. Herman Galán Castellanos, radicación 18451), providencia donde la Sala analiza la doctrina y perfila la línea jurisprudencial.

4.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida, como lo indica el artículo 29 Superior.

En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba." (C.S.J., Sentencia 2 de marzo de 2005; Sentencia 6 de agosto de 2009)

Así, si como regla general tenemos que tanto la prueba ilegal como la ilícita son objeto de exclusión por mandato constitucional y legal, no hay que olvidar que la sanción puede acarrear la nulidad de todo el proceso. Esto lo indica la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-591/05, cuando advierte que si las pruebas ilícitas fueron fruto de crímenes de lesa humanidad como torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o desaparición forzada, imputables a agentes del Estado, la consecuencia o la sanción no puede ser otra que la de la declaratoria de la nulidad de todo el proceso; sanción adicional, valga la aclaración, a su natural exclusión.

Otros Presupuestos legales para el reconocimiento fotográfico están relacionados con los derechos fundamentales a la intimidad y a la no autoincriminación consagrados en los artículos 15 y 33 de la Carta Política. Atendiendo a ellos y desde el mismo momento de su captura, el indiciado, dentro del catálogo de garantías procesales y derechos que deben ser respetados formal y materialmente, tiene la potestad de negarse a ser fotografiado por la Policía Judicial en desarrollo de los actos urgentes. Para ello basta dejar la constancia respectiva en la tarjeta de solicitud de la reseña. De esta decisión no pueden desprenderse efectos negativos en su contra. De manera similar pero de cara a la confección del álbum para el reconocimiento fotográfico, en tanto titular de sus bases de datos personales, el indiciado o imputado tiene la facultad de negarse a dar autorización ex-

presa a la Policía Judicial para que esta obtenga en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, su fotografía, sus huellas y demás información privada y sometida a reserva.

Esta facultad del indiciado o imputado, así como los requisitos que ha de llenar la Policía Judicial, están contenidos en la Ley Estatutaria 1581 de 2012 o Ley de *habeas data*, que reguló lo concerniente a las bases de datos e información personal, en consonancia con el artículo 227 de la Ley 1450 de 2001 sobre el Plan Nacional de Desarrollo, y las resoluciones 3341 del 16 de abril de 2013 y 3632 del 23 de abril del mismo año, emanadas de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Según esta normativa, las entidades públicas o privadas que soliciten información contenida en las bases de datos de las personas naturales, deberán contar, por tratarse de documentos sometidos a reserva, con la autorización judicial respectiva. Es decir, la Fiscalía está obligada a acudir ante Juez de Control de Garantías para obtener autorización judicial a fin de conseguir la fotografía que reposa en la Registraduría tanto del indiciado o imputado como de los demás miembros que integran el álbum fotográfico. De no hacerlo, este acto investigativo se habrá efectuado con violación de los requisitos legales, haciendo posible para la defensa técnica buscar su exclusión o inadmisión.

Así lo establecen claramente los artículos 3 y 26 de la Resolución 3341 de 2013:

Artículo 3. "Autorización y disposición para el acceso a la información de las bases de datos de la entidad. La Registraduría Nacional del Estado Civil autorizará y pondrá a disposición de las entidades públicas, las bases de datos que produce y administra para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, dicha disposición estará sujeta al ejercicio de la función pública a su cargo, a la modalidad de prestación del servicio y a las limitaciones técnicas de la Registraduría Nacional del Estado Civil, teniendo en cuenta los términos, procedimientos y condiciones establecidas en la presente resolución, garantizando el cumplimiento de las limitaciones de acceso y uso referidas a la protección de datos personales, al derecho de *habeas data*, privacidad, reserva estadística, asuntos de defensa y

seguridad nacional y en general, toda aquella información que tenga el carácter de reserva y dato sensible”.

Artículo 26.” Confidencialidad de la información. La información que reposa en los archivos y en las bases de datos de la Entidad, se considera sensible y de reserva legal, por consiguiente se deberán respetar estos derechos, comprometiéndose la entidad solicitante a utilizar dicha información para sus fines misionales, con observancia de la Constitución Política de Colombia; del artículo 213 del Decreto 2241 de 1986, Ley 1581 de 2012, así como por las disposiciones civiles que regulen la materia o resulten pertinentes y aplicables de acuerdo con las leyes colombianas referidas a la protección de la información de los datos personales y al derecho a la intimidad. En ningún caso la solución implementada puede utilizar las imágenes de las huellas dactilares. Para ello, se deberá contar con la orden de autoridad competente para poder acceder a la información de las bases de datos de la Entidad que contiene información de carácter reservado, o para cuyo tratamiento tenga previsto un trámite adicional que deba ser agotado para su consulta (...)”.

Estos requisitos los refrenda la Resolución 3632 de 2013, de la misma Registraduría para dar alcance a la Resolución 3341 de 2013. Así, basándose en el artículo 227 de la Ley 1450 de 2011 y en las atribuciones otorgadas por la Ley Estatutaria 1581 de 2012, resuelve aplicar en su integridad el contenido de la Resolución 3341 de 2013 a las entidades públicas y a los particulares que ejerzan funciones públicas y que requieran el acceso y consulta a los datos y las bases de datos de la información que maneja la entidad. Ahora bien, interpretando armónicamente y de manera garantista la normatividad que regula el manejo de estas bases de datos, concluimos de la mano de la autorizada guardiana de la Constitución en su sentencia C-336/07 al decretar la exequibilidad condicionada de los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004, que las actuaciones que sobre ellas pretenda hacer la Fiscalía pueden afectar derechos fundamentales como el derecho al *habeas data* consagrado en el artículo 15 Superior. Por tanto, dichas actuaciones requieren siempre de la obligatoria autorización previa del Juez de Control de Garantías; es decir, son actos investigativos del resorte o liberalidad del Fiscal delegado, pero que deberán contar con el aval judicial.

El último presupuesto legal el reconocimiento fotográfico se encuentra prescrito en el inciso final del artículo 252 procesal: el testigo o reconocedor que ha intervenido en la práctica del reconocimiento fotográfico está en la perentoria obligación de comparecer a identificar en fila de personas al imputado, en caso de aprehensión o presentación voluntaria, y siempre acompañado de su defensor. De no llevarse a cabo la identificación en fila de personas, y una vez acreditada la incuria o negligencia de la Fiscalía para dicha omisión, teniendo a la mano al indiciado o imputado detenido, la defensa ha de considerar ambos reconocimientos como parte de un todo, como un acto complejo.

Tachar el acto investigativo al quedar trunco, incompleto. A esta parte del acto investigativo, el reconocimiento en fila de personas, se dedicará la sección siguiente.

El reconocimiento en fila de personas

En primer lugar se aclarará que en este acto se fusionan los protocolos técnicos con los requisitos legales para su realización. La principal exigencia de orden fáctico es que el indiciado o imputado no se haya podido identificar o que no exista certeza sobre su identidad, porque de ser alguien conocido o estar acreditada su identificación por cualquiera otro medio de prueba, inútil se hace la práctica del reconocimiento. Una vez verificado este hecho, deben comprobarse los siguientes aspectos, todos contenidos en los numerales 1o al 5o del artículo 253 procesal:

1. Que el fiscal haya emitido la orden respectiva a Policía Judicial.
2. Que se conforme la fila con no menos de siete personas, incluido el imputado, y con idénticas o similares características morfológicas.
3. Que estén vestidos de igual manera a como estaba el día de los hechos el inculpatado.
4. Que ninguno de los intervinientes, y menos aún la Policía Judicial podrán sugerirle o señalarle al testigo alguno de los integrantes de la fila.
5. Que el reconocedor no podrá observar al indiciado antes de que se inicie la diligencia.
6. Que no puede estar más de un indiciado en la fila.

Ahora bien, los numerales 6 y 7 de la misma disposición, señalan el procedimiento en caso de ser positiva la identificación: el testigo podrá, además de indicar el número que tiene en la fila a quien ha logrado identificar, manifestar si lo ha visto antes o después de los hechos, y en qué circunstancias, de todo lo cual se dejará un acta. En este evento de la diligencia la defensa podrá oponerse a que la Policía Judicial exceda las facultades de intervención del testigo y convierta el reconocimiento en un interrogatorio, o permita que el testigo se extralimite al consignar aspectos fácticos objeto de investigación y aluda a temas de autoría o responsabilidad que le están absolutamente vedados. Tal como ya se señaló al estudiar la diligencia de reconocimiento fotográfico: estas declaraciones son inadmisibles por recaudarse innecesariamente por fuera del juicio oral, sin las garantías para el derecho de defensa, y a espaldas del Juez de Conocimiento.

Los citados requisitos, sin embargo, no se pronuncian sobre la obligación del indiciado o imputado de asistir a la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Al respecto se considera que no existe tal obligación por cuanto el artículo 33 de la Carta Magna, cobija su derecho a no auto incriminarse y los artículos 14.3g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2g y 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, le permiten guardar silencio ante cualquier autoridad; no ser obligado a declarar contra sí mismo y que del ejercicio de esos derechos no se derive ninguna consecuencia negativa en su contra. Haciendo una interpretación analógica, en el caso específico del reconocimiento en fila de personas, el indiciado o imputado puede así negarse a prestar su cuerpo con el fin de proteger esos derechos.

Si el Estado pretende juzgarlo habrá de, con su poder omnímodo bajo la carga de la prueba que le asiste, encontrar los medios suasorios suficientes para hacerlo con éxito, sin que necesariamente tenga que valerse de las propias manifestaciones del imputado – aunque sea la vía más fácil- ya sea por muestras de voz, grafías, tomas corporales o diligencias de reconocimiento. Aunque estas puedan estar ordenadas por Juez Control de Garantías, no puede obligarse su práctica al indiciado o imputado por medio coercitivo alguno, so pena de vulnerar el principio basilar del Estado Social de

Derecho: la dignidad humana. Esta posición se encuentra, por ejemplo, en la sentencia C-822/05 de la Corte Constitucional en la que el alto Tribunal opta por dar preeminencia a los derechos fundamentales de los ciudadanos a la intimidad y la dignidad humana por encima de los intereses estatales y los de la misma sociedad.

El estado de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema sobre los métodos de identificación estudiados.

Existe línea jurisprudencial de la Corte consolidada en la materia, básicamente sobre dos temas: uno, que las diligencias de reconocimiento sólo se han de llevar a cabo cuando estén plenamente justificadas al no haber indiciado conocido o no haber certeza sobre su identidad; el otro, que no obstante efectuarse dichos reconocimientos como actos investigativos, estos jamás pueden tomarse como prueba de responsabilidad. Así lo expone la Sala Penal en el Auto del 30 de mayo de 2012, radicado 38.582, en el que compendia su doctrina:

“ [...] En la sustentación del ataque, antes bien, el actor termina contrariando la jurisprudencia de la Sala, acorde con la cual si bien el reconocimiento, sea fotográfico o en fila de personas, de suyo no constituye prueba de responsabilidad, vinculado con la prueba testimonial de quien efectuó el señalamiento puede perfectamente, en conjunto con los demás medios allegados a la actuación, sustentar la condena.

Así lo señaló la Sala en decisión del 29 de agosto de 2007, reiterada en sentencia del 1o de julio de 2009. Conviene al efecto evocar lo dicho allí:

“De todos modos, no puede perderse de vista que el reconocimiento sea fotográfico o en fila de personas, por sí solo, no constituye prueba de responsabilidad con entidad suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, pues la finalidad del juicio no es, ni podría ser, la de identificar o individualizar a una persona sino que tiene una cobertura mayor. Esto si se tiene en cuenta que una vez lograda la identidad del autor en la fase de investigación, por medio del juicio se debe establecer su responsabilidad penal o su inocencia

en una específica conducta delictiva, sin dejar de reconocer que es allí, en el juicio, en donde el acto de reconocimiento necesariamente debe estar vinculado con una prueba testimonial válidamente practicada, pues es en la apreciación de ésta, en conjunto con las demás pruebas practicadas, en que tal medio de conocimiento puede dotar al juez de elementos de juicio que posibiliten conferirle o restarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo ”.

Y en ese sentido fue que procedieron los juzgadores en el presente caso, pues los reconocimientos fotográficos los apreciaron en correspondencia con los testimonios de quienes participaron en su realización ”

Como lo muestra este fragmento, la postura jurisprudencial expresada se remonta ya a mediados de 2007, lo que le confiere solidez argumentativa.

Conclusiones

De lo expuesto se puede concluir que si bien los actos de investigación denominados métodos de identificación, entre los cuales están el reconocimiento fotográfico y en fila de personas se realizan por cuenta de la Policía Judicial adscrita a la Fiscalía General de la Nación, en la dinámica de la nueva sistemática procesal corresponde a los integrantes del equipo de la defensa, defensores públicos y miembros de la Unidad de Investigación Operativa, prepararse para ejercer un adecuado análisis y una valoración de dichos actos, con el fin de controvertirlos. Esta preparación implica estar en capacidad de verificar los protocolos técnicos que se siguieron en la confección de dichos actos a cargo de peritos fotógrafo y morfólogo, así como el cumplimiento de los requisitos legales para su validez para, llegado el caso, solicitar las exclusiones, inadmisiones o sanciones procesales a que haya lugar, o de acudir al juicio oral con la mejor preparación posible para atacar la prueba del ente fiscal y sacar adelante la propia teoría del caso.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1581/12.

(2004). Ley 906/04.

(2001). Ley 1450.

Corte Constitucional de la República de Colombia (2007). Sentencia C-336/07.

(2005a). Sentencia C-822/05.

(2005b). Sentencia C-591/05.

Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2012). Sentencia 30 de mayo de 2012.

(2009). Sentencia 6 de agosto de 2009.

(2005). Sentencia 2 de marzo de 2005.

Organización de Estados Americanos (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(1969). Convención Americana de Derechos Humanos.

Registraduría Nacional del Estado Civil de la República de Colombia (2013a). Resolución 3632.

(2013b). Resolución 3341.

Aguirre, J.J. (2010). En *Módulo de Fotografía Judicial* (Pág. 55). Medellín.

LA EXHUMACIÓN COMO ACTO DE INVESTIGACIÓN

*María Cecilia Patiño Becerra*⁷⁶

*Fabio Alberto Díaz Ramírez*⁷⁷

Resumen

El acto de investigación de exhumación no requiere control judicial para su realización. Esta labor se debe realizar con un equipo de trabajo interdisciplinario de expertos, encabezado por el antropólogo forense.

Como los restos óseos proveen menos información que un cadáver preservado en su integridad, es más exigente el estudio inicial de la escena primaria, para recolectar los restos y las evidencias que se relacionan con ellos. Por ello, en cualquier exhumación (se trate de cuerpos sepultados legalmente; o de cadáveres o partes de los mismos sepultados ilegalmente o expuestos al medio ambiente), es imperativo que se apliquen los protocolos forenses de las Naciones Unidas, que examinados en su conjunto, no difieren de los protocolos que fijan los manuales del ente investigador, o lo que es lo mismo, de la Fiscalía General de la Nación. Esta apreciación se aplica igualmente a las exhumaciones realizadas con motivo de la Ley de Justicia y Paz, como se verá.

76 Técnica en Criminalística. Grupo de Investigación Defensorial, Regional Santander.

77 Defensor Público. Oficina Especial de Apoyo, Regional Santander.

También da marco a este asunto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, con fundamento en el Artículo 19 superior, tiene decidido que la exhumación es un derecho fundamental, tal como lo define en variadas sentencias de tutela.

Palabras clave

Exhumación, inhumación, cadáver, restos óseos, trabajo en equipo, antropología forense, protocolos, leyes, justicia y paz, derecho fundamental.

Abstract

The act of exhumation research, namely, that procedure ends with a forensic autopsy on a corpse or remains that have been previously buried , either legally or illegally or exposed to the environment , does not require judicial review for its realization. This work should be performed with interdisciplinary team of experts, led by forensic anthropologist, an official who has had an unprecedented growth due to the conditions of violence and armed conflict in our country.

As the bones provide less information than a corpse preserved in its integrity, is more demanding initial study of the primal scene, to collect the remains and evidence that relate to them. Therefore, so is it any exhumation (legally buried bodies or carcasses or parts thereof illegally exposed to the environment or buried), it is imperative that forensic protocols of the United Nations, which examined together, apply not differ protocols securing manuals investigative body, or what is the same, the Attorney General's Office. This assessment applies equally to exhumations occasion of the Justice and Peace, as you will see.

Finally, the Constitutional Court, based on Article 19 above, has decided that the exhumation is a fundamental right, as defined in various judgments of guardianship.

Keywords

Exhumation, burial, body, bones, teamwork, forensic anthropology, protocols, laws, justice and peace, fundamental right.

Introducción

En relación con el procedimiento de exhumaciones, es claro que el acto de investigación le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, que atendiendo razones de necesidad, ordena a los funcionarios de policía judicial su realización. Este procedimiento es una diligencia de inspección, denominada formalmente acto de investigación de campo, que no requiere control judicial por parte del juez de control de garantías. De la misma manera, con las limitaciones propias que le impone la ley, cumpliendo los protocolos establecidos y la dinámica propia del sistema acusatorio colombiano, la defensa puede acudir a la realización de este procedimiento con el fin de hallar evidencias o refutar las que tenga en su poder el ente fiscal. Esto último tiene fundamento en uno de los principios estructurales del sistema adversarial: la aplicación del principio de igualdad, reflejado en el principio de igualdad de armas, que forma parte del debido proceso, como garantía del derecho de defensa y del principio de contradicción, referido a que las partes puedan elaborar su particular teoría del caso en igualdad de condiciones y garantías que permitan un equilibrio en las actuaciones procesales y en los medios probatorios; con la posibilidad de las dos partes enfrentadas, Fiscalía y defensa, de acudir ante el juez con las mismas herramientas, de manera que no genere una posición ventajosa de una de las partes en detrimento de la otra, que persigue el objetivo de convencer al fallador de que sus pretensión es la que debe prosperar. (Corte Constitucional, Sentencia 536 de 2008).

Destaca la Corte que el principio de igualdad de armas responde a la metodología de investigación de los sistemas penales de tendencia acusatoria, ya que en estos sistemas a ambas partes procesales, tanto la Fiscalía como el imputado o acusado, les es posible recaudar material probatorio durante la etapa de investigación, recolectar, solicitar y controvertir pruebas en la etapa de juicio oral, sin ninguna limitante, salvo la afectación de terceros y de derechos fundamentales, mediante un control que lo ejerce el juez de garantías en la etapa de investigación, y el juez de conocimiento en la etapa del juicio, todo lo cual pone en evidencia el papel diligente y activo que se le otorga al imputado y acusado en materia probatoria durante las diferentes etapas del proceso penal. (ídem).

Este trabajo tratará sobre las disciplinas técnicas y científicas requeridas para llevar a feliz término la exhumación, resaltando la actividad desarrollada por los antropólogos forenses, quienes realizan su labor de búsqueda y análisis desde la misma escena del crimen, cumpliendo los protocolos que se han expedido por parte de las Naciones Unidas, por la ley y por la Fiscalía General de la Nación.

Aunque los protocolos referidos tienen vigencia y aplicación para toda clase de exhumaciones, no hay duda de que, debido a la situación de conflicto armado que soporta Colombia, tienen especial y permanente vigencia en las exhumaciones de cadáveres, o partes de ellos, sepultados ilegalmente o expuestos al medio ambiente, incluidos aquellos de los que se tiene noticia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz; especialmente en razón de que en la mayoría de los casos el cuerpo es retirado del sitio en que fue encontrado por particulares o por los mismos actores armados ilegales, con lo cual se alteran o se pierden las evidencias relacionadas con el esqueleto o con sus partes.

La Corte Constitucional ha protegido y garantizado el derecho a la exhumación, como una de las formas que asume el derecho fundamental de la libertad de cultos, consagrado en el Artículo 19, a través de varias sentencias de tutela (Corte Constitucional, Sentencias T-162 de 1994, T-517 de 1995 y T-462 de 1998).

Generalidades sobre la exhumación

Entre los actos de investigación que no requieren autorización judicial previa en nuestro ordenamiento procesal penal, encontramos la exhumación. En su Artículo 217, nos refiere que, para los fines de la investigación, el fiscal encargado del caso dispondrá, atendiendo razones de necesidad, la exhumación de un cadáver o sus restos. Agrega la norma que la policía judicial establecerá y revisará las condiciones del sitio preciso donde se encuentran los despojos a que se refiere la inspección; y que técnicamente hará la exhumación del cadáver o los restos y los trasladará a Medicina Legal, en donde serán identificados técnico-científicamente; y se realizarán las investigaciones y análisis para descubrir lo que motivó la exhumación.

Aunque en principio es un acto de investigación propio del ente investigador, no significa que la defensa no pueda solicitar la realización de la diligencia con sus propios expertos técnicos y científicos, de acuerdo a la teoría del caso que haya planteado, especialmente bajo la óptica del sistema acusatorio que nos rige. Es preciso aclarar que la defensa no puede practicar directamente una exhumación a su arbitrio, sino que requiere el examen previo del juez de control de garantías, quien podrá conceder su realización siguiendo las indicaciones que señale para el efecto, que no son diferentes a las exigidas para su contraparte, el fiscal que adelante el caso. (Resolución 1447 de mayo 11 de 2009, Ministerio de la Protección Social).

Podemos entender la exhumación como aquel procedimiento que busca hacer una necropsia médico legal, obtener evidencias o acopiar datos que permitan la identificación o corroboración de una filiación genética, en un cuerpo que previamente ha sido inhumado. Esta diligencia goza de un doble carácter, uno técnico y otro jurídico, que enlazados adecuadamente, permiten emitir un informe (dictamen) pericial adecuado e integral (Téllez, 2002).

La Resolución atrás citada define exhumar como la acción de extraer cadáveres, restos óseos o restos humanos del lugar de inhumación, previa orden judicial y/o administrativa para los efectos legales o funerarios (Resolución 1447 de mayo 11 de 2009, Ministerio de la Protección Social).

Por tratarse de un procedimiento de alto nivel de complejidad, las exhumaciones deben ser practicadas por personal experto y calificado, de ahí que un médico general sin experiencia en medicina forense no es la persona indicada para ello. En algunas ocasiones, se necesita la asistencia del médico forense para practicar una necropsia médico legal sobre un cadáver al que no se le efectuado oportunamente la autopsia, pese a haber fallecido por una de las causales que señala la ley como obligatorias para su práctica (Téllez, 2002).

En otras ocasiones, se precisa otra necropsia para corroborar algún hallazgo o descubrir alguno que se haya pasado por alto en la anterior diligencia, o simplemente se duda de las conclusiones o hallazgos de la primera necropsia. También puede ocurrir que se hace necesaria la exhumación para tomar muestras que sirvan de fundamento para la investigación, como recuperar

evidencias como proyectiles de arma de fuego, identificación por perfiles genéticos (ADN) o carta dental (Téllez, 2002).

Para realizar el procedimiento de exhumación es indispensable contar con las labores de un grupo de trabajo interdisciplinario conformado por profesionales en antropología, odontología, medicina, biología, química y geología forenses, además en áreas de la criminalística como fotografía, topografía, balística e investigación judicial, con el fin de aunar esfuerzos en la identificación de los restos óseos humanos, principal objetivo perseguido con la diligencia.

La exhumación y la antropología forense

Habíamos mencionado que el acto de investigación de la exhumación requiere el concurso de un grupo interdisciplinario de profesionales, siendo el antropólogo forense el funcionario por excelencia para realizarlas.

En términos generales, la Antropología estudia el origen y evolución de la especie humana. Como parte de la ciencia, abarca lo social, lo cultural y lo biológico dentro del tiempo y el espacio. Su objeto de estudio, por tanto, es abordado por otras disciplinas, como la Arqueología, y por subdisciplinas en las que se divide, como la Antropología Social y Cultural, y la Antropología Biológica. La Antropología Sociocultural estudia el arte, las costumbres, y otros aspectos de la sociedad, así como el derecho de los pueblos nativos, sus normas y procedimientos punitivos. La Arqueología Biológica o Física analiza las diversas formas biológicas de la población humana, mediante el estudio de restos óseos o momificados. La Arqueología investiga el pasado de las sociedades, busca y descifra sus huellas y evidencias que perduran a través del tiempo, con el fin de interpretar los cambios socioculturales y las ejecutorias de las sociedades ya desaparecidas. De esta teoría fundamental de la arqueología es que se vale la antropología forense para realizar las exhumaciones. (Fiscalía General de la Nación, Manual Único de Criminalística).

Como método de identificación de restos humanos óseos, a finales del siglo XX surge la Antropología Forense, como una disciplina de la Antropología Biológica. Hoy en día, la Antropología Forense realiza estudios analíticos e

interpretativos de los restos óseos humanos irreconocibles por el proceso de descomposición, que unidos a las evidencias encontradas, aportan información sobre la causa y la forma de la muerte, así como los hechos ocurridos en el tiempo cercano a su acaecer. (idem).

Desafortunadamente, por la situación de violencia de Colombia, ha tenido un auge inusitado el desarrollo de la Antropología Forense. Es frecuente que, por las condiciones de hallazgo de los cuerpos, y, en algunos casos, por las innegables modificaciones intencionales, se llegue a concluir que se trata de muertes violentas, en las que se intenta ocultar el cuerpo y la identidad de la víctima, con la alta probabilidad de que se trate de delitos relacionados con violación de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2001).

La Antropología Forense, según quedó reseñado, se encarga de la exhumación e identificación de restos óseos humanos de desaparecidos. La Antropología Forense en Campo, es decir, en el lugar de los hechos, coordina, (aplicando técnicas arqueológicas), las diligencias de búsqueda y exhumación de cuerpos esqueletizados o en estado de descomposición. Mientras que la Antropología Forense en Laboratorio realiza mediciones craneométricas y antropométricas con el fin de conseguir la denominada Cuarteta Básica de Identificación (edad, sexo, estatura y patrón racial). La Antropología Social y Cultural tiene aplicación cuando se trate de verificar la condición de indígenas como personas implicadas en investigaciones judiciales (Fiscalía General de la Nación, 2014).

Investigación en la escena del crimen

Como lo señala (Rodríguez 1994), es bien sabido que los restos óseos⁷⁸ proveen menos información sobre las víctimas y las circunstancias de su muerte que el cuerpo completamente preservado; de ahí que la debida recolección de evidencias de la escena del crimen sobre las condiciones antemortem y posmortem de la inhumación y su relación con los elementos asociados al cuerpo, forman el primer paso en el proceso de identificación.

78 Es decir, tejido óseo humano en estado de reducción esquelética.

Por ello, agrega, el investigador debe saber localizar el lugar de la sepultura, excavarlo, establecer si los restos son humanos o animales, comprobar el número mínimo de individuos (NMI) hallados, las causas de muerte, conceptualizar sobre el tiempo transcurrido a partir de la inhumación y los procesos tafonómicos sufridos por los restos, para culminar la labor definiendo los parámetros que caracterizan su biografía biológica antemortem u osteobiografía (referida a condiciones de sexo, edad, lateralidad, ancestros, estatura).

En la escena, la aplicación de técnicas arqueológicas mejora la investigación criminalística, dirigidos a la búsqueda y recuperación de restos humanos en estado de descomposición, y las evidencias que relacionan con ellos. De otro lado, con la ayuda de la Arqueología forense, se toma en cuenta el medio ambiente (clima, suelo, sistemas biológicos), lo cual es necesario para el estudio de los fenómenos tafonómicos. Esta ciencia relativamente nueva, la tafonomía, que se desprende de la Arqueología, trata del estudio de los procesos postmortem que afectan la preservación, observación y recuperación de organismos muertos, la reconstrucción de su biología y de las circunstancias de su muerte. Desde el punto de vista forense, la tafonomía permite estimar el tiempo de muerte, aunque sea reciente, para lo cual incluye el estudio de la descomposición de los tejidos blandos. También propende por esclarecer las circunstancias anteriores y posteriores al tiempo en que el cuerpo fue depositado en un lugar, separar las actividades del comportamiento humano de aquellas creadas por los sistemas biológicos, físicos, químicos y geológicos (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2001).

En nuestro medio, es frecuente que en la exhumación las autoridades soliciten para la respectiva diligencia de inspección, la asistencia de médicos, odontólogos y antropólogos forenses, y en razón a la escasez de antropólogos forenses dedicados al estudio de restos humanos (Antropología Física), y que debido a ello no se puede satisfacer la demanda, se requiere que el médico forense que practica necropsias tenga conocimientos básicos del tema (idem).

El estudio técnico y sistemático de la escena, válido en la investigación con escenas en recintos cerrados y cadáveres frescos, tiene su máxima difícil-

tad cuando los cadáveres se encuentran expuestos al medio ambiente o sepultados, porque la escena, el cuerpo y las evidencias varían por factores como el sitio en donde fueron depositados o desde el que fueron transportados y/o a la intervención del hombre, sea o no intencional. Para agravar la situación, el manejo incorrecto por parte de las autoridades, investigadores y forenses sin experiencia, genera alteraciones irreparables en los restos y en las evidencias relacionadas con ellos. El estudio de esta clase de escenas exige entonces una rigurosa investigación científico criminalística de la muerte desde el momento de la diligencia de inspección, mediante un trabajo conjunto entre las autoridades, los investigadores y los peritos forenses. Tal investigación debe estar orientada al manejo apropiado de evidencias físicas y biológicas, a la identificación del muerto y del responsable de su muerte -si lo hay-, a establecer la causa, forma y tiempo de la muerte, y a documentar los procedimientos realizados.

Para cumplir con todo lo anterior, los médicos forenses utilizan la patología quirúrgica y forense, y requieren además del concurso de odontólogos, antropólogos y entomólogos, esto último en los casos de cadáveres en descomposición. A esto se suma la aplicación de dos disciplinas derivadas de la Antropología, como son la Arqueología y la Tafonomía.

Procedimiento de exhumación

Cadáveres sepultados legalmente

La Ley 9 de 1979, referida a las medidas sanitarias, es la norma que rige los procedimientos de exhumación. El Título IX se ocupa del tema de las defunciones, traslado de cadáveres, inhumación, exhumación, trasplante y control de especímenes. A su turno, la ley fue reglamentada mediante la Resolución 1447 de 2009, expedida por el Ministerio de la Protección Social.

Sabemos que exhumar significa desenterrar, sacar de la sepultura un cadáver o restos humanos. La resolución ya citada, en el Artículo 2, define exhumar como la acción de extraer cadáveres, restos óseos o restos humanos del lugar de inhumación, previa orden judicial o administrativa para los efectos funerarios o legales.

En esta oportunidad nos referimos a las exhumaciones de cadáveres enterrados en un cementerio. Todo cementerio público, privado o mixto debe disponer de una sala de exhumaciones y morgue, que puede funcionar simultáneamente como laboratorio de tanatopraxia, del griego thanatos, que es el conjunto de prácticas que se realizan sobre un cadáver, desarrollando y aplicando métodos, para su higienización, conservación, embalsamamiento, restauración, reconstrucción y cuidado estético, como soporte de su presentación. Para efectuar una exhumación, es obligatoria la licencia sanitaria, expedida por la autoridad competente, que para el efecto, son las direcciones Departamentales, Municipales y Distritales de Salud, entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control sobre las condiciones higiénico-sanitarias de los cementerios y el cumplimiento de las normas sobre inhumaciones y exhumaciones, y se debe contar siempre con la colaboración de las autoridades de policía del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

Los tiempos señalados en la ley para las exhumaciones, depende de la edad del cadáver y de la fecha de inhumación respectiva. Así, para los párvulos (niñas y niños de dos a tres años de edad), son tres años y para los adultos, cuatro, a partir de la fecha de inhumación, según los registros del cementerio que se trate. Los cadáveres no identificados solo pueden ser exhumados por orden judicial; de lo contrario, se conservan en su lugar original de inhumación con el fin de facilitar su ubicación en caso de identificaciones positivas, estudios posteriores y entrega a familiares. Estos períodos pueden ser modificados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, las autoridades ambientales o los entes territoriales de salud, de acuerdo con las características climatológicas de cada región.

Si transcurrido el tiempo señalado, los interesados no reclaman los restos, el administrador puede efectuar la exhumación por vía administrativa, oficiando por correo certificado a los deudos a la dirección consignada en el recibo de inhumación. Después de quince días hábiles sin que estos se acerquen a reclamar los restos, se llevan al osario común o se efectúa la cremación.

Téllez (2002), plantea un procedimiento básico para realizar una exhumación. Debe iniciar con el conocimiento que debe tener el perito del expe-

diente (o caso que se trate) o al menos de sus partes pertinentes. Con esa información preliminar, debe preguntarse por la utilidad de la exhumación o lo que se busca con ella; y si la evidencia que se quiere recuperar es viable de acuerdo con el tiempo transcurrido (“el tiempo que pasa es el tiempo que huye”). Para cada caso concreto, es pertinente establecer si se quiere comprobar alteraciones en la escena primaria de la inhumación; o esclarecer las lesiones sufridas por la víctima, que bien pudieron ser descritas en el acta de levantamiento del cadáver, pero a este no se le realizó la necropsia de rigor; o aunque sí se le hizo, la descripción de las lesiones fue ambigua y se quiere aclarar la causa de la muerte; establecer la identidad de la persona y no solo la causa de la muerte; o verificar la filiación de una persona ya identificada plenamente, para efectos civiles o en algunos casos penales; o finalmente, en los casos en que se exhuma exhumar más de un cadáver en fosas comunes, producto de masacres u homicidios simultáneos. No se debe olvidar, que, dependiendo del caso que se está investigando y del fin perseguido con la exhumación, se va a requerir del concurso del equipo de trabajo, conformado por expertos en geología, antropología, dactiloscopia, balística, medicina forense, peritos en patología forense, odontología, laboratorios de antropología y genética forense.

Para la ejecución del procedimiento, recuerda el autor que con la exhumación lo que se busca es hacer una necropsia médico legal en un cuerpo que ha sido inhumado previamente, lo que origina en consecuencia las partes de dicho procedimiento, son las siguientes: exhumación propiamente dicha, necropsia médico legal u obtención de evidencias; y elaboración del informe. No se deben perder de vista las indicaciones básicas comunes a toda exhumación, que se refieren a un trabajo en equipo interdisciplinario e interinstitucional, la coordinación entre el equipo forense y las autoridades competentes, a guardar las medidas de seguridad biológicas y de orden público; y a evitar siempre exhumaciones de urgencia.

Volviendo a los pasos del procedimiento, en relación con la exhumación propiamente dicha, que inicia con el reconocimiento del sitio de inhumación y se extiende hasta cuando el cadáver es puesto a disposición del equipo forense para realizar la necropsia, Téllez (2002), observa que siendo la exhumación un procedimiento judicial soportado bajo parámetros técnicos y científicos, no debe realizarse sin la presencia de la autoridad compe-

tente; tampoco debe ejecutarse con la tumba abierta sin la presencia del equipo forense y de las autoridades, a menos que estas últimas avalen el procedimiento en esas condiciones; adicionalmente, la documentación y el registro fotográfico inicia desde el momento mismo del reconocimiento del sitio de inhumación, y deben firmar el acta todos los participantes en la diligencia.

En cuanto a la necropsia médico legal u obtención de evidencias, el cadáver se debe trasladar a un sitio con las garantías de bioseguridad, seguridad personal y aislamiento del personal técnico científico, preferiblemente en la morgue; se debe realizar la exploración del cuerpo, teniendo en cuenta la hipótesis de trabajo señalada de antemano; y registrar los hallazgos mediante fotografías y filmaciones, incluyendo la inspección del ataúd, las prendas, la superficie del cuerpo y finalmente la exploración interior.

El informe, que debe ser escrito, se acompaña del álbum fotográfico, identificando el cadáver y el caso en general, así como las autoridades y el personal forense participante, horas de inicio y finalización de cada actividad, los detalles de la exhumación, los fenómenos cadavéricos encontrados, las alteraciones previas producidas por terceros o por funcionarios del cementerio o funerarias, la descripción de las lesiones, el listado específico de hallazgos y de evidencias recuperadas; y finalmente, las conclusiones, en las que se hace referencia a la causa, manera y mecanismo de la muerte, cumpliendo con la solicitud inicial por la cual se realizó todo el procedimiento de exhumación que culminó con la necropsia médico legal respectiva.

Cadáveres, o partes de los mismos, sepultados ilegalmente o expuestos al medio ambiente

Cuando se investiga una muerte, la situación se torna más complicada si el cadáver o sus partes están sepultados ilegalmente o expuestos al medio ambiente, sea en la superficie, o en fuentes de agua como el mar, ríos, lagunas, quebradas, etc. Para la investigación científica y criminalística del cuerpo, de la muerte y el análisis de la escena, en estos eventos deben tenerse en cuenta los factores ambientales, biológicos y humanos que han producido modificaciones en los cadáveres y las evidencias relacionadas con ellos (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2001).

Ya habíamos indicado que debido a la situación del conflicto armado en Colombia, es forzoso considerar que en estos casos se trata de delitos relacionados con violación de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario (DIH). (Protocolo de Minnesota). Las circunstancias en que encontraron el cadáver o sus partes restringen la posibilidad de recuperar evidencias y de avanzar positivamente en la investigación, ya que en la mayoría de los casos se retira el cuerpo del sitio en que fue encontrado, dichos cuerpos o restos humanos son hallados por particulares; y por motivos de seguridad, -puesto que suelen estar localizados en zonas de conflicto armado-, por alteración del orden público o por dificultades para acceder al sitio, los cuerpos son rescatados por personal de los organismos armados, entidades de socorro y ayuda o los mismos particulares, y trasladados del lugar original del hallazgo, generando que la investigación se inicie en un área totalmente diferente (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2001).

Para la recuperación y manejo de cuerpos y restos humanos sepultados o expuestos al medio ambiente, deben seguirse ciertas reglas, que mencionaremos muy someramente. Si nos encontramos frente a este caso específico, y con el fin de buscar y obtener evidencias físicas, no debemos olvidar que (a diferencia de escenas en recintos cerrados, cadáveres frescos o cementerios), hay otras escenas secundarias o asociadas diferentes a la del sitio del hallazgo inicial, especialmente si se trata de homicidios. Igualmente se debe tener en cuenta el medio utilizado para transportar el cadáver y el lugar transitorio en donde se deposita.

Es recomendable la presencia de un médico forense en la diligencia de investigación de campo, que elabore su propio informe, dando a conocer a la autoridad (para nuestro caso, la Fiscalía) el lugar en donde se realizarán los estudios pertinentes, que será diferente al sitio de la exhumación, lo cual implica trasladar el cadáver o los restos a la morgue o a la sede del laboratorio de antropología forense.

La recuperación del cuerpo y/o los restos óseos y las evidencias relacionadas debe hacerse de manera sistemática: recopilando las relaciones entre ellas; asegurándolas mediante la cadena de custodia; registrando cada evidencia en el sitio en que fue descubierta; preservándola en recipientes

marcados, con el registro documental que identifique al responsable; tomando fotografías, y aplicando las medidas de seguridad para la escena y las evidencias, con el concurso de la autoridad respectiva, que delimita el área de trabajo e impide el acceso a personas ajenas a la práctica de la diligencia.

Es precisa la participación de un topógrafo que realice un plano general del sitio del hallazgo y, en caso de cuerpos sepultados, de planos del sitio adyacente y del interior de la tumba, gráficos todos que servirán para establecer cómo se encontraban distribuidas las evidencias. Para efectos de interpretar los hallazgos, en especial los cambios postmortem, es oportuno registrar las características físicas del sitio: suelo, humedad, temperatura, clima, vegetación, consultando, si es necesario, a entidades como Himat, Ingeominas o las universidades. Si se trata de hallazgos en sitio con agua, se debe registrar si es mar, río, laguna, pozo de aguas estancadas, etc., anotando la profundidad, si se trata de una quebrada o río y si son corrientes de aguas rápidas o lentas; esto, con el mismo fin, es decir, que sea posible interpretar los hallazgos, aunque los expertos no estén presentes en la diligencia.

Si el cuerpo aún presenta tejidos blandos, se debe describir el sitio del hallazgo, tomar fotografías, elaborar esquemas, junto con la labor que realice el topógrafo. Sin efectuar un examen exhaustivo del cuerpo o de los restos en el sitio del hallazgo, se deben registrar los cambios de putrefacción, preservación, descomposición, aclarando si el cadáver está completo o sólo sus partes corporales; y se deben señalar modificaciones como calcinación o mutilación. En este último caso, sea por fragmentación o dispersión de partes corporales, se debe efectuar una búsqueda en las zonas colindantes para establecer la posible acción de animales o terceras personas. De ahí la necesidad de buscar actividad de animales carroñeros e insectos y de recuperar larvas que se encuentren en el lugar, para un posterior estudio de entomología (estudio científico de los insectos).

Si el hallazgo es de cuerpos expuestos, se extienden un plástico o una sábana blanca, y limpia, para colocarlos sobre cualquiera de ellos y embalarlos, evitando su manipulación, para posteriormente introducirlos en bolsas plásticas. Es importante revisar el sitio sobre el que se encontraba el cuer-

po, con fin de buscar evidencias y registrar los cambios de la vegetación, manchas y huellas de pisadas o llantas.

Algunas veces se requiere localizar una tumba. En estos casos es necesario el apoyo de un antropólogo con experiencia en arqueología, que indique la localización de un entierro o el uso de instrumentos técnicos, como una sonda metálica, para revelar la tierra removida. Este entierro es una mezcla de capas superficiales y profundas del suelo, observables en cambios de color de la superficie donde se halla la tumba. Ubicado el sitio donde están el cuerpo o sus restos, se debe acordonar el área adyacente. Una tumba puede ser individual o común (contiene uno o más individuos), aislada o adyacente (las sepulturas están distantes o muy cercanas entre sí), primarias (contienen al individuo desde su muerte) o secundarias (los restos fueron removidos y vueltos a enterrar), perturbada (fosas primarias que han sido alteradas por el hombre) o intacta (cuando desde la inhumación, salvo causas naturales, la tumba no ha sido perturbada). Toda tumba secundaria es perturbada, situación que es definida por el arqueólogo.

Ocurrido lo anterior, se asigna un número de clasificación para cada tumba, fijando un punto de referencia visible e identificable para levantar las cuadrículas que permitan ubicar el cuerpo y las demás evidencias. Si la tumba es individual, o el sitio es muy reducido, solo una persona debe encargarse de la excavación y remoción del cuerpo o restos. Si es un espacio amplio o un enterramiento colectivo, se delimita el área por cuadrículas, y de esa manera pueden trabajar una o dos personas de manera rápida y eficiente, evitando daños y confusiones.

Las excavaciones arqueológicas o forenses debe realizarlas el antropólogo, porque el médico no tiene experiencia. Con las herramientas adecuadas (palustres, palas), tamizando la tierra que vaya saliendo, conservándola en bolsas o frascos plásticos, evitando dañar las evidencias, especialmente los fragmentos óseos u objetos pequeños que no se perciben a simple vista, como dientes, joyas, prendas, etc., debe continuar la exhumación. Es preciso excavar hasta descubrir totalmente el cuerpo o el esqueleto, quitando la tierra o vegetación sobre él y en su alrededor, utilizando pequeñas herramientas de madera o guadua. No se deben halar con fuerza el esqueleto o sus partes, con el fin de evitar fracturar alguna pieza, y antes de moverlos,

debe medirse la longitud total del cuerpo o el área en donde se encuentren esparcidos. Es clara la obligación de tomar fotos con testigo métrico y/o un registro filmico del sitio, de la tumba y del esqueleto o sus partes. Los huesos se recogen ordenadamente; si se trata de un esqueleto completo, se inicia el proceso por los huesos de los pies y de las manos; continuando con las rótulas, tibias, peronés, fémures, radios, húmeros y cubitos; cráneo, costillas, sacro, vértebras lumbares, escápulas, vértebras torácicas y, finalmente, las cervicales. Removido el cuerpo, se extiende la excavación hasta que no haya evidencia de perturbación o de artefactos. De esa forma finaliza la excavación (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2001).

Aplicación de los protocolos forenses de las Naciones Unidas a las exhumaciones

El Protocolo de Minnesota de 1991, es el Manual de la ONU para la prevención e investigación efectivas de ejecuciones sumarias, extrajudiciales, arbitrarias o legales. Y el Protocolo de Estambul de 1999, es el Manual de la ONU para la investigación y documentación efectivas de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Del informe del Secretario General de la ONU sobre Derechos Humanos Ciencias Forenses presentado a la Comisión de Derechos Humanos, mediante Resolución 1992/24, surge la urgencia y la necesidad de aplicar dichos protocolos forenses a las investigaciones de violaciones de derechos humanos, que incluyen por supuesto las exhumaciones. En este informe, la entidad “observaba que en varios informes que se le habían presentado se hacía referencia a la exhumación e identificación de víctimas probables de violaciones de derechos humanos y de infracciones conexas, así como a las correspondientes dificultades técnicas y prácticas con que se tropezaba en esa actividad”. El Protocolo de Minnesota de 1991 (Capítulo III Sección A) y el Protocolo de Estambul de 1999 (Capítulo III punto 73), establecen que los principios fundamentales de toda investigación viable sobre causas de la muerte, en el primer protocolo, y sobre incidentes de tortura, en el segundo, requieren de independencia, competencia, minuciosidad, oportu-

nidad e imparcialidad por parte de quienes participan en el trabajo forense. (Equitas, 2007).

Aunque entre los protocolos internacionales referidos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Colombia no es estado parte en los atrás mencionados, la aplicación de dichos protocolos de las Naciones Unidas tiene conexión con los estándares internacionales. Ello se observa fácilmente en aspectos como el acompañamiento psicosocial a las familias en investigaciones de desaparición forzada, establecido en el Primer Congreso Internacional de Trabajo Psicosocial en Procesos de Exhumaciones, Desaparición Forzada y Verdad, realizado en Guatemala en febrero de 2007, en el que se señaló que los procesos de exhumación deben cumplir con los estándares jurídicos y científicos a nivel nacional e internacional, tomando como punto de referencia los principios, referidos a los protocolos de Minnesota y Estambul.

Otras conexiones entre los estándares internacionales y los protocolos, se visibilizan en cuanto a que todos los actores deben garantizar a los afectados que la información sobre el proceso de exhumación, búsqueda de desaparecidos, acciones, implicaciones y derechos sea clara y precisa, dirigida especialmente a la reparación y el derecho a obtener justicia. Los dos protocolos establecen, como uno de los objetivos de la investigación, esclarecer los hechos y responsabilidades de personas o Estados (Capítulo III Sección B Protocolo de Minnesota).

Se observa igualmente esa conexión en relación con la garantía de confidencialidad, seguridad, protección y respeto por las víctimas por parte del equipo profesional y el personal involucrado el procedimiento de exhumación, mediante acuerdos de trabajo mancomunado y comunicación interna. (Equitas, 2007).

Equitas (2007) concluye destacando la necesidad de aplicar los Protocolos de 1991 y de 1999 en las exhumaciones actuales de fosas comunes y cementerios clandestinos, de modo que los funcionarios públicos que realizan estas exhumaciones deben en sus investigaciones de desaparición forzada los crímenes de tortura y ejecución extrajudicial. Para el contexto colombiano, las conexiones entre estándares internacionales y protocolos de las Naciones Unidas, son: a) todas las exhumaciones e investigaciones

de personas desaparecidas deben cumplir las recomendaciones de los protocolos forenses internacionales; b) el principal punto de unión entre los estándares y los protocolos forenses internacionales es la transparencia en las exhumaciones y en las investigaciones de personas desaparecidas; c) todas las exhumaciones e investigaciones de personas desaparecidas deben aportar información sobre lo ocurrido con esos individuos, el esclarecimiento de los hechos y los responsables; d) Es primordial que las familias de dichas personas participen en la investigación, tanto para el seguimiento de las exhumaciones como en los casos en los que estén involucrados funcionarios públicos, brindándoles condiciones de seguridad, confidencialidad y protección.

Con fines de mera ilustración, el Protocolo de Minnesota señala el modelo de exhumación y análisis de restos óseos, que incluye una lista de pasos a seguir en un examen forense básico. Menciona que el objeto de una investigación antropológica es el mismo que el de una investigación médico legal de una persona recién fallecida. El antropólogo, que examina un esqueleto con tejidos duros (no blandos) debe determinar la identidad del occiso, la hora y el lugar de la muerte, la causa de la muerte y la manera o el modo en que ésta ocurrió (homicidio, suicidio, accidente o natural). Del grado de descomposición del cadáver depende el tipo de investigación y, por lo tanto, el protocolo o protocolos que han de seguirse.

Aunque el margen de error suele ser mayor del que puede lograrse con una autopsia hecha poco tiempo después de la muerte, la investigación antropológica debe dedicar tiempo y atención a resolver cuestiones tales como si se trata o no de restos humanos, si son de un solo individuo o de varios; cuáles eran el sexo, la raza, la estatura, el peso, la destreza y el físico del occiso; si hay rasgos o anomalías del esqueleto que puedan servir para identificarlo positivamente; la oportunidad, la causa y la forma de la muerte.

En relación con el protocolo propiamente dicho, el modelo a seguir parte de la investigación de la escena: la recuperación de un entierro debe hacerse minuciosamente, coordinando los esfuerzos del investigador principal y el antropólogo o arqueólogo (quien supervisa la exhumación). Se debe prohibir que el procedimiento lo realicen personas sin preparación en antropología forense, pues puede perderse información valiosa y generarse

otra falsa. Cada excavación y cada tipo de entierro tienen problemas y procedimientos especiales. La información obtenida de la excavación depende del conocimiento de la situación del entierro y de la experiencia. El informe final debe incluir los fundamentos del procedimiento de excavación.

Durante la exhumación debe seguirse el siguiente procedimiento:

- a) Dejar constancia de la fecha, la ubicación, las horas de comienzo y terminación de la exhumación y el nombre de todos los trabajadores;
- b) Dejar constancia de la información en forma narrativa, complementada con dibujos y fotografías;
- c) Fotografiar la zona de trabajo antes de iniciar los trabajos y después de que concluyan todos los días, para documentar las alteraciones que no se relacionen con el procedimiento oficial;
- d) En algunos casos es necesario ubicar en primer lugar la fosa en una superficie determinada. Hay varios métodos de ubicación de fosas, según su antigüedad: reconociendo huellas, cambios de contorno superficial y variaciones de la vegetación. Puede usarse la sonda metálica para ubicar las características menos compactas; y puede despejarse la zona a investigar y apartarse el suelo de la superficie con una pala plana. Las fosas tienen una apariencia más oscura que el terreno que las rodea porque el suelo superficial, más oscuro, se ha mezclado con el subsuelo más claro en el lugar en que se ha rellenado la fosa.
- e) Clasificar el entierro, sea: individual o mezclado; sean las fosas aisladas o adyacentes; primarias o secundarias; y finalmente, según sean inalteradas o alteradas.
- f) Asignar un número inequívoco al entierro;
- g) Establecer un punto inicial, bloquear y hacer un mapa del lugar del entierro;
- h) Extraer la capa superior de tierra, examinando ésta en busca de materiales asociados;
- i) Utilizar un detector de metales es útil para hallar elementos metálicos, como balas o joyas;

- j) Ubicado el nivel del entierro, circunscribir el cadáver y, si es posible, abrir la excavación del entierro a un mínimo de 30 cm a los costados del cadáver;
- k) Hacer un pedestal del entierro excavando todos los costados hasta el nivel inferior del cadáver (aproximadamente 30 cm);
- l) Exponer los restos con un cepillo blando o escobilla, examinar el suelo alrededor del cráneo en busca de pelo; colocar este suelo en una bolsa para estudiar en el laboratorio;
- m) Fotografiar y hacer un mapa de los restos en el lugar mismo;
- n) Antes de desplazar nada, debe medirse al individuo, la longitud total de los restos;
- o) Extraer todos los elementos y ponerlos en bolsas o cajas;
- p) Excavar y pasar por una criba o cedazo el suelo situado inmediatamente debajo del entierro.

Luego, en la etapa del análisis de laboratorio de los restos óseos, debe seguirse el siguiente protocolo: a) anotar la fecha, la ubicación, la hora de iniciación y de terminación del análisis del esqueleto, y el nombre de todos los trabajadores; b) radiografiar todos los elementos del esqueleto antes de hacer una limpieza posterior; c) conservar algunos huesos en su estado original; dos vértebras lumbares bastarían; d) tender todo el esqueleto en forma sistemática, distinguiendo la izquierda de la derecha, haciendo un inventario de todos los huesos y dientes y dejar constancia gráfica, fotografiando todo el esqueleto; e) si se analiza más de un individuo, y especialmente si hay alguna posibilidad de hacer comparaciones entre individuos, numerar todos los elementos con tinta indeleble antes de comenzar otro trabajo; f) dejar constancia de la condición de los restos, por ejemplo, intactos y sólidos, erosionados y quebradizos, chamuscados o cremados; g) identificar la edad, el sexo, la raza y la estatura; h) identificación individual, buscando las pruebas de destreza, cambio patológico, trauma y anomalías del desarrollo; i) distinguir las lesiones derivadas de medidas terapéuticas de las que no estén relacionadas con tratamiento médico y fotografiar todas las lesiones; j) si los restos se han de enterrar nuevamente antes de obtener la identificación, conservar muestras de fémur, peroné, esternón, incisivo mandibular, molares y vaciado en yeso del cráneo, para análisis posteriores.

El Informe final debe indicar todos los procedimientos y resultados, un resumen breve de las conclusiones y debe ir firmado con la fecha del informe.

Exhumaciones producto de la Ley de Justicia y Paz

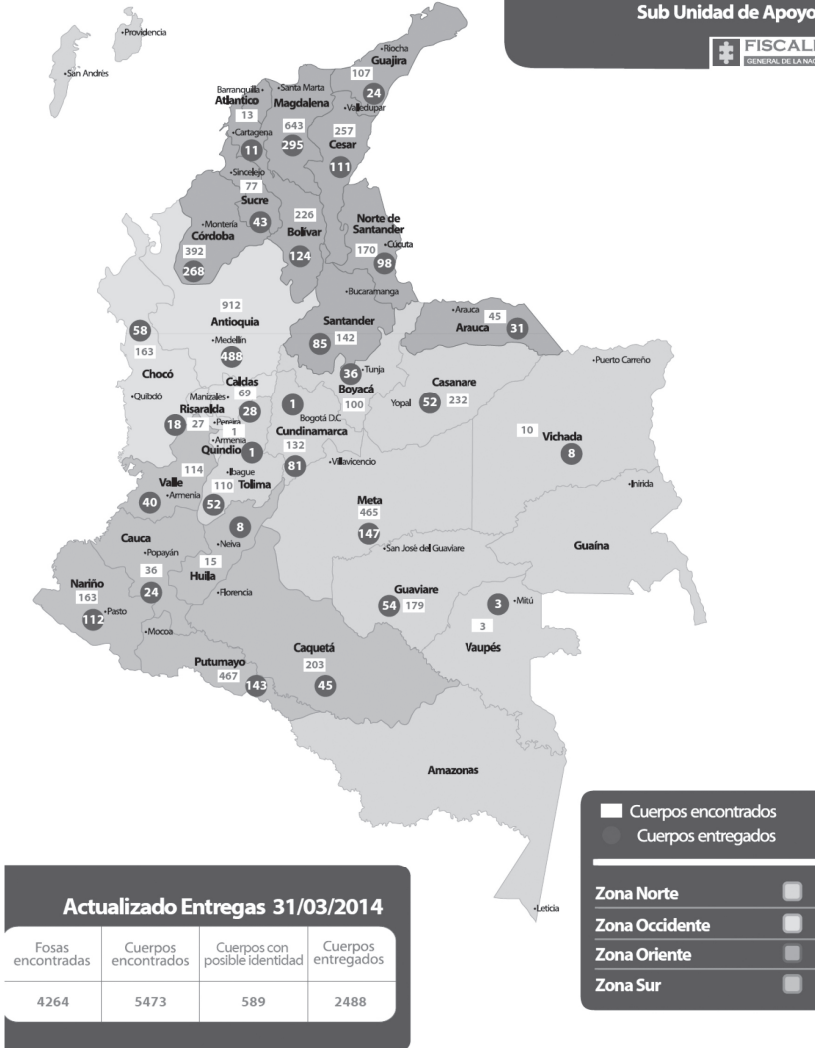
Sabemos que la Ley 975 de 2005, denominada Ley de Justicia y Paz, persigue la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley para que contribuyan a conseguir la paz en nuestro territorio y realizar acuerdos humanitarios. Esta ley obliga a la Fiscalía General de la Nación, a través de los funcionarios de Policía Judicial, a investigar los hechos cometidos por aquellos grupos armados, especialmente la búsqueda e identificación de los desaparecidos y de los restos de personas muertas, que servirán como acto de reparación integral a sus familias, y con su ayuda, establecer, no solo las personas desaparecidas, sino obtener información particular sobre ellas, ubicar el sitio donde se encuentran, exhumar los cadáveres, identificarlos plenamente y entregarlos finalmente a sus familiares.

Para hacer efectiva la norma en lo que interesa para este trabajo, en esta misma Ley se creó la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y Paz, órgano de investigación que conformó dentro de esa Unidad, mediante Resolución 2889 de agosto de 2007, una Subunidad de Apoyo para la Búsqueda de Desaparecidas o de Personas Muertas.

El siguiente gráfico muestra el trabajo de dicha Subunidad en cuanto al consolidado de exhumaciones (Fiscalía General de la Nación, Estadísticas Subunidad de Exhumaciones. 2014):

Unidad Nacional de **Fiscalías**
para la **Justicia** y la **Paz**
Sub Unidad de Apoyo

FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN



La Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas elaboró el Protocolo Interinstitucional para la entrega digna de restos de personas desaparecidas, en cumplimiento del Artículo 7, parágrafo 3 de la Ley 1408 de 2010, que ordena a las autoridades la identificación, exhumación, investigación y entrega los cuerpos o restos a la familia afectada, en condiciones de dignidad, respeto y trato humano.

La aplicación de este protocolo es de carácter obligatorio, y su objetivo es establecer una metodología adecuada e idónea para la entrega digna de cuerpos de personas desaparecidas forzosamente, con el fin de que los funcionarios actúen de manera respetuosa y considerada con las víctimas y sus familiares. Dicha Comisión está integrada por Defensoría de Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho internacional Humanitario, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ASFADDES (Asociación de Familiares de detenidos Desaparecidos) y la Comisión Colombiana de Juristas.

Pese a que Equitas (2006), organización forense centrada en la víctima y basada en la evidencia, que trabaja desde la perspectiva de Derechos Humanos y DIH, reconoce el esfuerzo de la Unidad Nacional de Justicia y Paz en las exhumaciones masivas que realiza, considera que por la cantidad de restos óseos hallados y la premura con que se desarrollan los procedimientos, se pueden generar problemas con su manejo y en la identificación posterior. Menciona que en varias de las exhumaciones realizadas a lo largo del país, los cuerpos o sus restos se han identificado de forma indiciaria, lo que significa que estos restos no se han identificado positivamente y por lo tanto no se ha confirmado en un ciento por ciento la identidad de las personas recuperadas.

Además de lo anterior, señala que, debido a la alta carga de restos encontrados, existen problemas de logística e infraestructura y las oficinas de investigación no cuentan con el espacio suficiente para almacenarlos y analizarlos, principalmente en los lugares apartados; esto se suma a la escasa protección de la fuerza pública en las zonas en donde se conoce de la existencia de cementerios clandestinos, y al desentierro de las fosas por parte de los actores armados ilegales en los mismos sitios en donde opera la Unidad de Justicia y Paz.

Insiste en que no hay un plan de búsqueda que articule las exhumaciones realizadas, y que, por lo tanto, no cumplen con los protocolos pertinentes, es decir, la documentación, búsqueda, recuperación, análisis e identificación; lo cual crea el riesgo de generar infinidad de NN, una doble desaparición, pues no hay cruces de datos efectivos entre las autoridades.

La celeridad en las exhumaciones no garantiza la recolección de todos restos óseos y la evidencia asociada, lo que va en contravía de lo señalado en el protocolo de Minnesota, especialmente en lo que se refiere a las fosas secundarias. No se están exhumando todos los restos enterrados en cada cementerio clandestino, a sabiendas de que el *modus operandi* de los actores armados es depositar los restos de personas desaparecidas en sitios de sus áreas de control, que al cabo de los años se convierten en cementerios clandestinos. Tampoco está sistematizada la información de informantes y testigos respecto a la ubicación de fosas comunes, no se ha podido utilizar esa evidencia para confrontarla con ayudas técnicas, como imágenes satelitales, fotografías aéreas e incluso para cruzarla con registros de desaparición.

En razón de que se tiende a considerar la exhumación como un fin y resultado en sí mismo, muchas veces no se sabe qué ocurre con los restos luego de exhumados, si se hace seguimiento a la cadena de custodia, a los análisis, si en realidad son devueltos a los familiares, o si se convierten en evidencias en los procesos judiciales.

Se requiere entonces un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas articulado, soportado con equipos de expertos interdisciplinarios, con un registro funcional y operativo para evitar que aumente el número de NN; un plan dentro del cual la identificación sea la tarea primordial de toda exhumación, y no solo la recuperación del cuerpo, y en el que se dé prioridad a aquellas zonas de exhumación que necesitan intervención urgente, debido a que la evidencia corra el riesgo de ser destruida o alterada.

La participación de las familias en las exhumaciones e investigaciones forenses es un componente central para los procesos de exhumación, y es crucial para el éxito de las investigaciones. Y es vital la protección de los sitios de desentierro por parte de las autoridades, obligación que es reconocida por entidades internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Para finalizar, es pertinente traer a colación la Ley 1408 de 2010, que rinde homenaje a las víctimas del delito de desaparición forzada y dicta medidas para su localización e identificación, mediante la elaboración de mapas, el intercambio de información de exhumaciones, inhumaciones, la conservación de cuerpos o restos y la asistencia a los familiares durante el proceso

de entrega de los cuerpos o restos exhumados. Lo anterior con el apoyo de las autoridades departamentales, el Ministerio Público y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y con la garantía de protección por parte de las autoridades de policía. En cuanto a los familiares de las víctimas, se les deben suministrar los recursos necesarios para los gastos funerarios, de desplazamiento, hospedaje y alimentación durante el proceso de entrega de los cuerpos o sus restos.

Esta Ley fue objetada por el presidente de la República, por ir en contravía del marco fiscal y generar presiones desarticuladas en la planeación y en el presupuesto nacional; sin embargo, la Corte Constitucional (Sentencia C-238 de 2010) declaró infundada la objeción y en consecuencia la declaró exequible.

En sus consideraciones, la Corte apunta que el proyecto exige al Estado una serie de conductas con el propósito de que esté acorde con el ordenamiento internacional, y que el cumplimiento de disposiciones superiores como los Artículos 12 y 93 y el propósito de cumplir con el derecho a la justicia, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación son un desarrollo de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos. Por consiguiente, las normas objetadas en últimas están reafirmando contenidos normativos constitucionales.

Recordemos las normas citadas: Artículo 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”; “Artículo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La exhumación y el derecho fundamental a la libertad de cultos

En diversas sentencias de tutela la Corte Constitucional tiene decantado el carácter de fundamental de la libertad de cultos (Artículo 19 C.P). El dere-

cho fundamental se apoya en el Artículo 19 de la Constitución, que dice: “Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. “Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.”

En diversas sentencias de tutela, la Alta Corte, en cuanto al alcance constitucional del derecho a exhumar un cadáver para darle sepultura o conducir los restos según el culto de los deudos, aludiendo al sentido jurídico del sepulcro “concebido como un objeto simbólico depositario de valores religiosos”, concluyó que como en materia de creencias religiosas no existe restricción alguna, la pretensión de una persona de venerar la tumba de un ser querido se encuentra protegida constitucionalmente por el derecho fundamental consagrado en el Artículo 19 de la Constitución, que garantiza la libertad de cultos, en sus variadas expresiones, tales como la de profesar una religión, difundir sus ideas, la reunión en templos o casas para prácticas de adoración o la colocación de los restos mortales de sus parientes en determinados sitios para visitarlos y venerarlos (Corte Constitucional, Sentencias T-517 de 1995 y T-462 de 1998).

En otra oportunidad, el alto Tribunal (Sentencia T-162 de 1994), señaló que “La importancia que tiene el culto en la religión, como elemento inescindible de la creencia, ha conducido a la incorporación en las cartas constitucionales del derecho fundamental al culto religioso (C.P. art. 19). De esta manera se amplía el ámbito de protección de la libertad, al pasar de la simple aceptación de la creencia, a la plena admisión de los medios ceremoniales a través de los cuales la creencia se manifiesta, así como a la libertad de no participar en culto alguno.”

Conclusiones y aportes

A lo largo de estas líneas se mencionó varias veces el trabajo en equipo. Con el cambio del procedimiento penal, con una tendencia marcada al sistema acusatorio, en donde la prueba deja de ser permanente y la discusión central entre las dos partes antagónicas, (fiscalía y defensa, como un sistema de partes -de ahí que sea adversarial-), bajo el imperio del principio de igualdad de armas, se centra en persuadir al juez de que la teoría del caso propuesta es la que debe prosperar, es imprescindible el trabajo en equipo

por parte del Defensor Público. Tal equipo está conformado por el propio defensor y por los investigadores y técnicos en criminalística del Grupo de Investigación Defensorial de la Defensoría del Pueblo.

Puesto que la exhumación es un acto de investigación propio de la fiscalía, que en principio dirige y coordina el fiscal encargado del caso de que se trate, que lo ordena por motivos de necesidad, debemos tener bien claro que la defensa también puede hacer uso de esta herramienta, ya que puede realizar su propia investigación encaminada a una adecuada defensa técnica, es decir, a refutar las evidencias presentadas por el investigador, sobre la base de la presunción de inocencia que ampara al acusado durante toda la actuación. Por ello, en el evento de las exhumaciones y las posteriores necropsias y análisis técnicos y científicos, *los informes forenses, realizados al cadáver o a sus partes por los expertos de una y otra parte, serán cotejados en el juicio oral, como cualquier otra evidencia presentada ante el juez de conocimiento.*

Destacamos en este trabajo la obligatoriedad de la utilización de los protocolos nacionales e internacionales para realizar los procedimientos de exhumación, pues de ese modo se evitan errores, alteraciones o desaparición de evidencias en los cadáveres o sus partes, especialmente en casos de exhumaciones de cadáveres o partes de los mismos sepultados ilegalmente o expuestos al medio ambiente y en las investigaciones que surgen por la aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

Con este trabajo se quiso suministrar una información general sobre el acto de investigación de la exhumación de un cadáver o sus partes, la forma de practicarse, respetando la normatividad nacional e internacional, labor que debe iniciar desde la escena primaria, con la ayuda imprescindible del equipo de trabajo técnico y científico, el acompañamiento que debe existir por parte de las víctimas y, finalmente, para los fines para los fines por los cuales se practicó la diligencia.

Referencias

Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-517 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia T-462 de 1998. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia 536 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia T-365 de 2009. M.P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C-238 de 2010. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Ministerio de la Protección Social. Resolución 1447 de mayo 11 de 2009. *Prestación de servicios de inhumación, exhumación y cremación de cadáveres.*

Equitas. (2006). *Apreciaciones a las exhumaciones e investigaciones forenses realizada por la Unidad Nacional de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación.* Bogotá, Colombia.

Equitas. (2007). *Aplicación de protocolos forenses de las Naciones Unidas a los estándares sobre acompañamiento psicosocial en el marco de las exhumaciones en Colombia.* Bogotá, Colombia.

Fiscalía General de la Nación. *Manual Único de Criminalística.* (s.f.). Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional de Colombia.

Fiscalía General de la Nación. (2014). *Estadísticas Subunidad de Exhumaciones.* Recuperado de <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/sub-unidad-exhumaciones/>

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2001). *Manual para la práctica de autopsias médico-legales.* Bogotá, Panamericana Formas e Impresos.

Rodríguez Cuenca, J. (1994). *Introducción a la Antropología Forense. Análisis e Identificación de restos óseos humanos.* Bogotá, Universidad Nacional.

Téllez Rodríguez, N. (2002). *Medicina Forense. Manual integrado.* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

Autores

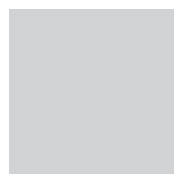
MARÍA CECILIA PATIÑO BECERRA

Contador Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Actualmente cursa 7° semestre de Derecho. Curso Básico de Policía Judicial en la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses F.G.N. Cursos de Policía Judicial - Investigador Testigo. Auditor Interno ISO 17025:2005- SGS. Investigador Judicial II de la Fiscalía General de la Nación. Técnica en Criminalística Unidad Operativa de Investigación Defensorial Regional Santander. Profesional Especializado en Investigación Grado 17 en la Defensoría del Pueblo Regional Santander.

FABIO ALBERTO DÍAZ RAMÍREZ

Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia. Asesor Jurídico de entidades del Estado y de empresas privadas. Docente de las cátedras de Derecho Procesal Penal, Derecho Probatorio y Técnicas de Juicio Oral en la Universidad de Investigación y Desarrollo de Bucaramanga. Docente de la cátedra de Gestión Pública de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo Regional Santander. Miembro de la Red de Formadores de la Escuela de Capacitación “Roberto Camacho Weverberg” de la Defensoría del Pueblo.

**ACTOS
DE INVESTIGACIÓN
FRENTE
A ORGANIZACIONES
CRIMINALES**



ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL ARTÍCULO 241 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

*Clara Inés Muñoz Peláez*⁷⁹

*Luisa Fernanda Zapata Gómez*⁸⁰

Resumen

Este artículo analiza la definición de lo que es una organización criminal, así como sus orígenes, los tratados, normas constitucionales y legales que la rigen, a fin de determinar los requisitos pertinentes cuando se está de cara un acto de investigación como lo es el de análisis e infiltración de organización criminal. En este estudio se propone abordar los criterios que permiten definir cuándo dicho acto es legal o no, así como las posibilidades, plazos y etapas que tiene el Defensor Público para solicitar la exclusión del mismo, cuando éste se ha desarrollado en el contexto de la ilegalidad, claro está, teniendo siempre en cuenta los pasos y el trato que debe sufrir este acto de investigación en el proceso penal.

Palabras clave

Organización criminal, análisis e infiltración, orden del Fiscal, elemento material probatorio, fin de la infiltración, autorización del Director General o

⁷⁹ Defensora Pública de la Oficina Especial de Apoyo de Cali.

⁸⁰ Investigadora de la Unidad Operativa de Investigación Criminal de Cali. Defensoría del Pueblo. Dirección Nacional de Defensoría Pública. Coordinación Oficina Especial de Apoyo.

seccional de Fiscalías, motivos razonablemente fundados, legalidad, ilegalidad, exclusión.

Abstract

This article analyzes the definition of what is a legal criminal organization as well as its origins, treaties, constitutional and governing it, in order to determine the relevant requirements when you are facing an investigation measure as it is to analysis and infiltration of criminal organization. This study aims to address the criteria for defining when the act is legal or not, as well as possibilities, terms and stages that has the Ombudsman to request exclusion of the same, when it has developed in the context of illegality , of course, always keeping in mind the steps and treatment must undergo this act of investigation in criminal proceedings.

Key Words

Criminal organization, analysis and infiltration, order for Prosecutor, material evidence, end of the infiltration, authorization of the Director General of Public Prosecutions or sectional, reasons reasonably founded, legality, illegality, exclusion.

Introducción

Este artículo, que versa sobre el análisis e infiltración de organización criminal, busca compartir con el Defensor Público y con la comunidad de abogados conceptos esenciales, cuya claridad es determinante para evaluar cuándo dicho acto está investido de legalidad, o cuándo se dejó de observar la misma. Como primera medida se analizará lo que se entiende por organización criminal, luego se abordarán algunos aspectos históricos alusivos a esta figura, y finalmente se explicará la regulación penal adjetiva del acto de investigación de análisis e infiltración de organización criminal, determinando con ello, los requisitos y pasos que se deben cumplir, para hablar acerca de que el análisis e infiltración de organización criminal, cumplió o no los parámetros normativos para su legalidad. Posteriormente se revisarán los momentos procesales en los cuales un Defensor podría

solicitar su exclusión por ilegal, ello en el entendido de que tan especial acto de investigación no llegara a cumplir con la rigurosidad normativa en su proceso de formación y práctica. Así pues, se estudiarán conceptos tales como: la orden para el análisis y para la infiltración de la organización, la definición de motivos fundados y el tiempo de infiltración a la organización, entre otros.

Al finalizar el artículo, los lectores quedarán provistos de los instrumentos necesarios para enfrentarse a las diferentes audiencias en las que el ente acusador presente un acto de investigación de análisis e infiltración de organización criminal, y así puedan establecer el estado de su legalidad. De igual forma, de observarse que dicho acto no cumple con los presupuestos respectivos, se pueda solicitar ante el juez correspondiente la declaratoria de ilegalidad y su consecuente exclusión.

Análisis e infiltración de organización criminal

Definición de organización criminal

Para entender qué es una organización criminal y cómo se puede infiltrar desde la plenitud de los requisitos legales, debemos hacer un recorrido por las diferentes definiciones que sobre ella se han dado. Comencemos por la Convención de Palermo que en el literal a) de su Artículo 2° preceptúa:

Grupo delictivo organizado, se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. (ONU, 2000, Artículo 2).

Tomando uno a uno los elementos que estructuran la definición de grupo delictivo organizado ya referido, tenemos que la misma Convención establece que delito grave es aquel que tiene fijada como pena de prisión cuatro o más años. Igualmente y dentro del gran concepto de organización criminal refiere a la definición de grupo estructurado, en los siguientes términos:

(...) “grupo estructurado”, un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado

a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. (ONU, 2000, Artículo 2).

Parafraseando estas definiciones y de cara al tema que nos ocupa, tenemos que una organización criminal es un grupo de personas que se asocian para cometer delitos cuyas penas son iguales o superiores a cuatro años y que tienen fines económicos o de orden material. Ahora bien, si acogemos también la definición de ‘grupo estructurado’, podemos ver que para hablar de una organización con fines delictivos solo basta que haya personas organizadas de manera planeada o estratégica para cometer delitos graves, tengan o no funciones determinadas, permanezcan o no todos sus miembros, y tengan o no una jerarquía determinada. Lo que es realmente trascendental para definir una organización criminal es que sus integrantes se organicen para cometer delitos graves durante un tiempo prolongado, cuya estructura no resulta fortuita, sino que corresponde a un claro y permanente designio criminal.

A lo largo de la historia, se han privilegiado distintos aspectos para definir las organizaciones delictivas. En Latinoamérica en particular se han dado definiciones sobre el crimen organizado, como la que presenta a continuación Rodríguez que trata del caso mexicano:

El Código Penal Federal de México coincide con la definición de crimen organizado, cuando destaca que la delincuencia organizada es el conjunto de personas organizadas bajo normas y jerarquías, con la finalidad de cometer o llevar a cabo actos ilícitos o ilegales con el fin de obtener ganancias lucrativas. (Rodríguez, 2008: 13).

Por último, encontramos una definición mucho más detallada de lo que se entiende en la actualidad por organización criminal:

Los conceptos de organizaciones y grupos criminales, participan de la necesidad común de hacer frente a la criminalidad organizada, fenómeno que si bien ha existido a lo largo de la historia en formas concretas como las mafias, las bandas, las sociedades secretas o los bandoleros en España, adquiere su significación actual a partir de mediados del siglo XX, vinculada al proceso de liberalización económica, al desarrollo de las comunicaciones y

de las tecnologías, y a la existencia de movimientos ideológicos o sociales que interaccionan con los anteriores.

El elemento fundamental de la criminalidad organizada es la existencia de una organización criminal. Su nota definitoria no viene determinada tanto por la concurrencia de una pluralidad de personas o por los delitos que cometen, sino por la forma en que dichas personas están estructuradas y por cómo realizan dicha actividad delictiva. Así, como características esenciales de la criminalidad organizada, podemos apuntar las siguientes:

- 1º. La existencia de unos objetivos comunes. El fin u objetivo último, suele ser la obtención de lucro ilícito, para cuya consecución se valen de otros fines mediatos como puede ser la protección de sus miembros, las alianzas con otros grupos o la consecución de grados de poder.
- 2º. La división de funciones que conduce a una profesionalización o especialización de sus miembros o subsistemas y a la mayor eficacia de la organización.
- 3º. La estructura, que comporta un ensamblaje de la organización, vertical o jerárquico u horizontal, con una serie de normas o códigos de actuación o de conducta, que son asumidos por el grupo y que dota a la misma de una permanencia que le permite la coordinación de las actividades para la consecución de su objetivo.
- 4º. Un sistema de toma de decisiones, generalmente jerárquico, bien centralizado, bien reticular, en el que coexisten subsistemas con estructuras flexibles y con autonomía en la toma de decisiones en relación con el sistema superior.
- 5º. Cohesión entre sus miembros, basado en el interés de conseguir sus objetivos, o determinado por un componente ideológico o étnico.
- 6º. Relaciones con el medio exterior, bien utilizando o aprovechándose de la violencia para sus fines, bien valiéndose de las debilidades del sistema para aprovecharse de las fisuras de las relaciones económicas o sociales ordinarias.

- 7°. Tendencia a la auto conservación por encima de la renovación de sus miembros, y donde la capacidad de permanencia es mayor cuanto más compleja sea la organización en tanto que puedan seguir manteniéndose sus objetivos. (Luzón, 2011).

Todas estas concepciones, aunadas a una mirada sobre la realidad de nuestro país, nos llevan a entender que una organización criminal es aquella asociación de personas con o sin una estructura jerárquica, regidas por comportamientos, objetivos y fines comunes, en busca de ganancias lucrativas ilícitas que se logran a través del desarrollo de actividades igualmente ilícitas.

Algunos aspectos históricos de las organizaciones criminales

Las organizaciones criminales no son obra del presente, en las diferentes épocas históricas han existido y han obligado a los Estados, a buscar mecanismos, como la cooperación entre Estados, que tampoco es reciente y sus primeras manifestaciones devienen del siglo XIX. “Obviamente, las cooperaciones en ese periodo histórico eran mucho más limitadas en los instrumentos que la definían, se circunscribía exclusivamente a la entrega de los delincuentes acusados o condenados por graves delitos mediante la sujeción al procedimiento de extradición, siempre que existiera, naturalmente, una cierta sintonía política, así como sólidos vínculos históricos y culturales con los Estados cooperantes. Así se explica, por ejemplo, que España suscribiera a finales del siglo XIX un importante número de tratados bilaterales de extradición con los países iberoamericanos. En la segunda mitad del siglo XX las circunstancias han variado, considerablemente. La irrupción y el auge de graves formas de delincuencia asociada (terrorismo, narcotráfico, y crimen organizado en general) y la transnacionalización de sus actividades criminales, han propiciado que la respuesta de los Estados sea, en igual medida, supranacional, y basada en los principios de colaboración y ayuda mutuas. La cooperación internacional entre los Estados en la represión del delito va a ser entendida de manera muy diferente y pasa a sustentarse en principios que restringen objetivamente la soberanía de cada país”. (González, 2007: 280-281).

Cabe anotar entonces, que se han ubicado en nuestro país organizaciones criminales dedicadas a la trata de personas, al tráfico de migrantes, a la

falsificación de monedas, tráfico de droga y armas, así como grupos dedicados a la venta de órganos y, en general, bandas de delincuencia común, que han obligado a la creación de mecanismos para hacerles frente. Los estudios sobre estas organizaciones han permitido conocer a sus integrantes, estructuras, funciones y fines esenciales, entre otros aspectos. Y en este sentido, uno de los mecanismos más usados para ese propósito es el acto de investigación de análisis e infiltración de organizaciones criminales.

Abordando el tema

Resulta importante en este aparte, abordar conceptos básicos para la mejor comprensión de la figura investigativa en estudio, así:

La investigación criminal se entiende como la actividad técnica y científica que los órganos del Estado con funciones de policía judicial realizan en busca de recolectar la evidencia física y los elementos materiales probatorios que permitan conocer y comprender un hecho delictivo, o también como la fase del proceso penal en la que se liga a una persona, a partir de una actividad investigativa y los hallazgos que de ella se deriven, en un proceso judicial.

Entre las actuaciones contempladas para la investigación criminal, que resultan nuevas en el sistema criminal, y que son de vital importancia en la investigación criminal, cabe resaltar: el examen y devolución de la correspondencia, la interceptación de comunicaciones telefónicas, la recuperación de información dejada al navegar por internet, la vigilancia y seguimiento de personas, la vigilancia de cosas, el análisis e infiltración de organización criminal, la actuación de agentes encubiertos, la entrega vigilada y la búsqueda selectiva en bases de datos. (Castro y Aparicio 2008:109-110).

La actualidad y complejidad delictiva en nuestro país exige novedosas y formas específicas de investigación, extrayendo de estas el análisis e infiltración de organización criminal. De esta manera, antes de la realización de una labor de infiltración a una organización criminal se debe haber ejecutado un protocolo, un procedimiento y un programa metodológico. Pero, adicionalmente, se debe contar con una revisión de las posibles acepciones en torno a la investigación criminal y a las actividades investigativas contempladas por esta, lo que, en su conjunto, nos lleva a la comprensión del

sustento normativo del acto de investigación denominado análisis e infiltración a organizaciones criminales.

Dado el marco precedente para la cuestión que nos atañe, partamos entonces de la regulación legal de la organización criminal en Colombia, a través del Artículo 241 de la Ley 906 de 2004, mejor conocida como el Código de Procedimiento Penal vigente en Colombia:

Cuando el Fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la Policía Judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustarán a los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia. (CPP, Artículo 241).

Esta norma penal adjetiva nos permite observar los requisitos mínimos que deben existir dentro de una investigación por parte de la Policía Judicial, que apoya la realización de las labores de análisis e infiltración de organizaciones criminales. Dichas labores deben pasar por un estudio que incluya análisis y búsqueda de la estructura organizacional criminal, con observación del comportamiento de cada uno de los integrantes de la misma, como también la apreciación de sus puntos débiles. De este modo, la información que surja de las actividades investigativas será analizada por la fiscalía y llevará a la consecuente emisión de órdenes por el ente acusador, para la realización de las labores específicas de infiltración de organizaciones criminales a través de los agentes encubiertos, en busca de información útil que pueda perfeccionar la investigación que se viene adelantando con anterioridad a la infiltración.

En este orden de ideas, hace falta una observación crítica en relación con la norma procedimental sobre actividades de investigación vinculadas al análisis e infiltración de organizaciones criminales, toda vez que, desde la creación normativa del acto de investigación, encontramos sólo esta preceptiva sobre tan específica figura de investigación, donde pareciera ser, que se pasó por alto el Principio de igualdad de armas, pues la normativa procedimental sólo faculta al Fiscal y a su equipo de investigación para infiltrar organizaciones criminales y en ningún momento contempla la opción de que el grupo de investigadores de la defensa infiltre dichas organizaciones criminales. Desde el enfoque defensivo, esta infiltración tendría el objeto de obtener elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida o evidencia física tendiente a determinar que el usuario de defensoría pública o el defendido, a quien precisamente se le acusa de pertenecer a determinado grupo delincuencial, nunca ha pertenecido al mismo, o, que dicho individuo fue obligado a hacer parte de las filas y a cometer delitos dentro de esa específica organización criminal, so pena de graves e inevitables consecuencias en caso de no pertenecer a determinado grupo delincuencial.

En la norma antes citada sobre análisis e infiltración de organización criminal, encontramos cada uno de los requisitos que deben cumplirse a cabalidad para considerar legal el acto de investigación:

1. La existencia de motivos razonablemente fundados para la emisión de la orden de análisis y posteriormente de la orden de la infiltración de la organización criminal, los cuales deben tener sustento en medios cognoscitivos (elemento material de prueba, información legalmente obtenida o evidencia física).
2. Inferencia razonable de la posible pertenencia del indiciado, imputado o acusado a una organización criminal.
3. Emisión de la orden de análisis de la organización criminal, con la respectiva autorización del Director General o Seccional de Fiscalías.
4. Realización del análisis de la organización criminal, que ha de culminar con un informe que determina el conocimiento de la estructura organizativa, agresividad de sus integrantes y debilidades del grupo

delincuencial, como confirmación de la presunta pertenencia del procesado a dicha estructura criminal.

5. Orden sobre planificación, preparación y operación con miras a infiltrar la organización por uno o más agentes encubiertos.
6. El fin u objeto de la infiltración debe ser el conseguir información útil a la investigación.
7. El acto de investigación ha de ajustarse a presupuestos y límites establecidos en Tratados Internacionales ratificados por Colombia.
8. Control posterior ante el juez de control de garantías. (CPP, Artículo 241 de la Ley 906 de 2004).

Adentrándonos a la definición de cada uno de estos requisitos legales, podemos explicitarlos de la siguiente manera:

Motivos razonablemente fundados

Con relación al primero de los requisitos González, asegura:

Para que el Fiscal pueda ordenar la práctica de varias diligencias que limitan derechos fundamentales, como el registro y allanamiento, la interceptación de comunicaciones, las vigilancias de cosas y personas (Ley 906 de 2004, Arts. 220, 221, 233, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 383), exige el Código que tenga motivos razonablemente fundados. Esta exigencia tiene a su vez relación con el Artículo 27 del Código de Procedimiento Penal que exige la aplicación de criterios modulares de la actividad procesal, tales como:

Motivos fundados

Los motivos fundados “son hechos, situaciones fácticas, que deben ser suficientemente claros y urgentes para justificar” la orden del Fiscal o del Juez para la realización de una diligencia que limite los derechos fundamentales de las personas. “La mera sospecha o la simple convicción” del servidor de policía judicial, no constituye motivo fundado. (González, 2007: 232).

Esta concepción nos indica que los motivos fundados han de ser objetivos y no subjetivos, porque la subjetividad de un investigador puede llevar a la

confusión o convicción errada de la necesidad de infiltrar una presunta organización, que a la postre puede ser una organización legal o simplemente no conformar una organización como tal, solo un grupo de personas que suelen reunirse a actividades diferentes de las inherentes a una comisión delictiva.

Criterio de razonabilidad

De manera expresa el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), estableció la razonabilidad como criterio limitador al ejercicio del poder del Estado al cual deben recurrir los Fiscales para ordenar diligencias que restrinjan los derechos fundamentales, y los jueces, en el mismo sentido, para realizar el control de legalidad de las medidas ordenadas por los fiscales. Lo que hasta el momento era producto del desarrollo jurisprudencial, a partir de la teoría de los derechos fundamentales, el Código lo convirtió en norma y constituye una exigencia de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos. (González, 2007: 234).

Hay que manifestar además que los criterios de razonabilidad descritos no sólo los debe observar el Fiscal, sino también los funcionarios de Policía Judicial que están realizando el análisis, y solo entonces pueden infiltrar la organización criminal. Así mismo, los criterios de razonabilidad deberán ser evaluados por el Juez de Control de Garantías, al hacer el control posterior sobre el resultado de la infiltración criminal. En este orden de ideas, los servidores públicos involucrados en el procedimiento deben observar en el criterio de razonabilidad los principios que rigen dicho criterio, como son el de proporcionalidad y el de igualdad, para lo cual deben aplicarse los test de razonabilidad y de proporcionalidad, ya que integran el gran concepto de motivos razonablemente fundados.

Pasos del test de razonabilidad

La Corte ha fijado los pasos del test de razonabilidad y lo que intenta determinar:

- La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual: Por ejemplo, de acuerdo con los informes de policía ju-

dicial posiblemente en la casa A se almacenan drogas ilícitas (cocaína y heroína), razón por la cual el Fiscal considera necesario realizar unas intervenciones telefónicas y unos seguimientos pasivos previos a un registro y allanamiento que tendría proyectado, de resultar veraz la información, con el fin de determinar la existencia de la conducta punible y la identificación o individualización de los autores de las conductas posiblemente punibles.

- La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución: Ese objetivo es válido, en la medida que es obligación de las autoridades el proteger los bienes jurídicos de las personas y las sustancias referidas ocasionan daños a la salud de las personas, y por otra parte le corresponde al Estado realizar prevención general y especial, e investigar y juzgar a quienes cometan los delitos.

La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido: La pregunta que se hace, ante la situación referida es: si existe razonabilidad en relación con el trato que se les dará a los moradores de esa vivienda, al restringirles un derecho fundamental, como es el de la intimidad. En este caso surge entonces la necesidad de realizar el análisis acerca de si las medidas por adoptar son proporcionales al fin perseguido, o las medidas son excesivas, a fin de establecer la existencia de una o varias conductas punibles y la identificación de sus autores.

Si algún elemento de la cadena falla, el juicio sobre la razonabilidad es desestimatorio de la medida por adoptar. (González, 2007: 232-234).

Estas consideraciones expuestas nos permiten concluir que hablamos de razonabilidad para el análisis e infiltración de organizaciones criminales cuando, primero, se establece que posiblemente está ocurriendo la comisión de un delito en un lugar o que dentro de una organización criminal se gesta la comisión de un delito o que dentro de la misma se está ejecutando una o varias conductas punibles, lo que amerita dar a las personas involucradas un trato desigual, al punto de proponer una infiltración. En segundo lugar, se debe observar si existen medidas menos invasivas que logren el mismo resultado, porque de ser así, debe optarse por estas últimas y no por la infiltración de la organización, entendiendo que el resultado que se espera no es otro que obtener elementos materiales de prueba útiles para

la investigación. Así, si por ejemplo se obtiene la misma información con un ex integrante de la organización criminal, no habrá lugar al análisis para la posterior infiltración en la misma. A esto se le debe llamar razonabilidad de las medidas adoptadas en los actos de investigación, que primero debe ponderarlas el Fiscal, luego el grupo de Policía Judicial y finalmente el Juez con Funciones de Control de Garantías, en el respectivo control posterior.

Ahora bien, en relación con los pasos del test de proporcionalidad, se explica:

La proporcionalidad exige la verificación de tres supuestos, a saber:

- Subprincipio de idoneidad: La adecuación de la medida al fin perseguido.
- Subprincipio de necesidad: La necesidad de dicho medio ante la inexistencia de otra herramienta que resulte menos onerosa, suficiente y/o idónea.
- La proporcionalidad en sentido estricto: La proporcionalidad en sí misma considerada, es el juicio sobre la improcedencia de un sacrificio en la igualdad que altere valores y principios de mayor entidad para la vigencia de un orden constitucional. (González, 2007: 232-234).

Así, sólo en eventos donde se deba proteger un derecho fundamental de mayor entidad, a aquel derecho que se pretende invadir en el acto de investigación, justificaría la realización del análisis e infiltración de organización criminal, advirtiéndose que en este caso el fin perseguido justifica la medida tomada, es decir, ir en pos de una infiltración para evitar por ejemplo que se trasgreden derechos fundamentales a un menor que puede estar siendo víctima de un reclutamiento forzado, constituyendo este acto de investigación medida necesaria, idónea y menos onerosa frente a la protección de tan sustancial derecho, como lo es el interés superior del menor, de esta forma se salvaguardan principios en procura de un orden constitucional y legal.

Estos Motivos Razonablemente fundados que comportan o superan los test antes mencionados, deben estar soportados en elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida, concepto igualmente regulados por la normatividad penal adjetiva: El Artículo 275 y el Artículo 277 del CPP definen los elementos materiales probatorios y la

autenticidad de los mismos, elementos que son el sustento y a su vez el fin perseguido de cara a la consecución de pruebas y que se tienen en cuenta a la hora de evaluar la razonabilidad y la proporcionalidad en el momento de llevar a cabo un acto de investigación como análisis e infiltración de organización criminal. Sabemos, pues, en este punto, que sólo se puede infiltrar si existen medios cognoscitivos que sustenten la decisión, esto es, elementos materiales de prueba, información legalmente obtenida o evidencia física que den un poder suasorio, que se puedan verificar y sean de una gran entidad, para inferir que es posible obtener información útil a la investigación de la organización criminal a la que presuntamente pertenece un procesado. La satisfacción de estas condiciones puede ser el resultado de una interceptación telefónica, una denuncia, información aportada por una fuente no formal, una declaración jurada o cualquier otro elemento material probatorio. Adicionalmente, es muy importante tener en cuenta si algunos de estos medios se han sometido a cadena de custodia, para verificar el respeto por la misma, así como la autenticidad de dichos elementos de conocimiento, tanto de los que sirven como fundamento para ordenar la infiltración, como de aquellos que se logren recaudar en el curso de la misma.

2. Inferencia razonable de la posible pertenencia del indiciado, imputado o acusado a una organización criminal.

El presumir o inferir que una persona indiciada, imputada o acusada probablemente pertenece a la organización que se analiza y se pretende infiltrar, no debe sustentarse en meros supuestos, sino que debe estar respaldada en evidencia física, elementos materiales prueba, o la información legalmente obtenida, que lleve precisamente al dato inequívoco de su pertenencia a dicha organización. Todas estas consideraciones están orientadas a determinar el estatus e importancia del implicado dentro de la organización criminal y también de sus actuaciones dentro de la misma, así como a verificar el fruto económico de las labores desarrolladas ilícitamente. Se busca, así mismo, dotar de herramientas las actividades desplegadas por los agentes del Estado en la consecución de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida en contra del implicado.

3. Orden de análisis de la organización criminal

En relación con el tercer paso contemplado por el artículo 241 del CPP, para considerar legal el acto de investigación, puede inferirse que sólo a través del establecimiento de motivos razonablemente fundados es que el Fiscal, previa la autorización del Director General o Seccional de la Fiscalía, procede a emitir una orden de análisis de la organización criminal. Tal orden debe contener los siguientes elementos:

- Fecha y lugar de la emisión de la orden.
- Fiscal que la emite.
- Radicado y delito del proceso en el marco de la cual se emite.
- Establecimiento de los motivos razonablemente fundados en que se sustenta, con la enunciación de los elementos de conocimiento de los que se infieren dichos motivos, así como la presunta relación del procesado con la organización criminal a analizarse.
- Objetivo del análisis, que no es otro que verificar la estructura de la organización criminal, la agresividad de quienes la integran y los puntos débiles de la misma, como el posicionamiento del investigado en la organización.

Si la orden adolece de uno de estos requisitos que deben estar contemplados en ella, esa orden se torna ilegal, derivando ilegalidad en las actividades posteriores que se realicen con fundamento en ella.

4. Realización del análisis de la organización criminal, que ha de culminar con un informe que determina el conocimiento de la estructura organizativa, agresividad de sus integrantes y debilidades del grupo delincuencial, como confirmación de la presunta pertenencia del procesado a dicha estructura criminal

Una vez obtenida la orden legítima se procede a realizar el análisis de la organización criminal sobre el cual la Policía Judicial debe elaborar un in-

forme en el que se determine la verificación de la información, elemento que debe contener de manera concreta la estructuración de la organización (quiénes son los integrantes más agresivos o, en general, peligrosidad de la misma) y cuáles son sus puntos débiles que han de tenerse en cuenta para la posterior infiltración de la organización criminal. Por tanto es responsabilidad del Fiscal el control del acto de investigación, pues solo a partir del informe previo sobre el resultado del análisis, el Fiscal puede considerar si persisten o se corroboran los motivos razonablemente fundados que dieron lugar al mismo.

Ahora bien, establecidos a su vez los puntos débiles de la organización criminal, es el Fiscal quien evaluará cuáles serán los pasos a seguir para la obtención de los elementos materiales de prueba útiles a la investigación penal, y con todo esto podrá así determinar la necesidad o no de la infiltración de la organización criminal.

5. Orden de planificación, preparación y operación con miras a infiltrar la organización por uno o más agentes encubiertos

El paso siguiente para cumplir con la legalidad del acto de investigación, es emitir la orden de planificación, preparación y operación, con escogencia de uno o de varios agentes encubiertos, labor que puede estar a cargo de un particular o de un policía judicial. Para que la labor de infiltración en la organización inicie, se debe establecer el tiempo de la infiltración, los equipos, el personal y los medios técnicos que se necesitan. También se debe preparar al personal con el lenguaje propio de la organización, creando en los encargados una identidad con la organización para que la infiltración transcurra con éxito. Así mismo, se debe observar el estado de los equipos o medios técnicos que se llevarán a la operación. El personal o agente encubierto debe tener la claridad de que el objetivo de la infiltración es obtener elementos materiales de prueba útiles a la investigación, de modo que recoger elementos que no guardan relación con la misma hace ilegal dicha obtención y será una falla que el Juez con Funciones de Control de Garantías tendrá cuenta en su evaluación posterior.

Esta segunda orden, igualmente comporta unos requisitos mínimo que la misma debe contener:

- Fecha y ciudad de emisión de la orden.
- Fiscal que la emite.
- Radicado del proceso dentro del cual se emite y delito en cuestión.
- Motivos razonablemente fundados para planificar, preparar y operar, con la relación del indiciado que tiene una presunta vinculación con la organización criminal a infiltrar y elementos cognoscitivos en los que se fundamentan estos motivos.

6. El fin u objeto de la infiltración debe ser el conseguir información útil a la investigación

El propósito específico de analizar e infiltrar una organización criminal, es la obtención de elementos materiales de prueba útiles a la investigación, de manera que si transcurre el tiempo de infiltración y no se logra obtener información alguna, huelga importante terminar con el acto de investigación, pues de no cumplirse su objetivo principal, deja de tener solidez la realización o continuidad de dicho acto. De acuerdo al fin específico que cada infiltración persiga, su objeto ha de determinar qué tipo de elementos de conocimiento se pretende recoger, así que dependiendo de la estructura y de los delitos, unos elementos varían respecto de otros. A manera de ejemplo, no es lo mismo infiltrar una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, que una organización dedicada al tráfico de personas o de migrantes, pues los elementos de conocimiento a obtener respecto de una y otra son diferentes.

Es importante tener en cuenta que el fin de conseguir dichos elementos cognoscitivos no autorizan a los agentes encubiertos para inducir en delitos a los integrantes de la organización criminal, como se expuso en el Seminario Práctico de Operaciones Encubiertas en Bogotá (2012), el agente debe constatar que ya está el plan criminal y no inducir a la comisión del mismo, de lo contrario los elementos que se obtengan, serán ilegales.

7. El acto de investigación ha de ajustarse a presupuestos y límites establecidos en Tratados Internacionales ratificados por Colombia

El 12 de diciembre de 2000 se firmó en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo. En la actualidad cuenta con 147 signatarios y 93 ratificaciones, entre ellas, Colombia, que la ratificó a través de la Ley 23 de 1982. La Convención de Palermo consta de 41 artículos, forma parte del Derecho Penal Internacional y su importancia se debe a que, en ella, por primera vez un instrumento penal internacional logra unificar definiciones y establecer tipos penales en común para todos los Estados miembros. Así mismo, define como delitos graves aquellos que tienen una pena en su límite mínimo de cuatro años, siempre que sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. En tal sentido, el segundo aparte del Artículo 3 estipula los supuestos que definen cuándo los delitos tienen carácter transnacional:

- Cuando se comete en más de un Estado;
- Cuando se cometen en un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- Cuando se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la preparación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado;
- Cuando se comete en un Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Adicionalmente, la Convención cuenta con tres Protocolos, que buscan unificar por parte de los Estados el abordaje de delitos transnacionales como los que a continuación:

1. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
2. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de niños.

3. Protocolo contra el tráfico y la producción ilícita de armas, sus componentes y municiones.

Otros convenios relevantes suscritos por Colombia son: el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, adoptado en 1971 dentro del marco de las Naciones Unidas; el Tratado sobre Comercio de Armas, adoptado en el año de 2013, igualmente dentro del marco de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores, adoptada en 1975 dentro de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Se trata, pues, de acuerdos que se deben respetar por hacer parte del bloque de constitucionalidad.

8. Control posterior al procedimiento de infiltración en organizaciones

Teniendo en cuenta que el acto de análisis e infiltración de organización criminal va ligado al acto de investigación sobre agente encubierto que está regulado por el art. 242 del CPP, se aplica para el control posterior del mismo, lo que establece la norma penal adjetiva para esta última figura. Es decir que una vez terminada la operación, el Fiscal cuenta con el término de 36 horas para tramitar y conseguir la declaratoria de legalidad a través del trámite de control posterior ante el Juez de Control de Garantías.

Aspectos adicionales para la legalidad del procedimiento investigativo en estudio

Además de los requisitos aquí señalados, constitutivos de la legalidad del acto de investigación de análisis e infiltración a una organización criminal, ha de tenerse en cuenta que el Fiscal y su grupo de investigación cuentan con el término de un año, prorrogable por el mismo tiempo y en el cual debe realizarse la operación completa de infiltración.

Para terminar, hay que señalar cuáles son algunos de los delitos que cometen las organizaciones criminales en Colombia, estipulados por la norma, y a título de qué se agotan, a saber: Tráfico de migrantes (CPP, Art. 188); Trata de personas (CPP, Art. 188A); Tráfico de niños, niñas y adolescentes (CPP, Art. 188C); Adopción irregular (CPP, Art. 232); Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego y municiones de uso personal o de uso privativos de las

Fuerzas Armadas (CPP, Arts. 365 y 366); Conservación y financiación de plantaciones (CPP, Art. 375); Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (CPP, Art. 376); Destinación ilícita de muebles o inmuebles (CPP, Art. 377); Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (CPP Art. 382), y el de Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje (CPP, Art. 385).

Pero existen también algunos delitos, en los que las personas vinculadas a la organización criminal participan a título de autores, determinadores, autores mediatos, coautores y cómplices:

De allí que al momento de llegar a encuadrar el comportamiento delictivo de cada uno de los actores, no resulta proporcional, ni adecuado sancionar a los hombres que dirigen la empresa criminal como determinadores del tráfico de drogas, como de quienes se encargan de cultivarla, almacenarla, adquirir los insumos para procesarla, elaborarla, transportarla, ofrecerla, venderla, compararla y consumirla; mucho menos de quienes construyen, facilitan o custodian los inmuebles en los cuales se ejecutan las diversas actividades relacionadas, es cierto que en algunos casos se les atribuirán responsabilidades como autores por ejecutar una o varias de estas conductas que están descritas como verbos rectores de los tipos respectivos, pero hay casos en que la atribución de la responsabilidad no es tan clara. (Otálora, 2006: 139).

Es necesario tener las circunstancias de modo y la claridad fáctica en la comisión de una conducta delictiva, para entrar a determinar los integrantes de una organización criminal, en qué grado de participación criminal han actuado respecto de los delitos consumados, pues como lo dice el autor, ante la falta de claridad en algunos casos será difícil establecer si actúan como autores mediatos, determinadores, coautores o cómplices, de allí que resulta carga del Ente Fiscal entrar a determinar la forma de participación, para establecer entre otras cosas la vinculación del indiciado con dicha organización criminal.

En cuanto a la forma de participación de los integrantes de organizaciones criminales, se observa que a los hombres que las dirigen les es aplicable la Teoría del dominio por organización concebida por Roxin,

en la que reza que no solo es considerado autor quien en forma directa realiza el tipo, sino que es posible considerar coetáneamente la existencia de un autor mediato. (Otálora, 2006: 139).

Esta figura del autor mediato es propia de organizaciones criminales con estructuras de poder, donde sus máximos cabecillas no ejecuta directamente la conducta, sino a través de otros, que en la mayoría de los casos son instrumentalizados, por los jerarcas de la organización.

En estas empresas criminales existe un principio de imputación del hecho total, en donde hay un dominio organizativo en escalones, con existencia de autores por mando, autores por organización y autores ejecutivos, con lo cual se logra diferenciar la atribución de responsabilidad que le corresponde a los diferentes participantes de la empresa criminal (un dominio organizativo en escalones, donde el dominio presupone alguna forma de control sobre una parte de la organización, es más, la distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de participación: el primero, más elevado, compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales autores por mando), siendo los que conducen la organización; el segundo los autores por jerarquía intermedia, ejercitando alguna forma de control sobre la organización, finalmente el tercero, que es el más bajo, donde se encuentran los autores ejecutivos, quienes aparecen como auxiliares de la empresa criminal” (Otálora, 2006: 140).

Esta distribución ayuda al señalamiento de la responsabilidad que les corresponde a cada uno de los integrantes de la organización, como miembros de la empresa criminal, a cada uno de sus integrantes, que como precedentemente se ha dicho irás desde los autores materiales o ejecutores, pasando por los mandos intermedios, hasta llegar a los máximos jerarcas de la organización.

Ha de resaltarse que los integrantes de una organización siempre serán autores, sin importar la jerarquía, en el delito directamente relacionado con la empresa criminal.

Siendo así las cosas, la sola existencia de la organización delictiva es una conducta que constituye delito, al tenor del Artículo 340 del Código Penal; pues la existencia de estos grupos perturba la tranquilidad y la seguridad pública; por ello se incurre en el delito concierto para delinquir, mientras la empresa criminal exista, es de ejecución permanente. (Otálora, 2006: 139).

De lo anterior podemos concluir que el delito por el cual responderán todos los miembros de una organización criminal, lo será por el de concierto para delinquir.

Actividad del Defensor Público frente al acto de investigación de análisis e infiltración de organización criminal

El Defensor Público tendrá conocimiento del acto de investigación de análisis e infiltración de organización criminal; una vez terminada la infiltración y se proceda al control posterior, cuando ya haya indiciado conocido o imputado. En caso contrario, tendrá conocimiento de la existencia del elemento material de prueba con la presentación del escrito de acusación cuando comience el procedimiento de descubrimiento con el escrito anexo al escrito de acusación, acto del cual se tendrá el conocimiento completo cuando sea suministrado el elemento material de prueba, desde la audiencia de formulación de acusación o, en su defecto, dentro de los tres días siguientes a dicha audiencia.

Si el Defensor Público tiene el privilegio de acudir a la audiencia preliminar de control posterior y pretende solicitar la ilegalidad del procedimiento, debe tener en cuenta si ha faltado uno de los siguientes pasos o requisitos en el análisis e infiltración de organizaciones criminales:

1. Orden de análisis de la organización criminal con la respectiva autorización del Director General o Seccional de Fiscalías, plenamente diligenciada.
2. Análisis propiamente dicho de la organización criminal, el cual se percibe del informe que se le presenta al Fiscal del caso.
3. Orden de planeación, preparación y operación para la infiltración, plena y oportunamente diligenciada.

4. Respeto de los presupuestos y límites de los tratados internacionales
5. Control posterior ante el Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas. La infiltración se debe haber realizado en los límites temporales estipulados por la norma.

Todos estos pasos o requisitos que de no seguirse hacen ilegal el procedimiento agotado dentro del acto de investigación, en cuyo caso, en instancia preliminar ha de solicitarse la ilegalidad de dicho procedimiento y la consecuente exclusión de los elementos materiales probatorios obtenidos en la misma.

Si el Defensor tuvo conocimiento del procedimiento agotado de este acto de investigación de análisis e infiltración en organización criminal y de una falencia respecto del mismo ya en la acusación, su intervención se traduce en la audiencia preparatoria. Allí deberá hacer las manifestaciones y presentar las oposiciones pertinentes, para lograr la exclusión de ese elemento material de prueba y de los elementos adquiridos en la infiltración misma, para que no se constituyan como prueba en el juicio oral, en caso que su proceso de formación comporte vicios de legalidad. Esto, con fundamento en el Artículo 360 del CPP.

Si no se logra la exclusión por ilegal del acto de investigación de análisis e infiltración de organización criminal en las audiencias de control posterior cuando se tiene la oportunidad de participar en esta, o en la audiencia preparatoria, el Defensor debe seguir firme en su posición defensorial en la audiencia de juicio oral, de tal manera que cuando se pretenda aducir el informe o documento que contiene este acto de investigación o cualquier elemento que se originó en dicho acto de investigación, que a la postre adoleció de algunos de los requisitos mencionados para tenerse como legal, en ese momento el Defensor pueda oponerse a la aducción y solicitar la exclusión. Pero si el juez de conocimiento no concede esa petición, procede la apelación o la solicitud en los alegatos de conclusión para que se excluya el material, lo que debe persistir en la eventual apelación de sentencia y hasta en el recurso extraordinario de casación, si fuere del caso.

Conclusión

Sólo el conocimiento pleno de lo que es una organización criminal, de los requisitos establecidos desde la Constitución Política, Bloque de Constitucionalidad, como los señalados en los parámetros legales, además del saber a cerca de cada paso progresivo que se debe agotar para analizar e infiltrar una organización criminal, permitirá la existencia y permanencia de tan especial acto de investigación, que tiene vocación probatoria y que será prueba en el juicio oral.

Es con el adecuado discernimiento sobre el acto de investigación del que se ocupa este artículo, que el Defensor Público en las diferentes etapas procesales podrá, desde la defensa técnica, solicitar su exclusión cuando el acto de investigación de Análisis e Infiltración de Organización Criminal no cumpla con la requisitoria ya enseñada, por lo que su posición en cada etapa ha de ser proactiva en defensa de los derechos fundamentales y legales del Usuario de la Defensoría Pública.

Por último y como crítica a la figura cuyo estudio nos ha ocupado, es considerar que se viola el principio de igualdad de armas al no consagrarse que el defensor pueda en un momento dado realizar, a través del Grupo de Investigación Defensorial, el Análisis e Infiltración de Organización Criminal, a efectos de demostrar la no pertenencia de los Usuarios a Organización criminal alguna, o la vinculación obligada a la que se vio abocado, entre otros.

Referencias Bibliográficas

Código de Procedimiento Penal (2004). Ley 906 de 2004

Organización de las Naciones Unidas, (2000), Protocolo de Palermo, recuperado de <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

Daza, A. (2007). "Actuaciones de la Policía Judicial que Requieren Orden del Fiscal y Control Judicial Posterior". En: *Prolegómenos. Derechos y Valores*, X (20), 137-148. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602008>.

Department of Justice, US Departmet of Justice Internacional Investigative, Training,

Asistance Program (Icitap). (2012). Actuación del agente encubierto en Colombia, *Seminario Práctico de Operaciones Encubiertas*. Seminario llevado a cabo por International Criminal Investigative Training Assistance Program, Bogotá, Colombia.

González, P. (2007). *La Policía Judicial en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

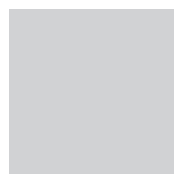
Luzón, M. (2011). "La tipificación penal de la organización y el grupo Criminal. Problemas concursales". En: *El Derecho, grupo Francis Lefebvre*. Recuperado de http://www.elderecho.com/penal/tipificacion-organizacion-criminal-Problemas-concursales_11_283555005.html

Otálora, J. (2006). "Dogmáticos y procesales de los delitos de narcotráfico". En: *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 27 (81), 139-140. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308837>.

TC. Castro, J., y ST. Aparicio, J. (2008) "La investigación criminal y el esclarecimiento de Un hecho punible". En: *Revista Criminalidad. Policía Nacional*, 50 (2), 109-110. Recuperado de http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol50_2/07lainvestigacion.pdf

Rodríguez, M. (2008). *La Delincuencia Organizada*. México: Universidad de Zamora.

DELITOS SEXUALES Y LA PRUEBA PERICIAL



VALORACIÓN DEL DICTAMEN SEXOLÓGICO EN LA DECISIÓN JUDICIAL

Jaime Montoya Mateus⁸¹

Luis Fernando Aguirre Henao⁸²

Resumen

El presente texto tiene como finalidad un acercamiento al dictamen sexológico forense para propiciar una reflexión acerca de la manera cómo afrontamos los procesos en que tal prueba aparece. Su base es en una investigación realizada por el semillero de investigación de la Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud del Instituto Tecnológico de Antioquia. Se distinguirá entre el informe base de opinión pericial y el dictamen pericial, en torno a doce procesos con sentencia en firme por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, en los juzgados penales de circuito de Medellín. En cuanto al método, se aplicaron un muestreo aleatorio simple. Entre los resultados, sobresale la inadecuada utilización e incluso interpre-

81 **Jaime Montoya Mateus.** Médico de Escuela de Medicina Juan N. Corpas Bogotá. Especialista en Gerencia Administrativa de servicios de Salud, Universidad de Cordova. En el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses: Ex Director Seccional Magdalena, sede Santa Marta. Ex Director Regional Norte, sede Barranquilla. Ex Director Regional noroccidente, sede Medellín. Se desempeña como Médico forense al servicio de la Defensoría del Pueblo Regional Antioquia. Docente Escuela Nacional de Criminalística.

20 **Luis Fernando Aguirre Henao.** Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Especialista en Derecho Procesal de la misma Universidad. Especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el Sistema Penal Acusatorio de la Universidad Católica de Colombia. Conjuez del Tribunal Superior de Medellín Sala de Decisión Penal. Conjuez del Tribunal Superior de Antioquia Sala de Decisión Penal. Se desempeña como defensor público adscrito a la Oficina Especial de Apoyo y Capacitación de la Defensoría del Pueblo Regional Antioquia. Abogado en ejercicio con énfasis en sistema penal acusatorio y casación penal.

tación del dictamen sexológico forense, por parte de jueces, fiscales y defensores. Se observa también la falta de interés en la aclaración de estas pruebas periciales, lo cual genera una también inadecuada decisión judicial, que puede llevar a impunidad o a condenas en las que hay una verdadera duda razonable.

Abstract

This paper aims at an approach to forensic sexological opinion to promote a reflection on the way we face the processes in which such evidence appears. Its base is in an investigation by the hotbed of research at the Faculty of Forensic Science and Health Antioquia Institute of Technology. We will distinguish between the base report expert opinion and expert opinion in around twelve processes with final judgment for crimes against freedom, integrity and sexual education in criminal circuit courts of Medellin. As for the method, simple random sampling was applied. Among the results, stands the misuse and even interpretation of forensic sexological opinion, by judges, prosecutors and defense. Lack of interest in clarifying these forensic evidence also shows, which also leads to a poor court decision, which may lead to impunity or sentences in which there is a reasonable doubt true.

Palabras clave

Acceso carnal, dictamen sexológico forense, impunidad, duda razonable.

Key Words

Sexual intercourse, forensic sexology opinion impunity, reasonable doubt.

Introducción

Con frecuencia, la comprobación o la explicación de ciertos hechos que conforman la noticia criminal requiere, o bien de conocimientos técnicos específicos, que generalmente son ajenos al conocimiento técnico del juez, o bien del auxilio de personas idóneas en un área relacionada con la investi-

gación. Dichos auxiliares de la justicia se conocen con el nombre de peritos, y se encargan de informar al juez sobre la causa y las consecuencias que, de acuerdo con su saber y experiencia técnica, debe adjudicarse a los hechos sometidos a su observación. Este proceso involucra una necesaria cadena de eventos en la que el reconocimiento, la observación, la recuperación, el levantamiento y la conservación de huellas y rastros están amparados en una opinión pericial.

En este marco, pretendemos mostrar la necesidad de revisar la investigación judicial del acceso carnal en el delito sexual y la valoración integral del dictamen sexológico por los operadores judiciales. En orden a esto, se toman como referencia sentencias proferidas por los jueces penales del circuito de Medellín, con el propósito de establecer el aporte de los documentos médicos y el valor probatorio que se otorgó a ellos por parte de los funcionarios judiciales, al proferir las decisiones en los procesos.

Valoración del dictamen sexológico en la decisión judicial

1. Aproximación al dictamen sexológico

El Código Penal Colombiano en el libro II, Título IV, en varios capítulos establece diferentes conductas punibles, esto es, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. En el Capítulo III define el acceso carnal, que se entiende como la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

Por otra parte, en caso de acceso carnal, es posible evidenciar una transferencia de elementos de prueba; esto como fiel reflejo del principio de Intercambio de Locard, que postula que “siempre que dos objetos entran en contacto transfieren parte del material que incorporan al otro objeto”. Esto se puede aplicar a la investigación del acceso carnal, situación en la que participan los tres elementos básicos del descubrimiento del delito, esto es, víctima alegada, victimario y escena. Le corresponde al médico forense de-

terminar estos elementos o evidencias, que se obtienen generalmente de la citada víctima y de la escena, lo cual permite generar un informe pericial que corresponde al dictamen médico sexológico.

El dictamen pericial está considerado en el Código de Procedimiento Penal, Libro III El juicio, Título IV Juicio oral, Capítulo III Práctica de la prueba, Parte III Prueba pericial. Allí se define la noción de «prueba pericial» y su procedencia. (Art. 413); así mismo, se alude a la presentación de informes y a la base de la opinión pericial (Art. 415), que será un informe resumido en el que se exprese la base de la opinión, que servirá para rendir el dictamen pericial.

2. El dictamen sexológico forense

El dictamen sexológico forense constituye la prueba pericial, la cual se practica en juicio oral. Antes, existe el informe base de opinión pericial que es un documento accesorio, que debe ser puesto en conocimiento de las demás partes, al menos cinco días antes de la celebración de la sesión del juicio oral en la que declarará el perito, documento que “en ningún caso, será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio” (Código de procedimiento penal, Artículo 415), pues sirve para que las partes conozcan con anticipación las opiniones periciales y, si lo consideran a bien, ejerzan el derecho de contradicción. En principio, si no hay informe base de opinión pericial, el médico no podrá rendir el dictamen y, si a pesar de ello lo rinde, deberá ser objeto de exclusión probatoria puesto que no se cumplió con el trámite previsto para la aducción y producción de ese medio de prueba. En otras palabras, el informe base de opinión pericial ostenta un carácter accesorio, puesto que no tiene ningún valor si el perito no concurre a la audiencia de juicio oral a rendir de viva voz el dictamen (Ley 906 de 2004, Artículo 415, inciso segundo). Excepcionalmente, puede presentarse el dictamen sin el documento, si lo acordaron las partes y así se decretó en la audiencia preparatoria (Ley 906 de 2004, Artículo 412). Por lo anterior, no se puede hacer radicar exclusivamente en dicho documento la verificación del contenido y efectos de la pericia, pasando por alto, la declaración rendida bajo juramento por el experto, sometida a los principios de inmediación y contradicción, puesto

que los fundamentos y conclusiones de la prueba en estricto sentido los constituye la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por el experto.

El documento base de la opinión pericial contiene, como mínimo, *anamnesis, edad, lesiones, Genital, Conclusiones, laboratorio y remisión*.

Anamnesis: es un relato histórico de los hechos por parte de la víctima alegada, en el que se han de compaginar brevedad y exactitud. El médico analiza la información por ella suministrada, en la que a veces, se incluye, la historia clínica del paciente, por él suministrada, u otros datos o documentos, con el fin de tenerlos como elementos de su praxis profesional y rendir el informe que será la base de su dictamen.

Ese relato, en un principio, y en cuanto resulte incriminatorio de una determinada persona, se ha de valorar como testimonio de referencia, pues constituye una fuente indirecta de quienes acceden al conocimiento, que ha de ser apreciado conforme al sistema de persuasión racional. Cosa distinta es que habitualmente los profesionales de la salud tomen la información suministrada por el paciente para dar su opinión pericial, por ser el tipo de información en la que generalmente se basa el perito en el ejercicio de su profesión.

Edad: se determina la edad clínica de la víctima. Generalmente se verifica la edad cronológica con el apoyo de documentos, tales como la cédula de ciudadanía, la tarjeta de identidad y/o el registro civil de nacimiento, si se trata de menores. En todo caso, según Solórzano, “la edad aparente debe ser examinada teniendo en cuenta los parámetros analizados en criminalística (dentición, caracteres sexuales secundarios, pata de gallo, canas, etc.)” (Solórzano, 2005, pág) y Simonin afirma que la atribución de edad “se funda, durante el crecimiento, en el desarrollo de los sistemas óseo y dentario, y después, en el otro extremo de la vida, en la involución senil” (Simonin C. 1980).

Lesiones: El artículo 111 del Código Penal define al que causa lesiones: “El que cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud”. Solórzano define la lesión como “daño en el cuerpo. Debe entenderse como la ‘alteración’ en su anatomía y estructura [...] Daño en la salud. Se entenderá por tal,

todo trastorno, desequilibrio, alteración, perturbación o desorden de las funciones fisiológicas" (Solórzano, 2005, pag.). Se describen las lesiones que pueda tener el cuerpo dando una descripción detallada, teniendo en cuenta el elemento causal. Para los daños en la salud eventualmente podría haber lugar a remisión a psicólogo o psiquiatra, quienes tendrán en cuenta el coeficiente de inteligencia y tipo de personalidad de la víctima alegada.

Genital: se refiere a una descripción detallada que se centra, generalmente, en los genitales externos y el ano. Se determina si en la presunta víctima hay presencia o ausencia de embarazo y edad del mismo, así como si presenta enfermedades de transmisión sexual.

Conclusiones: es la interpretación de la información anterior.

Laboratorio y remisión: se consignan la pruebas paraclínicas realizadas y si la víctima fue remitida al sector salud y psicología.

El examen físico médico sexológico gira alrededor de tres zonas corporales, área genital, área para genital y área extra genital, cada una y en conjunto permiten tener visión de lo ocurrido sobre el cuerpo de la víctima.

3. Materiales y métodos

Para la elaboración del trabajo inicialmente se consideró un corpus de 25 procesos con sentencias, sin importar el sentido de las mismas, proferidas por jueces penales del circuito de Medellín, entre 2006 y 2007, y sin consideración al tipo de sistema procesal penal aplicado.

Si bien han pasado 8 años desde entonces, se quiere llamar la atención sobre la manera de afrontar y confrontar pericialmente este tipo de procesos y sobre si hemos avanzado o no en la manera de desarrollar los juicios orales en los que haya dictámenes sexológicos forenses.

Se revisaron y analizaron los expedientes de diferentes despachos, de los cuales no se cita el radicado por consideraciones de ética médica, preservando de esa forma la identidad de las víctimas. Hay que resaltar la dificultad para obtener copia de los expedientes, debido a un paro de la rama judicial y, posteriormente, a la negativa de algunos funcionarios judiciales

a proporcionar estos documentos considerados públicos al ser cosa juzgada –la razón que dieron fue que suministrarlos se podría prestar para hacer justicia por propias manos-. Utilizando el muestreo aleatorio simple, con un margen de error del 5 por ciento, se obtuvieron los originales de doce casos. En esta tarea colaboraron los integrantes del semillero de investigación de la Facultad de Ciencias Forenses y de la Salud del Instituto Tecnológico de Antioquia.

Se diseñaron formatos para un adecuado registro de la información que contenían variables cualitativas y cuantitativas, con el fin de consignar datos de los procesos analizados. Se creó una base de datos en Excel para introducir la información obtenida de los documentos procesales, teniendo en cuenta las pruebas testimoniales y periciales. A dichos datos cualitativos se les dio un ponderado de falso (n) o positivo (s), según presentaran elementos incriminatorios o no, los cuales se sumaron por cada expediente, incluyendo los dictámenes periciales médico-legales.

4. Resultados

Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual no discriminan víctimas; sin embargo, los resultados ratifican que la población más vulnerable es el principal blanco de los agresores sexuales en el 100 por ciento de los casos (12) las presuntas víctimas fueron menores de edad, el 69 por ciento por ciento fueron niñas y el 31 por ciento por ciento restante, niños, con una edad promedio de 11 años. Se resalta que, en el 92 por ciento por ciento de los casos, el agresor fue una persona identificable, una persona conocida o cercana al núcleo familiar: un 50 por ciento de los delitos fueron cometidos por conocidos sin parentesco, un 42 por ciento por familiares, y se presentó solo un caso en que el delito fue cometido por persona desconocida (8 por ciento). Estos resultados no sorprenden ya que son similares a estudios epidemiológicos del comportamiento general del acceso carnal.

En el cien por ciento de los casos estudiados, los expedientes contenía dictámenes sexológicos, de los cuales un 8 por ciento presentaba ampliación o aclaración del dictamen; examen psiquiátrico, un 8 por ciento, y psicológico, un 33 por ciento. También se registró un cien por ciento de pruebas

testimoniales o denuncia. El examen de laboratorio fue solicitado en el 75 por ciento de los casos, de los cuales, en un 33 por ciento se practicó examen de seminología, con un reporte positivo que equivale al 8 por ciento. Por otra parte, un solo caso (8 %) ocurrió en campo abierto, lo que confirma que los delitos sexuales son conductas de recinto cerrado.

Al proferir sentencia el fallo fue condenatorio en 83 por ciento de los casos y absolutorio en el 17 por ciento. Se encontró un caso en el que se presentó allanamiento a los cargos.

5. La prueba pericial

La Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), en su Parte III, Capítulo III, indica cuándo es procedente la prueba pericial, teniendo en cuenta que se trata de valoraciones que requieren conocimientos científicos, técnicos o artísticos o especializados. El examen médico legal sexológico se considera una prueba pericial en los delitos contra la integridad sexual, entre los que se encuentra el acceso carnal.

En la investigación arrojó que el promedio de pruebas no periciales por proceso fue de cuatro; de estas, el 100 por ciento fueron testimoniales, ninguna con testigo presencial, excepto cuando el relato fue hecho por la víctima. Solo en dos procesos el testimonio no aportó nada al caso ya que quienes lo aportaron desconocían los hechos.

En cuanto a la prueba pericial se evaluó si aportaba o no elementos forenses que, al tenerse en cuenta, habrían de ilustrar al juez en su decisión de proferir sentencia; al respecto, es altamente llamativo y sorprendente que, en el 67 por ciento de los casos (8 de 12), el dictamen pericial sexológico no fue tenido en cuenta, a pesar de que contenía elementos evidentes y que, de haberlo sido, cambiarían el sentido de la sentencia, sin importar si fuera condenatoria o absolutoria por delito sexual. En un expediente (8 por ciento), la prueba pericial no contenía elementos que ilustraran al juez como apoyo para proferir sentencias.

En los delitos sexuales, el bien jurídico tutelado por la ley penal es la libertad, integridad y formación sexual, con fundamento en la Constitución, que tiene como uno de sus pilares fundamentales la libertad, considerada

universalmente como el mayor bien del ser humano y, al ser vulnerada, afecta al individuo en lo más íntimo de su ser. También están implicados otros derechos fundamentales, tales como la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, afectados profundamente en las víctimas de este delito. A esto se suman compromisos físicos, cuando se afecta la integridad personal, en particular el área genital, o la esfera psicológica, lo que hace más dramática la implicación del delito sexual sobre el ser humano.

Si bien, las consecuencias que pueden derivar de la opinión médica tienen gran importancia para el desarrollo del juicio, en nuestro país la atención a las víctimas tiene lugar, en un importante número de ocasiones y en la gran mayoría de municipios del país, en servicios de urgencias o centros de asistencia médica, donde no se dispone de personal especializado, por lo que le termina correspondiendo al médico general, no solo prestar la asistencia médica inicial, sino también realizar el diagnóstico del ataque y recuperar todos los elementos necesarios para la prueba pericial, lo que proporciona dictámenes de muy baja calidad. En nuestra investigación los informes periciales fueron realizados por Medicina Legal, lo que nos debería proporcionar unos dictámenes más especializados

Es de resaltar que las valoraciones médicas contenían elementos que a la luz de la criminología y de acuerdo con la naturaleza de la actuación -inmersa en su categoría científica dentro del marco de la medicina legal- se habrían de utilizar para la resolución de los problemas que se plantean en cada uno de los procesos y con la incorporación de métodos afines (psicología forense). Siguiendo con las normas metodológicas de rigurosidad, de crítica selectiva y de duda constructiva, habrían tenido la resonancia que ha de tener el informe pericial, aun más, entendiendo que la Medicina y el Derecho son disciplinas afines en cuanto que ambas estudian al ser humano, pero muy diferentes en sus objetivos, lo cual conlleva que en la aplicación de justicia se recurra al conocimiento de la pericia médica para una adecuada ilustración, considerando que la totalidad del análisis del Dictamen Médico tiene como objeto la recolección de datos huellas rastros y muestras susceptibles de transformarse en evidencias jurídicas.

Un gran desarrollo legislativo de las instrucciones previas, pero poca implementación real de estas, ocasionado probablemente por la hipertrofia legislativa en torno de los documentos escritos, puede obnubilar y no dejar ver a los operadores del sistema penal las pruebas periciales deber ser herramientas al servicio de procesos integrales.

6. Conclusiones

Los funcionarios judiciales generalmente no dan el tratamiento adecuado al dictamen sexológico, ya sea de manera integral o por separado; el juez que administra justicia generalmente no lo interpreta o lo tiene en cuenta durante sus providencias para reafirmar la ocurrencia de los hechos, pero no del mismo modo para estructurar el concurso de delitos o situaciones de agravamiento. El resultado final es una incorrecta aplicación de la Ley, con la consecuencia natural de impunidad y víctimas sometidas a afrontar un drama que fue innecesario sin que exista un estado que pueda velar por sus derechos.

La investigación judicial está orientada a identificar la perpetración de una conducta punible que lesiona el bien jurídico “la libertad sexual”, y puede hacerlo por medio de distintos exámenes médico-legales que muestran el daño en la integridad de una persona, tanto en la esfera física como en la psíquica; sin embargo, la práctica de dichos exámenes no está integrada y menos evaluada por los funcionarios judiciales. En un proceso se encontró por parte de Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses la presencia de espermatozoides en una muestra vaginal de una menor de edad al cual se le realizó un examen sexológico, cuyo resultado fue positivo para el juzgado, cumplió todos los criterios de cadena de custodia, pero a pesar de esto el victimario fue declarado con sentencia absolutoria, pues que no se pudo demostrar más allá de la duda razonable su responsabilidad en dicho ataque sexual; al considerar las pruebas, no se tuvo en cuenta el resultado de genética forense que fue positiva, respecto a informe médico sexológico que mostraba con certeza una penetración vaginal de la menor, según los hallazgos anatómicos descritos en dicho informe pericial. En otro caso se profirió sentencia condenatoria por acceso carnal por miembro viril erecto por vía vaginal a una niña que tenía menos de 6 años de edad, enten-

diendo que es imposible anatómicamente una penetración por miembro viril en una niña que sea menor de esta edad. Podemos concluir que hay una inadecuada valoración del dictamen sexológico en las decisiones judiciales.

7. Recomendaciones

Los informes periciales sexológicos que son aportados en los procesos penales, deberían ilustrar al juez al momento de impartir su sentencia que conlleva a una sanción.

Es recomendable que se realicen programas de formación continua dirigidos a los investigadores, Defensoría del Pueblo, fiscales, jueces, Ministerio Público y facultades de derecho y medicina en temas de medicina legal, incluyendo sexología forense e informe pericial (dictamen sexológico), recalcando cuándo está indicado, quién lo realiza, cuándo se realiza, cómo se realiza, cómo se interpreta, normas que lo regulan e implicaciones durante el juicio.

En relación con lo investigado era necesario que se aplicara el protocolo implementado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 “por el cual se adopta el Reglamento Técnico Para El Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual”, y que en la actualidad se subroga en la Resolución 459 de 6 de marzo de 2012, “por la cual se adopta el protocolo y modelo de atención integral en salud para víctimas de violencia sexual”.

Consideramos que es indispensable que los actores judiciales se sitúen en el Sistema Penal actual, en el cual las evidencias físicas y científicas ofrecen elementos que descartarían o confirmarían un hecho de una forma más objetiva que las versiones testimoniales que raramente son testigos presenciales en los delitos sexuales, variedad acceso carnal.

Recomendamos que las discusiones sobre acceso carnal que se realizan en el Congreso de la República se realicen con asesoría de expertos en el tema, y no terminen en discusiones a través de los medios de comunicación, ya que este tema es de gran sensibilidad social por lo que puede ser usado con fines electorales.

Bibliografía

Providencias

1. Auto, 29678 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Noviembre 11, 2012).
2. Sentencia, 26128 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Abril 11, 2007).

Leyes

- Colombia, C. d. (2004, Agosto 31). Providencias Judiciales. *Ley 906 Código de Procedimiento Penal* . Bogotá.
- Colombia, C. d. (2000, Julio 24). Providencias Judiciales. *Ley 599 Código Penal*. Bogotá.
- Colombia, C. d. (2012, Marzo 6). Resolución 000459 de 2012 Ministerio de Salud y Protección social. Bogotá.

Obras Consultadas

- Medicina legal y Toxicología editorial MASSON (2004)
- Guía de consulta abreviada para el examen sexológico forense, informe pericial y manejo del Kit para la toma de muestras en los sectores forense y de salud.(2006) Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Bogotá.
- López, J. (2006) Santillán Bases diagnósticas en la víctima de abuso sexual Colegio Médico del Perú .
- Solórzano, N. (2005). Medicina legal, criminalística y toxicología Forense. (p.261, 298) Bogotá. Editorial Nomos.
- Simonin, C. (1980). Medicina legal judicial. (p.854). Barcelona. Editorial JIMS.
- Hospital Universitario San Vicente de Paul.(2008) Guía integrada para la asistencia en el servicio de urgencias a víctimas de agresión sexual
- Guidelines for Sexual Assault Investigation JULY (1999) The Commission OnPeace Officer Standards And Training State Of California

<http://www.justice.gov/opa/pr/2004/April/13-ag-337.html> (Sexual Assault Protocol from the Department of Justice of the United States)

<http://www.medicinalegal.gov.co/index.php/instituto/normatividad/guias-y-reglamentos> (guía de medicina legal)

Ficha de la investigación

Título proyecto	Código proyecto	Código transacción	Semillero	Facultad
Atención a los Delitos Sexuales por la Red Pública y Privada del Sector Salud	1270700 241DJRZESE	456 - 1270700241FIKFFLEW	DELITOS SEXUALES	Ciencias Forenses

Método utilizado

Se utilizan las normas (CIDRM) Comité Internacional de Directores de Re-
vistas Médicas.

IMPORTANCIA DE LA EXPLORACIÓN TÉCNICA Y CIENTÍFICA PARA EL SUSTENTO PROBATORIO SOBRE SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP)

Mabel Morales López⁸³

Luis Gildardo Hernández Aguirre⁸⁴

Resumen

El presente escrito busca con el avance científico de la psicología y psiquiatría forense contribuir a clarificar las investigaciones penales que sobre conductas sexuales atentatorias contra niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), se realizan en Colombia dentro del Sistema Penal Oral Acusatorio (en adelante SPOA). Por consiguiente, también dar la viabilidad de la Ley 1652 de 2013, que adicionó un párrafo al Artículo 275, el Artículo 206A, y un literal E al Artículo 438 de La Ley 906 de 2004, como instrumento procesal y probatorio en cuanto a la protección del menor para

83 Psicóloga forense, perito en la Defensoría del Pueblo Regional Atlántico, en la Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC); docente catedrática, estudiante de la Maestría en Criminología y Victimología; representante de la Zona Norte, campo disciplinar jurídico del Colegio Colombiano de Psicólogos.

84 Abogado titulado de la Universidad Atlántico; especialista en Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre de Barranquilla. Ex catedrático de las Universidades del Atlántico y Rafael Núñez, sede Barranquilla. Conciliador a prevención en derecho, Universidad del Atlántico. Candidato a especialista en DD.HH. D.P.I D.I.H. Atención a víctimas del conflicto, Usta distancia, sede Barranquilla; Diplomado en Investigación socio jurídico Universidad Rafael Núñez, Cartagena. Defensor Público adscrito a la Oficina Especial de Apoyo de Barranquilla; miembro de la red de formadores de la Escuela Nacional de la Defensoría del Pueblo Ricardo Camacho W. y abogado en ejercicio.

evitar su revictimización con ello, se pretende también neutralizar las conductas y actos por manejo e influencia de los padres y parientes muy cercanos a los NNA para obtener sus propios objetivos, utilizando el sistema punitivo como medio y a los menores como instrumento para tomar represalias del uno sobre el otro, toda vez que el derecho penal como órgano de represión y en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores⁸⁵ en el ámbito interno y en el bloque de constitucionalidad⁸⁶ se convierte en la herramienta contra el amparo del progenitor denunciado, desde luego, con el auspicio del Sistema Penal colombiano con el cual toma venganza y bajo la presunción de abusos o actos y aliena al niño, niña o adolescente.

Summary

This letter seeks to advance scientific psychology and forensic psychiatry help clarify the Criminal Investigations What about sexual behaviors that attempt contraindications Children and Adolescents (hereinafter NNA) are performed in Colombia Within the oral adversarial criminal justice system (hereinafter SPOA) .For therefore, also give the viability of Law 1652 of 2013, the UN That paragraph added to Article 275, article 206A, and the literal UN E Article 438 of Law 906 of 2004, as procedural and evidentiary instrument in As for the Protection of Children para Avoid victimization with wave, it is also intended to neutralize the behaviors and acts by Management and Influence of the Kin Parents and very close to the NNA Get para their own: goals, using the punitive system as a means and Los As under para Retaliate Instrument On one of The Other, since criminal law as an organ of repression and under the prevalence of the Rights of Children in the domestic sphere and in the constitutional law becomes Against tool under denounced parent, THEN from under the auspices of the Colombian penal system with which it takes revenge and under the assumption of abuse or acts and alienates the child or adolescent.

85 Ver Constitución Política, Artículo 44; Constitución Política, Artículo 9; Ley 1098 de 2006, Ley de infancia y adolescencia.

86 Convención de Derechos del Niño de 1989, que reafirmó la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General en 1959 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Technical and scientific exploration and evidence support on parental alienation syndrome (PAS)

Technical and scientific exploration and evidence support on parental alienation syndrome (PAS)

Abstract

Overview intends with this small contribution, to help demystify the criminal investigations that about offensive sexual conduct against children/ Adolescents, held in Colombia within the SPOA and therefore the viability of the law 1652 to article 438 of the Act 906 of 2004 and 2013, I added a paragraph of article 275, the 206th article and E literal, as instrument procedural and evidentiary, as regards the protection of minors (avoid the revictimization), as to neutralize behavior and acts of management and influence of parents and relatives very close to NNA, (alienation), for its own objectives using the punitive damages as a means and children as an instrument, given that the criminal law as a body of repression and by virtue of the prevalence of the rights of minors in the field internal and constitutionality block its becomes the most powerful tool against under cover of the parent reported, certainly under the auspices of the Colombian criminal justice system.

It is a fact that publishes from hermeneutics given by the Agency's closing, basically in orders both in the ordinary courts, and the Constitution for the exercise of the defense, it is very important handling factual. Legal facts criminally relevant, coupled with the Group's operational research Criminology of the Ombudsman Unit, in the case of concrete with expert forensic psychologist who supported the criteria of science and the progress of Psychology (interview forensic implementation or analysis) will give guidelines to neutralize the Parental alienation or based on his experience probity and fitness-working commissions reports-recommended defensive strategies.

Utility is for Defense publishing, to establish the difference of what is an interview of the Judicial Police, a forensic interview within the scope of the

investigation of sexual offences on children/Adolescents and psychological evaluation or forensic psychiatric (skills) in the field of sexual offences on children/Adolescents and of course its consequences on the formality of the process as well as the conditions of the officer who conducted them, since under the 1652 Act, this brought forward by personnel of the body technician of research of the of the Attorney-General, trained in forensic interview in children and adolescents

Key Word

Síndrome, alienación parental, probatorio, abuso sexual, exploración, niños y adolescentes, revictimización.

Syndrome, parental alienation, probative, sexual abuse, exploration, expert acts, children and adolescents, revictimization.

Introducción

Esta investigación aprovecha la interacción del equipo interdisciplinario de trabajo en la Defensoría del Pueblo, Regional Atlántico, conformado por un abogado, un investigador y un perito. Atendiendo a las directrices de la Dirección Nacional para la realización de un buen trabajo en igualdad de armas, el presente escrito expone inicialmente qué se entiende por alienación parental, así como la posible influencia del progenitor o pariente cercano a NNA en su testimonio. Así mismo, se verá si para efecto de la estrategia defensiva en los delitos de actos sexuales contra NNA se puede determinar con una sola entrevista judicial al menor como víctima o si se requiere una valoración del psicólogo forense, esto es, si la credibilidad del dicho del menor depende del funcionario o de la calidad del mismo, referencias que se harán allende fronteras. Luego se hará alusión a las experiencias más próximas, teniendo en cuenta el pronunciamiento del precedente judicial, del que destaca la siguiente premisa: “los menores también pueden mentir” (CSJ, 2011: 35080 Pág. 25). Al final, se busca que las conclusiones ofrezcan sugerencias al respecto para una mejor práctica forense.

Para la defensa pública, resulta de utilidad establecer la diferencia entre lo que es una entrevista de Policía Judicial y lo que son una entrevista fo-

rense y la evaluación psicológica o psiquiátrica forense, en el ámbito de la investigación de delitos sexuales en NNA. La práctica del operador judicial o forense que las aplica, según lo establece la Ley 1652 del 12 de julio el 2013, se adelantará por personal del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, entrenado en entrevista forense en NNA.

Es loable el trabajo que ha desarrollado la CSJ en esta materia, como quiera que los fallos de estos injustos con estas víctimas tan especiales ya no responden solamente a la hipótesis de la condición de inferioridad y la protección reforzada que se les profesa a los NNA, sino a una realidad social detectable a través de las entrevistas de los profesionales de la psicología que desnuda los intereses de los progenitores que por uno u otro motivo denuncian a sus parejas endilgándole los delitos sexuales que solo caben en cabeza de la pareja ofendida.

Alienación parental

Con el interés de aportar al proceso de transformación de las políticas públicas en el ámbito de los delitos sexuales hacia NNA y, a través de instrumentos idóneos, en especial desde del binomio de la psicología y el derecho, es pertinente abordar el tema, de interés general, de la alienación parental, debido a la visibilidad que este concepto presenta a través de recurrentes casos de actos abusivos con menores, y a la gran demanda de misiones de trabajo por parte del perito psicólogo. Esto puede deberse a múltiples factores, entre los cuales estaría el cambio de actitud acerca de la cultura de la denuncia, ya sea por casos reales o por falsas denuncias que, en ocasiones, se utilizan como arma para tomar venganza de una persona sobre otra, mecanismo que busca obligar a otro a pretensiones como seguir conviviendo o conseguir beneficios económicos. Se acude entonces, en casos como estos, ante los entes especializados, para solicitar la asistencia y el acompañamiento de las presuntas víctimas en su condición de tales, fenómeno que se ha venido propagando en todos los escenarios del país, posiblemente ante la promulgación de la Ley 1098 del 2006, que trata sobre la Ley de Infancia y Adolescencia, toda vez que es un acto humano considerado grave y prioritario, por la vulnerabilidad que representan los NNA como víctimas y a quienes el Estado colombiano debe garantizar sus

derechos por encima de cualquier otro derecho. Es decir que por su condición, el trato debe ser preferente, condición por la cual probablemente acude el alienador a la justicia, para lograr su objetivo en contra del otro.

La dinámica de la falsa denuncia por acto sexual abusivo abarca diversos factores que surgen de las motivaciones de quien instaura la denuncia o el falso testigo en su testimonio de confabulación, que además promueve una campaña de desprestigio en contra del otro progenitor o custodio parental, para lograr propósitos ajenos al bienestar del menor.

En tal sentido, la alienación parental constituye una dinámica dañina, porque va en contra de los derechos de NNA, sobre todo en su ciclo de desarrollo cognitivo, emocional y social. En otras palabras, la práctica de alienación parental (SAP) representa otra de las formas de maltrato por parte del progenitor o custodio (alienador), en la medida en que durante la disputa entre progenitores, uno de estos, por lo general quien posee la custodia, puede sentir la necesidad de alienar al niño, niña o adolescente, para obtener un dictamen a favor de sus intereses, y genera de este modo una condición de alienación parental a través de la campaña de denigración de la imagen del otro (padre o madre), con el ánimo de que el menor no quiera acercarse al progenitor denigrado. En ese orden de ideas, la dinámica de la alienación parental puede configurarse en un posible delito, teniendo en cuenta que el síndrome acarrea una serie de consecuencias con síntomas negativos, que se abordarán más adelante. Pasemos, por lo pronto, a una definición formal:

De Gregorio B. A (2008) el abuso de la inocencia del NNA, su alienación constituye un verdadero “flicidio psíquico”, que afecta el vínculo paterno /materno filial, con su corolario de abandono o alejamiento de uno de los padres y en algunos casos de ambos padres, hace que las instituciones también se conviertan en flicidas porque favorecen el abandono y la negligencia repercutiendo negativamente en el bienestar de los niños, niñas o adolescentes que han sido coaccionados para mentir sobre un presunto abuso sexual.

La Real academia de la lengua, describe alienación que es el proceso mediante el cual el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición.

Estado mental caracterizado por una pérdida de sentimiento de la propia identidad.

Otros autores coinciden con definir la alienación parental como una condición mental en la cual un niño se alía fuertemente con uno de los progenitores y rechaza la relación con el otro progenitor, sin una justificación legítima. Hay que aclarar que la alienación parental no se trata de un trastorno o enfermedad, se trata de un síndrome, que corresponde a “un conjunto de síntomas conocidos que pueden aparecer juntos, aunque con un origen o etiología desconocido, no se descarta que estos síntomas puedan conducir a un trastorno específico, es decir, una reacción psíquica originada por una situación social donde existe un nivel de tensión emocional que genera un modelo de autoprotección de la persona que soporta la situación frente a quienes la crean”.(Bernett2010; Tejedor 2006; Aguilar 2004; Gardner 2002, p. 25).

No obstante esta definición, para efectos estratégicos judiciales es preferible evitar el término de ‘síndrome’ en los escritos, con el fin de no recaer en cuestionamientos de la contraparte en sus interrogante de “si es o no es un síndrome”, puesto que el problema no es si corresponde a un síndrome o no. Teniendo en cuenta la anterior definición, lo importante es demostrar si el relato o testimonio del menor está sesgado por algún tipo de coerción que conduce hacia la alienación parental sobre el niño, la niña o el adolescente para dañar al otro progenitor.

Las características sobre alienación pueden descubrirse a través de la exploración técnico-científica que hace un psicólogo forense, ya sea durante el testimonio o a través del análisis documental del mismo. Es así como se ha logrado descubrir la falsedad de relatos coaccionados o promovidos por un alienador adulto para desacreditar al otro, ya sea el padre, la madre o el cuidador. Varios autores mencionan las motivaciones del alienador (Gardner 1998; Dunne y Hedrick;1994; Walsh y Bone1997; Vestal 1999, citados por Iñaki Bolaños, 2002) la existencia de:

Diferentes motivos por los que el progenitor alienante puede pretender alejar a sus hijos del otro, tales como incapacidad para aceptar la ruptura de pareja, intentos de mantener la relación a través del

conflicto, deseos de venganza, evitación del dolor, autoprotección, culpa, miedo a perder a los hijos o a perder el rol parental principal, deseo de control exclusivo, en términos de poder y propiedad de los hijos. Este progenitor alienador puede estar celoso del otro progenitor o intentar conseguir ventajas en las decisiones relativas al reparto de bienes o pensiones económicas; también se ha debatido sobre la patología individual, la posibilidad de una historia previa personal de abandono, alienación, abuso físico o sexual o incluso la pérdida de identidad “et al.”

Entrevista y alienación parental

Para empezar, hay que tener en cuenta que la entrevista es una herramienta fundamental para obtener información de gran importancia porque sirve para el análisis documental de la defensa, con miras a determinar la veracidad del testimonio. Existen varios tipos de entrevista aceptados legalmente por el ente judicial en Colombia, según el pacto realizado mediante el Acta de Acuerdo en la Mesa Interinstitucional firmada en septiembre del 2012, por representantes de la Fiscalía General de la Nación, del Ministerio de Salud, de la Defensoría del Pueblo, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de la Policía Nacional, entre otros, se acordó la distinción entre la entrevista de Policía Judicial y la entrevista forense en el ámbito de la investigación de los delitos sexuales de NNA. La primera se define del siguiente modo:

La entrevista de Policía Judicial: Es un procedimiento utilizado por la Policía Judicial para obtener información respecto a la ocurrencia de un delito a través de una serie de preguntas dirigidas a la víctima o a un potencial testigo, cuyo objetivo es la obtención de información útil para la indagación e investigación de los hechos; se efectúa en desarrollo de los actos urgentes y/o del programa metodológico de la investigación, empleando medios idóneos para registrar los resultados, cumpliendo las reglas técnicas pertinentes. (Fiscalía general de la Nación, septiembre del 2012. p. 4)

Lo anterior significa que este tipo de entrevista, es exclusivo de la Policía Judicial, tiene como único objetivo obtener información relacionada con el

posible delito sexual. Ante este acuerdo, surgen algunas interrogantes a los que más adelante se dará respuesta: ¿será que el operador judicial tiene la posibilidad de identificar si el relato es cierto?; ¿será que la sola entrevista es suficiente para sancionar penalmente al indiciado y llevarlo tras la reja del establecimiento carcelario?; ¿será que éste tipo de entrevista sí cumple con la rigurosidad técnica y metodológica como para determinar que el hecho se produjo realmente? Estos son interrogantes que deben formularse los defensores a la hora de revisar la denuncia y los testimonios en los expedientes. Al respecto, vale la pena mencionar un estudio hecho en la Fundación Universitaria Konrad Lorenz de Bogotá, con la participación de operadores judiciales, indicando lo siguiente:

La hipótesis de trabajo principal, se confirma que la mayoría de los profesionales identifican signos de alienación parental, infiriendo que la alienación es frecuente y observable, se pone en evidencia una grave problemática social, porque da cuenta de serias manipulaciones de los niños en todas las instituciones en todo tipo de procesos como los administrativos, penales y civiles. Quedando sin develar el asunto más delicado, si los profesionales operadores judiciales son capaces de diagnosticar e intervenir en este fenómeno [alienación parental], pues es posible que aunque los noten, no cuenten con la formación suficiente para saber cómo intervenir, pues es una lógica que contradice la costumbre judicial. (Tapia, 2013, p.5)

La información sobre presuntos actos abusivos o el testimonio de un menor en este sentido no deben representar una prueba reina. Es necesario tener en cuenta otra clase de evaluación para la comprobación de la credibilidad del testimonio del NNA, que facilite el subsiguiente procedimiento de la captura: esto sería lo procedimentalmente válido. Al respecto, es preciso mencionar que en países como España, Argentina y Brasil, entre otros, la legislación coincide en plantear la importancia que representa establecer la credibilidad del testimonio, ya sea a través del análisis de credibilidad basado en criterios (CBCA), SVA o SEG, con el fin de comprobar la capacidad verbal del niño para brindar una declaración lógica, coherente y relevante, a diferencia de Colombia que los operadores judiciales solamente realizan la entrevista a través del protocolo SATAC, convirtiéndose en la prueba reina que determina la captura del indiciado.

Ahora bien, la entrevista forense es definida por la Mesa Interinstitucional mencionada, anteriormente de la siguiente manera:

La entrevista forense es un tipo de entrevista realizada por funcionarios de Policía Judicial, sin perjuicio de que puedan realizarla otros funcionarios que se mencionan más adelante, está dirigida a niños, niñas y adolescentes, a quienes se les da un trato con enfoque diferencial, tomando en consideración aspectos emocionales y las condiciones de maduración del desarrollo cognitivo de los entrevistados, *requiere de un entrenamiento específico para los entrevistadores*. Se usa el término “Forense” porque quien la hace puede ser llamado como *testigo a audiencia de juicio oral para describir el proceso de obtención de la información*. (Fiscalía general del a Nación, septiembre del 2012. p. 4) (Los destacados son nuestros).

En el Acta, también se menciona que el objetivo en el ámbito de la investigación de delitos sexuales es obtener información útil, relevante y suficiente por parte de niños, niñas o adolescentes víctimas o testigos de delitos sexuales. Al respecto, es importante resaltar que la entrevista con fines forenses representa un proceso más para la obtención de información, con un propósito distinto al de la entrevista con fines clínicos, por lo cual la formulación de preguntas presenta una delgada diferencia que en palabras de Ackerman (2010) citadopor Echeburúa la evaluación psicológica clínica, tiene como objetivo llevar a cabo una posterior intervención terapéutica, mientras que la forense es la de analizar las repercusiones jurídicas y posibles trastornos mentales, es decir la diferencia está en relación al contexto de aplicación pp. 141-159) para quien las formula. Por esta razón, se requiere que la entrevista forense sea realizada por el profesional con las competencias e idoneidad profesionales para las cuales se prepara el psicólogo jurídico - forense, porque no se trata de un folleto aprendido bajo el cual se formulan preguntas, sino de todo un bagaje de conocimientos adquiridos y de experiencia acumulada que desarrolla el perito en la disciplina, lo cual le facilita diversas estrategias para la formulación de preguntas e hipótesis a despejar durante la entrevista. Así, se facilita para él articular la información obtenida con la exploración técnica o evaluación al NNA, para poder emitir sus conclusiones científicas enriquecida con sustentos teórico de diversas comunidades académicas y científicas que avalan sus

argumentos, que es lo que realmente proporciona contundencia científica, y no solamente su opinión profesional.

La exploración técnica y científica, así como el sustento probatorio sobre alienación parental, poseen unos instrumentos técnicos y teórico-científicos que permiten detectar signos y síntomas de que un NNA está siendo alienado, como lo plantean comunidades académicas y científicas reconocidas. Es así como Sicard. L. (2009) cita a Darnall (1998) quien asegura que el énfasis investigativo debe estar en los padres alienadores, más que en la gravedad de los síntomas de alienación en los NNA. Gardner (1999), por su parte, plantea que el progenitor que está programando al niño provoca la destrucción del vínculo entre el otro progenitor y el hijo, destrucción que puede durar toda la vida. Este autor (2002) menciona tres niveles de síndrome de alienación parental:

Estadio I (ligero): Las visitas suelen tener alguna dificultad en el momento del cambio de progenitor.

Estadio II (medio): El progenitor alienador utiliza una gran variedad de tácticas para excluir al otro progenitor.

Estadio III (grave): Los hijos están en general perturbados y a menudo son fanáticos. Sus gritos, su estado de pánico y sus explosiones de violencia pueden ser tales que visitar al otro progenitor llega a ser imposible. (Gardner, 2002. p 25-45)

En palabras de Gardner, “el diagnóstico del SAP debe basarse primero en el nivel de los síntomas de los padres alienantes y después en el de los niños,” (Gardner, 2002:25-45) lo que significa que el adulto acompañante que pone la denuncia sobre el presunto acto abusivo también debe ser evaluado, para determinar la credibilidad del discurso en cuestión. En esta evaluación pueden detectarse las posibles motivaciones que lo conducen a denunciar. Aunque no se trata de que siempre las denuncias sean falsas, sí sería pertinente dicha evaluación porque operaría como una estrategia que, ante falsas denuncias, evitaría el desgaste del ente judicial, prevendría el daño psicológico que puede generar en el menor alienado y también

el daño al otro progenitor. Esto, además, repercutiría indirectamente en la descongestión de establecimientos carcelarios.

Acerca del tipo de daños que pueden causársele a un menor en este contexto, Sicard. L, R señala que

El SAP es un tipo de maltrato infantil que genera un conjunto de síntomas psíquicos de carácter clínico que surgen como consecuencia de un proceso de destrucción sistemática del vínculo filial, promovida por un progenitor o su sistema familiar en contra del otro progenitor; configurándose una distorsión anómala de la realidad compartida y subsidiariamente al sistema familiar; para diagnosticar el SAP no debe existir antecedentes previos de maltrato intrafamiliar, por parte del padre alienado. (Sicard, R 2011. p. 19)

En la experiencia en la Unidad Operativa de Investigación Defensorial, Regional Atlántico, se ha observado en los expedientes sometidos a estudio que en la entrevista de NNA víctimas de delitos sexuales, los entrevistadores ponen la firma y la huella en el documento del relato, pero no proporcionan la grabación magnetofónica, ni especifican si la entrevista fue realizada en la Cámara de Gesell. De este modo, el profesional asegura que existe credibilidad con el sólo relato del menor, sin someterlo al análisis de los criterios que existen para determinar credibilidad a través de instrumentos de la Psicología, tales como el CBCA, SAV o SEG mencionados anteriormente. En este sentido, no se cumple con la rigurosidad metodológica requerida según la Ley 1652 de julio del 2013, que ordena que la entrevista forense debe realizarse en Cámara de Gesell, si bien, como quiera que no en todas las instalaciones del ente investigador se puede cumplir esta exigencia, el legislador ha exigido que al menos se deje registro en audio de la diligencia.

El trastorno de alienación parental según el DSM- 5

El aporte reciente que hace la nueva clasificación el DSM-5 (Manual Diagnóstico y Estadísticos de los Trastornos, 2012), al enmarcar el trastorno de alienación parental que puede presentar el NNA en su comportamiento, como consecuencia de un progenitor alienador.

El niño manifiesta dos o más de las actitudes y conductas:

1. Falta de ambivalencia.
2. Fenómeno de pensador independiente.
3. Apoyo reflexivo de uno de los padres contra el otro.
4. Ausencia de culpa por la explotación del padre rechazado.
5. Presencia de escenarios prestados.
6. Programación de la animosidad hacia la familia extensa del progenitor rechazado.
7. Proceso erróneos de victimización. (Manual Diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la Asociación American de Psiquiatría. 2014).

El DSM-5 contiene además otros criterios para determinar el SAP: la duración de la alteración es al menos de dos meses; la alteración provoca malestar clínicamente significativo o deterioro social, académico (laboral) o de otras áreas importantes del funcionamiento; negativa del menor a tener contacto con el padre rechazado, sin justificación legítima; el trastorno de alienación parental no se diagnostica si el progenitor rechazado ha maltratado al niño.

Jurisprudencia reciente (aclaración de postura de la Corte)

Con el avance de la ciencia y, desde luego, con los contenidos fundamentales en cuanto al respeto por la dignidad humana orientados a reevaluar el principio de autoridad y supremacía de la ley y a sobreponer el imperio de la persona humana, se ha logrado encontrar eco en el organismo de cierre (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal). En cuanto a este tema, con el pronunciamiento reciente del honorable Tribunal se ha derruido un mito que por mucho tiempo hizo tránsito en la judicatura nacional y comparada, bajo el entendido de que las declaraciones de los NNA involucrados en estos delitos era palabra sagrada. Esto cambió con el pronunciamiento del magistrado Sigifredo Espinosa en 2001:

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aun adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables.

Tal posición pacífica de la Corte es palmaria ahora en el proceso radicado 40455 (25-09-2013), en el que se resuelve una casación de un colega defensor de Medellín, debidamente asesorado por su perito (psicólogo forense) ante una absolución de un usuario en primera instancia, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años e incesto. El fallo fue apelado por la Fiscalía y revocado por la segunda instancia, a raíz de lo cual se profirió fallo condenatorio, obligando a la defensa a recurrir extraordinariamente. Al respecto, la Sala Penal, en cabeza del doctor José Luis Barceló, elaboró un sesudo análisis:

El Tribunal, sin mayores argumentos, hizo a un lado la totalidad de las pruebas y se dedicó a conferir plena credibilidad al dicho de la menor, restando importancia a las inconsistencias existentes en su relato. Reforzó su tesis con citas de providencias de la Corte, al parecer en el entendido equivocado de que para esta siempre debe creerse a los niños cuando denuncian hechos de agresión sexual.

Esta interpretación no solo fue recogida por el Tribunal de Medellín, sino también a nivel nacional, de ahí la aclaración de la misma Corporación.

[...] en las decisiones reseñadas por el Tribunal, la Sala de Casación Penal ha trazado una línea de pensamiento que si bien en un comienzo aludió a la confianza generada por los testimonios de los menores víctimas de abusos sexuales, dado el impacto causado en su memoria por el hecho (Sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23.706), con posterioridad afirmó que el juez debe valorar sus dichos bajo los lineamientos de la sana crítica, integrando sus razonamientos con las demás pruebas aportadas, en tanto ni pueden ser rechazados en todos los casos en el argumento de resultar

fácilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, como tampoco debe creérseles indefectiblemente, sino que sus versiones se impone valorarlas como las de un testigo.

Igualmente, para mayor hermenéutica, la Sala Penal de la Corte, en cuanto a los precedentes judiciales sobre la materia, siguió conservando su postura:

Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantásica destacada por algunos estudiosos de la materia.

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aun adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquillaje, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontestables o indubitables.

Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el Artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos

de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate. (Los destacados son nuestros).

Se resalta en esta oportunidad que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, preocupada por el malentendido de algunos operadores judiciales sobre las declaraciones o testimonios del menor recientemente, fue enfática en afirmar que la jurisprudencia no ha enseñado la infalibilidad de los testimonios de los menores víctimas de abuso sexual, como erradamente parece se ha entendido, sino que se impone una valoración de sus relatos, en conjunto con el restante material probatorio. .

Ciertamente, aun cuando en el tema de “credibilidad de los menores”, la casación 26076 de 2006 ha servido en no pocas oportunidades para pensar, contra el propósito de la doctrina allí sentada, que inexorablemente los menores no faltan a la verdad, esta no es desde luego una premisa presuntiva que a manera de petición de principio excluya cualquier estudio de esta clase de pruebas como si mediara una tarifa valorativa, pues por el contrario, en la primera de las decisiones en cita por el Tribunal, retomando la Corte los parámetros fijados en la última referida, hubo de precisar que:

En primer lugar, analizadas de manera aislada, tales expresiones no resultan válidas para decidir si al niño que manifiesta ser sujeto pasivo de un delito sexual debería o no creérsele, pues contendrían una Petición de principio en tal sentido o, lo que es lo mismo, suponen como solución del problema aquello que necesariamente debería probarse.

Es ilógico plantear que al menor de edad habría que creerle cuando dice que es víctima de un abuso sexual con el argumento de que es digno de confianza lo dicho por quién (sin lugar a dudas) ha padecido

la realización de esa clase de delitos. El proceso penal sirve, entre otras cosas, para determinar si una persona (ya sea en estado de debilidad manifiesta o no) tiene la calidad de víctima. Por lo tanto, en la decisión de fondo jamás será razonable asumir que alguien es sujeto pasivo de una conducta por el único motivo de que lo afirma.

En el caso *sub examine* del Tribunal de Medellín, se trataba de una pareja que se iba a divorciar y tenía una niña. La Sala Penal resolvió analizar dentro de la sana crítica la experticia de los peritos forenses y darles un valoración conforme a la ciencia y, muy a pesar de la insistencia de la menor, se pudo colegir a través de otros medios probatorios (testimonios) que evidentemente la niña (presunta víctima de acceso carnal por su progenitor) estaba siendo manipulada en favor de su progenitora, que delante de testigos dijo que se vengaría de su pareja. El Tribunal de Medellín no hizo esta valoración y por ello se revocó el fallo condenatorio y se confirmó el de primera instancia, absolviendo a encartado.

Con esto, la CSJ, Sala Penal, da crédito a la teoría de la alienación parental, reconocida científicamente mediante el aval de trabajos de varios expertos (ver referencias en la bibliografía). . Todos estos trabajos coinciden con los planteamientos que humildemente se han decantado a lo largo de este esfuerzo académico.

Alienación Parental (Instrumentos para su determinación AP)

Resulta evidente que ante una afrenta sexual contra un NNA, no es suficiente ni justo que como estrategia defensiva se soslayan derechos tan fundamentales como la libertad, la integridad y la formación sexual, pero ante la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y el derecho a la contradicción, surgen barreras que limitan la estigmatización de conductas presuntamente delictivas. Por ello, es menester realizar todos los ejercicios técnicos científicos, a efectos de ejercer una defensa técnica que pueda encontrar las falencias de las inurias y al mismo tiempo solicitar la absolución, de ser el caso.

Según Masip y Garrido, citados por Espinosa Becerra (2009), los niños de tres años mienten. Sin embargo, estos autores sostienen esa postura como consecuencia de analizar que el estereotipo del niño como testigo se centra en su incapacidad para percibir, retener y resistir la sugestión, no en su capacidad para mentir.

Con el mismo acierto, dice la psicóloga mencionada, citando a Piaget, que “el niño vive en un realismo perceptivo ingenuo que le impide ponerse en el lugar de la persona que miente de manera que esta crea que es verdad lo que no es correcto”.

Pero ello no excluye al menor de ser sugestionado. Según Masip y Garrido, citados por Espinosa Becerra (2009), una de las fuentes de sugestión es la entrevista mal desarrollada, sobre todo porque altera los recuerdos del menor.

Es por ello que se celebra con beneficio de inventario la llegada de la Ley 1652 de 2013, como quiera que por un lado exige la participación de operadores capacitados para la realización de las entrevistas a víctimas de delitos sexuales, tan especiales como lo son los NNA, acogiendo los clamores de todos los intervinientes, pero por otro, les otorga a tales entrevistas la categoría de pruebas de referencia. Con ello, surge un peligroso abismo en contra de los derechos del inculcado, pues para nadie es un secreto que a un testigo de referencia (entrevistador) no se le puede contrainterrogar por lo que sucedió, sino por lo que recibió, ya sea en entrevista o en declaración.

Al respecto, resulta oportuno citar los argumentos del doctor Ricardo Alberto Suárez Castro, miembro del Colegio de Psicólogos de Colombia, quien se pronunció en torno a la exequibilidad de la Ley 1652.:

Como vemos, ahora las entrevistas las hacen “especialistas en la ciencia del comportamiento” tradúzcase Psicólogas y Psicólogos, y Profesiones “afines”, como quien dice cualquier Profesional de estas áreas realiza la entrevista Forense y todo arreglado; pero me surge una serie de inquietudes, a saber:

[...]

- Si la Fiscalía no tiene funciones de Psicología Forense, ¿podrá hacer entrevistas forenses?
- *La entrevista forense, como lo plantean la Ley 1652 y la Corte, ¿es una prueba del hecho o es un testimonio de referencia relatado o transcrito por un Psicólogo o Psicóloga, perdón... O de funcionario entrenado?*
- ¿Los psicólogos que hacen la entrevista forense actúan como peritos? ¿O son solo testigos de referencia?...
- ¿Los Psicólogos que hacen la entrevista forense pueden hacer valoraciones psicológicas, como evaluar la credibilidad del testimonio, o examen mental, o cualquier valoración de este tipo?
- ¿Por qué no hacen la entrevista forense los psicólogos de Medicina Legal (idóneos) y no los investigadores criminalísticas o funcionarios judiciales (No idóneos)

En la labor jurídica que desarrollamos los defensores públicos, son válidos los cuestionamientos que se hace este profesional de la Psicología, dado que, como lo ha dicho la Corte, las conductas propias de delitos sexuales no tienen testigos. Adicionalmente, como lo sostienen Masip y Garrido, citados por Espinosa Becerra (2009), entre las estrategias que se utilizan para desacreditar el testimonio infantil destacan cuatro razones: tardanza en denunciar los hechos, falta de memoria, coacción y sugestión. La coacción y la sugestión desembocan, como se ha venido sosteniendo por la disciplina de la Psicología, en que “las declaraciones de los niños pueden contener omisiones, inconsistencias y distorsiones que son más función de la incompetencia del entrevistador que de la incompetencia del niño.” (Espinosa Becerra (2009).

Por ello, se insiste en tener un control permanente por parte de la defensa pública, en cuanto a las declaraciones entregadas por los NNA, víctimas de delitos sexuales. Es fundamental, así mismo, que este control se efectúe en pareja con el perito forense, para que a través del aporte de sus conocimientos se determinen la estrategia defensiva y el programa metodológico en defensa del usuario de la defensoría pública.

En el Distrito Judicial del Atlántico, exactamente en el Juzgado Penal del Circuito de Soledad, en el SPOA, 08-758-60-0107-2008-80573-01, el 7 de marzo de 2013 se profirió fallo absolutorio en proceso por acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 19 de diciembre de 2013, con base en la presunción de inocencia, que fuera respetada y valorada por el juzgador en virtud de que los únicos testigos de la Fiscalía, en el juicio, fueron el menor víctima, de cinco años para el momento de los hechos (julio de 2008) y para la época del juicio con nueve años. Sin embargo, en el momento del contra interrogatorio ejercido técnicamente por la defensa pública, él y su hermano, mayor de edad, entraron en contradicciones, lo cual hizo surgir la duda razonable acerca de la posible alienación parental. Es de anotar que aunque la Fiscalía citó al perito de Medicina Legal que valoró al menor y al Psicólogo del Bienestar Familiar que lo entrevistó, estos no asistieron al juicio oral, por lo cual el Juez debió cerrar el periodo probatorio y la Fiscalía hubo de renunciar a los testigos. No obstante, el acusado soportó la detención domiciliaria y el estigma de violador y pedófilo hasta el día del sentido final del fallo.

Conclusiones

Conforme a los postulados jurídicos y científicos hasta aquí expuestos, puede inferirse que la alienación parental que ejerce el progenitor constituye un perjuiciobio-psico-social que genera un trastorno psicológico del menor. Esto, con base en criterios establecidos por la comunidad científica y académica, como el DSM-5. Por lo tanto esa alienación resulta nociva y representa cambios en el comportamiento del NNA. El responsable se convierte entonces en un potencial vulnerador de los derechos del NNA.

Conforme a la experiencia de la Unidad Operativa de Investigación Defensorial de la Defensoría del Pueblo de Barranquilla, resulta evidente que las entrevistas a los menores son realizadas por personas que no tiene la formación profesional exigida. Por tal motivo, resulta muy difícil establecer la credibilidad del testimonio, ya que no se utilizan los protocolos y las técnicas para desarrollar y el análisis pertinente (CBCA - Criterio basado en el análisis del contenido del relato), lo cual genera alarma social y au-

menta el hacinamiento carcelario, sin contar con las secuelas que produce el encierro injustificado del presunto agresor, factor desencadenante de la violencia intrafamiliar.

El precedente judicial ha despejado el camino para la interpretación de los relatos de los NNA víctimas de delitos sexuales, llámense entrevista o declaración, resaltando que ese relato no se puede separar de las exigencias que establece el Artículo 404⁸⁷ de la ley 906 de 2004 y que se debe valorar en conjunto con los otros medios probatorios que existan en el proceso sometidos a la sana crítica.

Si existe la alienación parental, entendida como la influencia o la sugestión del otro progenitor u otro familiar cercano al NNA con intereses sesgados en un proceso penal, y dado que existen estudios y experimentos científicos que señalan la manera de determinarlo, el juez está llamado a no desconocer el testimonio del menor por su inmadurez, sino a valorarlo con la verticalidad exigida por el legislador. Está llamado, así mismo a desechar la estigmatización de las conductas investigadas y la calidad especial de la víctima como elemento conculcador de la imparcialidad judicial.

Si el SPOA se caracteriza por ser un paradigma científico, resulta indudable que el aporte de las ciencias (Psicología forense y Siquiatría forense) en estos casos especiales, debido a la particularidad de las víctimas, será de mucha utilidad para los resultados de la investigación. Por ello, se reclama desde esta tribuna que los NNA, como sujetos pasivos de los delitos contra su libertad y formación sexual, no sean re victimizados y, a contrario sensu, se les atienda con los mejores y más modernos métodos de recolección de EMP, EF, e ILO.

Referencias

Amaris Mora, María del Carmen. (2009). "Síndrome de alienación parental". En: Revista de La Defensoría Pública de Colombia. # 11. Bogotá.

87 **Artículo 404.** Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Corte Constitucional. (2011). T-884-2011 M.P. Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional C-177-2014 M.P. Nilson Pinilla

CSJ SP 25 de septiembre 2013 Rad 40455

CSJ SP 23 de febrero 2011 Rad 34568

CSJ SP 11 de mayo 2013 Rad 35080

CSJ SP 8 de agosto 2013 Rad 41136

Espinosa Becerra, Adriana. *Aportes de la Psicología forense al abordaje de los delitos sexuales*. En: Curso de nivel de énfasis. Plan Nacional de Capacitación Escuela Nacional de Defensoría Pública Roberto Camacho Weverberg, Tomo IV. Bogotá.

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2012). *Acuerdo sobre la entrevista y evaluación forense en el contexto de procesos judiciales por delitos sexuales*. Bogotá.

Ley 1652 de julio de 2013.

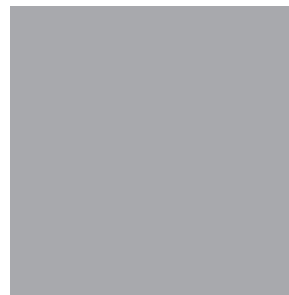
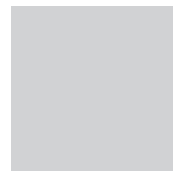
Ley 1098 de noviembre de 2006.

Psicopatología clínico, legal y forense, Vol 2, No. 3. 2002 pp 25-45. Correspondencia juzgado de Majada Honda –Madrid

Sircad. L. R. (2009). *Síndrome de alienación parental*. Universidad Santo Tomas. Bogotá.

Universidad Santo Tomás. (2013). *Reconocimiento de indicadores de alienación parental en operadores de justicia de Bogotá*. Vol. 20 #. 1. Universidad Santo Tomas, Bogotá.

PROBLEMAS BÁSICOS DE LA INVESTIGACIÓN DESDE EL ROL DE LA DEFENSA



ACTOS DE INVESTIGACIÓN DE LA DEFENSA FRENTE A LAS TENSIONES PROCESALES ENTRE EL ESTÁNDAR CLÁSICO DE VALORACIÓN PROBATORIA Y EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

*Pedro Pablo Flórez Herrera*⁸⁸

Resumen

Este artículo está encaminado a examinar algunas de las fuertes tensiones procesales que surgen del examen de los hechos, la escena del delito, y los programas de investigación de la defensa y la Fiscalía General de la Nación, por una parte, frente a un estándar de valoración probatoria que tiene el Juez de Conocimiento y que no se ajusta a los requerimientos del sistema penal acusatorio, al producir decisiones judiciales, como en los periodos inquisitivos, hoy en pleno siglo XXI después de dos reformas penales, este artículo dentro de la litigación estratégica institucional trata de generar en el intérprete moderno de la ley penal y en especial en el sistema nacional de defensoría pública un defensor público más proactivo e investigador que sea más exigente en el recaudo de elementos materiales y evidencias físicas, ya que el proceso penal hoy en día es más científico y técnicos, dentro de los juicios a efectos de garantizar una mejor defensa técnica con respecto a las reglas de incorporación y a ejercer mejor nuestro rol (reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio) ya que debemos tener un periodo

88 Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Defensor Público de la Oficina Especial de Apoyo Seccional Atlántico. Docente Investigador del Programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

probatorio más científico en el juicio oral, como lo establece la sistemática penal acusatorio. Por lo cual vamos a tener en cuenta, el abordaje de los medios de prueba que en el proceso penal en el sistema acusatorio para lo que se tiene en cuenta las decisiones judiciales, toma como referente los resultados de la encuesta aplicada a 25 jueces con funciones de conocimiento y de ejecución de penas y medidas de seguridad de 7 ciudades del norte del país (proyecto colciencia financiado a la Universidad Simón bolívar en el 2014, en el cual hago parte del grupo del proyecto de investigación como articulista), y el análisis de sus sentencias con la finalidad de determinar las tensiones procesales que producen decisiones que no están acordes con los estándares probatorios internacionales en el que el proceso penal debe tener un estándar mayor de decisión judicial que los demás procesos ordinarios civil, laboral, etc...

Palabras clave

Actos de investigación, medios de prueba, defensa, tensiones procesales, estándar de valoración probatoria, sistema penal acusatorio.

Abstract

This article aims to examine some of the strong procedural tensions arising from the examination of the facts and the crime scene, and research programs of Defence and the Attorney General's Office, on the one hand, Beachfront UN evidentiary standard valuation Judge has knowledge and which does not conform to the requirements of adversarial criminal system, as in the questioning periods, today in the nineteenth century is still produced the same decision of condemnation, stop en Ingles In litigation Try to Generate institutional strategic in modern interpreter of criminal law and particularly in the National Public Defender System Defender More requiring UN Scientific and Technical Parameters Within a trial order to produce a better technical defense with RESPECT Guarantees procedural and evidentiary con un period Scientist at trial. Furthermore, specifically addresses the evidence which the Criminal Process in the adversarial system are considered for judicial decision making as a reference the results of the survey applied to 25 judges with knowledge and Functions

Execution Punishment and Security Measures 7 cities in the north, and the analysis of their sentences in order to determine S. Procedural Decisions producing voltages that are not in accordance with International Standards on the evidence that the criminal proceedings have must UN That standard Mayor judicial decision other civil, labor, etc ordinary processes ..

Keywords

Investigation acts, proof, defense, procedural tensions, standard for evidence assessment, accusatory system.

Introducción

En el sistema penal acusatorio se hace necesario tener claro que el escenario más importante para el Defensor es la escena del delito. Allí se debe tener claro cuáles son los objetivos de una defensa estratégica exitosa y una teoría del caso encaminada a desplegar actos de investigación en los que deben estar presente todos los medios de investigación encaminados a la búsqueda de elementos materiales probatorios y evidencias físicas. En Colombia esta necesidad es aún más fuerte para la defensa, ya que no cuenta con Policía Judicial como sí lo hace la Fiscalía. En este primer escenario ya se configura un proceso penal adverso a los intereses de la defensa y comienzan a emerger las fuertes tensiones procesales que se tienen en el desarrollo de las audiencias preliminares, las de transición y el juicio oral. Ejemplo de ello es la fuerte ventaja estratégica que tiene la Fiscalía al conocer la *notitia criminis* y desplegar un programa de investigación cuando la defensa no ha iniciado aún acto de investigación alguno por desconocimiento de dicha notitia.

Esas desigualdades procesales ya desde el inicio del proceso se ven reflejadas en su más cruda realidad en el juicio y la decisión judicial, problemática estudiada en el libro *El incesto desde la perspectiva psicojurídica. Una mirada holística del delito para un tratamiento penitenciario eficaz* (Guzmán, 2014), producto de un proyecto de investigación uno de cuyos objetivos se centró en la identificación de los medios de prueba que sirven de soporte para una correcta decisión judicial y la valoración del juez respecto de ellos. Para

ello, el estudio aplicó una encuesta sobre delitos sexuales e incesto a 25 jueces de conocimiento y de ejecución de penas y medidas de seguridad, y analizó sus sentencias, esta es una pequeña muestra de la región caribe donde el proyecto de Colciencias aprobado solo permitió este muestreo en el que no se hace necesario revisar todas las decisiones pero con este trabajo de campo se deduce la falta de medios e pruebas utilizado en las decisiones judiciales lo que va en contravía de un sistema penal acusatorio más técnico y más científico como el deber ser para llegar a un estándar más alto de valoración probatoria en el proceso penal como lo afirma muchos comparativistas del proceso en el mundo. (Taruffo, M. 2009), entre otros, lo que significa que en el resultado de la investigación mostró que hoy con el nuevo sistema penal acusatorio el estándar de valoración probatoria sigue siendo igual al del sistema inquisitivo la diferencia entre las respuestas dadas y con mayor sorpresa, por los jueces reconocen que desde un plano teórico y su propia práctica judicial, su decisión se ajusta a los estándares clásicos de valoración probatoria afectando lo que va en contravía con un proceso más científico y técnico como debe ser hoy a los ojos de un nuevo sistema penal acusatorio; lo que devuelve la acción procesal a esquemas probatorios que debieron haber sido y ya superados y al contrario no a un proceso penal menos científico y técnico como lo mostro la estadística en este proyecto de investigación realizada en un año en la región Caribe, problemática que genera decisiones judiciales que no se ajusta a estándares internacionales donde es preferible como máxima absorber a un culpable que condenar a un inocente y frente a los estudios es perfectamente posible bajo los estándares clásicos de valoración probatoria que cualquiera de estos procesados tanto culpables como inocentes pueden ser condenados de la misma forma, ya que el juzgador dentro de sus medios probatorios recurre menos a los métodos científicos que se constituyen en el deber ser para una correcta decisión judicial, en el que se despliegan en igualdad de condiciones para las partes, y en especial para el procesado que es la parte más débil en el proceso penal y más si son de escasos recursos como lo son el gran grueso de nuestra población de usuarios del sistema nacional de defensoría pública en los procesos penales, lo que ha de ser en la sistemática acusatoria para cumplir con los fines del proceso penal y no, por el contrario, generar mayores secuelas, desigualdades, impunidad y más

víctimas de la incorrecta decisión judicial desapegada a la búsqueda de la verdad de los hechos.

Lo que para el defensor público y el reto que tiene frente a estas fuertes tensiones existentes entre las viejas secuelas del sistema inquisitivo y de un sistema de valoración probatoria clásica y consecuencial del mismo, todavía viene impactando al sistema penal acusatorio, se debe procurar ejercer un litigio estratégico encaminado a ajustarse a nuevos estándares de valoración probatoria más científicos, que no solo van enfocadas a controvertir la acusación de la fiscalía e impactar en la decisión del juez de conocimiento en el juicio oral, si no a su vez deben ser más proactivas y dinámicas porque nuestro rol en este nuevo sistema nos exige ser mas investigadores no solamente conocimientos jurídicos, con los que debemos desarrollar elementos materiales y evidencias físicas científicas y técnicas (ejemplo: actividades a desarrollar, misiones de trabajo, con los peritos del sistema nacional de defensoría pública y otros con que hoy en día contamos en los principales distritos judiciales del país, solicitar al banco de evidencias, exámenes más profundos de los elementos materiales probatorios que en algunos casos la fiscalías sea corto, confuso erróneo los resultados de peritajes forenses o que no se acomoden a los protocolos o teorías científicas más importantes en relación a estos estudios. Etc...) Nuestro rol en el nuevo sistema penal acusatorio nos exige cada vez ser más creativos y proactivos en nuestras teorías del caso lo que va de la mano de tratar de llevar mejores evidencias y elementos materiales al proceso penal si queremos obtener mejor el resultados estratégicos de la decisión judicial, si lo comparamos con la metáfora con que el proceso penal cada vez debe mejorar su estándar de valoración probatoria, como lo hacen un laboratorio científico para sacar al mercado el resultado de un medicamento o una vacuna a tal punto que son cada vez más altos los rigores científicos que se exigen para su venta, y minimizar los riesgos para no producir secuelas ni errores secundarios al momento del salir a la venta de los consumidores.

Frente a este símil aquí en el proceso penal, los defensores y los fiscales en el nuevo sistema penal acusatorio (somos los científicos) que debemos proporcionar al juez del conocimiento mejores evidencias físicas y elementos materiales encaminados a buscar los mejores fines del proceso penal, para acercarnos más a la verdad real y no a la verdad procesal (como el

deber ser), en tal sentido si somos exigentes con los medios de probatorios haciendo un mayor despliegue de búsquedas de medios cognoscitivos con vocación de prueba seguramente que para el juez será más exigente y consecuentemente podrá ser más correcta su decisión judicial.

En el estudio que realizamos con trabajo de campo, con las muestras de decisiones judiciales en la región caribe, nuestros procesos penales como ustedes lo verán más adelante en las gráficas y en las entrevistas que se realizaron en los muestreos, lo que queda de conclusión es que en nuestro proceso penal acusatorio se encuentra muy lejos del estándar internacional exigido para el proceso penal y era el mismo que se utilizaba tanto en la Ley 600 del 2000 y en el decreto 2700 de 1991.

1. Actos de investigación de la defensa

Litigar en un sistema penal acusatorio en el que el éxito primario del proceso se da en el manejo de la escena del delito con las cargas propias de una tendencia inquisitiva y donde el órgano de persecución criminal cuenta desde la noticia criminal con un grupo interdisciplinario de investigadores forenses y Policía Judicial, lo que le otorga ventaja en la etapa de indagación, exige que se modifiquen las prácticas tradicionales (dependen del programa de investigación de la fiscalía) que se tenían anteriormente. La lógica y el motor de este sistema dependen de la destreza de la defensa penal pública cuando asume la responsabilidad de la defensa del procesado, lo que requiere habilidades reforzadas en litigación estratégica a efectos de preparar la fase de investigación ante los juzgados de garantías para satisfacer las garantías procesales a la luz de controles convencionales y/o difusos (tratados internacionales). Esto es particularmente crítico bajo un sistema que se presenta adverso a la defensa, en el que muchas veces se produce la inversión de la carga de la prueba y bajo el cual al Estado le interesa más un positivo judicial que buscar la verdad de los hechos es donde el defensor debe ser más proactivos practicar entrevistas a (testigos, posibles víctimas, terceros. etc), inspecciones de campo , misiones de trabajo para los escenarios futuros del proceso y dependiendo de las condiciones del proceso, exigir más el estado la exhibición de la evidencia y elementos materiales para ser confrontados con peritos de refutación encaminados a

prepararnos para las audiencias de juicios, esta es una forma de disminuir las fuertes tensiones existentes y adversas que manejamos los defensores públicos en el territorio nacional, utilizar a los defensores públicos de la oficinas especiales de apoyo para clínicas de casos y apoyo en los juicios de igual manera acompañado de las misiones de trabajo por duplax (jurídico – técnica) es a lo que está llamado el nuevo proceso penal a efectos de que superemos los viejos vestigios de los sistemas inquisitivos en los que se fundamentan la gran mayoría de los procesos penales en Latinoamérica.

Consecuencialmente toda esta estrategia de litigación de la defensa debe ir encaminada a provocar dentro del proceso penal elementos diversos a los que nos presenta la fiscalía general de la nación, ya no debemos depender solamente de nuestra argumentación jurídica si no de un equipo interdisciplinario de apoyo compuesto por los defensores públicos de la O.E.A y los peritos del sistema nacional de defensoría publica encaminados al desarrollo de una mejor teoría del caso y con mayores soporte probatorios, la prueba de los hechos debe estar estructurada en todo el recaudo que se hace dentro de nuestras carpetas de investigación sin dejar de recordar . El hecho como un objeto de prueba. La prueba, evidencia o elemento material ha de servir para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. El hecho es un objeto que cumple una función fundamental, en tal sentido debe ser probado. (Taruffo, 2009). Aspectos transcendentales a tener en cuenta para las proposiciones factico probatorias en la construcción de nuestros hechos relevantes dentro de nuestra investigación. En nuestra sistemática penal acusatoria, para efectos de la litigación estratégica institucional se quiere resaltar la importancia que ha de tener frente a la individualización de le hechos relevantes e irrelevantes dentro de nuestra teoría del caso.

1.1.2 Individualización del hecho.

Definir lo que se constituye en ‘un hecho’ exige analizar si la situación o la porción de experiencia que ocupa a la defensa en el escenario del delito puede ser descrito completa o fraccionadamente en una serie de proposiciones con consecuencias fácticas y probatorias. Para ello, el uso y manejo de entrevistas, declaraciones e informes se constituyen en herramientas eficaces para determinar las direcciones a seguir en la etapa de indagación

según la teoría del caso. Los diversos fragmentos y situaciones en los que se deben enmarcar los hechos de los cuales se han de desprender los elementos y la evidencia física necesarios para probar la teoría del caso, parten desde lo simple hasta alcanzar la multiplicación más compleja de descripciones y de hechos ofrecidos por distintos sujetos o desde perspectivas diversas y que se hace necesario valorar. Esto es lo que los científicos denominan “rototraslación”, lo que indica una serie de operaciones mediante las que el mismo objeto es observado desde el mismo punto de vista (Di Francia, 1990).

1.1.1 La identificación normativa.

Se aplica la norma más idónea para definir el caso frente al contexto concreto o histórico en el que se determina el hecho. Se trata de establecer cuál es el hecho controvertido para definir qué norma puede serle aplicable para una correcta decisión judicial.

1.1.2 Hechos y enunciados sobre hechos.

Se trata de distinguir, así como de un grado de aproximación determinado a ella, o del modo en que las normas individualizan los hechos jurídicamente relevantes; y, por otro, de los hechos del mundo real que existen empírica y absolutamente independientes de la esfera de las determinaciones conceptuales, valorativas y normativas. Así, no son eventos del mundo real los que se construyen, definen, identifican o individualizan, porque éstos existen de forma absolutamente independiente de las categorías que se aplican para su construcción, definición, identificación, e individualización. En un proceso penal es real lo que se dice acerca de un hecho, pero no el objeto empírico que se describe o se enuncia; por ejemplo, mientras un testigo narra un hecho, lo describe como verdadero y otro tanto lo harán otros sujetos procesales para que el juez lo dé por probado en su sentencia.

1.1.3 Hechos principales y secundarios.

Desde el punto de vista de la litigación estratégica es de suma importancia identificar cuáles proposiciones fácticas son más importantes que otras, para lo cual se requieren observaciones y distinciones posteriores acerca de la definición de cada uno de los hechos y su relación con los fines estratégicos de cada una de las teorías del caso cuya construcción se hace desde

la propia etapa de indagación; estos son los llamados 'hechos principales'. Los hechos secundarios o simples se distinguen de los principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna, por lo que adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal. Esto es muy útil para los intereses estratégicos dentro del desarrollo de las futuras decisiones fácticas y probatorias.

1.1.4 La identificación valorativa del hecho.

Esta es una de las formas más importantes de individualizar el hecho y se produce cuando la prótasis de la norma no se define en términos "descriptivos o fácticos", sino apoyándose en el uso de análisis valorativos sobre los hechos para los intereses estratégicos de la defensa. Esto presupone, evidentemente, las fuertes tensiones entre el hecho y el valor, entre la descripción y la valoración, no sólo en los planos ontológicos sino también en los lingüísticos (Wroblewski, 1985: p.p 108)

1.1.5 Identificación negativa del hecho.

En el marco del sistema penal acusatorio se constituye en una herramienta estratégica principal identificar del hecho no solamente lo positivo, sino también la identificación de los problemas que se desprenden del mismo para la teoría del caso de la defensa. La identificación negativa puede preparar a la defensa ante la existencia de hechos jurídicos adversos a su teoría del caso, lo que también puede predicarse de la norma adversa a ella, ya que ésta es simétrica a la situación en el que el hecho se ha identificado negativamente. Ahora bien, en cuanto a la prueba de los hechos identificados negativamente, algunas veces pueden ser probados como tales, pero en la mayoría de casos se hace imposible. Ejemplo de lo primero es que si un testigo estaba presente en determinada situación y afirma que una declaración no se realizó, o no existe un documento que reproduzca las afirmaciones en cuestión, se puede determinar un hecho jurídicamente negativo en el testimonio a pesar de que el testigo esté en el lugar de los hechos; lo mismo puede suceder con comportamientos omisivos, negligentes, o de naturaleza inusual en los que se individualiza la prueba de un hecho negativo únicamente mediante mecanismos lógicos de la coartada con relación a la teoría del caso de la defensa.

1.1.6 El hecho complejo.

Se trata de hechos relevantes que no se pueden reducir a eventos simples y específicos, bien delimitados en el espacio y en el tiempo. Se puede hablar de ellos al menos en dos sentidos principales, aunque la mayor parte de los hechos complejos lo son en ambos sentidos. El problema fundamental que afecta a los hechos complejos y que se agrava conforme aumentan sus rasgos de complejidad es la imposibilidad de identificarlos con precisión analítica, lo que dificulta el uso de este objeto de prueba como medio cognoscitivo con fines estratégicos para el apoyo en la construcción de la teoría del caso.

1.1.7 Hecho colectivo.

Se trata de un hecho principal frente a cuya estructura y duración existen dimensiones subjetivas en las que se desarrolla una pluralidad de situaciones que afectan a distintos sujetos como extensión subjetiva de los efectos que se generan en el caso. Sin embargo, el fin de litigación estratégica de la defensa exige tener un control de todos los presupuestos probatorios y en especial la importancia de cada uno de ellos aisladamente para la teoría del caso. Esto hace necesario tener claras las distintas proposiciones que despliegan el amplio número de hechos que se desprenden naturalmente del evento principal, lo cual permite apreciar la realidad de la escena del delito.

Hecho psíquico.

Todo hecho jurídicamente relevante exige de la presencia de una esfera psicológica, sentimental, volitiva o motivacional determinada por los sujetos procesales. Estos sentimientos valorativos, de actitudes, de preferencias, de intuiciones o voluntades, son propios de la naturaleza humana. Ejemplo del reconocimiento de esta realidad es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han examinado fenómenos como el dolo, el error, la mala fe, el acto en fraude, la deslealtad, el conocimiento de estado de insolvencia, entre otros. Consecuencia de esto es que, en general, se debe analizar para cada caso en concreto el interés que entra en juego para la construcción de una proposición fáctica probatoria.

En este orden de ideas los actos de investigación de la defensa en la etapa de indagación, después del manejo de la escena del delito, requieren de

instrumentos de recolección de información como las técnicas apropiadas para entrevistas, declaraciones e informes.

Tensiones procesales de las secuelas inquisitivas, la valoración de los hechos frente al sistema penal acusatorio

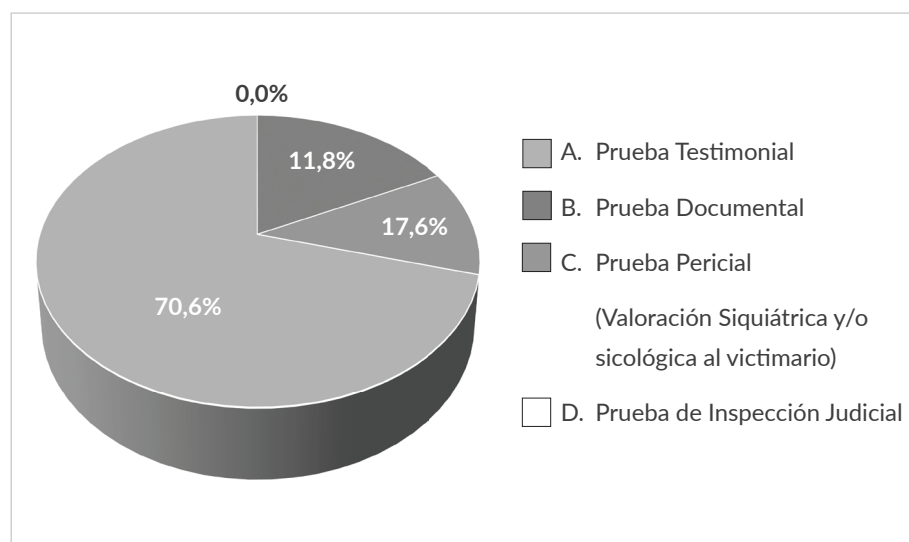
Una vez establecidos los principales aspectos en torno a los hechos, es el momento de abordar la exigencia de su valoración como una de las partes principales del proceso penal. Esta bien puede ser la más compleja de todas, pues tres décadas en un sistema inquisitivo o mixto han acostumbrado a los operadores jurídicos a los actos de investigación de la Fiscalía en su programa de investigación, pero hoy día el Defensor Público está obligado a elaborar matrices para clasificar los hechos sobre la base de los presupuestos mínimos que se deben analizar de los hechos relevantes o irrelevantes en apariencia. De esta forma, los defensores serán capaces de llevar la información dentro de los actos de investigación encaminada a conformar la base de los medios cognoscitivos en aras de cumplir con los fines de un proceso penal más justo, capaz de superar las dudas o minimizarlas en él, de tal suerte que el juez se acerque cada vez más a un estándar más alto de decisión, como lo requiere el proceso penal a diferencia de otros.

Para alcanzar lo anterior, a continuación se recoge el trabajo de campo de la investigación de (Guzmán, 2014). El cuestionario se enfocó hacia los delitos sexuales, en especial en el incesto, en la Región Caribe, ya que este delito es de gran impacto en esta área en razón de costumbres sociales, políticas, étnicas, culturales. El instrumento mide los medios de prueba que tiene en cuenta el juez para la toma de su decisión y el valor probatorio que le otorga a los mismos. Tal como se observará, el ejercicio probatorio denota poco papel proactivo de Fiscalía y Defensa, como también la falta de iniciativa en mejorar los estándares de prueba llevados al juez como medios cognoscitivos. Esto es sumamente preocupante en la nueva sistemática procesal, que exige un proceso más científico y técnico desde la escena del delito. Lo que demostró la investigación es que la prueba testimonial continúa como la prueba más importante, pues en los casos examinados los sujetos procesales no aportaron mayores elementos materiales ni evidencias físicas

para la teoría del caso de cada una de ellos, lo que nos ayuda a contrastar la problemática por la que se encuentra en crisis el sistema penal acusatorio cuyas decisiones se ven impactadas por los medios de comunicación, por las presiones políticas, sociales. etc... Afectando principios como la imparcialidad judicial, imparcialidad, presunción de inocencia y demás, esta pequeña muestra nos refleja la realidad y la falta de desarrollo que ha tenido el sistema penal acusatorio en esta década de vigencia a nivel regional y muy seguramente a nivel nacional, las decisiones obedecen en muchas ocasiones a las respuestas de todos estos factores y a dar respuesta a una justicia material sin importar las reglas de la nueva sistemática penal acusatoria y la grave afectación que sufren todos los sujetos procesales, al estado de derecho constitucional, la seguridad jurídica, la confianza legítima, entre otros, los costos económicos y políticos de esta reforma lo que ha generado que el código procedimiento penal se encuentre en la actualidad en las comisiones de congreso de la republica debatiéndose para otra reforma, nos encontramos en un estado que todo lo soluciona con reformas legislativas (Lujuria legislativa, desde el punto de criminología critica).

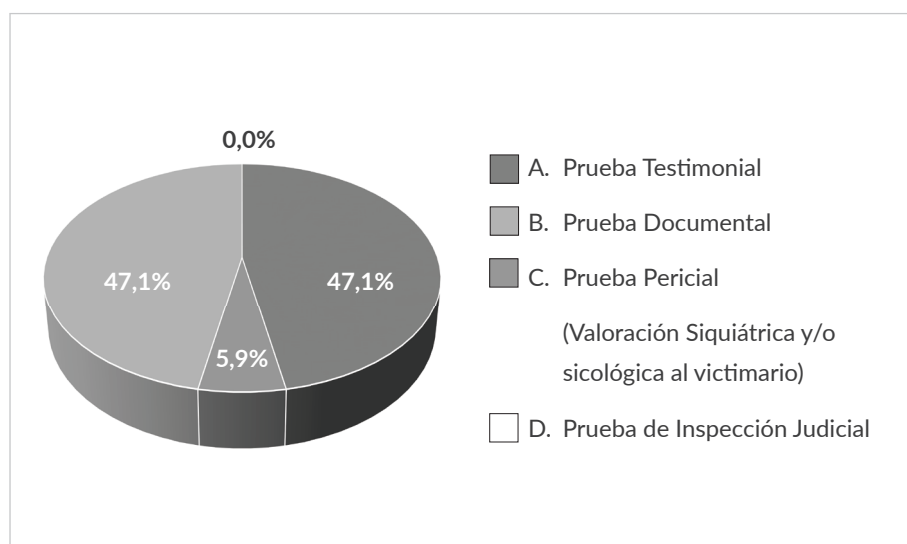
A continuación estos son los cuestionarios y encuestas realizadas a los jueces de distintas regionales en la costa, frente a delitos sexuales.

1. ¿A qué medio de prueba cree usted se le otorga mayor valor probatorio al momento de determinar la culpabilidad en la comisión del delito de incesto y otros?



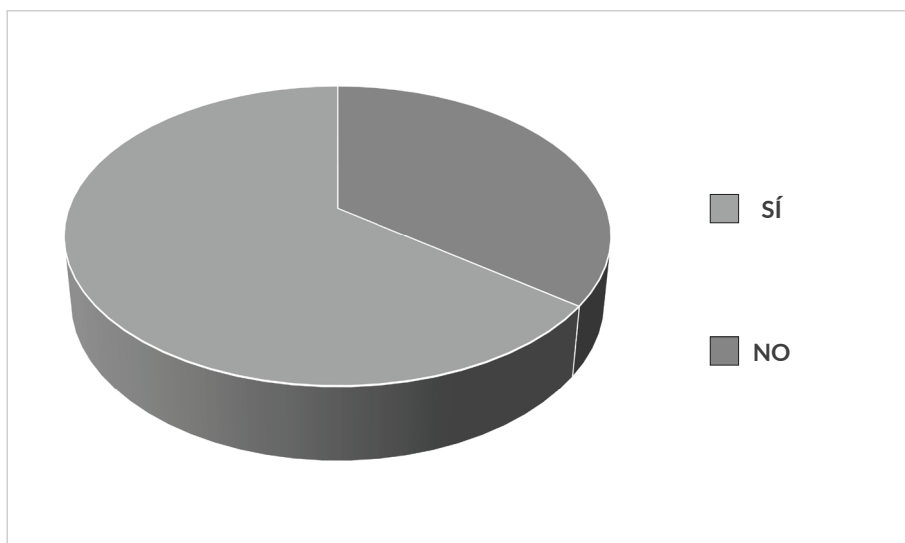
Esta gráfica muestra que el 70.6% de los jueces encuestados consideran que el medio de prueba que tiene mayor valor probatorio en los casos de incesto es la prueba testimonial. Esto significa que no se ha avanzado significativamente en el sistema penal y que continúan en práctica los mismos estándares de valoración probatoria positivista y tarifaria manejados en las últimas décadas. Por el contrario, lo indicado en el nuevo sistema penal acusatorio es restar valor a la prueba testimonial y privilegiar el valor de la prueba científica –pericial–. Lamentablemente, la gráfica también muestra que su valor probatorio no llega al 20% entre los jueces encuestados, lo que es grave frente a los estándares internacionales sobre la prueba.

2. *¿Cuál es el medio probatorio determinante y que le proporciona certeza para la toma de la decisión judicial en el proceso penal por incesto y otros?*



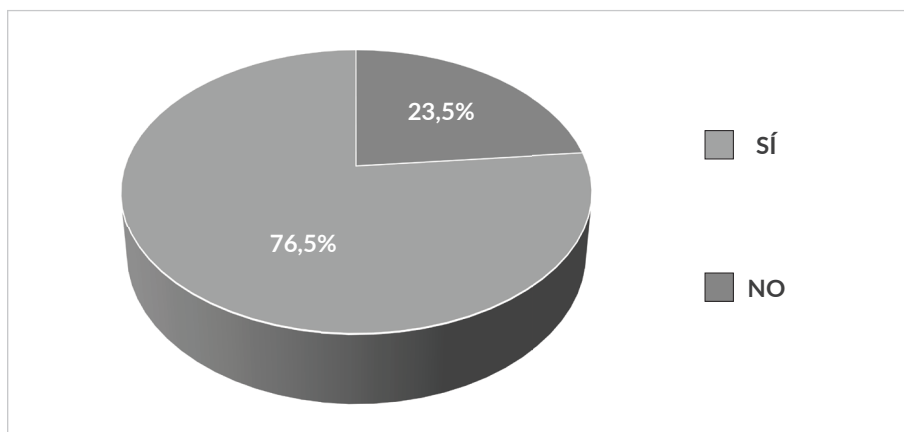
Siendo coherentes los jueces al privilegiar la prueba testimonial al momento estudiar la culpabilidad del acusado, también consideran este medio de prueba como el que les proporciona certeza para la toma de su decisión al momento de fallar. Sin embargo, una proporción igual otorga considera la prueba pericial como determinante y proveedora de certeza. Esto muestra que el énfasis científico del nuevo sistema penal aún no cala entre los jueces, el principal de sus operadores jurídicos.

3. *¿La valoración psiquiátrica como prueba pericial del sujeto activo ha sido tomada en cuenta como medio de prueba en procesos por incesto y otros?*



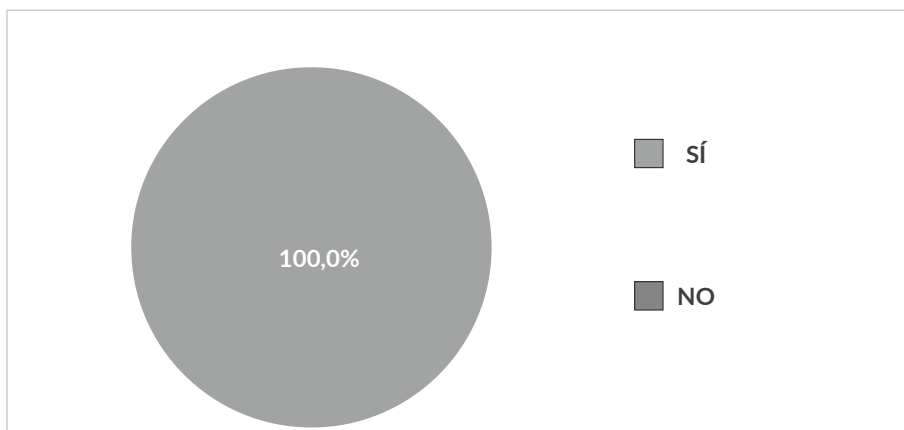
La gráfica muestra que los jueces, en su mayoría, sostienen que tienen en cuenta la valoración psiquiátrica. Esta afirmación, empero, la hacen atendiendo al deber ser en torno a los medios de prueba que deben ser tenidos en cuenta, pues una vez analizadas las sentencias de los casos por incesto (estas providencias pertenecen a la investigación citada) la realidad procesal fue otra: en el acervo probatorio de ninguno de los procesos se tuvo en cuenta este medio de prueba, pero sí se consideró la prueba testimonial y la pericial, al menos desde la víctima. En el nuevo sistema penal acusatorio el operador judicial debe cambiar sus paradigmas tradicionales a efectos de no incurrir en un posible error judicial, y permitir la libre valoración de la prueba, asunto más dinámico en el que las cargas de los sujetos procesales permitan al juez tomar una decisión más justa.

4. ¿Cree usted que se debe tener como medio de prueba la valoración psiquiátrica – prueba pericial– en delitos de incesto y otros?



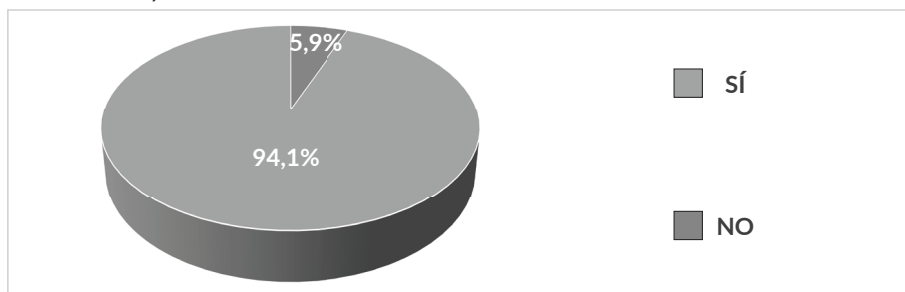
Los jueces consideran que la valoración psiquiátrica como medio prueba pericial ha de tenerse en cuenta dentro de los procesos. Ahora bien, a pesar de ello, la valoración psiquiátrica sólo está presente para la víctima, más no en el acusado, como ya se afirmó. Una vez más, sostener la importancia de la valoración psicológica al acusado responde a los postulados de la criminología moderna que abogan por la prevalencia de los fines de la pena hacia la prevención y reinserción social, pero no responde a la práctica judicial actual.

5. ¿Cree usted que se debe tener como medio de prueba la valoración psiquiátrica – dictamen pericial psiquiátrico– en delitos de incesto y otros cuando el sujeto activo o agente es reincidente?



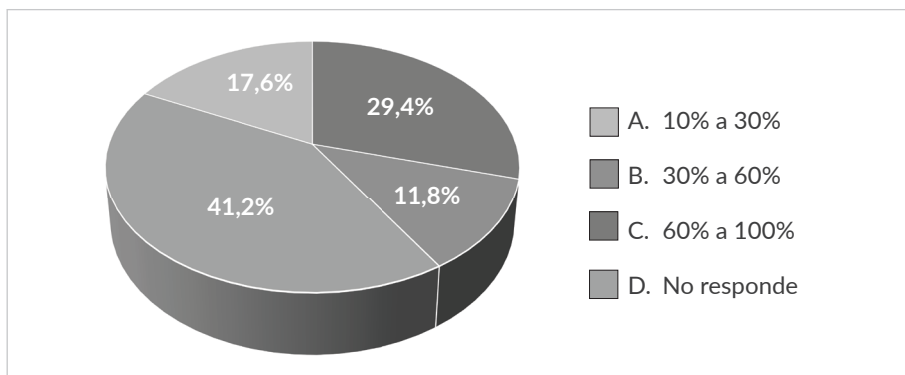
La totalidad de los jueces están de acuerdo en que en casos de reincidencia la valoración psiquiátrica del sujeto activo no debe faltar como medio de prueba dentro del proceso penal. Se entiende esta postura de los jueces por cuanto la reincidencia es un indicador de que la pena no ha cumplido con uno de sus fines, cual es la prevención; pero también porque la reincidencia puede indicar algún tipo de trastorno en quien ha sido varias veces condenado y continúa cometiendo delitos. En este caso, la prueba pericial arrojaría luz sobre las razones para ello y la posibilidad de acción de la pena como mecanismo de prevención y reinserción.

6. *¿Cree usted que exista relación entre los trastornos psiquiátricos y el comportamiento incestuoso y otros sexuales?*



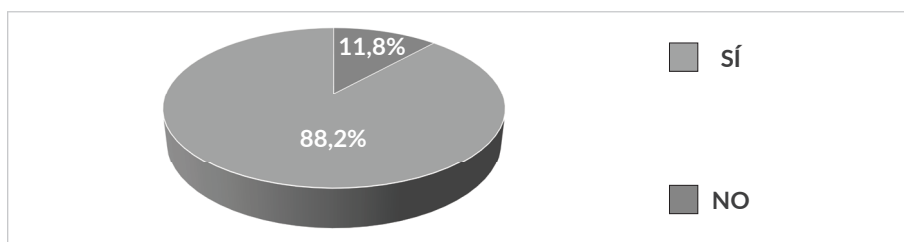
De igual manera una amplia mayoría de los jueces encuestados creen que debe existir alguna relación entre el comportamiento incestuoso u otros comportamientos sexuales y un tipo de trastorno que los induce. Sorprende, entonces, la ausencia de la prueba pericial correspondiente en el acervo probatorio de los casos analizados.

7. *¿Qué porcentaje de convencimiento le proporciona la valoración psiquiátrica del victimario para la toma de decisión final en actuaciones penales por incesto y otros?*



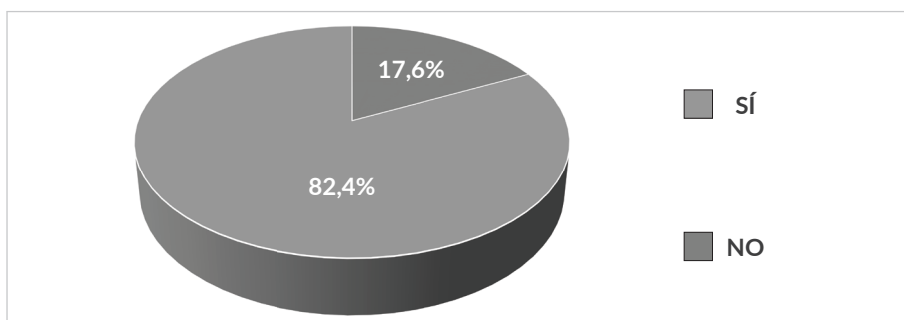
Los jueces le asignan entre un 30% y un 60% de convencimiento a la valoración psiquiátrica en la toma de decisión en los casos abordados por el estudio. Así, esta prueba no es determinante en su decisión y los jueces toman en consideración otros medios de prueba, entre los que cobra fuerza la prueba testimonial, como lo muestran sus respuestas anteriores. Es más, los jueces no consideran necesaria esta prueba para fallar, pues de hecho las condenas examinadas se han producido en su ausencia y atendiendo a los demás medios de prueba y a la valoración que de ellos realiza el juez de conocimiento.

8. *¿En el proceso penal seguido por incesto y otros se tiene la evidencia psiquiátrica como medio de prueba?*



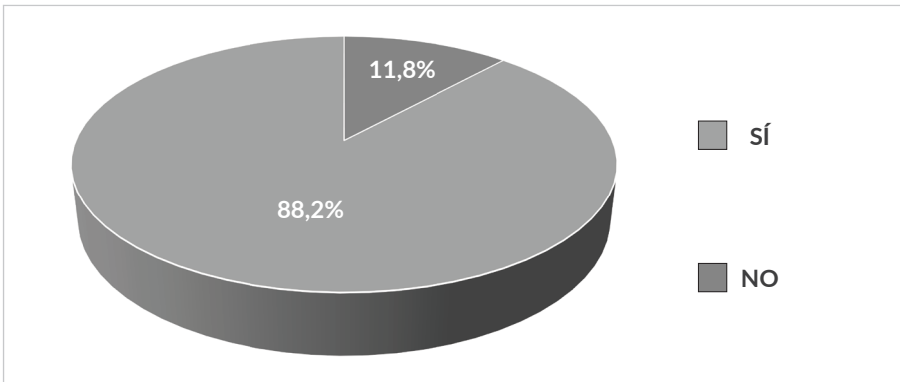
Los jueces afirman que la valoración psiquiátrica como prueba pericial se tiene en cuenta en casos de incesto y otros. Cabe aquí una observación idéntica a la efectuada para la respuesta de la pregunta 3: los jueces responden en atención al deber ser, que indica que en caso de existir este medio de prueba, han de otorgarle valor probatorio; pero en la realidad, en todos los casos fallados en el acervo probatorio la prueba pericial nunca se dio en cabeza del victimario, sino de la víctima.

9. *¿Considera usted suficiente para la toma de decisión en un proceso por incesto y otros, los medios de prueba diferentes a la prueba pericial –valoración psiquiátrica del victimario–?*



Los jueces consideran que así no exista en el proceso la prueba pericial –valoración psiquiátrica del victimario–, los otros medios de prueba que existan son suficientes para tomar la decisión final. Esto reitera y confirma que los jueces fallan atendiendo más a otros medios de prueba que a la pericial, pero consideran que este medio de prueba, si bien no incide para la toma de decisión, sí debería tenerse en cuenta.

10. *¿Usted considera que sería conveniente practicarle a quien comete el delito de incesto y otros, una valoración psiquiátrica y psicológica independientemente del acervo probatorio obrante en el proceso o como medio de prueba para la toma de decisión?*



Los jueces consideran que ante la ausencia de la valoración psiquiátrica del victimario en el acervo probatorio, sería conveniente practicarla. Curiosamente, un porcentaje similar de jueces sostiene que fallan atendiendo a los demás medios de prueba por considerarlos suficientes; y dentro de las sentencias examinadas, ninguno de ellos ordenó practicar la prueba pericial a pesar de no estar presente en el acervo probatorio allegado por las partes.

Conclusión

En atención a los resultados de la encuesta y al análisis de las 22 sentencias condenatorias por delitos sexuales en la Región Caribe, se puede concluir la marcada tendencia de valoración clásica en la decisión judicial. Es necesario, entonces, reflexionar sobre las fuertes tensiones que existen en este panorama, tanto para el operador judicial como para las partes. En efecto, las tensiones procesales que se mostraron exigen el análisis que se debe hacer de los hechos y de los presupuestos mínimos de las proposiciones

fácticas en la búsqueda de evidencias y elementos materiales que convalliden cada hecho en el contexto de la escena del delito. Así, los actos de investigación de la defensa, como columna vertebral del proceso que nace a partir de la escena del delito, requieren de actuaciones más dinámicas en el recaudo de la información necesaria para la construcción de una teoría del caso adecuada.

En esta línea, ya en la Sentencia C-591 de 2005 la Corte Constitucional, desde el comienzo del sistema acusatorio, ha marcado una clara distinción entre los actos de investigación y los actos de prueba, enfatizando la importancia que en estos actos tiene el respeto a las garantías procesales y a los derechos fundamentales. El Alto Tribunal profundiza en esta distinción en una sentencia posterior, la C-396 de 2007, en la que expresamente identifica elementos considerados hasta entonces como propios de la actividad probatoria –entrevistas, informes, declaraciones juradas y actos de investigación– como actos de investigación, asignándoles los límites propios y la reserva frente a los derechos fundamentales.

La Corte aclara que a pesar de que los actos de investigación no son prueba, sí permiten sustraer la información necesaria para generar la base de impugnación de testigos y la base de las contradicciones. El análisis de la jurisprudencia sobre este aspecto ha permitido a (Del Villar, 2009) criticar las contradicciones entre las declaraciones previas al juicio y la forma real en que el juez los valora en el juicio. Fundamentalmente, lo que refleja su análisis es la fuerte tensión entre los actos de investigación frente a la valoración integral que se hace bajo estándares clásicos de decisión judicial durante el juicio oral.

Una tensión particular en el escenario de valoración probatoria es la Modalidad con la cual la ciencia se incorpora al proceso penal a través de la colaboración de peritos expertos. Sin embargo, el verdadero cuestionamiento surge en la valoración que de la prueba científica haga el Juez, y en las condiciones bajo las cuales el Juez, sobre la base de estas pruebas, pueda llegar a considerar como verdadero el hecho de la causa (Taruffo, 2009a). Para este autor, el recurso de la ciencia puede ser útil tanto en el proceso penal como en el civil, pero ciertamente no constituye el remedio para todos los problemas y suscita una serie de cuestiones, por cuanto aún son necesas-

rios modelos conceptuales y lógicos particularmente satisfactorios, frente a los cuales queda todavía mucho por hacer a juristas y epistemólogos, para afrontar en modo adecuado el problema de la decisión y la correcta utilización de la ciencia en los distintos contextos procesales (Taruffo, 2009)

A pesar de ello, la peritación es una actividad procesal común desarrollada por personas distintas a las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de aptitudes del común de la gente. La peritación es una actividad procesal por naturaleza porque ocurre siempre en un proceso, con lo cual se distingue de las actividades similares extraprocesales (Echandía, 2008).

Empero, la valoración de la prueba científica requiere de mucho cuidado, por cuanto el juez ha de cuidarse de no trastocar su papel en el de un perito. El juez no puede sustituir al perito en la valoración: su verdadera función, con relación a la prueba científica, es ejercer adecuadamente el control del conocimiento especializado manifestado por el experto; es decir, a verificar si realmente se cumplieron los protocolos debidamente aceptados por las autoridades idóneas en la materia, a efectos de determinar si lo manifestado por el perito realmente encuentra una aceptación en la ciencia.

En cuanto al papel del perito, no es cierto que éste deba limitarse a exponer su juicio de valor sin ninguna narración fáctica. De hecho, en ocasiones es necesario que primero observe los hechos que todavía existen o las huellas de los hechos pasados, sobre lo cual expone al Juez sus observaciones, para luego adoptar las conclusiones valorativas del caso. De ahí que se hable de perito percipiendi: aquel que necesita fundamentarse en la percepción de los hechos objeto de la prueba o de otros relacionados con ellos (Echandía, 2008). No obstante, cualquiera que sea la tesis que se adopte respecto a su naturaleza –medio de prueba o simple manera de auxiliar al juez en el desempeño de sus funciones–, no puede haber peritación sobre cuestiones de derecho ni sobre los efectos jurídicos de los hechos que verifiquen o califiquen los peritos: la peritación tiene por objeto, exclusivamente cuestiones concretas de la investigación, verificación y calificación técnica, artística o científica de hechos que por sus características técnicas, artísticas o científicas

ficas, la exijan para su adecuada percepción y valoración (Echandía, 2008). Es el Juez quien ha de observar la disposición probatoria que sostiene que las pruebas deben ser estudiadas en su conjunto y otorgarles el mismo valor a cada una de ellas individualmente. Así, si se integra la prueba pericial con otros medios de prueba obrantes en el proceso –como la testimonial–, se puede llevar al juez a un mejor conocimiento de los hechos objeto de investigación penal y apoyar una convicción más firme.

La litigación estratégica conjunta con peritos forenses es, entonces, el camino a seguir si se quieren mejorar los estándares procesales de la decisión judicial. Si se piensa que el éxito secundario del proceso penal se compara metafóricamente con un laboratorio científico en donde los resultados se dan con altos estándares de credibilidad y sin mayores efectos secundarios, el escenario del juicio oral ha de ser un laboratorio de investigación en el que las partes llevan al juez la información a través de los medios cognoscitivos y del conjunto de elementos materiales y evidencias físicas a valorarse en el juicio. Es aquí donde el defensor público, ya desde los actos de investigación, ha de realizar un trabajo riguroso y serio en el recaudo de información que se va a convertir en futuras pruebas, una vez sean sometidas a los controles inter partes en los que se hacen interrogatorios cruzados.

Dada la prevalencia demostrada de las pruebas testimoniales, las entrevistas que se hacen bajo técnicas especializadas han de contar con un objetivo claro y preciso. Esto conducirá, además, a convertir a los defensores en potentes investigadores capaces de construir testigos principales, secundarios, de referencia, de oídas; de trabajar con la propia víctima y el procesado a efectos de estructurar de la mejor manera los presupuestos de los hechos. Estas técnicas han de conducir a detalles complejos a partir de los simples, y a diferentes perspectivas que ofrezca cada uno de los hechos. Hacer uso de técnicas de entrevista cognoscitiva y propositiva sirve para hacer discriminación de testimonio en orden de importancia dentro del contexto forense; las entrevistas estructuradas y semiestructuradas permiten obtener un máximo de detalles con menor riesgo de contaminación de la misma, relacionando los grados de información desde los simples a los más complejos en un orden progresivo para obtener información que permita a la defensa una visión estratégica de cada uno de los hechos (Ardila, 2011: p.p 147 – 153).

Traducir los hechos en verdaderas proposiciones fácticas y jurídicas dentro del marco moral, legal y justo no es un trabajo exclusivo de la Fiscalía; más aún cuando ellas servirán para apoyar una valoración racional más acorde con los estándares que se han de mejorar en las decisiones en los circuitos judiciales del país. La defensa ha de tomar un papel más activo y dinámico, a diferencia de lo que ocurrió históricamente bajo el principio de permanencia de la prueba y los estándares clásicos de valoración en el país. Perseguir y fortalecer el ejercicio de la defensa de investigación y litigación estratégica permitirá cambios importantes que reforzarán el sistema penal acusatorio.

Se rescata, entonces, el papel de la defensa como actor principal del proceso para que los jueces puedan desarrollar el suyo en un escenario donde se debatan teorías del caso apoyadas en un régimen de libertad probatorio amplio en el que la decisión judicial se dé más allá de toda duda razonable, lo que pretende garantizar una decisión que convalide la credibilidad en la administración de justicia. En este esfuerzo, el peso de argumentación ha de asignarse en función de la credibilidad de la prueba y de los testigos y peritos científicos. Esto permitirá transformar los hechos en elementos de juicio, positivos o negativos, para los jueces.

Referencias bibliográficas

Ardila, Jairo. (2011). Uso y manejo de las entrevistas, declaraciones juradas e informes en el sistema penal acusatorio. *Revista de la Defensoría del Pueblo*, No.13, p.p 147 – 153

Corte Constitucional de la República de Colombia (2009). Sentencia C-396/07.

(2005). Sentencia C-591/05.

Sentencia 25738 Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2006).

Del Villar, Donaldo (2009). Críticas a la constitucionalidad de la detención preventiva en Colombia. *Revista Defensoría Pública*, p.p 143-176.

Di Francia, Toraldo (1990). Lo statuto ontologico. Colombia .p. 29.

Echandía, Hernando Devis (2008). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Madrid : Temis.

Flórez, Pedro. Guzmán, Patricia y otros (2014). *El incesto desde la perspectiva psicojurídica. Una mirada holística del delito para un tratamiento penitenciario eficaz*. Colombia. Universidad Simón Bolívar.

Código de procedimiento penal, Decreto 2700 de 1991, Colombia

Código de procedimiento penal, Ley 600 del 2000, Colombia

Código penal, Ley 500 del 200, Colombia

Código del procedimiento penal, Ley 906 de 2004, Colombia

Taruffo, Michelle (2009a). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. Madrid: ARA.

Wroblewski, M (1985). Facts in law, en Id., Meaning and Truth . Sobre la incidencia de los juicios de valor en la determinación del hecho. Pág. 108

EL REGISTRO FIDEDIGNO DE LAS ACTUACIONES DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN COMO OBLIGACIÓN LEGAL

*Claudia Patricia Sánchez Pérez*⁸⁹

Resumen

El presente artículo se ocupa de determinar si el registro de información incompleta, entiéndase no fidedigna, que surge de los actos urgentes, y que es consignada en los informes de policía judicial, vulnera el derecho a la defensa y contradicción en el marco de las audiencias preliminares. De la misma manera, se busca determinar el rol que desempeñan los investigadores de la Defensoría del Pueblo para ayudar al defensor público a contrarrestar tales situaciones de vulneración al procesado.

Palabras claves

Actos de investigación; registro y reproducción fidedignos; actos urgentes; informes de policía judicial; funciones de policía judicial; entrevistas e interrogatorios.

⁸⁹ Licenciada en Educación, Universidad Autónoma de Bucaramanga. Abogada, Especialista en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad Alcalá de Henares (Madrid). Docente de Derecho Procesal Penal II y de Especialización. Asesora penal del consultorio jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia. Defensora Pública de la Oficina Especial de Apoyo de Santander. Capacitadora de la Escuela Roberto Camacho Weverberg de la Defensoría del Pueblo.

Abstract

This article is concerned with determining whether the registration of incomplete information, understood unreliable, which arises from the urgent actions, and is contained in reports of judicial police, violates the right to defense and contradiction within preliminary hearings; in the same way is to determine the role played by researchers ombudsman to help the public defender to counter such situations the defendant infringed.

Keywords

Acts of investigation; recording and playback credible; urgent actions; reports of judicial police; judicial police interviews and interrogations.

Introducción

Uno de los temas de importancia en el área del Derecho Procesal Penal, que se aborda en la indagación e investigación, se refiere a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, de la Policía Judicial y de los jueces, organismos que deben sujetarse de manera inexorable a los principios y garantías procesales que señalan el respeto por la dignidad humana, el debido proceso, la libertad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la lealtad y la imparcialidad, entre otros. Por ello, desde ya se afirma que las actuaciones de los servidores públicos (policía judicial, fiscales y jueces) que intervienen en la indagación e investigación penal deben ser registradas o reproducidas de manera fidedigna a fin de no vulnerar garantías procesales. En tal sentido, se tendrá en consideración para este estudio la concordancia de los artículos 146 y 205 de la Ley 906 de 2004.

En atención a lo anterior, se plantea el problema de esta investigación, el cual es determinar si el registro de información incompleta, entiéndase no fidedigna, que surge de los actos urgentes, y que es consignada en los informes de policía judicial, vulnera el derecho a la defensa y de contradicción en el marco de las audiencias preliminares.

Con miras a su resolución, se abordarán inicialmente los artículos ya referenciados y lo correspondiente a los órganos que ejercen las funciones de policía judicial de manera permanente, especial o transitoria, para luego

concretar cuáles son los actos que, por decisión propia (actos urgentes) o en atención al programa metodológico, se despliegan por parte de la policía judicial. A continuación se tratarán los informes de policía judicial, sus protocolos e insuficiencias. En cuanto a los actos urgentes, y para efectos del presente estudio, solo se tendrán en consideración los referidos a entrevistas e interrogatorios, a pesar de que dentro de la clasificación de las actividades de policía judicial se señalan diversas y variadas actuaciones.

En el segundo apartado, se hará referencia al rol que desempeñan los investigadores de la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría Pública y su injerencia como coadyuvantes en la labor defensorial, así como su participación como agentes catalizadores de vulneraciones al derecho de defensa del procesado ante la presentación de informes no fidedignos de las actuaciones investigativas adelantadas por la agencia fiscal. Se prestará especial atención a los registros de entrevista e interrogatorios contenidos en dichos informes, ya sean de iniciación, ejecutivos, de investigación de campo o de laboratorio, los cuales responden a protocolos contemplados en los manuales de los órganos que cumplen funciones de policía judicial.

En tercera instancia se presentará observaciones generales y recomendaciones a partir de las cuales se hace una propuesta para el defensor público, la que se pretende sirva como herramienta de guía en la cotidiana labor de la defensa técnica, especialmente en las audiencias preliminares.

El norte del presente estudio es el registro de las actuaciones de fiscalía o policía judicial no fidedignas o incompletas, en tanto vulneratorias del derecho a la defensa y de contradicción en las audiencias preliminares, cuyo problema jurídico es el planteado al inicio de esta introducción, para finalmente ofrecer una propuesta como aporte teórico a los profesionales y operadores del derecho penal pertenecientes a la defensa pública.

1. Reseña del artículo 146 numeral primero y su parágrafo, en concordancia con el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)

Con el deseo de abordar el estudio de una manera coherente, se parte de definiciones sencillas en torno a las nociones de «indagación» e «investi-

gación». Se entiende la indagación como la etapa pre-procesal en la que la Fiscalía General de la Nación, a través de la Policía Judicial, lleva a cabo labores investigativas y recauda elementos materiales probatorios (EMP) evidencia física (EF) o información pertinente, con el objeto de determinar la existencia de una conducta punible e individualizar a los presuntos autores o partícipes en ella. La investigación se define como la fase en la que la Fiscalía General de la Nación, con apoyo de la Policía Judicial, busca complementar y adicionar EMP, EF o información pertinente que permita sustentar la formulación de imputación a partir de la inferencia razonable de autoría o participación.

Hechas las anteriores precisiones se plasma lo que dicen el Artículo 146 del Código de Procedimiento Penal y su párrafo:

Artículo 146. Registro de la actuación. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que este código expresamente autorice:

1. En las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad.

Parágrafo. La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella, del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros (Congreso de la República, 2004, Art. 146).

Dado que el artículo precedente debe armonizarse con el Artículo 206 del mismo Código, referido a la actividad de policía judicial en la indagación e investigación, también se cita:

Artículo 205. Actividad de policía judicial en la indagación e investigación. Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia.

Cuando deba practicarse examen médico-legal a la víctima, en lo posible, la acompañará al centro médico respectivo. Si se trata de un cadáver, este será trasladado a la respectiva dependencia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, en su defecto, a un centro médico oficial para que se realice la necropsia médico-legal.

Sobre esos actos urgentes y sus resultados la policía judicial deberá presentar, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, un informe ejecutivo al fiscal competente para que asuma la dirección, coordinación y control de la investigación.

En cualquier caso, las autoridades de policía judicial harán un reporte de iniciación de su actividad para que la Fiscalía General de la Nación asuma inmediatamente esa dirección, coordinación y control (Congreso de la República, 2004, Art. 206).

De lo que se colige del cotejo de los artículos ya referenciados, y para el efecto del presente estudio, se hace necesario precisar a quiénes nos referimos cuando de policía judicial se habla, pues se tiene que las actividades de la policía judicial son ejercidas a través de sus órganos con funciones de indagación e investigación.

1.1 Los órganos que ejercen las funciones de policía judicial de manera permanente, especial, transitoria y de apoyo, según la ley penal colombiana

La investigación penal está a cargo de la Fiscalía con colaboración necesaria de la Policía Judicial; esta última es una entidad del Estado que apoya la

investigación, realiza actividades de verificación e información, sin que sus actuaciones se constituyan en prueba. Cabe mencionar que existen otras entidades de apoyo, como los organismos oficiales y particulares que contribuyen para la elaboración de actos urgentes y actividades diseñadas en el programa metodológico. Tales funciones las tienen de manera *permanente* aquellas personas que pertenecen al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), a la Policía Nacional y a la Agencia Nacional de Inteligencia Colombiana (Congreso de la República, 2004, Art. 201). Ejercen funciones de policía judicial de manera *especial* la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, los directores nacionales y regionales del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión, los alcaldes, inspectores de policía y otros más (Congreso de la República, 2004, Art. 202).

Existen además órganos con funciones *transitorias* de policía judicial, que por resolución de la Fiscalía deben haber sido autorizados (Congreso de la República, 2004, Art. 203).

No se pueden dejar de lado aquellos órganos con funciones técnico-científicos como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y los laboratorios privados nacionales y extranjeros o los de universidades públicas y privadas, nacionales o extranjeras. Hecha la mención de los órganos que ejercen las actividades de policía judicial en la indagación e investigación, según el artículo 205 del C.P.P., se pasa inmediatamente a abordar las actividades que realizan.

1.2 Actuaciones de policía judicial

Básicamente, se puede decir que las actividades de policía judicial corresponden a los actos propios o urgentes y a los actos en desarrollo del programa metodológico. Como *actos propios* o *urgentes* se entienden aquellos que se realizan lo más inmediatamente posible, con el fin de identificar, inspeccionar la escena del crimen o lugar del hecho, recoger evidencias, registrar por escrito, en video o medio sonoro (audio), inspeccionar el cadáver, realizar entrevistas, reportar el inicio de cadena de custodia, tomar declaraciones juradas, etc.

Con el ánimo de limitar el tema de estudio, se aborda el acto urgente de policía judicial referido a las entrevistas, declaraciones e interrogatorios. Pues se quieren dejar en evidencia las vulneraciones del derecho de defensa debidas al registro no fidedigno de las actuaciones en actos urgentes, en los que se recogen entrevistas, declaraciones e interrogatorios, que posteriormente se plasman en un informe ejecutivo –que sirve de fundamento a la Fiscalía para sustentar sus peticiones, por ejemplo la de medida de aseguramiento.

1.3 La actuación de la policía judicial y el registro fidedigno cuando se trata de un acto urgente o de actos de investigación en desarrollo del programa metodológico

Según se ha venido exponiendo, se precisa que independientemente de que se trate de actos de investigación producto de actos urgentes o en desarrollo del programa metodológico, se tendrá en cuenta lo atinente a la *recepción de entrevista, interrogatorio o declaración*, bajo la premisa de que es el fiscal quien deberá conocer en detalle la *teoría del delito*, a fin de establecer qué buscar y por qué.

La *entrevista* se circunscribe inicialmente a una charla informal entre policía judicial y un testigo que es posible conocedor de datos importantes relacionados con los hechos o que conoce los hechos directa o indirectamente. La entrevista no se hace bajo la gravedad del juramento, busca tomar ideas, notas que permitan acercarse a los hechos, sus circunstancias, y autores. La entrevista se encuentra contemplada en los artículos 206 y 344 del C. P. P. De manera más precisa, se ha conceptuado la entrevista como un procedimiento para obtener información respecto a la ocurrencia de un delito; esta se recoge a través de preguntas dirigidas, ya sea a los testigos o la víctima; se precisa que la entrevista se efectúa en desarrollo de los actos urgentes o del programa metodológico de la investigación. El registro de la información que se obtiene en la entrevista debe cumplir con ciertas reglas. En desarrollo de la entrevista, el investigador dejará constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, al cual se sabe que la defensa jamás tendrá acceso. En la entrevista se resuelven interrogantes como qué, cuándo, por qué, quién, cómo y dónde.

Según los manuales de policía judicial, se recomienda, si es posible, realizar la entrevista en compañía de otro servidor, para que mientras uno pregunta o interroga, el otro investigador tome notas u observe el lenguaje no verbal e intervenga al final cuando no se ha alcanzado el objetivo de la entrevista.

Para realizar la planeación, el servidor de policía judicial o entrevistador lleva a cabo los siguientes pasos:

-Conocer detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos por investigar, acudiendo a la información técnica y forense que le permita elaborar hipótesis. Se ha dicho que sería de gran conveniencia que los investigadores de la Fiscalía en el momento de realizar la entrevista tuvieran en cuenta el perfil del entrevistado, su edad, antecedentes de todo tipo, condiciones físicas y mentales y el nivel socioeconómico. De lo expuesto surge la primera pretensión de los defensores públicos, la cual es que se cumpla con este protocolo y se constate por escrito o en reproducciones todo lo escuchado y observado por el servidor, pues, de ser así, se va garantizando desde ese mismo momento el adecuado ejercicio contradictorio por parte de la defensa.

El servidor de policía judicial asignado o quien por vía de excepción haga sus veces dejará constancia en el informe ejecutivo o de campo de todo lo escuchado, narrado, observado, sin parcialidades, guiado únicamente por el ideal de efectividad de la justicia.

El interrogatorio del indiciado. Se contempla en los artículos 205 y 282 del C. P. P. Tal procedimiento es utilizado por el fiscal delegado o la policía judicial para obtener información respecto a la ocurrencia de un delito a través de preguntas dirigidas al presunto autor o partícipe de un hecho delictivo cuando se tienen motivos fundados para inferir su participación en él.

Al indiciado no se le hará imputación alguna, se le dan a conocer el derecho a guardar silencio y las exoneraciones legales prescritas en el artículo 68 del C. P. P., que contemplan el respeto por las relaciones afectivas del indiciado con su cónyuge o parientes. Una vez hechas estas salvedades será decisión del indiciado si hace uso o no de sus derechos y así manifestará su intención de declarar, procediéndose a interrogarlo siempre en presencia de su abogado.

En el interrogatorio se emplean medios idóneos para registrar los resultados y las reglas técnicas pertinentes, quedándole al investigador dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas.

Declaración jurada. Esta figura está prescrita legalmente en los artículos 146, 221 y 272 del C. P. P. Consiste en la manifestación bajo la gravedad de juramento realizada por una persona, ante la policía judicial o cualquier otra autoridad. Cuando se trate de diligencia relacionada con una investigación penal, podrá practicarse a solicitud del fiscal en las circunstancias previstas para la prueba de referencia, o como única opción para respaldar los motivos fundados en las actividades que no requieren orden judicial previa.

La decisión de tomar una declaración jurada depende de que la policía judicial evalúe la necesidad de recepcionarla a quien ha sido entrevistado (víctima o testigo) cuando no existan EMP o EF que sirvan de respaldo probatorio a los motivos fundados en la realización de sus actuaciones. El servidor de policía judicial podrá recoger la declaración por escrito, en grabación magnetofónica, video o en cualquier medio técnico idóneo que garantice su fidelidad.

En las declaraciones juradas que se toman se podrá reservar la identidad de quien declara, pues se trata de obtener por parte de la agencia fiscal y su policía judicial información jurada que sirva de respaldo probatorio a los motivos fundados. Para la policía judicial bastará que la información sea constatada en cuanto a su confiabilidad, y la reserva de identidad se mantendrá para todos los efectos de audiencia ante el juez de control de garantías.

1.4 Informes de la actuación de la Policía Judicial y el registro fidedigno de lo obtenido en la entrevista, el interrogatorio y la declaración jurada

Se parte del hecho de pensar que la información obtenida se registra y se reproduce mediante cualquier medio idóneo que garantice fidelidad, genuinidad u originalidad. Por esta razón se aborda el tema de los informes de la Policía Judicial:

Informes de policía judicial Las actuaciones de la policía judicial se derivan del conocimiento que se tenga de un hecho según la noticia criminal pro-

venga de fuentes formales o informales. En algunas ocasiones se conoce a través del reporte que hace la policía a la Unidad de Reacción Inmediata (URI) o al fiscal disponible; así, la policía judicial, en atención a la situación que se presenta, una vez transcurridas algunas horas, siempre dentro de las 36 horas siguientes de iniciada la indagación, rinde el informe ejecutivo, al cual anexa el formato de noticia criminal, documentos, EMP y EF que hubiera obtenido. Conocido por el fiscal el reporte de iniciación, este asume la dirección de la indagación o investigación solicitando ratificación de los actos de investigación ya sea por decisión pronta o en desarrollo del programa metodológico que se ha debido trazar. Lo expuesto es en términos generales el procedimiento que se debe seguir en los casos urgentes, pues en casos no urgentes se sigue otro procedimiento de recepción y asignación de noticias criminales.

Informe del investigador de campo (Congreso de la República, 2004, Art. 209). El informe del investigador de campo se rinde una vez concluidas las actividades ordenadas por el fiscal del conocimiento, de acuerdo al programa metodológico, el cual contendrá una descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados, y de los resultados de la actividad que el investigador llevó a cabo. De igual manera, presentará una relación de los EMP y EF descubiertos, la manera como se recolectaron, embalaron y sometieron a cadena de custodia.

Aunado a lo anterior -lo cual es central en este estudio- el investigador de campo deberá anexar el registro fidedigno de las entrevistas e interrogatorios realizados.

Informe del investigador de laboratorio (Congreso de la República, 2004, Art. 210). Este informe se rinde una vez concluidas las actividades ordenadas por el fiscal del conocimiento y de acuerdo al programa metodológico; en este informe se determinan por parte del investigador los EMP y EF examinados, el procedimiento técnico empleado y el grado de aceptación de dicho procedimiento por la comunidad técnico-científica. Se suma la relación de los instrumentos empleados y la información sobre su estado en el momento del examen. Finalmente se ofrece la interpretación sobre los resultados.

Una vez contextualizado el panorama de lo que tiene que ver con las funciones de cada uno de los órganos de Policía Judicial que participan en la investigación -y teniendo en consideración las pautas mínimas, según los protocolos establecidos en los manuales de policía judicial- se resalta que las problemáticas que se presentan obedecen a la no observancia de lo antedicho, lo cual hace que tales actos urgentes –como las entrevistas, interrogatorios y declaraciones– se plasmen en informes que posteriormente contribuyen a afectar derechos del procesado, en principio en la etapa de la investigación y más precisamente en algunas audiencias preliminares. Con el fin de visualizar de manera concreta lo mencionado en precedencia, se pone de presente el siguiente caso:

Hechos: El día 11 de mayo de 2008 por actividades de recreación, arriba a la cancha de tejo “Don Tejo” una familia conformada por el señor Efrén, su esposa, su cuñada, el hijo de su cuñada y la novia de este último, en total cinco personas. El señor Efrén portaba un arma de fuego con salvoconduto vigente, pero dado que jugaría al tejo con sus familiares, la entregó a su cuñada, la única del grupo que no lo haría, para que se la guardara en el bolso. Mientras transcurría el juego, ella fue al baño; al salir, la policía estaba haciendo requisas propias de sus actividades cotidianas, con tal suerte que la policía requirió a la señora Rosalba para una revisión de su bolso, en el que encontraron el arma. Por tal circunstancia la señora Rosalba fue puesta a disposición de las autoridades judiciales para lo pertinente.

Los reportes de policía judicial plasmaron las circunstancias en las que se incautó el arma a la señora Rosalba, quien fue judicializada. Se adelantaron las audiencias preliminares de legalización de la captura, formulación de imputación y petición de medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio. El proceso penal continuó y finalmente fue condenada en primera y segunda instancia al configurarse el delito de tráfico y porte ilegal de arma de fuego sin permiso para portarla. Así las cosas, en uso del recurso de casación, se dio pronunciamiento, en el que la Corte hizo un llamado a los servidores públicos a presentar informes completos a fin de evitar desgastes de la justicia.

Se cuestionan tales omisiones en los informes de policía judicial y se generan interrogantes en el sentido de pensar ¿qué habría pasado si los servido-

res públicos de policía judicial hubieran consignado las explicaciones ofrecidas por todos los familiares que acompañaban a Rosalba en el momento de la captura?. Si hubieran quedado consignadas dichas explicaciones en el informe de la policía judicial, tal vez se habrían considerado, en su momento por la Fiscalía, para una posible aplicación de un principio de oportunidad, aunado a que la señora Rosalba era ama de casa, madre de dos hijos universitarios y sin antecedentes policiales o penales.

El caso que se pone de presente deja ver cómo los informes de policía judicial incompletos, no fidedignos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, devienen vulneratorios de derechos, específicamente en las audiencias preliminares. En el caso descrito, la Fiscalía basó su pretensión y solicitud de imposición de medida de aseguramiento en dichos informes de policía judicial.

2. El rol de los investigadores de la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensoría Pública para contrarrestar la vulneración al derecho de defensa por presentación de informes incompletos o no fidedignos

Con la Ley 941 de 2005 (Defensoría del Pueblo, 2005), que organizó el Sistema Nacional de Defensoría Pública, se da la creación legal de los investigadores de la defensa pública, con lo cual se busca garantizar la igualdad de armas, principio tan invocado en el Sistema Penal Acusatorio. Esta ley justifica la creación de la Unidad Operativa de Investigación Criminal, bajo la necesidad de dotar a la defensa de herramientas para el proceso adversarial, el cual se inicia con la búsqueda misma de los EMP, evidencias e información legalmente obtenida, y llega hasta la admisión de estos como pruebas en el proceso. Finalmente, se requerirá la presencia de los investigadores de la defensa, a fin de incorporar evidencias y demás, obtenidas como resultado de sus actos investigativos a lo largo del proceso penal acusatorio, en sus tres fases o etapas: indagación preliminar, investigación y juzgamiento.

En relación con el rol del investigador de la defensa pública, tenemos que tomar el capítulo VI de la ley adjetiva penal vigente como punto de inicio.

Esta trata de las facultades de la defensa en la investigación, prescribe las facultades investigativas del no imputado y del imputado, y regula las facultades de la defensa para investigar, obtener entrevistas, declaraciones juradas y elevar solicitudes probatorias consideradas pertinentes.

El anterior planteamiento lleva a ratificar la igualdad de condiciones jurídicas y técnicas que se contemplan para los investigadores de las partes en el proceso penal acusatorio, afirmación que se hace con base en los fundamentos normativos referidos a la recolección de elementos materiales probatorios, la verificación de informaciones, la entrevista de testigos, el aporte de informes técnicos forenses, la pesquisa de vecindario y las demás diligencias relacionadas.

Según el artículo 267 del C.P.P., quien advierta que en su contra se adelanta investigación podrá “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. El informe que sobre dichos elementos 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 o acta de que se es el imputado o su defensor. Finalmente, se cita el artículo 271, en el que se contempla la facultad de entrevistar con el fin de obtener información útil para la defensa, siempre y cuando se empleen las técnicas de la criminalística y se recoja y conserve la información en los medios técnicos idóneos.

Cabe precisar que sobre los actos de investigación que adelante la defensa habrá de predicarse el cumplimiento de ciertos criterios para que sus resultados sean valorados, ellos son legalidad, autenticidad, sometimiento a la cadena de custodia, además del grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se fundamenta el informe. Ello se contempla en el artículo 273 del C.P.P., por lo cual y a manera de concreción se dice que no tendrían vocación probatoria los simples criterios personales del investigador para el desarrollo de sus actividades investigativas.

En este marco normativo, se sitúa la actividad investigativa referida principalmente a la entrevista de testigos, actividad que se sujeta, a los manuales de criminalística y protocolos de manejo y obtención de la información, a fin de que no lleguen estas entrevistas u otros medios de información a ser controvertidos o inadmitidos por la carencia de conocimientos sobre técnicas forenses de recolección, embalaje y preservación de elementos materiales probatorios, o refutados en su legalidad y autenticidad.

Según lo expuesto hasta el momento, se afirma que el manejo cuidadoso de estos aspectos permitirá al defensor público aportar al proceso los elementos materiales y las actividades investigativas realizadas por la defensa, otorgándoles la vocación probatoria y de sustento fáctico de la teoría del caso en el juicio oral.

Necesario es recordar que dentro del rol de los investigadores de la defensa pública se desarrollan labores de investigación muy concretas, encaminadas, en algunos casos, a demostrar circunstancias atenuantes, errores de procedimiento o causales de exclusión de responsabilidad. El investigador puede colaborar con la formulación de la teoría del caso de la defensa, el programa metodológico de demostración defensorial, para que en la audiencia preparatoria la estrategia de defensa esté debidamente fundamentada, a partir de los EMP y/o EF obtenida.

Por todo lo mencionado, es necesario que la solicitud de los servicios del investigador o del perito se haga lo más pronto posible; lo ideal sería hacerlo desde el momento mismo en que se recibe el caso y una vez se determine que podría llegar al juicio oral. Sin embargo, dadas las circunstancias de premura en las que se asume un caso por parte del defensor público, estando este profesional de turno y ante audiencias preliminares con ocasión de las flagrancias u orden de captura, el trabajo del investigador es ausente para estas audiencias, máxime cuando se tiene claridad de que el investigador de la defensa pública no tiene funciones de policía judicial que le permitan, en algunos casos, buscar información sin la orden previa del juez de garantías.

Con el fin de puntualizar, se afirma que las actividades de la Unidad Investigativa y Criminalística de la Defensa Pública podrán encaminarse a realizar labor de vecindario con desplazamiento al lugar de los hechos e

inspeccionar para establecer una hipótesis preliminar, demostrar el arraigo de los usuarios, buscar testigos o ubicar e identificar personas. De igual manera, se podrá recolectar técnicamente las evidencias omitidas por la policía judicial en el lugar de los hechos, las recolectadas por terceros o las evidencias que aparezcan posteriormente, teniendo en cuenta la cadena de custodia, ya sea cuando el investigador recolecte o cuando asesore al defensor público. Por otra parte, el investigador de la defensa comparecerá como testigo de acreditación en la incorporación de los elementos de convicción recolectados.

En resumen, se espera que los investigadores de la defensa ayuden en la etapa de la investigación a confirmar o desvirtuar la versión inicial de la Policía Judicial, de los testigos de cargo, de las versiones confusas del usuario, y así encontrar nuevas versiones de los hechos que ayuden a la teoría del caso de la defensa. El investigador podrá 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, previa autorización del juez de garantías.

Como bien es sabido, la Unidad Operativa de Investigación Criminal de la Defensa Pública cuenta con investigadores y con peritos, cuyas actividades se plasman en servicio técnico forense de conceptos técnicos sobre la pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba técnica y en el método de investigación utilizado por la agencia fiscal. Además, estos investigadores están prestos a dar asesoría en la elaboración de contrainterrogatorios del defensor para los peritos de la fiscalía y le aportan soporte científico de contradicción según requerimientos del caso, al igual que asesoría sobre utilización de recursos de fotografía y video, según criterios de pertinencia y conducencia aplicables, para finalizar con su intervención en el juicio oral como investigadores testigos para acreditación o incorporación de elementos materiales de prueba.

Con el recuento que se hace sobre el rol que desempeñan los investigadores de la Unidad de Investigación Criminal de la Defensa Pública, se tiene una idea general pero clara de lo que puede hacer un investigador; no obstante, también queda determinado que para el momento de la realización de audiencias preliminares celebradas bajo el marco jurídico de captura en

flagrancia o mediante orden de captura, no es de difícil comprensión el porqué el aporte del investigador no es mayor, a lo cual desde ya se dice que si bien no es muy palmario en el momento de realizarse estas audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y petición de medida de aseguramiento, sí lo será con posterioridad a que se surtan dichas audiencias (por ej. En audiencia Para fundamentar una revocatoria o cambio de medida de aseguramiento) y en otras etapas del proceso penal.

Los informes incompletos o no fidedignos que sirven a la fiscalía para que esta sustente sus pretensiones en estas audiencias sí resultan vulneratorios del derecho a la defensa en el sentido de que prácticamente se configuran para la agencia fiscal como fundamentos de inferencia razonable de autoría o participación, y a la defensa no le queda otro camino diferente que presentar argumentaciones sin respaldo probatorio, la mayoría de las veces sin la ayuda o colaboración de sus investigadores o peritos, tal vez debido a la forma como está pensado el Sistema Penal Acusatorio.

Es imprescindible recordar que a los defensores públicos en casos de soledad defensiva les quedan algunas opciones frente a la ausencia de actos de investigación en el momento de la realización de ciertas audiencias preliminares, opciones que se ofrecen en el acápite del epílogo- recomendaciones del presente estudio.

Como se dijo en precedencia, la técnica de la entrevista es la más empleada por los funcionarios de policía judicial, abogados e investigadores, y a la hora de emprender la búsqueda y obtención de información es necesario que su realización se configure como una de las funciones primordiales de los investigadores. Por tal razón, se precisa que estas entrevistas sean eje de atención para cuestionar el proceso de registro, análisis, verificación, evaluación e interpretación que presente la contraparte y plasme en los informes (otro tanto ocurre con los interrogatorios y las declaraciones juradas).

Tanto la fiscalía como la defensa, junto con sus investigadores, seleccionarán a las personas que servirán como testigos para declarar e impugnar la credibilidad de los testimonios que presente la parte contraria en un juicio oral. La técnica de investigación consiste en la comunicación informal que se establece entre dos personas (un emisor y un receptor), a través de la cual los servidores públicos con funciones de policía judicial obtienen infor-

mación (Artículos 202 y 203 del C.P.P.), así como, el imputado o su defensor (Artículo 271 del C.P.P.) y, finalmente, los investigadores del Sistema Nacional de Defensoría Pública (Artículo 36 de la Ley 941 de 2005).

Los entrevistados pueden ser el indiciado, imputado o acusado, los testigos del hecho, la víctima, los testigos de cargo o cualquier persona que suministre información de interés para la labor de defensa (informante o colaborador). Esta entrevista se realizará cuando se requiera información sobre determinado asunto que interese a cualquiera de las partes y que les sirva para fundamentar su teoría del caso.

Las talanqueras que se presentan para el defensor público en las entrevistas, sobre todo del indiciado, parten del tiempo con que se dispone para efectuarlas, especialmente antes de las audiencias preliminares que se presentan al haber captura en flagrancia u orden de captura. No debería haber limitaciones de tiempo, pues a veces se requiere utilizar un tiempo razonable, dependiendo de la complejidad del delito y de la personalidad del indiciado o imputado.

En este aparte del estudio se deja precisado que el rol que cumple el investigador de la defensa pública durante un proceso penal del Sistema Acusatorio para el momento de las audiencias preliminares es realmente incipiente, por lo cual se ofrecen algunas orientaciones al profesional de la defensa, a fin de que pueda contrarrestar las posibles vulneraciones que se cometan en contra del indiciado o imputado, debido a la presencia de informes no fidedignos o incompletos que ofrezcan los servidores públicos

3. Observaciones Finales - Recomendaciones

Se requieren cambios en las actividades o roles que desempeñan el juez, la fiscalía y los defensores públicos, es decir, en los operadores jurídicos (jueces, fiscalía y policía judicial) y en los operadores del derecho penal (los abogados litigantes). Estos cambios se hacen palmarios en la forma como el juez ejerce el control legal y constitucional de las actuaciones de la policía judicial y la fiscalía, en la manera como la policía judicial registra fidedignamente o no sus actuaciones judiciales y, finalmente, en cómo la defensa

asume y afronta las estrategias de litigio en pro de evitar vulneraciones al derecho de defensa y contradicción del procesado.

Los cambios se precisan en tres sentidos: uno referido a la necesidad de profesionalización de los servidores públicos de la policía judicial y sus investigadores, otro referido a la función del juez de garantías y, un último cambio, dirigido al profesional que ejerce la defensa técnica dentro del proceso penal.

Cambio Respecto de los servidores públicos de la policía judicial o sus investigadores y bajo el marco de la reestructuración que se avecina en cuanto a la investigación, se hace necesaria la capacitación integral para el desempeño de las funciones –técnicas, investigativas y operativas– de estos servidores, a fin de aplicar de manera adecuada los procedimientos, según la actividad de la que se trate. Así se iniciaría con el cumplimiento de la garantía de los principios que rigen las actuaciones procesales.

Si se observan, por ejemplo, las facultades de la fiscalía en la audiencia de legalización de captura, se tiene que el fiscal puede descubrir, en ese momento, tanto el informe de captura, como el acta de derechos del capturado, y ofrecer la declaración del agente de la policía que realizó la captura. Dependiendo de la complejidad del caso, le compete analizar si es necesario presentar más elementos. Así las cosas, desde aquí se puede presagiar una vulneración, por ejemplo, cuando no se presentan informes de captura completos o fidedignos y la declaración del agente captor no consigna todo lo observado que corresponde a las circunstancias que acompañan la aprehensión; o cuando la fiscalía, en atención a sus facultades, decide en ese momento no presentar todos los elementos que tiene en su poder.

Se requiere entonces ofrecer al servidor público –sea agencia fiscal o policía judicial– capacitaciones que le ayuden a tomar conciencia sobre la importancia de actuar con lealtad, eficiencia y eficacia, de modo tal que adquiera los hábitos de 1. Ordenar, recopilar y presentar todo análisis y posterior informe, en forma de hechos demostrables deben ser y 2. Evitar las suposiciones, opiniones o intereses, a veces vindicativos contra el indiciado o imputado.

Se hará imprescindible que los servidores públicos que actúan como órganos de indagación o investigación se sujeten de manera irrestricta a criterios objetivos y comportamientos ceñidos a la verdad de lo que se consigna o registra según la actuación judicial. Se espera que con las nuevas determinaciones del Gobierno nacional se logre, como se ha dicho, la creación de 3500 nuevos cargos y cinco nuevas policías judiciales.

Otro de los grandes logros que se espera es la profesionalización de la policía judicial, pues la falta de esta es uno de los defectos actuales de la Fiscalía: se creará una nueva institución universitaria adscrita a la Fiscalía General orientada a la profesionalización.

Habiéndose dado por sentado que el primer inconveniente del proceso penal es la falta de capacitación de los servidores públicos que actúan como órganos de indagación e investigación, se pasa a analizar la función del juez de garantías, quien no exige descubrimiento de entrevistas en las audiencias preliminares, pues considera que este hecho deforma el propósito de la entrevista y le quita su requisito de informalidad dentro de la investigación. Además, se argumenta que la entrevista es solo un punto de referencia para ahondar en la investigación; esto no se desconoce, sin embargo, al defensor público lo corresponderá solicitar el descubrimiento de las entrevistas, en la medida en que estas se constituyan en acervo probatorio para sustentar peticiones que afecten al indiciado o imputado.

Cambio frente al control legal y constitucional que hará el juez, resulta oportuno aclarar que este tiene tres posibilidades respecto a cómo declarar los actos de investigación y las diligencias en cuya práctica se limitan o reducen derechos fundamentales del indiciado o imputado: legales, ilegales o ilícitos. La pregunta que debe hacerse dicho funcionario en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía debe ser si existieron o existen (según se trate de control previo o posterior) motivos fundados para tal proceder, o si por el contrario, tal actividad responde al mero capricho de quien ostenta el máximo poder de represión como es el ejercicio de la acción penal en cabeza de la agencia fiscal, el cual debe ser controlado en vigencia del Estado de derecho.

En esto pensó la Corte constitucional cuando aclaró:

Valga decir, al Juez de Control de Garantías le corresponde establecer, tal como lo enseña la jurisprudencia constitucional, si determinada medida de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales practicada por la Fiscalía General de la Nación se adecúa a la ley, y si es proporcionada, en cuanto contribuya a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad(C.C., 2005, C-591).

El funcionario judicial, como ya se mencionó, en cada audiencia de control de legalidad de actividades investigativas de la Fiscalía, debe cerciorarse de si se evidenciaban motivos fundados para el proceder de la fiscalía o su policía judicial. Si el juez constata en los criterios antes mencionados, se declararán legales los procedimientos de que se trate. Pero si el control preliminar, por el contrario, no supera el test de necesidad y proporcionalidad, la consecuencia será la declaratoria de ilegalidad del correspondiente acto de investigación, sin que le corresponda al juez de garantías pronunciarse sobre la exclusión de los elementos hallados en dichas labores, pues la Corte Suprema de Justicia así lo ha venido diciendo en varios pronunciamientos, entre ellos en auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

A manera de concreción, y en relación con las posibles decisiones que puede adoptar el juez con funciones de control de garantías sobre los procedimientos sometidos a su valoración, se tiene que:

- a) Si la irregularidad se originó en la forma, la proporcionalidad o la necesidad de la intervención, procede la declaratoria de ilegalidad.
- b) Si se afectaron gravemente derechos fundamentales, la decisión procedente es la ilicitud.
- c) Si se respetaron todas las previsiones del orden normativo, la decisión apropiada es su declaratoria de legalidad, evento en el cual los hallazgos con vocación de convertirse en prueba, encontrados en la diligencia, tienen, en principio, vocación de que se analice su presentación en el juicio.

Tratándose de la ilicitud, el examen de constitucionalidad que realiza el juez con funciones de control de garantías, de los actos de investigación, podría

conducir a declararlos ilícitos, debido a violaciones graves a derechos fundamentales, lo cual contagia de manera insuperable toda la actuación. Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso (CSJ, 2007, Auto 26310).

El Cambio respecto al profesional que ejerce la defensa técnica dentro del proceso penal, esta parte del estudio se ofrece como recomendaciones concretas al defensor público para ser tenidas en cuenta ante la ausencia de actos de investigación para el momento en que se celebran audiencias preliminares de legalización de captura y medida de aseguramiento principalmente, así:

1. *El defensor público debe valerse inicialmente de la entrevista al usuario.* Es bien sabido que la entrevista es una de las técnicas de investigación más empleadas por los funcionarios de policía judicial, abogados e investigadores. Si bien reviste una técnica especial, el defensor dejará esta tarea más técnica a sus investigadores y antes de las audiencias preliminares utilizará la información que obtiene del indiciado o imputado como parte de sus argumentos, buscando darles soporte en el bloque de constitucionalidad que acoge los instrumentos internacionales y sus aportes principalísticos. Si es del caso, contará con los EMP que pudiera llegar a tener en su poder para ese momento. Lo antedicho no significa que, pasadas las audiencias preliminares en mención, los investigadores no puedan realizar entrevistas, interrogatorios o recibir declaraciones juradas, que, siguiendo los protocolos, les permitan ofrecer al defensor público herramientas importantes para ser utilizadas posteriormente.

2. *El defensor público ante la ilegalidad de la captura.* Cuando haya contraposiciones entre los informes de policía judicial y la información obtenida en entrevista al usuario de la defensa pública, se estimará que la inobservancia de los procedimientos consagrados en la ley penal, *sí* afecta la legalidad de la captura. Ello, en razón de que no son regulaciones caprichosas del legislador, sino que constituyen verdaderos derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, el derecho de todo aprehendido a que se le lleve sin tardanza ante un juez figura entre los Derechos Humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Artículo 9.3 se establece: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. Esta obligación también la consagra el Artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La protección de este derecho tiene dos finalidades: verificar el estado satisfactorio de la persona privada de la libertad, –es decir, que se le haya respetado su integridad física y moral,– y, en segundo lugar, verificar si la aprehensión se ajustó a las previsiones constitucionales y legales que regulan el ejercicio de las potestades estatales.

3. *El defensor público tendrá en consideración la utilización de los recursos ordinarios.* Estos, de manera indudable, se contemplan cuando se está ante situaciones referidas a la libertad, a la práctica de pruebas o cuando tengan efectos patrimoniales.

4. *El defensor público acudirá nuevamente al juez de garantías.* Otra posibilidad que tiene el defensor público para contrarrestar vulneración alguna en contra de su usuario se da inmediatamente después de las audiencias preliminares, cuando ya con la coadyuvancia de sus investigadores logra acopio del material que le permita acudir nuevamente al juez de garantías, ya sea para pedir pruebas anticipadas, revocatorias de medida de aseguramiento o solicitar órdenes para obtención de EMP.

5. *El defensor público tendrá acceso a la prueba que realiza Medicina Legal.* Hay que recordar que la defensa y sus investigadores pueden tener acceso a la prueba que realiza Medicina Legal en la fase de la investigación con destino a la Fiscalía y, de igual forma, a los resultados de la prueba científica solici-

tada por la Fiscalía General de la Nación. Esto en cualquier momento de la investigación, teniendo en cuenta que la garantía procesal del artículo 8º, literal j) del C. P. P. establece que desde el mismo momento en que se conoce de la existencia de diligencias investigativas en contra de una persona y esta adquiere la calidad de imputado, la defensa puede solicitar, conocer y controvertir las pruebas.

6. *El defensor público después de las audiencias preliminares podrá realizar entrevistas.* 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.

7. *El defensor público tendrá en cuenta la posibilidad de invocar la cláusula de exclusión.* Conviene decir que la defensa, estando ante la vulneración de derechos fundamentales palmaria desde las mismas audiencias preliminares, no peticionará la *exclusión* de EMP, evidencia física o información legalmente obtenida; solamente podrá hacer manifestaciones y solicitar claridad sobre la situación vulnerante que se presenta. Respecto a este tema hay consenso en que las consideraciones de ilegalidad no se realizan en este momento procesal ni ante el juez de garantías, sino en la preparatoria, o en el trámite del juicio, según el momento en que se conozca la información que riñe o contraría el ordenamiento legal, por cuanto en las mismas audiencias preliminares la inclusión de los EMP ni siquiera se ha considerado aún, por ello se dice que el momento indicado es la audiencia preparatoria.

En las audiencias preliminares el punto de gravedad gira en torno a la erradicación de la arbitrariedad con la que el fiscal o su policía judicial pudiera realizar las intervenciones o limitaciones a derechos fundamentales del indiciado o imputado, que redunden en afectaciones de la libertad o la intimidad. Es importante resaltar que nada de lo hallado u obtenido en desarrollo de labores de indagación e investigación que hayan sido declaradas ilegales podrá ser utilizado como fundamento de la solicitud de la medida de aseguramiento.

Finalmente, partiendo de la idoneidad del defensor público para ejercer su labor, y aunado a la observación de estas recomendaciones, entre otras acopiadas en el trasegar profesional, se ofrecen en este estudio algunas opciones para controvertir jurídicamente cuando el caso concreto evidencie vulneraciones al procesado.

Si en algún momento se llegara a tomar en cuenta lo expuesto en los acápites de este estudio, se entenderá cumplido el objetivo de dar un aporte descriptivo sobre temas de controversia en nuestra labor defensorial y consecuentemente se habrá dado respuesta al problema planteado, el cual se orientó a clarificar que el registro de información incompleta, entiéndase, no fidedigna, que surge de los actos urgentes, y que es consignada en los informes de policía judicial, vulnera el derecho a la defensa en el marco de las audiencias preliminares. En consecuencia, se sugieren ideas para que el profesional que ejerce la defensa técnica contrarreste los efectos de estos informes, mientras logra la coadyuvancia de los investigadores adscritos a la unidad operativa de investigación criminal de la defensa pública, ausentes, con actos investigativos, al momento de las audiencias preliminares, en la mayoría de los casos.

4. Propuesta general del defensor público OEA

La propuesta teórica que se plantea tiene su fundamento en el carácter vulneratorio del derecho de defensa y contradicción que implica el registro no fidedigno de las actuaciones en la indagación o investigación. Esta propuesta se circunscribe a sugerencias de alerta y de cambio, ya señaladas en el acápite de Observaciones Finales, y se dan en tres sentidos: una referida a la necesidad de profesionalización de los servidores públicos de la policía judicial y sus investigadores, otra referida a la función del juez de garantías y, una última, dirigida al profesional que ejerce la defensa técnica dentro del proceso penal bajo la estrategia de litigio defensorial (según aportes del Dr. Gómez Pavajeau).

Las recomendaciones se hacen a la actividad del defensor desde el momento mismo de escuchar los pormenores de la captura, la formulación de la imputación, los fundamentos de la medida de aseguramiento o en general

ante cualquier petición elevada por la agencia fiscal estando ante audiencias preliminares, o en audiencias de la etapa de juzgamiento.

Se hace esencial tener presente que en todo momento se solicitará al juez que considere la prevalencia de los criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, cuando se está en la disyuntiva de favorecer o no al procesado ante informes de policía judicial con características de sesgados, mutilados, incompletos o contradictorios. Lo anterior con el fin de evitar excesos contrarios a la observación de garantías procesales. En concreto, y sin olvidar lo consignado en el aparte de Observaciones Finales y recomendaciones, se propone:

1. Que el defensor público sea cuidadoso en la observación de los EMP e información allegada a las audiencias preliminares y verifique la existencia de los soportes de todos los actos de investigación; por ejemplo, debe exigir copia de la resolución del fiscal que autoriza los distintos procedimientos y las respectivas actas.
2. Analizar los informes de la policía judicial en los que se relatan los resultados de los actos urgentes realizados o de los actos en desarrollo del programa metodológico de la agencia fiscal: de aquí se extraen las falencias o contradicciones que, si bien no todas pueden ser atacadas en las audiencias preliminares, sí serán tenidas en cuenta en futuras intervenciones del defensor. Cabe decir que de este proceso de observación, revisión y análisis se debe tomar nota en apuntes personales, con el fin de usarlos como punto de partida para la planificación de los actos de investigación propios de la defensa. De este modo, no se tiene que esperar hasta después de la audiencia de acusación para librar misiones de investigación a la unidad investigativa.
3. La defensa puede petitionar exclusión de todo lo relacionado con los actos de investigación que se devengan ilícitos o ilegales si en su práctica se incumplieron las exigencias relacionadas con dicho procedimiento, y si el acto de investigación se presenta desproporcionado en cuanto a su objetivo. Lo puede hacer desde las audiencias preliminares, según se ha dicho en algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales; sin embargo, como ya se menciona, la doctrina mayoritaria aclara que estas solicitudes

serían más ajustadas a lo legal si se hacen en la audiencia preparatoria, es decir, en la etapa de juzgamiento.

4. En las audiencias preliminares, en las que según la praxis judicial parece no existir el derecho a la contradicción, como se ha esbozado, se debe cuestionar la ilegalidad de los procedimientos y, aunado a ello, se debe invocar al juez constitucional la aplicación de criterios para resolver conflictos entre derechos fundamentales. El defensor deberá proponer los métodos que la jurisprudencia y la doctrina han dado en denominar como criterios para solución de conflictos entre bienes o valores constitucionalmente protegidos que han entrado en tensión. Por ejemplo, en caso de tensión entre la libertad del imputado frente a la necesidad de proteger a la víctima, el juez decidirá la prevalencia de uno sobre otro, a través de las operaciones jurídicas que se conocen como ponderación de bienes, la aplicación del principio de proporcionalidad o juicios de razonabilidad. El defensor deberá invocar estos criterios para provocar el pronunciamiento del juez al respecto.

5. La propuesta principal, por último, se encamina a asumir la invitación institucional de unificar los criterios de litigación a partir de la interpretación y aplicación de los derechos humanos y su protección, teniendo en cuenta los marcos nacional e internacional. Por tanto, se debe dar plena aplicación a la norma rectora –Artículo 3.º–, contemplada en la ley adjetiva penal, que prescribe la prevalencia en las actuaciones de los tratados y convenios internacionales convencionales y no convencionales -como los instrumentos de la ONU y OEA- que forman parte del bloque de constitucionalidad. Por lo anteriormente expuesto se hace necesario que el defensor público revise las normas, convenciones y jurisprudencias internacionales sobre derechos humanos que se articulan en el llamado bloque de constitucionalidad y en las normas rectoras del proceso penal. Esto le dará criterios relevantes de argumentación para proteger las garantías del procesado usuario de la defensoría pública, en procura de la defensa de sus derechos y garantías procesales. Con esta publicación se pretende dejar la consigna sobre la necesidad de ampliar nuestras argumentaciones a partir de la aplicación de normas que se complementan o constatan con el bloque de constitucionalidad y la existencia de un orden público internacional de los derechos humanos.

Así pues, dado que las garantías procesales en materia penal cumplen una función preventiva en la protección de los derechos inherentes a la persona humana, se tendrán en consideración las Observaciones finales, recomendaciones y las propuestas que hace esta defensora pública OEA, sin que ellas devengan como una novedad, pero sí como una invitación a reconsiderar la necesidad de generar un cambio: en la medida en que retomemos nuestras antiguas posiciones, acaso cansadas ante la nugatoria o improcedencia de las solicitudes defensoriales, ahora robustecidas desde la perspectiva del enfoque sistemático y contextual encaminado a hacer prevalecer un litigio estratégico basado en la interpretación y aplicación de normativas de orden internacional en materia de protección de derechos humanos, tratándose de procedimientos de la fiscalía o de su policía judicial que violan garantías procesales de defensa y contradicción reconocidas universalmente.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (publicada en el Diario Oficial No. 45658 de 1 de septiembre). Bogotá: Leyer

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-591 de 9 de junio.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2007). Auto de 16 de mayo de 2007 dentro del radicado 26310.

Defensoría del Pueblo de Colombia. Ley 941 de 2005, artículos 14, 18, 20, 36, 37, 38 y 39.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo (2013). "Defensoría pública y litigio estratégico- institucional". Bogotá, revista n.º 15 *La Defensa*. Defensoría Pública de Colombia, pp. 7 y ss. Imprenta Nacional de Colombia.

WEB

Manual policía judicial parte general de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2012. Disponible: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia

